

ISSN 0329-9430

**Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO**

Nº 25 - Tomo II

**EDICIÓN ESPECIAL "40º ANIVERSARIO
DE LA CREACIÓN DE LA REVISTA DE
LA FACULTAD DE DERECHO"**



FDER UNR

**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2021**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 25 – Tomo II

*EDICIÓN ESPECIAL “40º ANIVERSARIO
DE LA CREACIÓN DE LA REVISTA DE
LA FACULTAD DE DERECHO”*

Año 2021

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

AUTORIDADES 2021

Decano Dr. HERNÁN J. BOTTA
Vicedecana Dra. ARACELI M. DÍAZ
Secretario General Dr. EDUARDO SILVANO
Secretario Privado Dr. EDUARDO D'AGOSTINO
Secretario Académico Dr. GERMÁN GERBAUDO
Subsecretaria Académica Dra. EVELYN ZELAYA
Secretaria de Concurso y Carrera Docente Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretario de Asuntos Estudiantiles Dr. AUGUSTO APPOLINARI
Secretaria de Acreditación y Planificación Académica Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretaria de Ciencia y Técnica Dra. PAULA NAVARRO
Secretario de Extensión Universitaria Dr. GONZALO LUCIANI
Secretario de Relaciones Institucionales Dr. EMILIO L. FANTONI
Secretario de Relaciones Internacionales Dr. JUAN MANUEL PLÁ
Secretario de Gestión Institucional Dr. JAVIER RÉBORI
Secretaria de Derechos Humanos, Políticas de Género y Diversidad Dra. MARCELA MANCINI
Secretario de Comunicación y Tecnologías Educativas Dr. LUIS VILA
Secretario Financiero CPN JORGE RASINES
Secretario Técnico Dr. LISANDRO CORONATO
Secretaria Administrativa Tec. AMADA A. GAITÁN
Director de Escuela de Graduados Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario Académico de Escuela de Graduados Dr. GERMÁN GERBAUDO
Gerente de la Co.Fa.De. CPN LAURA RODRÍGUEZ

PROFESORES EMÉRITOS

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

PROFESORES HONORARIOS

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO	Prof. JUAN MARÍA FARINA †
Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL †	Prof. GUILLERMO FIERRO †
Prof. LUIS O. ANDORNO †	Prof. JUAN CARLOS GARDELLA †
Prof. MIGUEL CARLOS CELESTINO ARAYA	Prof. ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
Prof. SONIA BELLOTTI DE PODESTÁ	Prof. ANUNCIADA LATTUCA †
Prof. JORGE BOF	Prof. NOEMÍ LIDIA NICOLAU
Prof. OSCAR BORGONOVO †	Prof. MARIO SACCONI †
Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO †	Prof. HÉCTOR CARLOS SUPERTI
Prof. IVÁN JOSÉ MARÍA CULLEN	Prof. PEDRO WOLKOWICZ †
Prof. JUAN MALCOM DOBSON	

CONSEJO DIRECTIVO 2021

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

MARCELO VEDROVNIK	JORGE MURILLO
ANDREA MEROI	SANDRA ANALÍA FRUSTAGLI
CARINA LURATI	MARGARITA ELSA ZABALZA
CARLOS ALFREDO HERNÁNDEZ	GUSTAVO FRANCESCHETTI
JUAN JOSÉ BENTOLILA	ROBERTO ANTONIO VÁZQUEZ

Suplentes

GERARDO MUÑOZ	RODOLFO DARÍO RAMOS
ANALÍA ANTIK	MARIANA BEATRIZ IGLESIAS
STELLA MARIS ALOU	DIEGO ECHEN
MARIANA ANAHÍ AZPEITÍA	ANA CLARA MANASSERO
IVÁN KVASINA	KARIN NEBEL

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

PAULA VERÓNICA CALACÉ VIGO

Suplentes

NOELIA DANIELA GONZÁLEZ
FRANCISCO NICOLÁS PITA
BIANCA SINGARELLA

CLAUSTRO NO DOCENTE

Titular

MARÍA FLORENCIA JUÁREZ

Suplentes

JULIO EDUARDO ANDREANI
LEONARDO FABIÁN SEVES

CONSEJO SUPERIOR

Titular

ALFREDO MARIO SOTO

Suplente

LUCIANA PAULA MARTÍNEZ

CLAUSTRO ESTUDIANTIL 2021

Titulares

JUAN CRUZ SPIZZO
CAMILA FARÍAS
GUIDO FOSSATTI
IGNACIO MARTÍN

MATÍAS VEDROVNIK
PAULA SALEY
VIRGINIA MIÑONES PEREIRA
VANESA SOLEDAD DI BENE

Suplentes

JAZMÍN MARIN
FABIO FREGGIARO
MARÍA FLORENCIA BAY
AGUSTINA POLANICH

MICAELA BELÉN ROZAS
NICOLÁS MARTÍN
AGUSTÍN MONTENEGRO
AUGUSTO APPOLINARI

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

Dr. CARLOS ENRIQUE ARCOCHA
Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Dra. NOEMÍ LIDIA NICOLAU
Dra. MARIANELA FERNÁNDEZ

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica PAULA NAVARRO
NATALIA COMPAGNUCCI
VALERIA TOLOSA
LAURA ROMERO
FLORENCIA JUÁREZ

ÍNDICE

SECCIÓN LIBRE

<i>Lazos de vinculación ante la crisis ambiental,</i> por CLAUDIA ALZUGARAY y ELIANA G. PRIVITERA	13
<i>En defensa del lenguaje inclusivo,</i> por JUAN JOSÉ BENTOLILA	29
<i>Un mandato constitucional incumplido: la autonomía municipal en Santa Fe,</i> por OSCAR M. BLANDO	41
<i>Despliegues del movimiento político feminista: luchas e hitos de un complejo derrotero histórico,</i> por JAVIER HUMBERTO FACCO	57
<i>La interpretación jurídica como adscripción de significado. Más allá de las teorías cognoscitivas,</i> por FRANCO GATTI	79
<i>Las políticas públicas de educación superior en la transición democrática,</i> por GERMÁN E. GERBAUDO	105
<i>“Compliance” laboral: como estrategia empresarial. Un desafío en la actividad empresarial privada peruana,</i> por HANS HUERTA SOLÍS	123
<i>Breves consideraciones sobre la perspectiva de género(s) y el plan de estudios de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho,</i> por MARCELA MANCINI	141
<i>La Argentina moderna frente a epidemias y pandemias,</i> por MARCELO LUIS MARCHIONATTI	159
<i>Sellos: el impuesto sin fecha de vencimiento,</i> por SERGIO H. MÁS VARELA, JUAN P. MARTÍNEZ, FEDERICO ÁVILA y LIONEL ORSO	183
<i>El sistema de responsabilidad civil en el ámbito educativo,</i> por MANDRA A. OCHOTECO	203

<i>“The originalist comeback”: una respuesta originalista a la supremacía de la Constitución Nacional tras la reforma de 1994</i> , por JUAN SEBASTIÁN ORSO.....	221
<i>El acceso al crédito como vía para el desarrollo: alternativas para el financiamiento en la regulación argentina actual</i> , por JOSEFINA PACHECO.....	243
<i>Participación ciudadana en temas de complejidad técnica. La excusa de la pandemia del virus SARS-CoV-2 para retomar (o profundizar) viejos modelos del Estado y la Administración Pública</i> , por ARIEL DAMIÁN STRAPPA.....	259
<i>Dimensiones del control de convencionalidad en la emisión de normas internas</i> , por MARCELO TRUCCO.....	273
<i>La publicidad sexista como expresión de odio hacia las mujeres</i> , por LILIANA AÍDA BEATRIZ URRUTIA.....	293

APORTES DE ESTUDIANTES

<i>Rotulación y etiquetado de alimentos y el derecho a la salud de los consumidores</i> , por YAMILA MILAGROS ALEGRANSA.....	317
<i>A cien años de “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”. Una revisión de las fuentes jurisprudenciales que resolvieron la emergencia económica sin desmedro de la seguridad jurídica</i> , por LUCAS NAVARRO.....	335
<i>Democratizando el ciberespacio: la accesibilidad en la web</i> , por MARCOS A. SEREL.....	357
NORMAS EDITORIALES.....	367

SECCIÓN LIBRE

LAZOS DE VINCULACIÓN ANTE LA CRISIS AMBIENTAL

por CLAUDIA ALZUGARAY¹ y
ELIANA G. PRIVITERA (*ex æquo*)²

El colapso ecológico ya llegó.

MARISTELLA SVAMPA

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Antecedentes. 1.2. Marco teórico. 1.2.1. Análisis de la ley 27.621. 1.3. Desarrollo. 1.4. Objetivos. 2. Materiales y metodología. 3. Resultados. 4. Discusión. 5. Conclusiones. Bibliografía. Sitios web consultados.

Resumen

Este artículo reflexiona sobre la problemática ambiental, un campo de investigación y prácticas abordado por diversas aproximaciones teóricas e instituciones y movimientos sociales. La apertura a nuevas dinámicas desde la sanción en nuestro país de la Ley de Educación Ambiental Integral en 2021, atendiendo a enfoques epistemológicos, metodología y valores, facilita la interacción entre los actores académicos y del ámbito laboral. Es así que a partir de la conjunción de organizaciones sindicales radicadas en la ciudad de Rosario se concretó una experiencia innovadora por la que se produjo el abordaje tanto desde lo académico como desde lo territorial en

¹ Magíster en Manejo y Conservación de los Recursos Naturales. Doctora en Agronomía, Facultad de Ciencias Agrarias, Universidad Nacional de Rosario.

² Analista de Sistemas de Computación. Abogada, Facultad de Derecho, UNR. Profesora Universitaria para la Educación Secundaria y Superior, Facultad de Desarrollo e Investigación Educativos. Diplomada en Estudios Sociales Urbanos, Facultades de Ciencias Políticas y Arquitectura de la UCC. Doctoranda, elaborando tesis de Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho, UNR.

miras a la concientización y desarrollo de políticas educativas transversales a la situación laboral y a los espacios que habitan las personas que participaron de esta experiencia.

Abstract

This article reflects on environmental problems, a field of research and practices addressed by various theoretical approaches and institutions and social movements. The opening to new dynamics since the sanction in our country of the Comprehensive Environmental Education Law in 2021, taking into account epistemological approaches, methodology and values, facilitates interaction between academic and labor actors. Thus, from the conjunction of trade union organizations located in the Rosario city an innovative experience was materialized by which the approach was produced both from the academic and territorial aspects in order to raise awareness and develop educational policies transverse to the employment situation and the spaces inhabited by the people who participated in this experience.

Palabras clave

Ambiente. Trabajo. Educación.

Keywords

Environment. Job. Education.

1. Introducción

1.1. Antecedentes

En la legislación argentina, encontramos el andamiaje normativo que facilita el reconocimiento y ejercicio del derecho a la educación ambiental (EA). Desde nuestra normativa constitucional, artículo 41, Constitución Nacional, la Ley de Educación nacional 26.206 y la Ley General del Ambiente 25.675, artículo 14³.

³ Cabe mencionar que provincias y municipios han legislado al respecto en el ámbito de sus respectivas competencias. Ejemplo de ello, en Santa Fe, Ley 11.717 sobre “Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”.

A nivel internacional, la meta 4.7 de la Agenda 2030 señala el rumbo, reconociendo la importancia de la EA para la consecución de todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible por su carácter transversal y naturaleza interdisciplinaria. Asimismo, acuerdos internacionales como la Carta de Belgrado y la Declaración de Tbilisi sobre la EA fundamentan tal perspectiva. En los últimos años, varios proyectos de ley sobre la materia se ventilaron en el Parlamento argentino, mas no habían obtenido aprobación legislativa.

Atendiendo que, en Argentina, en estas últimas décadas, se agudizaron y ampliaron las problemáticas ambientales⁴, su dimensión social y cultural se presentó como derivada directa de su dimensión física.

La presencia de las demandas ambientalistas⁵ originó movimientos que se ligaron fuertemente en la construcción de percepción, significación y reconocimiento público de la necesidad de una normativa específica sobre educación ambiental, desarrollándose mecanismos participativos por los cuales se construyó un significado colectivo especial, que los hace surgir en el escenario público como conflicto⁶.

Ello así, tras convocantes y arduos debates, se llega a la sanción legislativa de la ley 27.621 –Ley de Educación Ambiental Integral (LEAI) en la República Argentina–, contando con el apoyo ministerial de las áreas involucradas –Educación y Ambiente y Desarrollo Sostenible–, y recibida auspiciosamente por la sociedad.

⁴ Tan sólo por citar ejemplos: incendios, humedales, bosques, agroquímicos... y puede seguirse la lista.

⁵ Es que el sufrimiento ambiental hace sentido en tanto experiencia individual, ya que el padecimiento es parte de lo vivenciado por el cuerpo, pero a la vez es social ya que las situaciones de sufrimiento son construcciones colectivas ancladas en contextos relacionales y discursivos que moldean culturalmente las formas en las que los actores viven y entienden su dolor y las causas que lo producen (AUYERO, J. y SWISTUN, D., “The social production of toxic uncertainty”, en *American Sociological Review*, vol. 73, núm. 3, ps. 357-379; disponible en <https://doi.org/10.1177/000312240807300301>, del 20-2-2022).

⁶ LEZAMA, J., “El medio ambiente como construcción social: reflexiones sobre la contaminación del aire en la Ciudad de México”, en *Estudios Sociológicos*, vol. 19, núm. 2, México, 2001, ps. 325-338.

1.2. *Marco teórico*

1.2.1. *Análisis de la ley 27.621*⁷

Nos proponemos recorrer sucintamente el diseño de la norma en las aristas más sobresalientes y que posibilitan la actuación mancomunada de la ciudadanía en sus diversas formas, se sientan normas de carácter programático, entre ellas la materia que regula definiciones, principios y objetivos, amplios e inclusivos. Por su parte, encontramos frondosas normas orgánicas que delinear la creación de organismos, sus ámbitos de competencia y sus funciones.

Se comienza el articulado estableciendo el derecho a la educación ambiental integral (EAI) como política pública nacional (art. 1º), definiéndosela como “...un proceso educativo permanente con contenidos temáticos específicos y transversales, que tiene como propósito general la formación de una conciencia ambiental, a la que articulan e impulsan procesos educativos integrales orientados a la construcción de una racionalidad, en la cual distintos conocimientos, saberes, valores y prácticas confluyan y aporten a la formación ciudadana y al ejercicio del derecho a un ambiente sano, digno y diverso...” (art. 2º).

En el artículo 3º se sientan los principios en que ha de fundamentarse la EA, entre ellos: a) Abordaje interpretativo y holístico; b) respeto y valor de la biodiversidad; c) principio de equidad; d) principio de igualdad desde el enfoque de género; e) reconocimiento de la diversidad cultural; f) participación y formación ciudadana, y g) el cuidado del patrimonio natural y cultural.

Como instrumento de la política educativa ambiental, se diseña la Estrategia Nacional de Educación Ambiental Integral (ENEAI): “...es el instrumento de planificación estratégica y de la aplicación de una política pública nacional permanente y concertada que alcance a todos los ámbitos formales y no formales de la educación, de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) y medios de comunicación. Está dirigida a todas las edades, grupos y sectores sociales, con el fin de territorializar la educación ambiental mediante acciones en el corto, mediano y largo plazo”.

⁷ Fecha: B. O. del 3-6-2021.

Es de destacarse que se sienta la Estrategia Nacional para la Sustentabilidad en las Universidades Argentinas (ENSUA), como parte de la ENEAI, y “...tiene como objetivo promover la gestión en las universidades públicas y privadas de todo el territorio nacional, a los fines de que dichas instituciones tengan herramientas para *decidir* incorporar la dimensión ambiental en todos los ámbitos que hacen a la vida universitaria, desde lo curricular a la gestión edilicia, la extensión y la investigación, con miras a la construcción de una cultura ambiental universitaria”⁸.

Afianzando el compromiso con el planeta en toda la sociedad, cada jurisdicción deberá promover una acción comunitaria en la que se fomente el “compromiso ambiental intergeneracional”, en el cual las personas tengan la oportunidad de establecer un pacto de responsabilidad también con las generaciones sucesivas, en conformidad a las directrices constitucionales. Es por ello que cada jurisdicción dispondrá la modalidad de implementación en la agenda educativa de al menos una jornada o espacio de mejora institucional dedicado a la educación ambiental y dará debida difusión sobre la actividad y sus participantes.

La ley establece que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación, las jurisdicciones provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Consejo Federal de Medio Ambiente (Cofema) tendrán la facultad de implementar la ENEAI y las EJEAI en el ámbito de la educación no formal, TIC y medios de comunicación. Asimismo, el Ministerio de Educación de la Nación, en articulación con el Consejo Federal de Educación (CFE), tendrá la facultad para implementar la ENEAI y las EJEAI en los ámbitos de la educación formal, no formal, TIC y medios de comunicación.

Resulta relevante mencionar que en el artículo 15 se facilita la participación ciudadana en el Consejo Consultivo, acogiendo a representantes de las siguientes entidades, a saber: organizaciones de segundo grado representativas de pueblos indígenas; organizaciones gremiales docentes de la educación pública, privada y técnica con reco-

⁸ A mayor abundamiento, véase Sustainable Development Solutions Network (SDSN), “Accelerating Education for the SDGs in Universities: A guide for universities, colleges, and tertiary and higher education institutions”, en Bit, disponible en <https://bit.ly/3qOEz5R>, del 21-2-2022.

nocimiento nacional; representantes del sector estudiantil y juvenil; representantes del sector científico nacional y de las distintas jurisdicciones; representantes de las universidades nacionales; representantes de universidades privadas; representantes de guardaparques del sector público (nacional y provincial); representantes de guardaparques del sector privado; representantes de las organizaciones de recicladores y recicladoras y representantes de organizaciones de la sociedad civil con probado interés en la educación ambiental. Asimismo, se considera que “La representatividad de los y las integrantes del Consejo Consultivo atenderá los consensos previos surgidos en sus respectivos sectores” (art. 17).

Interesa lo normado en su artículo 24, en cuanto ordena a la autoridad de aplicación garantizar en todas las políticas, acuerdos y acciones derivados de la ley el respeto de los derechos establecidos en el marco legal creado por la ley 25.831, Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, y el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Escazú), aprobado por ley 27.566.

Se atiende a la adecuación de la Ley 26.206 de Educación Nacional, incorporándose en su artículo 92 el inciso g: “La toma de conciencia de la importancia del ambiente, la biodiversidad y los recursos naturales, su respeto, conservación, preservación y prevención de los daños, en concordancia con el artículo 41 de la Constitución Nacional, ley 25.675 y leyes especiales en la materia y convenios internacionales sobre el ambiente”.

Asimismo, atento al andamiaje institucional argentino y las propias delimitaciones constitucionales en materia ambiental, no podemos dejar de mencionar las iniciativas en nuestra provincia en la temática que, a la actualidad, encuentran diversas iniciativas del arco político y estado parlamentario, a saber:

- Expediente 45.653, Proyecto de Ley, de Mónica Peralta, del 8 de noviembre de 2021. Estado: en Comisión, por el cual se adhiere la Provincia de Santa Fe a la Ley nacional de Educación Ambiental Integral 27.621, que establece el derecho a la educación ambiental integral como una política pública nacional (GEN-FPCS).

- Expediente 44.416, Proyecto de Ley, de Claudia Balagué, del 20 de julio de 2021. Estado: en Comisión, por el cual se establece garantizar y regular el derecho a la educación ambiental integral para la formación de personas reflexivas, críticas, participativas y democráticas en la construcción comunitaria social, intercultural y ética basada en el ejercicio del derecho a un ambiente sano, digno y diverso (FP-PS).
- Expediente 43.754, Proyecto de Ley, de Cesira Arcando, del 4 de junio de 2021. Estado: en Comisión, por el cual se crea en el Ejecutivo provincial la coordinación ejecutiva de la estrategia jurisdiccional de educación ambiental integral (CEJEAI), conforme lo dispone la ley nacional 27.621 (FE-Juntos por el Cambio).
- Expediente 43.461, Comunicación, de Natalia Armas Belavi, del 18 de mayo de 2021. Estado: en Comisión, por lo cual se solicita disponga informar la implementación de educación ambiental en la currícula de los niveles primario, medio, terciario y superior (Somos Vida y Familia).
- Expediente 43.383, Proyecto de Ley, de Lucila María De Ponti, del 17 de mayo de 2021. Estado: en Comisión, por el cual adhiere la Provincia de Santa Fe a la Ley nacional de Educación Ambiental Integral, cuyo objeto es definir la política de educación ambiental (PJ).
- Expediente 42.728, Proyecto de Ley, de Carlos Del Frade, del 5 de abril de 2021. Estado: en Comisión, por el cual se establece el derecho a la educación ambiental integral como una política pública provincial (FSP-Ciudad Futura).
- Expediente 40.652, Proyecto de Ley, de Leandro Busatto, del 14 de octubre de 2020. Estado: en Comisión, por el cual se establece regular el derecho del estudiantado de la provincia a una educación ambiental en todos los niveles y modalidades del sistema educativo (PJ).
- Expediente 37.611, Proyecto de Ley, de Carlos Del Frade, del 26 de febrero de 2020. Estado: en Comisión, por el cual se incorpora en el nivel primario la agroecología y la educación am-

biental como enfoque curricular y perspectiva en los proyectos educativos, especialmente en las escuelas rurales (FSP-CF).

- Expediente 36.812, Proyecto de Ley 13.924, de Omar Martínez, del 5 de septiembre de 2019, promulgado (FT), por el cual se establece implementar políticas públicas de educación ambiental para los agentes y funcionarios en todos los estamentos del Estado santafesino (FP-PS).

1.3. *Desarrollo*

Asumiendo las posibilidades que sienta la LEAI en su articulado, los acercamientos previos entre diversos colectivos sociales involucrados en la problemática ambiental es que se propuso organizar un primer curso sobre Ambiente, Salud y Trabajo, diseñado e implementado sobre la base de los aportes de distintas entidades sindicales con sede en la ciudad de Rosario, a saber: COAD, Amsafe Rosario⁹, Siprus, Municipales, ATE, Prensa, Bancarios y Jaboneros (Villa Gobernador Gálvez).

Entre los objetivos del curso se trazaron: a) Ubicar al ser humano como componente de los sistemas naturales que integra con la capacidad de cambiar el entorno para su usufructo; b) presentar una visión global de la presión humana sobre el ambiente y sus implicancias en el mundo del trabajo; c) integrar las miradas ecológica, cultural, económica, legal, en la búsqueda de alternativas para la solución de los problemas generados por el uso irracional y extractivo del gran capital.

1.4. *Objetivos*

Las devoluciones efectuadas por los asistentes al curso se constituyeron en insumos sumamente útiles, que permitieron como objetivo último del presente trabajo elaborar un perfil de su ideario ambiental, sus opiniones respecto de la educación ambiental y de las acciones a efectuar en los tiempos que transita la sociedad actual.

⁹ En particular, agradecemos a los profesores Gustavo Teres y Gladys Rubinich por su acompañamiento durante el desarrollo del curso.

2. Materiales y metodología

El curso fue dirigido a docentes de todos los niveles, estudiantes, graduados de institutos de educación superior y universidades y delegados sindicales. Se desarrolló a lo largo de ocho encuentros y se expusieron problemas ambientales globales y regionales ocasionados por la sobreexplotación de los ecosistemas y cómo impactan en la sociedad. En los trabajadores, dicho impacto se traduce en problemas de salud asociados a las formas de producción. En cuanto a la metodología de implementación, los encuentros se realizaron de manera virtual, permitiendo un nutrido intercambio entre expositores y asistentes. Se realizaron trabajos teóricos-prácticos a medida que avanzó el desarrollo de la cursada. Finalmente se solicitó la entrega de un trabajo final escrito para quienes deseaban acreditarlo.

Cabe mencionarse que, como docentes del curso, se nos presentó un gran desafío al encontrarnos con diversas miradas y necesidades entre los asistentes. Es por ello que se atendió a través de la indagación entre los participantes, con preguntas tanto abiertas como cerradas, acerca del concepto de ambiente, las esferas que lo componen, los paradigmas ambientales existentes, así como sobre la percepción del ambiente laboral, si existe una mirada crítica al respecto y las afecciones provocadas por la dinámica y la presión de trabajo. Asimismo, se escudriñó respecto de las acciones concretas para mejorar o cambiar determinado problema ambiental, que como trabajadores han realizado en sus respectivos ámbitos laborales¹⁰.

Los trabajos escritos invitaron a la reflexión, revisión de las prácticas cotidianas y elaboración de las propias posturas sobre la cuestión

¹⁰ Detalle de los interrogantes planteados a los cursantes, que sirvieron de insumos:

1. Busca una imagen que represente tu concepto de ambiente.
2. ¿Qué esferas ambientales pudiste reconocer en tu ambiente de trabajo o estudio?
3. Enumerar o enunciar los elementos que componen tu ambiente de trabajo o estudio.
4. ¿Tenés una mirada crítica sobre tu ámbito de trabajo? ¿Naturalizás situaciones que lesionan tu salud? ¿Qué afecciones son posibles reconocer producto de dichas situaciones?
5. ¿Qué acciones concretas podemos poner en práctica en nuestros lugares de trabajo o en nuestro hábitat que impliquen una mejora ambiental?

ambiental. Las respuestas se volcaron a una planilla de Excel y se obtuvo una descripción porcentual de las mismas.

3. Resultados

De los asistentes al curso cumplieron con las diversas instancias evaluativas parciales 43 personas. La edad de los mismos mayormente osciló entre 25 y 35 años (61.36%); el 31,81% de 36 a 45 años. En lo que refiere al género, la mayor concurrencia fue de mujeres: 64.86%; en tanto el 38.63% fueron hombres. Respecto a su profesión u oficio, la mayor concurrencia fue de docentes sindicalizados en sus diversos niveles y modalidades, alcanzando el 70,45%, en tanto que el resto de los asistentes –29,54%– estaban enrolados en diversas entidades sindicales.

Del análisis de las imágenes solicitadas que representan el concepto de ambiente se obtuvieron cinco tipos de agrupaciones comunes (además de un 16% que no contestó).

El paisaje no intervenido o natural, en donde no se observan construcciones ni artefactos humanos, 21%. El ambiente de trabajo (escuela, fábrica, hospital), 7%. El paisaje urbano, 12%. Imágenes que interpelan a las actividades humanas que generan impactos ambientales negativos, 30%, e imágenes de un mundo idealizado, 14%.

La segunda pregunta requirió de una lectura de todos los elementos ambientales que pudieron describir y reconocer las esferas ambientales que los contienen. Excepto un 9% que no contestó a la consigna, el resto pudo reconocer la biosfera, la antroposfera y la litosfera como generalizaciones. Aunque también apareció la tecnosfera despegada de la antroposfera, con entidad por sí misma. La tercera pregunta que se desprendió de las esferas ambientales y de los elementos descriptos dio indicios de las ideas previas o subyacentes en las que lo biótico no incluye a los seres humanos; en este caso un 35% de las respuestas excluye a los humanos del ambiente, no considerándolos dentro de la biosfera, un 58% los incluye y un 7% no contesta.

Respecto del ámbito laboral y si el trabajador percibe dificultades reales que afectan su desempeño, un 44% no contestó, un 42% percibió problemas y los describió minuciosamente y un 14% dijo que su ambiente de trabajo era adecuado.

Las afecciones detectadas en general fueron entendidas como consecuencia directa de la precariedad laboral, del estrés y del poco espacio para el desempeño de las tareas. Éstas fueron: contaminación acústica como una de las principales molestias, escasos o nulos espacios verdes, falta de ventilación y de limpieza, largas distancias para llegar al lugar de trabajo. Estas condiciones terminan produciendo enfermedades respiratorias, afecciones psicológicas, exceso de esfuerzo físico, problemas musculoesqueléticos, hipertensión arterial, problemas auditivos, estrés crónico y otras afecciones.

En cuanto a las acciones posibles ante la diversidad de problemas ambientales un 63% considera a la educación ambiental como una herramienta de significativo valor social, tanto la que puedan recibir como la que puedan ofrecer, en particular los docentes. A esta valoración se le sumaría un 14% de respuestas que consideran que las capacitaciones respecto de educación ambiental las deben realizar las instituciones (empresas, escuelas, hospitales) tanto de la órbita estatal como privada.

Los proyectos educativos institucionales (PEI) son considerados por los docentes como una oportunidad para llevar adelante políticas educativas relevantes (32%).

Existen opciones que podrían considerarse de iniciativa individual, éstas son las tres R: reducir, reciclar, reutilizar (63%); el cambio de hábitos (79%), entendiéndose como tal a la disminución de los consumos de agua, energía y transporte basado en combustibles fósiles, de comida “chatarra” y el consumir de modo consciente. La separación de residuos (49%), el compostaje (26%), la plantación de árboles (26%), la instalación de huertas (32%), la realización de actividades culturales y artísticas y la participación en movilizaciones junto a las organizaciones ambientalistas, en ambos casos con un 9%.

4. Discusión

Las edades nos indican un grupo etario de jóvenes y adultos jóvenes interesados en la temática, probablemente porque son los que más perciben los problemas ambientales ya que han recibido cierta educación ambiental en sus trayectorias escolares y académicas¹¹. Por otro

¹¹ CASA, M.; CUSI, L. y VILCA, L., “Percepciones sobre contaminación am-

lado, la mayoría manifestó ser docentes y hemos observado que valoran la educación ambiental y la posibilidad de implementar proyectos educativos institucionales con dicha temática.

Al interpretar y estudiar el significado que los propios actores les asignan a sus prácticas, vemos cómo las imágenes elegidas por quienes contestaron la consigna nos muestran dos grupos bien definidos. El mayoritario ve al ambiente intervenido por las acciones humanas (49%), mientras que un 35% considera al ambiente como un ideal a alcanzar en el cual o no están las personas o están en perfecta armonía y equilibrio. Cabe notar que a su vez un 35% de las respuestas del ítem 2 excluye a las personas como elementos bióticos del sistema. Esta última respuesta se inscribe dentro del paradigma ambiental antropocentrista¹², dominante aún en la sociedad. Sin embargo, casi la mitad de las respuestas dan cuenta de un cambio conceptual fundamental realizado en estos últimos años, sobre todo por docentes¹³ y trabajadores jóvenes de otras áreas. Ellos coinciden además en la mirada crítica dentro de sus ámbitos laborales, observando problemas ambientales al interior de sus espacios de trabajo y como generadores de problemas de salud.

Un apartado interesante respecto de las condiciones de ambiente y salud laboral y considerando que la mayoría de los asistentes está sindicalizado es que existe una paridad entre los que prefieren no contestar acerca de la propia mirada crítica y los que dicen tenerla. Probablemente se deba al desconocimiento que poseen los trabajadores de normas o legislación existente (Ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo y legislación específica por actividad¹⁴) y que nunca se hayan cuestio-

bional y actitudes en estudiantes universitarios”, en *Revista Innova Educación*, vol. 1, núm. 3; disponible en <https://doi.org/10.35622/j.rie.2019.03>, 2019, ps. 391-399.

¹² REBORATTI, C., “Ambiente y sociedad. Conceptos y relaciones”, Ariel, Buenos Aires, 2000, ps. 7-27.

¹³ GALANO, C.; LEFF, E.; ELIZALDE, A.; CARIDE, J. A. y PRIOTTI, G., “Política y educación ambiental: el proceso educativo y la construcción de sustentabilidad”, en VI Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Buenos Aires, 2009, ps. 19-32.

¹⁴ “Normativas de promoción de la salud y seguridad laboral en la Provincia de Santa Fe”, en Santa Fe, <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/143070/703370/file/Normativas%20de%20promoci%C3%B3n%20de%20la%20salud%20y%20seguridad%20laboral%20en%20la%20provincia%20de%20santa%20fe.pdf>, del 20-2-2022.

nado el derecho a un ambiente sano en sus lugares de trabajo. Quienes sí dicen tener autoconsciencia de esta temática expresan mayormente que prefieren no hablar del tema debido a la necesidad de asegurar su sueldo ante el posible malestar de directivos o gerentes.

Siguiendo con el análisis, se rescata que las posibles acciones descritas hacia una mejora de la crisis ambiental nos muestran que tanto las acciones individuales como colectivas, y estas últimas sobre todo que emanen de instituciones, son vistas como alternativas válidas hacia un mejoramiento de la crisis ambiental actual.

Asimismo, las alternativas individuales reflejan inquietudes que surgen de una vida urbana en ciudades o pueblos que evidencian el grave problema del destino final de los residuos y la falta de iniciativas de los distintos Estados (nacional, provincial o municipal) para enfrentar una salida que contemple la educación de los habitantes y sus cambios de hábitos. Las huertas agroecológicas revelan el impacto que ha tenido la creación en la ciudad de Rosario¹⁵ y en localidades periféricas, de un sistema de producción de alimentos alternativo, que requiere en forma excluyente el compostaje.

Esto demuestra que las políticas públicas luego se ven reflejadas en las posibles acciones o propuestas individuales o de colectivos independientes del Estado que son mencionadas como necesarias¹⁶.

5. Conclusiones

Rememorando a Leff: “Con la crisis ambiental emerge una nueva *episteme* ecológica que se va decantando en diferentes paradigmas del conocimiento y disciplinas científicas. De allí emerge una ecología humana, que pretende abarcar una multiplicidad de procesos sociales relacionados con procesos naturales desde una visión ecológica integradora”¹⁷. Es que consideramos que, sin puntos de convergencia entre

¹⁵ Programa Agricultura Urbana, Rosario, en Agriurbana, <https://www.agriurbanarosario.com.ar/>, del 19-2-2022.

¹⁶ REBORATTI, op. cit., ps. 222-241.

¹⁷ LEFF, E., “Sustentabilidad y racionalidad ambiental: hacia otro programa de sociología ambiental”, en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 73, núm. 1, 2011.

la Academia y el quehacer social, no lograremos afrontar la crisis ambiental que nos impele actualmente.

La labor profesional de los participantes del curso, tanto en su rol docente como participante, se vio notablemente enriquecida con las perspectivas abordadas desde la territorialidad, el diálogo entre generaciones y actividades laborales en miras a la generación de relaciones simétricas entre los participantes a efectos de habilitar el diseño y acompañamiento en actividades colaborativas.

Resaltamos que “...la emergencia de nuevas estructuras de participación [...] se refleja en la tendencia a crear estructuras flexibles, no jerárquicas [...] proclives al horizontalismo y la profundización de la democracia interna...”¹⁸, y facilitan la reflexión sobre las problemáticas ambientales y la coconstrucción de alternativas situadas.

Desde el colectivo sindical celebramos que la exigencia social sobre el establecimiento de una política de educación ambiental integral, inclusiva y participativa encuentre encuadre normativo, reconociéndose el conocimiento comunitario y la participación ciudadana, posibilitándose tanto los nuevos formatos de intercambio entre conocimiento y praxis, como de actuación social en miras a la tutela del ambiente, ya que “Los grupos de justicia ambiental reclaman un ‘lugar en la mesa’ y el derecho de «hablar por nosotros mismos»”¹⁹.

Bibliografía

BERGER, Mauricio, “Afectados ambientales: hacia una conceptualización en el contexto de luchas por el reconocimiento”, en *Debates en Sociología* (núm. 42), 2016. ps. 31-53.

CASA, Manuela; CUSI, Luz y VILCA, Lina, “Percepciones sobre contaminación ambiental y actitudes en estudiantes universitarios”, en *Revista In-nova Educación*, vol. 1 (núm. 3); disponible en <https://doi.org/10.35622/j.rie.2019.03>, 2019, ps. 391-399.

¹⁸ SVAMPA, M., “Cambio de época. Movimientos sociales y poder político”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p. 99.

¹⁹ BERGER, M., “Afectados ambientales: hacia una conceptualización en el contexto de luchas por el reconocimiento”, en *Debates en Sociología*, núm. 42, 2016, ps. 31-53.

GALANO, Carlos; LEFF, Enrique; ELIZALDE, Antonio; CARIDE, José A. y PRIOTTI, Guillermo, “Política y educación ambiental: el proceso educativo y la construcción de sustentabilidad”, en VI Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, Buenos Aires, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2009, ps. 19-32.

LEFF, Enrique, “Sustentabilidad y racionalidad ambiental: hacia otro programa de sociología ambiental”, en Revista Mexicana de Sociología, vol. 73 (núm. 1), 2011, ps. 5:46.

LEZAMA, José, “El medio ambiente como construcción social: reflexiones sobre la contaminación del aire en la Ciudad de México”, en Estudios Sociológicos, vol. 19 (núm. 2), México, 2001, ps. 325-338.

REBORATTI, Carlos, “Ambiente y sociedad. Conceptos y relaciones”, Buenos Aires, Ariel, 2000.

SVAMPA, Maristella, “Cambio de época. Movimientos sociales y poder político”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.

Sitios web consultados

AUYERO, Javier y SWISTUN, Débora, “The social production of toxic uncertainty”, en American Sociological Review, vol. 73 (núm. 3), 2008, ps. 357-379; disponible en <https://doi.org/10.1177/000312240807300301>, del 20-2-2022.

<https://www.boletinoficial.gob.ar/>, del 20-2-2022.

<https://www.santafe.gob.ar/boletinoficial/>, del 20-2-2022.

“Normativas de promoción de la salud y seguridad laboral en la Provincia de Santa Fe”, en Santa Fe, <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/143070/703370/file/Normativas%20de%20promoci%C3%B3n%20de%20la%20salud%20y%20seguridad%20laboral%20en%20la%20provincia%20de%20santa%20fe.pdf>, del 20-2-2022.

Programa Agricultura Urbana, Rosario, en Agriurbana, <https://www.agriurbanosario.com.ar/>, del 19-2-2022.

Sustainable Development Solutions Network (SDSN), “Accelerating Education for the SDGs in Universities: A guide for universities, colleges, and tertiary and higher education institutions”, en Bit, <https://bit.ly/3qOEz5R>, del 21-2-2022.

EN DEFENSA DEL LENGUAJE INCLUSIVO

por JUAN JOSÉ BENTOLILA*

Resumen

En este trabajo expongo la posición que sostuve en el tratamiento de un proyecto para permitir la utilización del lenguaje inclusivo y no sexista, presentado en el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Para fundarla, decidí recurrir al argumento historicista que vincula el Derecho con el lenguaje y reproducir los debates acerca de su origen planificado o espontáneo (lo que conduce a evidenciar la oposición entre el iluminismo racionalista y el historicismo). A partir de allí, busqué analizar el papel de las academias y de las universidades en la construcción de las lenguas.

Finalmente, propuse volver a recorrer senderos ya desarrollados por la Filosofía del Derecho, con énfasis en la filosofía del lenguaje, pero aplicándolos ahora a la interpretación de las posiciones enfrentadas en esta polémica, con la esperanza de que este proceder enriquezca el análisis.

Abstract

In this paper I present the position I held in the developing of a project to allow the use of inclusive and non-sexist language, presented at the Directive Board of the School of Law of the National University of Rosario.

* Profesor titular de Filosofía del Derecho y consejero directivo por el Claustro Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

To found it, I decided to resort to the historicist argument that links Law with language and reproduce the debates about its planned or spontaneous origin (which leads to show the opposition between rationalist enlightenment and historicism). From there, I sought to analyze the role of academies and universities in the construction of languages.

Finally, I proposed to retrace paths already developed by the Philosophy of Law, with emphasis on the philosophy of language, but applying them now to the interpretation of the opposing positions in this controversy, hoping that this procedure will enrich the analysis.

Palabras clave

Filosofía. Derecho. Lenguaje inclusivo.

Keywords

Philosophy. Law. Inclusive language.

Comenzaba el siglo XIX y Alemania era un territorio dividido en múltiples Estados, con un variado panorama jurídico: en algunos sectores regía aquel Derecho Romano que el emperador Justiniano había sistematizado alrededor del año 528 (ahora frecuentemente forzado a fin de adecuarlo a circunstancias para las que no había sido pensado), en otros se aplicaba el Derecho territorial prusiano de 1794¹, y allí donde había llegado la dominación napoleónica, se imponía el Código Civil francés de 1804.

Producida la liberación, dos alemanes de apellido francés polemizaron sobre la conveniencia de dictar un Código Civil único para toda Alemania².

Uno de ellos se llamó Anton Thibaut y para 1814 avaló explíci-

¹ A partir de 1803 diremos, mejor, *Código* prusiano, en función de la supresión del recurso a la comisión legislativa en caso de laguna.

² P. v. CIURO CALDANI, M. Á., “Aportes iusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología jurídica. Lecciones de historia de la Filosofía del Derecho. La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas)”, Zeus, Rosario, 2007, ps. 280 y ss.; del mismo autor, “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (historia)”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2003, ps. 96 y ss.; SOLARI, G., “Filosofía del Derecho Privado”, Depalma, Buenos Aires, 1950, t. II (*La idea social*), ps. 281 y ss.

tamente tal propuesta³. Asumía que, recurriendo a la razón, el legislador podría planificar una normativa coherente y sistemática, cuya aplicación lograría uniformar las costumbres del pueblo (lo que favorecería, por cierto, la unificación política).

Federico Carlos de Savigny, a su turno, discrepó con esa idea⁴. Señalaba que el Derecho no es un producto de la *razón*, sino del “espíritu del pueblo” (el *volksgeist*)⁵ que se manifiesta espontáneamente en la historia a través de la costumbre. En tal sentido, destacó la semejanza entre el Derecho y el lenguaje: ambos eran la exteriorización de un fenómeno profundo, colectivo e histórico, y no algo impuesto por el arbitrio de un legislador⁶.

El Código Civil alemán recién obtuvo sanción en 1896, aunque no deduzcan por eso que Savigny venció la contienda. Posiblemente menos haya pesado su opinión que la incapacidad de las diversas regiones alemanas para ponerse de acuerdo.

Este debate evidenciaba, en realidad, la oposición entre dos movimientos culturales mucho más amplios: el *Iluminismo* (vinculado a Francia, que entronizaba la razón) y el *Romanticismo*⁷ (de origen germánico, que optaba por la historia)⁸.

³ THIBAUT, A., “Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania”, trad. de J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1970.

⁴ SAVIGNY, F. K. v., “De la vocación de nuestra época para la legislación y la Ciencia del Derecho”, trad. de J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1970. Hegel afirmó que esta obra era un insulto para la Nación.

⁵ Fue Georg Friedrich von Puchta quien introdujo el concepto de *volksgeist* (común en la cultura de la época) en la Escuela Histórica.

⁶ Sin embargo, sabedor del carácter frecuentemente indeterminado de la costumbre, para brindar seguridad propuso que la ley la auxiliara, receptando y explicitando ese mandato del pueblo.

⁷ Constituyó una reacción de las manifestaciones populares nacionales contra el universalismo del racionalismo iluminista. Al respecto p. c. FASSÒ, G., “Historia de la Filosofía del Derecho”, trad. de J. F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 1996, t. III (*Siglos XIX y XX*), ps. 43 y ss.; LAMANNA, E. P., “Historia de la Filosofía”, trad. de O. Caletti y F. Mazía, Hachette, Buenos Aires, 1969, t. IV (*La Filosofía del siglo XIX*), ps. 9 y ss.; RUSSELL, B., “Historia de la Filosofía”, trad. de J. Gómez de la Serna y A. Dorta, RBA Coleccionables, Madrid, 2005, ps. 729 y ss. La Escuela Histórica, a la que Savigny pertenecía, era la manifestación jurídica del movimiento romántico.

⁸ En Argentina existió un enfrentamiento parecido entre Dalmacio Vélez Sársfield

Se trató de corrientes que protagonizaron diálogos muy tensos (tanto la Revolución francesa de 1789 como la rusa de 1917, por ejemplo, pueden leerse como “asaltos” relativamente exitosos de la razón a la historia: en ambos casos se recurrió a la legislación para abrogar “en bloque” las antiguas costumbres⁹) y, en ocasiones, también algo ingenuos (luego de la Primera Guerra Mundial, por ejemplo, Atatürk introdujo el Derecho suizo en Turquía confiando en que con ello lograría europeizarla)¹⁰.

Pues bien, la lengua está atravesada por este conflicto.

Por supuesto que, recurriendo a la razón, pueden planificarse las llamadas lenguas *artificiales* (el esperanto, las de programación, las ficcionales como el *klíngon* hablado por algún personaje de la serie *Star Trek* o las de quienes habitan la Tierra Media soñada por Tolkien), que admiten cierto diseño individual (al menos inicialmente, con progresiva disminución en caso de difundirse socialmente su uso). Pero debo señalarles que la respuesta no es tan clara si la pensamos con relación a los lenguajes *naturales*¹¹ (tales como el español, el inglés, el francés, etc.).

Es que *¿puede planificarse un lenguaje natural?*

Hay quienes, con afinidad historicista, nos responderán negativamente, indicándonos que el lenguaje no es el invento de un “legislador lingüístico”, sino un producto colectivo y espontáneo que, por definición, se resiste a ser planificado (piensen que, si se dictara una norma que obligara, a partir de hoy, a hablar alemán en Argentina, proba-

(más cercano al racionalismo) y Juan Bautista Alberdi (más afín a la Escuela Histórica por la influencia de la obra de Jean-Louis-Eugène Lerminier).

⁹ BORDA, G. A., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, 10ª ed. act., Perrot, Buenos Aires, 1991, t. I, ps. 46 y ss.

¹⁰ Se trata de un caso de ordenamiento normativo infiel (cf. GOLDSCHMIDT, W., “Introducción filosófica al Derecho. La teoría tripartita del mundo jurídico y sus horizontes”, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 324). Por el contrario, consciente de que el Código Civil no iba a alcanzar por sí solo para modificar la realidad argentina, Sarmiento puso especial énfasis en el diseño del sistema educativo.

¹¹ No me convence aplicar ese calificativo al lenguaje y sólo lo consigno por su generalizada admisión. Me he ocupado de su ambigüedad en “¿Qué se quiere decir cuando se dice ‘naturaleza’?”, en *La Ley Supl. Actualidad* del 16 y 18 de diciembre de 2003, ps. 2 y ss.

blemente verificaríamos un alto índice de desobediencia). Por ello, desde esta posición nos propondrán concebir al diccionario como un reflejo de *cómo hablamos* las personas¹².

Por el contrario, quienes se perciban más cerca del Iluminismo entenderán que nada impide que las lenguas naturales se planifiquen racionalmente. Así, asumirán que el diccionario no indica *cómo hablamos*, sino *cómo debemos hablar*.

A mediados de 2020 se presentó una propuesta¹³ al Consejo Directivo de nuestra Facultad de Derecho, promoviendo la adhesión a una resolución del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario¹⁴, que oportunamente facultó a utilizar, en las producciones escritas y orales realizadas por integrantes de los cuatro claustros, expresiones inclusivas y no sexistas, habilitando también su empleo en la comunicación institucional, administrativa y de gestión.

Admito mi sesgo de confirmación, por el cual frecuentemente tiendo a universalizar las convicciones propias que considero razonables. Honestamente, pensaba que el trámite de aprobación sería ágil y breve. Varias premisas apoyaban mi conjetura: se trataba de una norma redundante (replicaba otra que ya estaba vigente para un ámbito más extenso que la comprendía) que, adicionalmente, *permitía* (esto es, no prohibía ni obligaba), en un marco cultural general como el nuestro que reivindica (no se me escapa que, a veces, con más entusiasmo desde lo discursivo que desde lo fáctico) los derechos de las mujeres y de las disidencias sexuales y, finalmente, múltiples unidades académicas ya habían aprobado normas análogas¹⁵.

¹² Con análogo papel clarificador al asignado por la Escuela Histórica a la ley.

¹³ A instancias de la Secretaría de Derechos Humanos, Políticas de Género y Diversidad y el Procedimiento de atención de situaciones de violencia sexual y discriminación basada en el género ocurridas en la Facultad de Derecho, mereció sanción por resolución CD 346/2020.

¹⁴ Resolución CS 662/2019.

¹⁵ Así, las Universidades Nacionales de Río Negro, San Martín, Comahue, Córdoba, Avellaneda, General Sarmiento y Mar del Plata. En nuestra Universidad Nacional de Rosario, las Facultades de Ciencias Exactas, Ingeniería y Agrimensura, Psicología, Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Ciencias Bioquímicas y Farmacéuticas y el Instituto Politécnico Superior.

Sin embargo, estaba equivocado. Apenas abierto el espacio de debate, se nos presentó el límite de la Real Academia Española¹⁶.

Persiguiendo la unidad idiomática, esta institución fue producto del Iluminismo racionalista¹⁷. Nacida en el año 1713, se inspiró en la Academia Francesa (fundada en 1635 por el cardenal Richelieu). Como era esperable, alcanzó enseguida el apoyo y la protección del rey Felipe V, “el animoso”, primer representante de la dinastía francesa de Borbón que accedió al trono de España.

Ahora bien, *¿cuán indispensable es una Academia?*

Si bien toda reflexión acerca del inicio del lenguaje es, necesariamente, pura hipótesis, me siento más cómodo pensando que nuestra especie primero *habló* y, sólo luego, *emitió las reglas para hacerlo*. Es probable que inclusive las fuéramos construyendo *a medida que hablábamos*. Es decir, en términos ideales, una lengua es pensable sin Academia.

Pero esa conclusión lógica también se verifica en la realidad. Fíjense que, en la empirista Inglaterra, en donde el racionalismo no logró calar hondo¹⁸, no existe Academia, y eso no le impide al idioma inglés ocupar el lugar que otrora fuera dominio exclusivo del latín.

Es claro que no estoy negando las ventajas de contar con una Academia (personalmente consulto su Diccionario con frecuencia), sólo señalo que no es un recaudo insoslayable.

La dinámica democrática que impera en el Consejo Directivo de nuestra Facultad me ha enseñado a revisar con frecuencia la solidez de mis argumentos y a buscar puntos de consenso entre posiciones inicialmente enfrentadas. Por eso, allí mismo comencé por conceder hipotéticamente estas dos premisas: que puede planificarse racionalmente un lenguaje natural y que una Academia es imprescindible.

No obstante, algo me quedaba sin responder.

¹⁶ Institución que ha calificado a las expresiones del lenguaje inclusivo como *innecesarias y ajenas a nuestro sistema lingüístico* (“Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas”, RAE, Madrid, 2020, p. 73).

¹⁷ Aunque España no tuvo Iluminismo propio, recibió el promovido por el clima borbónico (v. CIURO CALDANI, “Aportes...” cit., p. 262).

¹⁸ Nótese que, pese al ingente impulso de la filosofía utilitarista, nunca logró sancionarse un Código Civil inglés.

Es que *¿cuánto obliga lo que la Academia dice?*

El racionalista Kelsen enseñaba que la validez de la constitución política (que indica quién mandará en una determinada comunidad) se apoya en una norma supuesta (que prescribe obedecer a quien fuere constituyente eficaz)¹⁹.

En 1816 hemos declarado nuestra independencia política respecto de la Corona española y, a partir de allí, construimos un régimen que hoy supone la eficacia de constituyentes diferentes (desde 1853, con algunas reformas posteriores). Admitir la validez irrestricta de las normas emanadas de la Real Academia Española conlleva, a mi entender, el riesgo de aceptar sin mucha crítica (ni protesta) la continuidad de cierto “colonialismo lingüístico”. A fin de cuentas, en muchos sentidos diversos, los hechos *lingüísticos* son, también, hechos *políticos*.

En el ámbito de la lengua es evidente que nos rodean más “constituyentes” eficaces, fácilmente constatables, que reclaman obediencia (es significativa, por ejemplo, la influencia de los medios de comunicación en el habla cotidiana) y que, a veces, cuentan con atendible legitimación (por ejemplo, para la lengua inglesa es célebre el “Diccionario” de la Universidad de Oxford; bien podríamos asumir análogos proyectos desde nuestras universidades vernáculas).

Creo que, sometiéndonos sin reserva a las prescripciones de una Academia, resignamos cierto espacio de libertad originaria (aquella que nos permite decidir autónomamente cómo es que elegimos hablar) que defendería el muy racionalista Kant²⁰. Y, dado que la lengua que hoy utilizamos ya no se parece tanto (y, tal vez, tanto no quiera parecerse) a esa que nos proporcionó la que alguna vez fuera nuestra metrópoli, me anima pensar (cómo negarlo) en la ambiciosa posibilidad de declarar la independencia lingüística.

Remarcaré, sin embargo, que con ello no pretendo suplantarse a una Academia por otra. Es que no creo que sea posible que alguien *ordene* cómo debe hablarse (ni la Academia, ni quienes proponen desobedecer su mandato para imponer el propio). Por el contrario, yo sólo aspiro

¹⁹ KELSEN, H., “Teoría pura del Derecho”, 30ª ed., trad. de M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1994, ps. 140 y ss.

²⁰ KANT, I., “Crítica de la razón práctica”, trad. de R. R. Aramayo, Gredos, Madrid, 2010, ps. 97 y ss., y 118 y ss.

a *permitir* elecciones lingüísticas que minimicen el alcance omnipresente de ciertos controles de validación discursiva²¹.

En el debate concreto que me convoca prefiero que, si alguien tiene que decidir cómo se permitirá hablar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, sean sus cuatro claustros, a través de sus representantes democráticos y luego de escuchar todas las voces que deseen acercar su perspectiva. No simpatizo con delegar tal definición en una institución extranjera, cuya historia además no destaca por haber promovido activamente la participación y representación de mujeres o integrantes de disidencias sexuales y que muestra a veces un doble *standard* de difícil justificación (noten que los anglicismos, por ejemplo, son admitidos regularmente, sin provocar ningún escándalo).

Me adelanto a los pronósticos agoreros asegurándoles que el español no sufrirá gran cosa por permitir el lenguaje inclusivo. Quien haya tenido en sus manos el “Finnegans Wake” de Joyce, sabe que esa obra disruptiva, tan magnífica como esotérica, poco puede relacionarse con el inglés constituido por Shakespeare trescientos años antes que, ciertamente, tampoco es el que se habla en Inglaterra hoy. Y, sincerémonos, nada grave ha pasado.

Pero, si con lo ya dicho aún no les alcanzara, déjenme acercarlos algunas razones más.

Es que, cuando una única palabra sirve para designar a objetos diferentes, se invisibiliza aquello que los distingue²² y se empobrece lingüísticamente la rica diversidad del cosmos. Reducir a un elenco cerrado e irrevisable, por ejemplo, los pronombres personales²³, equivale a abdicar intencionalmente el espectro de colores que hay en el mundo, para poder refugiarse en el apacible binarismo del blanco y negro.

²¹ FOUCAULT, M., “El orden del discurso”, trad. de A. González Troyano, Fábula Tusquets, España, 1999, ps. 36 y ss.

²² MAGRITTE, R. F. G., “Les mots et les images”, en *La Révolution surréaliste*, 1929, ps. 12:32-33.

²³ Acerca del despliegue jurídico de los pronombres p. c. CIURO CALDANI, M. Á., “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (con especial referencia a los pronombres)”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 31, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2008, ps. 55 y ss.

Asumir, por el contrario, la realidad compleja en la que vivimos nos conduce a hacernos cargo de visibilizar las disidencias y vulnerabilidades, que no son nombradas (mucho menos pensadas), en invitación a eventuales interlocutores para que también las nombren y las piensen. Si queremos que no haya más *closets* en los que ocultar personas, ni *techos de cristal* que frenen sus desarrollos, debemos también asegurarnos de no dejar disponibles *closets* o *techos de cristal* lingüísticos²⁴.

Todo eso sin olvidar que el lenguaje no sólo está para *comunicarnos*²⁵. Precisamente, porque también lo utilizamos para *pensar*²⁶, advirtamos en que los límites de mi lengua serán los límites de mi pensamiento²⁷ y, por ello, *los límites de mi mundo*²⁸.

Yo elijo reconocer, a quien desee ejercerla, la libertad de utilizar lenguaje inclusivo, porque apuesto a la expansión de ese mundo. Estimo que quienes integramos la comunidad universitaria tenemos el deber de promover un pensamiento más rico, que advierta sutilezas y distinga matices, y para ello asumo que bien podemos alentar iniciativas que incorporen categorías al lenguaje.

Finalmente, apelando a la igualdad (que, en ocasiones, contraponen a la diversidad), también opto por favorecer cualquier lenguaje que comprenda y ponga nombre a las infinitas realidades que deseemos relevar, esto es, un lenguaje que sea para todos, para todas y para todes.

²⁴ Sobre las adjudicaciones que la lengua produce p. c. CIURO CALDANI, M. Á., “Una teoría trialista del mundo jurídico”, FderEdita, Rosario, 2019, ps. 55 y ss.

²⁵ Cf., por ejemplo, AUSTIN, J. L., “Palabras y acciones: Cómo hacer cosas con palabras”, trad. de G. Carrió y E. Rabossi, Paidós, Barcelona, 1971; WITTGENSTEIN, L., “Investigaciones filosóficas”, trad. de J. Padilla Gálvez, Trotta, Madrid, 2017, p. 64, § 27.

²⁶ GADAMER, H. G., “Verdad y método. II”, trad. de M. Olasagasti, Sígueme, Salamanca, 1992, ps. 147, 195 y ss. Sobre el pensamiento no verbal p. c. KORZYBSKI, A., “The Role of Language in the Perceptual Processes”, en BLAKE, Robert R. y RAMSEY, Glenn V., *Perception: an approach to personality*, The Ronald Press Company, New York, 1951.

²⁷ No es indiferente, por ejemplo, contar (como en nuestro idioma) con palabras distintas para “ser” y “estar” (lo que también sucede en el italiano con los verbos *essere* y *stare*), que apelar al mismo término para ambos significados (como es en el inglés con el verbo *to be* o en el francés con el verbo *être*).

²⁸ WITTGENSTEIN, L., “Tractatus logico-philosophicus”, trad. de J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 2003, p. 111, pto. 5.6.

Bibliografía

- AUSTIN, John Langshaw, “Palabras y acciones: Cómo hacer cosas con palabras”, trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Barcelona, Paidós, 1971.
- BENTOLILA, Juan José, “¿Qué se quiere decir cuando se dice ‘naturaleza’?”, en La Ley Supl. Actualidad del 16 y 18 de diciembre de 2003, ps. 2 y ss.
- BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, 10ª ed. act., Buenos Aires, Perrot, 1991, t. I.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes iusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología jurídica. Lecciones de historia de la Filosofía del Derecho. La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas)”, Rosario, Zeus, 2007.
- “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (con especial referencia a los pronombres)”, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (núm. 31), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2008, ps. 55 y ss.
- “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (historia)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.
- “Una teoría trialista del mundo jurídico”, Rosario, FderEdita, 2019.
- FASSÒ, Guido, “Historia de la Filosofía del Derecho”, trad. de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1996, t. III (*Siglos XIX y XX*).
- FOUCAULT, Michel, “El orden del discurso”, trad. de Alberto González Troyano, España, Fábula Tusquets, 1999.
- GADAMER, Hans Georg, “Verdad y método. II”, trad. de Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1992.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- KANT, Immanuel, “Crítica de la razón práctica”, trad. de Roberto R. Aramayo, Madrid, Gredos, 2010.
- KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, 30ª ed., trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- KORZYBSKI, Alfred, “The Role of Language in the Perceptual Processes”, en BLAKE, Robert R. y RAMSEY, Glenn V., *Perception: an approach to personality*, New York, The Ronald Press Company, 1951.

- LAMANNA, Eustachio Paolo, “Historia de la Filosofía”, trad. de Oberdan Caletti y Floreal Mazía, Buenos Aires, Hachette, 1969, t. IV (*La Filosofía del siglo XIX*).
- MAGRITTE, René François Ghislain, “Les mots et les images”, en *La Révolution surréaliste*, 1929, ps. 12:32-33.
- Real Academia Española, “Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas”, Madrid, RAE, 2020.
- RUSSELL, Bertrand, “Historia de la Filosofía”, trad. de Julio Gómez de la Serna y Antonio Dorta, Madrid, RBA Coleccionables, 2005.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, “De la vocación de nuestra época para la legislación y la Ciencia del Derecho”, trad. de José Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970.
- SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, Buenos Aires, Depalma, 1950, t. II (*La idea social*).
- THIBAUT, Anton, “Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania”, trad. de José Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, “Investigaciones filosóficas”, trad. de Jesús Padilla Gálvez, Madrid, Trotta, 2017.
- “Tractatus logico-philosophicus”, trad. de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza, 2003.

UN MANDATO CONSTITUCIONAL INCUMPLIDO: LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN SANTA FE

por OSCAR M. BLANDO¹

SUMARIO: I. Santa Fe, federalismo y autonomía. II. Autonomía municipal y adaptación normativa. III. La autonomía municipal como desafío y como oportunidad. Bibliografía.

Resumen

La Provincia de Santa Fe no tiene aún hoy consagrada su autonomía municipal como ordena la Constitución Nacional reformada en 1994, pese a los importantes antecedentes históricos, especialmente con la sanción de la Constitución de 1921, que consagró la autonomía y permitió que Rosario y Santa Fe dictaran sus Cartas Orgánicas. Este trabajo indaga e intenta buscar explicaciones sobre las razones de ese incumplimiento constitucional, además de abordar el debate doctrinal y jurídico sobre cómo debiera ser el proceso autonómico en cuanto a su incorporación al ordenamiento jurídico provincial. Por fin, proponemos explorar los desafíos que implica la adopción de procesos de descentralización evitando asimetrías e inequi-

¹ Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Político (en grado). Profesor de Derecho Electoral (posgrado). Docente Estable en la Maestría de Derecho Público de la Facultad de Derecho (UNR) en las asignaturas Derecho Constitucional Profundizado y Derecho Parlamentario y Gestión Legislativa. Codirector del Centro de Investigaciones en Políticas Públicas, Derechos y Gobierno (CIPPDER) de la Facultad de Derecho (UNR). Exdirector de Reforma Política y Constitucional del Gobierno de la Provincia de Santa Fe.

dades y, a la vez, las oportunidades que brinda la autonomía en tanto permiten organizar democráticamente la sociedad sobre la base del principio legitimador de la proximidad que posibilita más y mejores controles institucionales, otorga mayor participación y constituye una de las fórmulas más genuinas de construir ciudadanía.

Abstract

Even today, the Province of Santa Fe does not have its municipal autonomy consecrated as ordered by the National Constitution reformed in 1994, despite the important historical antecedents, especially with the sanction of the 1921 Constitution, which consecrated autonomy and allowed Rosario and Santa Fe to dictate their Organic Charters. This work investigates and tries to find explanations about the reasons for this constitutional breach, in addition to addressing the doctrinal and legal debate about how the autonomous process should be in terms of its incorporation into the provincial legal system. Finally, we propose to explore the challenges involved in adopting decentralization processes avoiding asymmetries and inequities and, at the same time, the opportunities offered by autonomy as they allow society to be democratically organized on the basis of the legitimizing principle of proximity that enables more and better institutional controls, grants greater participation and constitutes one of the most genuine formulas for building citizenship.

Palabras clave

Federalismo. Constitución. Autonomía municipal.

Keywords

Federalism. Constitution. Municipal Autonomy.

I. Santa Fe, federalismo y autonomía

La Provincia de Santa Fe ha sido cuna fundacional y sede de las Constituciones desde 1853 hasta 1994 y territorio de innovaciones y de reformas institucionales, cívicas y políticas.

En efecto, Santa Fe fue rica en antecedentes históricos que impul-

saron la autonomía municipal desde fines del siglo XIX y especialmente a comienzos del siglo XX, régimen que aún hoy no está consagrado en su Constitución Provincial pese al imperativo establecido en el artículo 123 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

El brigadier Estanislao López impulsó la redacción del Estatuto Provisorio de Santa Fe aprobado en 1819, considerado la primera Constitución Provincial puesta en vigencia en el Río de la Plata que, junto a los otros pactos preexistentes, se convirtieron en los documentos fundacionales de nuestra Constitución de 1853, basada en el sistema no sólo representativo y republicano, sino también federal.

Comenzando el siglo XX, el movimiento llamado “La Liga del Sur” (1908) impulsado por Lisandro de la Torre² incluía en su programa la “...autonomía para las ciudades de Rosario y Casilda. Intendente municipal electivo y nueva ley electoral que estableciera la representación de las minorías”.

Pero será la Constitución santafesina de 1921, puesta en vigencia durante el gobierno de Luciano Molinas (1932-1935) y adscripta al denominado “constitucionalismo social” junto a las Constituciones mexicana de 1917 y de Weimar de 1919, la que además de reconocer autonomía a los municipios, inaugura en nuestro país la existencia de los *Municipios de convención*, es decir, los que tienen el derecho a dictar sus propias Cartas Orgánicas mediante la reunión de una convención local³. Así lo hicieron Santa Fe y Rosario, que previa reunión de una Convención, dictaron sus propias “Cartas” que tuvieron vigencia hasta que ocurrió un hecho político trágico: la intervención federal a la Provincia en 1935, que arrasó con un gobierno democrático, con su Constitución y, por ende, con la autonomía municipal⁴.

² De la Torre, recibido de abogado, presentó en 1888 su tesis doctoral sobre “Régimen municipal”, que contenía conceptos de descentralización del poder, régimen autonómico comunal, que luego sirvieran de base al programa de “La Liga del Sur”.

³ La otra forma de organización de los municipios era por “delegación”, en donde si bien se reconocía la posibilidad de elegir a sus autoridades y se reconocían facultades normativas plenas, no se les otorgaba potestad para dictar su propia organización, la que debía ser establecida por una ley provincial.

⁴ Para un análisis de la Constitución de 1921 puede consultarse: BLANDO, O., “La Constitución santafesina de 1921. La verdadera Constitución progresista de Santa Fe”, Laborde, Rosario, 2014.

Actualmente rige la Constitución de 1962, y Santa Fe junto a Mendoza son las únicas provincias argentinas que no han reformado sus Constituciones ni cuando se inició el proceso en el Derecho Público provincial argentino a partir de 1986 con el retorno de la democracia, ni lo ha hecho luego de la reforma nacional de 1994.

En la Sección Séptima, Capítulo Único, la actual Constitución santafesina estatuyó el “autogobierno” en su artículo 106, sosteniendo que “Todo núcleo de población que constituya una comunidad con vida propia gobierna por sí mismo sus intereses locales *con arreglo a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes que se sancionen*”, y el artículo 107 dice que “Los municipios son organizados *por ley* sobre la base: 1. De un gobierno dotado de facultades propias, sin otras injerencias sobre su condición o sus actos que las establecidas *por esta constitución y la ley* [...] 3. Con las atribuciones necesarias para una eficaz gestión de los intereses locales, a cuyo efecto *la ley los proveerá de recursos financieros suficientes...*” La Constitución vigente también contempló el carácter electivo de los intendentes, pero facultó a la Legislatura para cambiar como criterio general el sistema de elección de los intendentes por “...cualquier otro modo de elección” (art. 107, *in fine*).

Santa Fe no tiene “asegurada” aún hoy su autonomía municipal como ordena la Constitución Nacional reformada en 1994 y como ha “exhortado a las autoridades provinciales” nuestra Corte Suprema de Justicia nacional en un fallo relativamente reciente, del año 2020⁵. La Corte dice: “La falta de adaptación de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, vigente desde 1962, al estándar del artículo 123 de la Constitución Nacional importa –entre otras consecuencias– mantener formalmente la vigencia de leyes que, como la que es materia de análisis en la causa, no operan como garantías de funcionamiento y autodeterminación sino como un valladar de la autonomía”.

Y en la parte resolutive de la sentencia dispone: “Exhortar a las autoridades provinciales a dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento del mandato que emerge del artículo 123 de la Constitución Nacional”.

⁵ Se trata de la sentencia “Asociación Personal Municipal Las Colonias c/Federación Sindicato Trabajadores Municipales. Festrám y otros s/Acción de amparo”, del 29-10-2020.

II. Autonomía municipal y adaptación normativa

Ante el escenario arriba descrito y frente a las manifestaciones de tono político, académico y social en favor de la autonomía, cabe preguntarse: ¿Por qué la Provincia de Santa Fe no tiene autonomía municipal? Y luego: ¿Cómo debería integrarse normativamente esa autonomía?

El incumplimiento del mandato constitucional de “asegurar” la autonomía municipal en la Provincia debe entenderse como un problema de naturaleza eminentemente *política*: supone plantear un nuevo *reparto del poder* y redefinir geopolíticamente el territorio provincial y la utilización de los *recursos*, que implicaría una nueva distribución geográfica del presupuesto provincial (tema sobre el que volveremos). La autonomía municipal implica, en definitiva, discutir el modo en que se quiere ejercer el poder: más concentrado o más dividido; con mayor o menor control y participación. En la autonomía municipal están en juego relaciones de poder en la sociedad y el Estado, entre los diferentes actores políticos, económicos, sociales y culturales, así como de agentes de carácter local, estatal, regional, internacional y global⁶.

En cuanto a cómo debiera ser el proceso autonómico y su incorporación al ordenamiento jurídico provincial, existen en principio tres soluciones posibles: a) reforma de la Constitución; b) reforma legislativa a través de modificar las leyes orgánicas de municipios y comunas o una ley general; c) una variante de la anterior: que los municipios, sosteniendo la operatividad del artículo 123, se dicten sus propias normativas y Cartas Orgánicas.

La Constitución Nacional reformada en 1994 dice en su artículo 123 que “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

No cabe duda, por tanto, que del propio texto surge que el constituyente quiso que sean las provincias a través de sus Constituciones

⁶ RIUTORT SERRA, B., “Razón política, globalización y modernidad compleja”, El Viejo Topo, España, 2001, p. 80.

las que “aseguren” la autonomía estableciendo su “alcance y contenido”. Por tanto, sólo se “asegura” plenamente la autonomía municipal si está inscripta en la Constitución⁷.

Sostenemos desde siempre que la autonomía municipal debe hacerse a través de la reforma constitucional⁸. Ello atento a los siguientes motivos: a) porque significa cumplir con el imperativo constitucional del artículo 123 de la Constitución Nacional: “Cada provincia dicta su propia constitución [...] asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido...”⁹; b) porque se trata de un tema de distribución de competencias y por eso debe derivar de la Constitución: la distribución de competencias nace de las Constituciones provinciales y los

⁷ El Dr. Horacio Rosatti sostiene que “puede haber distintos alcances y contenidos respecto de los municipios enclavados dentro de una misma Provincia. La autonomía no supone, sin más, la Carta Orgánica”. El miembro de la CSJN entiende que la posibilidad de que un Municipio pueda dictar su Carta Orgánica constituye el ejercicio de la competencia que denomina “autonormatividad constituyente” y específicamente pone como ejemplo de antecedente en el país del ejercicio de la “autonormatividad constituyente” las Cartas Provinciales sancionadas en Rosario (1933) y Santa Fe (1933), pero que fueron aprobadas por ley provincial, y que habían sido habilitadas por el art. 149 de la Constitución santafesina de 1921, que disponía lo siguiente: “Los municipios comprendidos en la primera categoría dictarán sus cartas orgánicas para el propio gobierno, sin más limitaciones que las contenidas en esta Constitución...” (ROSATTI, H., “Tratado de Derecho Municipal”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, ps. 317 y ss.).

⁸ Pese a los muchos antecedentes de iniciativas parlamentarias tendientes a reformar la actual Constitución –que incluía la autonomía municipal– provenientes prácticamente de la totalidad del arco político provincial y de la opinión de un sinnúmero de organizaciones no gubernamentales, espacios académicos, universitarios, legisladores, autoridades provinciales y municipales que han apoyado la reforma de la Constitución Provincial, ésta no ha sido posible conseguir. El último intento reformista ocurrió durante el Gobierno de Miguel Lifschitz (2015-2019) enviando a la Legislatura un proyecto de ley de necesidad de la reforma constitucional (2018) que concitó el apoyo de múltiples sectores sociales, profesionales y académicos, pero la iniciativa, lamentablemente, no fue aprobada en la Cámara de Diputados santafesina.

⁹ Ésta es la postura de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe que en un fallo sostuvo: “El constituyente de 1994 remitió a las provincias la determinación del concreto alcance y contenido de la autonomía que establece. El Municipio debe ser autónomo en los límites, con los alcances y modalidades que cada Constitución Provincial determine. Es decir que ha de ser ésta la que fije los necesarios confines de la autonomía consagrada” (CSJ de Santa Fe, “Cisterna O. A. s/Municipalidad de Santa Fe”, del año 2003).

recursos debieran nacer también de ellas y no de la voluntad de gobernantes y mayorías circunstanciales. Esto lo dice la Corte Suprema nacional en el caso “Cablevisión SA”¹⁰, y c) porque la autonomía sancionada a través de una ley crearía muy probablemente fuertes conflictos entre poderes provinciales y municipales, especialmente si advertimos las amplias facultades que la Legislatura provincial tiene, derivadas del artículo 55 (y especialmente el inc. 27).

Esta dificultad ha sido reconocida aun por los pocos constitucionalistas que sugieren que, al no adecuarse una provincia al mandato de la Constitución, existiría una “inconstitucionalidad por omisión” y por tanto los municipios podrían disponer medidas por sí mismos, bajo el amparo del artículo 123 y su operatividad. Es el caso de los constitucionalistas doctores Humberto Quiroga Lavié y Antonio María Hernández que, sin embargo, advierten las dificultades de un posible conflicto de poderes. Este último sintetiza: “...La operatividad del artículo 123 de la Constitución Nacional a través de los municipios [...] importaría un conflicto de poderes provinciales y municipales, cuando alguna provincia no asegurase integralmente la autonomía, y algún Municipio sancionase las normas pertinentes en aplicación directa del artículo 123 de la Constitución Nacional. Por ello resulta conveniente realizar a la brevedad posible las mencionadas reformas constitucionales provinciales [...] Preferimos, con la misma prudencia que hemos manifestado, que para evitar complejos conflictos de poderes y problemas normativos se elija siempre la vía de la reforma constitucional provincial”¹¹.

Por lo expuesto, estamos convencidos de que hay que intentar la vía de la reforma constitucional y avanzar hacia una autonomía de *concertación*. La autonomía municipal no debe surgir de la imposición, sino del consenso. El proceso autonómico no puede ser automático ni

¹⁰ La Corte dice: “de acuerdo con la distribución de competencias que surge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121) en tanto que los delegados son definidos y expresos (art. 75). Dentro de este contexto, cabe entender que las prerrogativas de los municipios deriven de las correspondientes provincias a las que pertenecen...” (CSJN, “Cablevisión c/Municipalidad de Pilar”, del año 2006).

¹¹ HERNÁNDEZ, A. M.^a, “La descentralización del poder en el Estado argentino”, en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, RIAP, 2001, ps. 65-130.

confrontativo. La descentralización debe ser vista con criterio de concertación, no de exclusividad. Deben considerarse procesos que contemplen diferencias sociales, geográficas y el tamaño de las ciudades –grandes, medianas o pequeñas–, abandonando esa vieja concepción de ciudades por categorías: “de primera” y “de segunda”. Además, la Constitución Nacional abre la puerta a la posibilidad de la creación y funcionamiento de regiones conformadas por municipios autónomos. Es decir, la autonomía se presenta como un desafío, pero también como una oportunidad.

III. La autonomía municipal como desafío y como oportunidad

El fenómeno de la “revalorización de lo local” es un fenómeno a escala global. La globalización supone un juego de fuerzas *centrípetas* que tienden a aglutinar y acumular actividad central y fuerzas *centrí-fugas* que promueven la autonomía y la descentralización. La importancia de “lo local” en este proceso se refuerza por la disgregación que sufre el poder unívoco del Estado-Nación. Dice Jordi Borja: “Hoy la ciudad es un lugar privilegiado de innovación democrática [...] permite organizar a la sociedad sobre el principio legitimador de la proximidad [...] La crisis del Estado-Nación, el agotamiento o la insuficiencia de la democracia representativa articulada únicamente por elecciones y partidos y la falta de mecanismos que establezcan lazos entre lo local y lo global significan hoy un reto de carácter mundial que tienen ante sí las ciudades y los gobiernos locales. La centralización tuvo aspectos progresistas, pero hoy es, desde el punto de vista económico, social y político, poco eficaz ya que multiplica los costos sociales y los desequilibrios territoriales; socialmente es injusta porque contribuye a aumentar desigualdades y políticamente es inaceptable porque el Estado se vuelve más autoritario y los ciudadanos más pasivos. La descentralización es hoy consustancial a la democracia porque amplía el campo de derechos y libertades, incorpora progresivamente a los sectores excluidos a instituciones representativas y posibilita mayor control del Estado por parte de los ciudadanos”¹².

¹² BORJA, J., “Descentralización y participación ciudadana”, Instituto de Estudios de Administración Local, 1987, ps. 188 y ss.

Pero fenómenos como la *descentralización* pueden significar fortalecer lo local en lo institucional, económico, con mejora de la calidad ciudadana, ampliando el campo de derechos y libertades y posibilitando un mayor control del Estado por parte de la ciudadanía, o puede, según el caso, reproducir a escala local la dinámica de incluidos y excluidos que se observa a nivel social¹³. A la vez, el Municipio aparece como el lugar donde se hacen “visibles” la fragmentación social, la crisis de representación y la falta de recursos y se encuentra obligado a dar respuestas: el gobierno local suele ser el escenario receptor de las protestas ciudadanas: se descentralizan las funciones y también se descentraliza el conflicto¹⁴.

Santa Fe, sus municipios y comunas tienen una realidad esencialmente compleja, heterogénea y desigual. La provincia es altamente bicéfala en términos de concentración urbana: más del 50% de la población se concentra en Rosario y Santa Fe, las dos grandes áreas metropolitanas. Como sucede en otros lugares de la Argentina, pero especialmente en el Conurbano Bonaerense, existe un grado de desarrollo desequilibrado, desigual, asimétrico, donde conviven la riqueza con la pobreza, a veces extrema.

Esas asimetrías son evidentes entre localidades de la Provincia de Santa Fe. Gonzalo Saglione y Pablo Olivares, en un trabajo titulado “Autonomía municipal y equidad entre coprovincianos”, advierten que un mal diseño de autonomía fiscal puede consolidar la existencia de santafesinos de primera y de segunda. Las asimetrías son el punto de partida para el debate: de lo contrario podemos entrar en modelos anómalos de autonomía municipal dado que implicaría desigualdades

¹³ Especialistas como B. Borja y J. Calderón Suárez sostienen que la descentralización supone la distribución real de poder que permite una gestión más eficaz, al adecuarse mejor a las necesidades de los receptores de las políticas públicas y una gestión democrática. Otros autores advierten que la descentralización puede constituirse como una variable más del ajuste estructural en situaciones de crisis (D. García Delgado) o que “la bandera de lo local” lleva a una homogeneización ficticia de las estructuras sociales, en favor de las clases dominantes. Además, que la indeterminación del concepto de descentralización es clara, ya que se confunde con procesos como la privatización, desregulación y autogobierno (J. L. Coraggio).

¹⁴ GARCÍA DELGADO, D., “Estado-Nación y globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del tercer milenio”, Ariel, Buenos Aires, 2000, p. 98.

entre santafesinos y generarían distintos estatus entre habitantes de la misma provincia. Los municipios ricos recaudan 11 veces más que los pobres. Cuando se analizan los casos extremos, el nivel de desigualdad crece significativamente. En el 2019, por ejemplo, la recaudación media de los municipios santafesinos fue de 7.137 pesos por habitante. Ahora bien, mientras la Municipalidad de Puerto General San Martín recaudó 50.511 por habitante, Villa Ocampo percibió apenas 1.564 per cápita. Esto implicó que el Municipio con mayores recursos propios per cápita recaude en sólo un año lo que un Municipio promedio recauda en 7 años y lo que el Municipio con menor nivel de recursos per cápita tarda 32 años en recaudar¹⁵.

Otra cuestión analizada en la investigación es el peso de la coparticipación que en el año 2020 se acentuó por efecto de la pandemia, llegando los recursos que recaudan los propios municipios y comunas a significar sólo el 38% del total, pero “mientras en algunos municipios la coparticipación llega a representar el 80% del total de ingresos, en el otro extremo hay casos donde apenas significa el 25% de sus recursos totales”.

Por fin, aclaran que, para evitar la consolidación de las desigualdades entre los municipios, recomiendan “poner el foco en el incremento de las transferencias provinciales” e indican que “sólo las transferencias automáticas y no condicionadas (especialmente coparticipación de impuestos) son compatibles con la autonomía. Cualquier otro tipo de transferencias (condicionadas o discrecionales) implicaría en el fondo neutralizar la autonomía”.

En definitiva, el tema pone en el debate la cuestión central de los procesos de descentralización y uno de sus grandes desafíos que define el artículo 75, inciso 2º, de la Constitución Nacional: “No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso...” Concluyente: no hay delegación de competencias sin financiamiento. En definitiva: no hay autonomía municipal sin recurso.

¹⁵ SAGLIONE, G. y OLIVARES, P., “Autonomía municipal y equidad entre coprovincianos”, 2021, en LT10, <https://lt10.com.ar/multimedia/doc1612786215234.PDF> (fecha de la consulta: 23-2-2022).

Sin embargo, la autonomía de los municipios, sin perjuicio de evidentes obstáculos y crecientes desafíos, constituye una oportunidad para los gobiernos locales en orden a la transformación de la sociedad con perfiles más democráticos, más solidarios, participativos e inclusivos.

Hay que advertir como desafío que lo que está en juego es *la orientación democrática de esa autonomía*: si los municipios deberán gozar de autonomía plena o semiplena; si la descentralización será entendida como distribución de poder o como distribución de “cargas”; si la provincia se arrogará el derecho de imponer formas distorsivas en las leyes electorales (la “provincialización” de las elecciones) que atenten contra la autonomía municipal y la representación política; si los municipios asumirán mayores funciones sin la posibilidad de obtener los recursos necesarios; si la participación se reducirá a lo instrumental o si habrá formas de participación popular más genuinas.

El Municipio es un observador privilegiado de las preferencias de los habitantes, porque está más cerca de los mismos y tiene mayor control de las necesidades imperantes en la comunidad. Aparece también como el lugar en el cual el individuo puede encontrar su referente y su identidad; es el marco en el que se relacionan los actores locales y en donde la sociedad civil puede debatir, concebir y construir su desarrollo, un desarrollo sostenible que no sea sólo el producto del ajuste estructural, de las decisiones de mercado y de la cultura superficial. Abogamos para que los municipios expandan su campo de acción, pues deben tener un papel como promotores fundamentales de políticas activas y de desarrollo local en lo social y en lo económico, para lo cual necesitan una real autonomía política y financiera. Los municipios deben jugar un papel importante en la reconversión del Estado¹⁶.

Una sociedad compleja, fragmentada, desigual y con pobreza agudiza los problemas políticos y debilita la democracia. La apatía y la desconfianza alejan al ciudadano de sus representantes. La autonomía municipal permitirá la apertura de mejores canales de participación directa tratando de paliar lo que Carlos Nino ha llamado la “alienación

¹⁶ SUÁREZ, J. C., “Autonomía municipal: ¿un debate concluido?”, 2007, en Programa Área, www.programa-area.org (fecha de la consulta: 18-11-2008).

del poder”, que consiste en concebir al gobierno como perteneciente a otros, a un grupo ajeno al resto de la sociedad. Y agrega: “la expansión de la participación puede contribuir a consolidar el sistema democrático. La excesiva centralización en pocos órganos (en nuestro país el Poder Ejecutivo nacional a costa de los otros poderes federales, de las provincias, los municipales) hace al sistema vulnerable. La participación presupone la descentralización del poder, ya que sólo hay una intervención efectiva en las decisiones que afectan intereses importantes de la gente cuando esas decisiones se toman en ámbitos cercanos a donde se desarrolla la vida de los ciudadanos [...] la participación de los ciudadanos debería ejercerse principalmente en los niveles provinciales, municipales, comunales o barriales, lo que requiere una gran desconcentración de poder en beneficio de las provincias, municipios, consejos vecinales, entidades prestatarias de servicios de educación, salud, energía, comunicaciones, transportes, etcétera”¹⁷.

Por ello Borja dirá que la “descentralización y la participación no son conceptos neutros, no sirven por igual a cualquier política municipal. Descentralización y participación son a la vez objetivos y métodos, el fin y la vía para conquistarlos. Sirven a aquellas políticas municipales que se propongan resolver los problemas de la colectividad [...] que quieran conseguir estos objetivos a través del reconocimiento como interlocutores y cooperadores o críticos de la actividad municipal a todos los ciudadanos”¹⁸.

En este sentido, la Municipalidad de Rosario comenzó esencialmente desde mediados de los años 90 un modelo de descentralización y de concepción del Órgano Ejecutivo municipal como “una unidad territorial de planificación y gestión dentro de un todo, la ciudad, y como campo de aplicación de políticas públicas integrales, con la incorporación de distintos actores individuales o colectivos que, con injerencia en este espacio, contribuirían a su mejoramiento”¹⁹, utilizando

¹⁷ NINO, C. S., “La participación como remedio a la llamada «crisis de la democracia»”, en *Alfonsín, discursos sobre el discurso*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, p. 135.

¹⁸ BORJA, op. cit., p. 202.

¹⁹ “Programa de descentralización municipal de Rosario”, Municipalidad de Rosario, Rosario, 1996; “Documento base para la descentralización de la Municipalidad

mecanismos de descentralización territorial con la división de la ciudad en distritos (Centro Municipales de Distrito)²⁰ y procesos de democratización a través de la participación ciudadana, como las audiencias públicas²¹, la creación del Consejo Económico y Social establecido dentro del “Plan Estratégico Rosario Metropolitana 2008-2018”, adoptando el modelo de la ciudad brasileña de Porto Alegre desde 1989: el Presupuesto Participativo, que Rosario implementó por primera vez desde el año 2002. El Presupuesto Participativo, al decir de Ford, es “un instrumento híbrido que surge desde el Estado y la sociedad civil, guiado por principios de participación igualitaria, deliberación libre y efectividad en la elaboración del presupuesto municipal. Un aspecto importante del presupuesto participativo es su carácter redistribuidor de los recursos”²².

Sin dudas que la autonomía municipal permitirá profundizar y ampliar éstos y otros procesos de participación y democratización ciudadanas. Entre otros temas, la posibilidad de crear una justicia de pequeñas causas que permita resolver los conflictos propiamente locales más rápido y eficazmente. Mejorar servicios públicos como el transporte, la recolección de residuos y el cuidado del medio ambiente generando relaciones interurbanas a través de convenios asociativos con otros municipios. Asegurar un mayor y mejor control de sus gobernantes. Posibilitar la coparticipación de recursos entre las localidades que se beneficien con servicios como educación y salud. Facilitar

de Rosario”, Municipalidad de Rosario, Rosario, 1996; “Plan Estratégico Rosario Metropolitana 2008-2018”, Municipalidad de Rosario, Rosario, 2008.

²⁰ “Los distritos descentralizados se plantearon como un campo de aplicación de políticas integrales, una unidad territorial que sirviera como escenario para ordenar y establecer un cuadro de prioridades, incorporando a los distintos actores sociales, individualmente o en sus diferentes formas asociativas, comprometiéndolos con un proyecto de transformación para cada sector que se integre al proyecto global de toda la ciudad” (BIFARELLO, M., “Una ciudad participativa y eficaz. Derecho a un Estado municipal transparente y cercano a la gente. Experiencia Rosario: Políticas para la gobernabilidad”, Logos, Rosario, 2006, p. 82).

²¹ En la ciudad de Rosario la Ordenanza N° 7040/2000 regula el instituto de audiencias públicas.

²² FORD, A., “Experimentos democráticos. Asambleas barriales y Presupuesto Participativo en Rosario, 2002/2005”, tesis de doctorado, Flacso, Argentina, 2007; disponible en www.rosario.gov.ar.

y compatibilizar la facultad de recaudar impuestos como el inmobiliario y la patente automotor, disminuyendo desigualdades irritantes. Lograr dar mayor injerencia y participación en el diseño e implementación de políticas de seguridad ciudadana y comunitaria.

La democracia representativa requiere indisolublemente del sufragio universal que sigue siendo la energía suprema de legitimación sobre la cual descansa la relación de representación. Sin embargo, se hace cada vez más evidente que la representación política es de naturaleza crecientemente condicional: entre una y otra elección, la distancia entre representantes y gobernados es demasiado amplia, en sí misma generadora de desconfianza. Es necesario reducir esa distancia, política y psicológica, entre gobernantes y gobernados, sin socavar las exigencias institucionales que hacen posible gobernar a millones de personas en toda su complejidad²³.

La autonomía municipal nos da la oportunidad de organizar democráticamente la sociedad sobre la base del principio legitimador de la *proximidad*, que asegura la interacción de vecinos, organizaciones de la sociedad civil y gobernantes. Este diseño de proximidad democratiza, posibilita más y mejores controles institucionales, otorga mayor participación y constituye una de las fórmulas más genuinas de construir ciudadanía. Una deuda pendiente que Santa Fe, urgentemente, debe saldar.

Bibliografía

- BIFARELLO, Mónica, “Una ciudad participativa y eficaz. Derecho a un Estado municipal transparente y cercano a la gente. Experiencia Rosario: Políticas para la gobernabilidad”, Rosario, Logos, 2006.
- BLANDO, Oscar, “Autonomía municipal y democracia: hacia la organización de la sociedad sobre el principio legitimador de la proximidad”, en *Rosario hacia la autonomía municipal. Un asunto de todos*, Rosario, Municipalidad de Rosario, Fundación Diario La Capital, 2010.
- “Derecho y política. De la ley de lemas a la reforma política y constitucional en Santa Fe”, Rosario, Juris, 2002.

²³ JOIGNANT, A., “Políticas para una democracia de proximidad: bases institucionales para un socialismo cercano”, 2008, en Instituto Igualdad, www.igualdad.cil (fecha de consulta: 9-9-2010).

- BLANDO, Oscar y DEFANTE, Oscar, “La Constitución de 1921. La verdadera Constitución progresista de Santa Fe”, Rosario, Laborde Editores, 2014.
- BONAUDO, Marta, “Lisandro de la Torre: una perspectiva hacia la democratización”, en Colección Rosario de aquí a la vuelta, fasc. 7, Rosario, 1990.
- BONAUDO, Marta (coord.), “Representaciones de la política. Provincias, territorios y municipios (1860-1955)”, Buenos Aires, Imago Mundi, 2017.
- BORJA, Jordi, “Descentralización y participación ciudadana”, Instituto de Estudios de Administración Local, 1987.
- “Espacio público y ciudadanía”, en Ciudad y ciudadanía: dos notas, 2000.
- “Manual de gestión democrática”, Instituto de Estudios de Administración Local, 1987.
- CALDERÓN SUÁREZ, José, “Descentralización política: Aproximaciones conceptuales y pinceladas en Centroamérica”, en Revista Vox Locales. Revista Digital Iberoamericana Municipalista (núm. 13), mayo de 2007.
- CORAGGIO, José L., “Territorios en transición. Crítica a la planificación regional en América Latina”, México, Universidad Autónoma de México, 1988.
- FORD, Alberto, “Experimentos democráticos. Asambleas barriales y Presupuesto Participativo en Rosario, 2002/2005”, tesis de doctorado, Argentina, Flacso, 2007; disponible en www.rosario.gov.ar.
- GARCÍA DELGADO, Daniel, “Estado-Nación y globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del tercer milenio”, Buenos Aires, Ariel, 2000.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, “Derecho Municipal”, vol. I, “Teoría general”, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- “Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- “La descentralización del poder en el Estado argentino”, en Revista Iberoamericana de Administración Pública, RIAP, 2001.
- JOIGNANT, Alfredo: “Políticas para una democracia de proximidad: bases institucionales para un socialismo cercano”, 2008, en Instituto Igualdad, www.igualdad.cl (fecha de consulta: 9-9-2010).
- LARRA, Raúl, “Obras completas de Lisandro de la Torre”, Buenos Aires, Hemisferio, 1952.
- Municipalidad de Rosario, “Documento base para la descentralización de la Municipalidad de Rosario”, Rosario, Municipalidad de Rosario, 1996.

- Municipalidad de Rosario, “Plan Estratégico Rosario Metropolitana 2008-2018”, Rosario, Municipalidad de Rosario, 2008.
- “Programa de descentralización municipal de Rosario”, Rosario, Municipalidad de Rosario, 1996.
- NINO, Carlos S., “La participación como remedio a la llamada «crisis de la democracia»”, en *Alfonsín, discursos sobre el discurso*, Buenos Aires, Eudeba, 1986.
- PÉREZ, Napoleón, “La verdadera Constitución de Santa Fe”, Rosario, Talleres Gráficos Pomponio, 1932.
- RIUTORT SERRA, Bernat, “Razón política, globalización y modernidad compleja”, España, El Viejo Topo, 2001.
- ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Municipal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- SAGLIONE, Gonzalo y OLIVARES, Pablo, “Autonomía municipal y equidad entre coprovincianos”, 2021, en LT10, <https://lt10.com.ar/multimedia/doc-1612786215234.PDF> (fecha de consulta: 23-2-2022).
- SUÁREZ, Julio César, “Autonomía municipal: ¿un debate concluido?”, 2007, en Programa Área, www.programa-area.org (fecha de consulta: 18-11-2022).

DESPLIEGUES DEL MOVIMIENTO POLÍTICO FEMINISTA: LUCHAS E HITOS DE UN COMPLEJO DERROTERO HISTÓRICO¹

por JAVIER HUMBERTO FACCO²

SUMARIO: 1. *Introito*. 2. Fases y despliegues en el devenir de los feminismos. 3. Los derechos educativos. 4. Los derechos políticos. 5. Los derechos civiles. 6. Reflexión final. Anexo. Bibliografía.

Resumen

El contenido del presente trabajo pretende reseñar los hitos que signaron el movimiento y pensamiento feminista desde fines del siglo XVIII hasta la actualidad. El recorrido propuesto evidencia las reivindicaciones y conquistas más relevantes obtenidas en virtud del intenso activismo y militancia de las mujeres organizadas como sujeto colectivo. En este sentido se referencian nombres propios, doctrinas,

¹ Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación (2019-2022) dirigido por el suscripto y titulado “La condición femenina ante la ley: perspectivas de género y Derecho Privado”, presentado en el mes de septiembre del año 2018 (expte. 3552/18), ante la Secretaría de Ciencia y Tecnología, UNR, y acreditado con el código 80020180200001UR.

² Abogado (UNR, 1997). Licenciado en Filosofía (UNR, 2019). *Magister* in Sistema Giuridico Romanista, Integrazione ed Unificazione del Diritto (Università Tor Vergata di Roma, Italia, 2006). *Master* en Derecho Privado (UNR, 2008). Dottore di Ricerca (Università Tor Vergata di Roma, Italia, 2011). Doctor en Derecho (UNR, 2013). Profesor titular ordinario de “Derecho Privado. Parte general”, Facultad de Derecho, UNR. Investigador adjunto del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR).

proclamas, documentos y normas jurídicas fundamentales que plasman esas luchas feministas. Para secuenciar la evolución histórica de las reivindicaciones y conquistas de las mujeres dividimos la exposición en tres fases, articuladas en función de los principales derechos subjetivos y colectivos en juego (educativos, políticos y civiles). Por lo demás, se incluye un anexo de leyes nacionales ordenadas cronológicamente, el cual intenta poner de realce la progresión de normas favorables a la situación jurídica de la mujer en los diferentes momentos de la historia de nuestro país, y la aceleración de esta progresión verificada en las últimas dos décadas. En definitiva, el ensayo intenta estimular la reflexión sobre el potente impacto producido por los feminismos en la intelección de las instituciones jurídicas tradicionales, operando a nivel de cambios de percepción (mentalidad y sensibilidad social) en torno a la justicia y legitimidad de la equidad de género.

Abstract

The content of this work aims to outline the milestones that marked the evolution of the feminist movement from the end of the 18th century and up to the present. The proposed route aims to show the conditions of possibility of the most relevant demands and conquests obtained by virtue of an intense activism and persistent militancy led by women organized as a collective subject. In this sense, proper names, doctrines, proclamations and fundamental legal documents that reflect these feminist struggles. To order the historical evolution of the claims and conquests of women, we divided the exhibition into three phases articulated according to the subjective and collective rights at stake (educational, political and civil). For the rest, an annex of national laws ordered chronologically is included, which tries to highlight the progression of laws favorable to the legal situation of women at different moments in the history of our country, and the acceleration of this progression verified in the last two decades. The essay attempts to stimulate reflection on the powerful impact produced by feminism on the understanding of traditional legal institutions, operating at the level of changes in perception mentality and social awareness regarding the justice and legitimacy of claims for gender equality.

Palabras clave

Derechos de las mujeres. Igualdad. Diversidad.

Keywords

Women's rights. Equality. Diversity.

1. *Introito*

Hace al menos cuatro décadas que el término “feminismo” adquirió carta de ciudadanía dentro del ingente arsenal conceptual de la teoría política. Así, por ejemplo, el vocablo tiene dedicado un amplio desarrollo en el célebre “Diccionario de Política” editado por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci (1976, 1ª ed.)³. Allí es definido como “...un movimiento, nacido en la segunda mitad de los años sesenta en los Estados Unidos y que se desarrolló rápidamente en todos los países europeos industrialmente avanzados, por la liberación de la mujer”⁴. Y luego se añade que “El feminismo contemporáneo se presenta como la fase extrema y, al mismo tiempo, como la superación de la lucha de emancipación sostenida por las mujeres del siglo XIX”⁵.

Al margen de sus vaivenes históricos el feminismo es y siempre ha sido un movimiento de naturaleza política, justificado en la necesidad de concretar la emancipación de las mujeres. Un movimiento político con un objetivo jurídico general bien determinado: mejorar el estatus de la mujer ante la ley (como ciudadana, como trabajadora y como persona). Su anhelo es una igualdad real de oportunidades que trascienda la igualdad formal y teórica consagrada en los textos normativos decimonónicos de corte liberal. La meta es lograr la paridad con el varón en el goce efectivo de los derechos individuales. En este

³ La inclusión del vocablo en la obra referida es un reflejo natural del impacto producido por el surgimiento de teorías jurídicas feministas una década antes en EE. UU., y que luego desembarcó en los países de Europa Occidental industrialmente avanzados y, más tarde, en América Latina.

⁴ CONTI ODORISIO, A. M., “Feminismo”, en BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N. (dirs.), *Diccionario de Política (A-J)*, trad. de J. Tula, Siglo Veintiuno, México, 1981, p. 694.

⁵ *Ibid.*

contexto, entendemos que los *estudios de género* de extensa circulación en la actualidad son el resultado del complejo proceso de constitución de los “feminismos” (en plural), en sus variadas expresiones culturales, sociales y políticas.

A continuación ofrecemos una breve reseña de las peripecias experimentadas por los feminismos. Las instancias principales del recorrido no pretenden reflejar una evolución lineal, pues no todos los derechos han sido reconocidos en los mismos momentos históricos en los diferentes puntos geográficos del orbe occidental. Se trata simplemente de un esquema expositivo articulado en función de los principales derechos en disputa: (a) derechos educativos (*infra*, título 3), (b) derechos políticos (*infra*, título 4) y (c) derechos civiles (*infra*, título 5)⁶. Con idéntico sentido, se incluye además un anexo en orden cronológico con las leyes nacionales citadas en el presente artículo, cuyo objeto es apreciar la rítmica en la progresiva mejora del estatus jurídico de la mujer en nuestro país.

2. Fases y despliegues en el devenir de los feminismos

En las postrimerías del siglo XVIII las pretensiones de las mujeres estuvieron asociadas a su educación y a la consecuente toma de conciencia de sus derechos políticos y civiles. A partir de una profunda puesta en crisis de la jerarquía de los sexos y los privilegios masculinos socialmente imperantes se afirmó que las diferenciaciones en detrimento de las mujeres no responden al orden de lo biológico sino a los prejuicios y condicionamientos culturales de una época dada. Al-

⁶ La periodización propuesta –ahora enriquecida con nuevas referencias históricas, normativas y bibliográficas– sigue el hilo de un opúsculo anterior de nuestra autoría titulado “Perspectivas de género en Derecho Privado: aspectos históricos y metodológicos”, UNR, Rosario, 2022. La contribución forma parte de la colección *Apuntes Feministas*, un proyecto editorial multidisciplinario auspiciado por el Área de Género y Diversidades y la Secretaría de Extensión Universitaria de la UNR. La colección fue amadrinada por Dora Barrancos. Una síntesis actualizada de las sucesivas fases del feminismo también puede verse en DELGADO QUINTERO, A., “Las olas feministas y su histórica aportación en el reconocimiento de los derechos de las mujeres”, en *Akademia. Revista internacional & comparada de derechos humanos*, vol. 5, núm. 2, julio-octubre de 2022, ps. 187-217.

gunos nombres propios, como los de François Poullain de La Barre⁷, Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft, han protagonizado las reivindicaciones salientes de esta fase iniciática del denominado “feminismo ilustrado” (de matriz eurocéntrica).

Una segunda etapa puede situarse a mediados del siglo XIX, y perdura hasta mediados del siglo XX. La pretensión más destacable en este período fue el derecho al voto femenino, en el marco de un encendido debate sobre la universalidad del sufragio y el goce extendido de las libertades políticas⁸. Por lo demás, las mujeres reclamaban el acceso a la educación superior (universitaria), con fuertes críticas a la institución del matrimonio (como destino inexorable de la mujer apenas superada su niñez), y asoman las primeras señales de una liberación de las mujeres, con cambios en el aspecto físico y en la vestimenta.

Un tercer despliegue tiene lugar hacia finales de la década de los '60 del siglo XX, cuyo punto de inflexión está vinculado al “Mayo francés”⁹. Algunos estiman que esta tercera fase aún subsiste, mientras

⁷ François Poullain de La Barre (París, 1647-Ginebra, 1725) fue un escritor, sacerdote, filósofo cartesiano y considerado uno de los precursores del feminismo. En 1673 se publica una obra anónima (pero que se reconoce de su autoría) titulada “De l'égalité des deux sexes, discours physique et moral où l'on voit l'importance de se défaire des préjugés” (“De la igualdad de los sexos, discurso físico y moral que evidencia la importancia de abandonar los prejuicios”). Se trata de un verdadero tratado en el que se demuestra, al hilo del método cartesiano, cómo el trato desigual sufrido por las mujeres carece de todo sustento *natural*, y no es más que la resultante de prejuicios culturales y argumentos basados en la autoridad, la costumbre y la tradición. A partir de esta premisa y con arreglo en una educación absolutamente igualitaria se reivindica el acceso de las mujeres a funciones por entonces reservadas a los varones, tales como el sacerdocio, la judicatura, el ejercicio del poder político, los altos cargos en el ejército, el desempeño en las cátedras universitarias, etcétera. Al respecto resultan de sumo interés algunos trabajos de Celia Amorós, entre los que destacamos: “El feminismo: senda no transitada de la Ilustración”, en *Isegoría*, núm. 1, 1990, ps. 151-160; “Pragmatización del *cogito*, ética y feminismo en François Poullain de La Barre”, en *Enrahonar: Quaderns de Filosofia*, 1999, ps. 363-368; “Feminismo e Ilustración (XIV Conferencias Aranguren): I. De la razón inerte a la razón meritória; II. Por una Ilustración multicultural”, en *Isegoría*, núm. 34, 2006, ps. 129-166.

⁸ El film “Las sufragistas” (estrenado en 2015, dirección de Sarah Gavron y guión de Abi Morgan) retrata la acción de las pioneras por el sufragio femenino en Inglaterra a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX.

⁹ Sobre el tema puede verse: HOBBSAWM, E. J., “Revolucionarios: Ensayos

para otros habría concluido en los años ochenta. Durante esta instancia el espectro de demandas es muy amplio: desde la exigencia de políticas públicas que reconozcan derechos puntuales a favor de las mujeres (en el mercado laboral, p. ej., la equiparación del trato con los varones en base a la premisa “a igual tarea, igual salario”) hasta el extremo de postular el fin del patriarcado como sistema político, económico y social (propósito declarado del “feminismo radical”¹⁰, según el cual la raíz de la desigualdad en todas las sociedades hasta ahora existentes ha sido la dominación del varón sobre la mujer)¹¹. En este marco, la difusión de los métodos anticonceptivos ha constituido un factor decisivo en la brega por la emancipación femenina, toda vez que otorgaron a las mujeres el poder del control de la natalidad y la liberación del goce sexual (no ligado a la reproducción)¹². En esa época también comenzó a reconocerse, con requisitos y grados de restricción variables, el derecho al aborto en los países de Europa Occidental (cabe recordar

contemporáneos”, Ariel, Barcelona, 1978; SÁNCHEZ-PRIETO, J. M.^a, “La historia imposible del Mayo francés”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 112, 2001, ps. 109-133; ROSS, K., “Mayo del '68 y sus vidas posteriores. Ensayo contra la despolitización de la memoria”, Acuarela, Madrid, 2008.

¹⁰ Cfr. JARA GÓMEZ, A. M., “El feminismo radical de Catharine MacKinnon”, en *Akademia. Revista internacional & comparada de derechos humanos*, vol. 5, núm. 2, julio-octubre de 2022, ps. 13-38.

¹¹ Cfr. CONTI ODORISIO, op. cit., p. 695: “El problema que el neofeminismo trata de afrontar se presenta más complejo. Se trata por una parte de dominar derechos que la sociedad política concede, pero que la estructura social y la familia hacen imposibles de practicar y, por la otra, trascendiendo la acción de coordinar la transformación completa de la sociedad, proponiendo una alternativa global a la sociedad masculina y a sus valores”.

¹² La píldora anticonceptiva no sólo fue considerada para la regulación individual de la fertilidad, sino también como una valiosa herramienta para el control poblacional. La mayor parte de la producción de la píldora se desarrolló en México, gracias al trabajo del químico estadounidense Russell E. Marker (1902-1995), quien utilizó una planta llamada *Dioscorea barbasco*, que florece en la cuenca de los ríos de Orizaba y Córdoba en el Estado mexicano de Veracruz. Pero será el biólogo estadounidense Gregory Goodwin Pincus (1903-1967) el encargado de coordinar los estudios clínicos para sintetizar la substancia. En 1959, la FDA de los Estados Unidos otorga la patente a Enovid 10, como agente anticonceptivo. Es así como se hace oficial el nacimiento de la píldora. Desde entonces, decenas de millones de mujeres alrededor del mundo han confiado en este sistema por ser el método reversible más idóneo para evitar el embarazo (99,7% de eficacia y seguridad).

que en 1920 la URSS se colocó a la vanguardia en decretar la legalización del aborto en cualquier circunstancia y fundado en razones de salud pública)¹³. Por lo demás, la disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio y la por entonces llamada “patria potestad compartida” se convirtieron en ley en muchos Estados (en Argentina, leyes 23.515 [1987]¹⁴ y 23.264 [1985]¹⁵, respectivamente).

La cuarta fase sería la que estamos transitando en la actualidad. La acción concertada de las mujeres, un mayor empoderamiento en todos los ámbitos de la vida y el ejercicio de la *sororidad* (es decir,

¹³ El 18 de noviembre de 1920 fue publicada la resolución titulada “Sobre la protección de la salud de las mujeres”, emanada de los Comisariados del Pueblo de Salud y de Justicia y que permitía la interrupción voluntaria del embarazo de forma gratuita y en hospitales públicos. La legislación soviética ha experimentado varias vicisitudes –v. gr., el aborto estuvo prohibido entre 1936 y 1955–, hasta la actual Federación de Rusia, en la cual es legal el cese de la gestación por voluntad de la mujer hasta la doceava semana y sea cual fuere la causal invocada. Para una visión sintética de cómo se encuentra legislado el aborto en el mundo actual resulta ilustrativo el mapa contenido en el siguiente enlace: <https://www.rtve.es/noticias/20180530/mapa-del-aborto-mundo/1741461.shtml>.

¹⁴ En 1954 obtuvo sanción la Ley 14.394 del Régimen Legal de Familia y Minoridad que permitía el divorcio vincular (derogando la indisolubilidad del vínculo matrimonial impuesta por el art. 69 de la Ley 2393, de 1888, de Matrimonio Civil). Sin embargo, esta ley tuvo una vida muy breve, pues fue abrogada menos de un año después, tras el derrocamiento de Juan D. Perón por el golpe de estado de 1955. El 28 de junio de 1987 el Congreso de la Nación sancionó la nueva Ley de Matrimonio Civil (23.515) que, además de posibilitar el divorcio vincular por presentación conjunta (art. 215, CC), modificó la situación de la mujer en los siguientes aspectos: a) domicilio de la mujer casada: se suprimió el viejo resabio de autoridad marital que facultaba al marido a elegir el domicilio conyugal (art. 90); b) con la reforma del art. 8° de la ley de nombre (18.248, de 1969) se eliminó la obligación de la mujer de usar el apellido de su marido precedido de la partícula “de”, quedando ello como meramente facultativo. Los hijos llevaban siempre el apellido del padre y era optativo para ellos, una vez alcanzada la mayoría de edad, agregar el de la madre. Según el régimen instituido por el Código Civil y Comercial (ley 26.994, de 2014), el hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Se puede añadir el apellido del otro cónyuge a pedido de los progenitores o del interesado con edad y madurez suficiente (art. 64).

¹⁵ Además, esta ley modificó el art. 2° de la ley 18.248, según el cual la elección del nombre de pila de los hijos pasó a ser atribución de ambos progenitores y no resorte exclusivo del padre.

la unidad y solidaridad entre mujeres)¹⁶ son las notas salientes de este período. En la lucha contra el predominio viril se exige poner fin a las prebendas masculinas, repudiando todas las formas de discriminación y violencia por motivos de género (logrando que en los Códigos Penales se tipifique el delito de “femicidio”¹⁷) y, en materia de derechos de la salud sexual y reproductiva, reaparece con fuerza la petición de la interrupción voluntaria del embarazo como una de las principales insignias (en nuestro país, la IVE debe su existencia a una sostenida militancia de las mujeres que culminó con la sanción de la ley 27.610 [2021])¹⁸.

En la contemporaneidad emerge asimismo el “ecofeminismo” (producto de la fusión entre los movimientos feminista y ambientalista)¹⁹ y se difunde el discurso contra los estereotipos sociales: tanto del “feminismo descolonial” (contra el predominio del hombre blanco occidental como arquetipo de progreso social)²⁰, como del “feminismo gor-

¹⁶ Cfr. Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Espasa, Madrid, 2022, *ad vocem*: “sororidad”, del inglés *sorority*, y éste del latín medieval *sororitas* (“congregación de monjas”); latín clásico: *soror*, -ōris (“hermana carnal”).

¹⁷ En Argentina la ley 26.791 (2012) incorporó la figura en el Código Penal: “Art. 80 – Se impondrá reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto el artículo 52, al que matare [...] 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”. El elemento agravante del crimen, amén de los sujetos activo (autor) y pasivo (víctima), es la motivación del agente, quien actúa movido por machismo o misoginia (odio o aversión hacia las mujeres). Es oportuno acotar que, conforme a una interpretación integradora y armónica con la Ley de Identidad de Género, el término “mujer” (referido en el inc. 11, art. 80, CP) comprendería a todas aquellas personas que se sienten o “autoperceben” como tales, aunque esta vivencia interna e individual no se corresponda con los caracteres sexuales primarios y/o secundarios (*vid.* art. 2º, ley 26.743 [2012]).

¹⁸ Cabe notar que la Ley 26.150 (2006) de Educación Sexual Integral (ESI) constituye el complemento indispensable para que la IVE cumpla con su principal propósito de evitar embarazos no deseados (y con ello abortos prevenibles). La ESI persigue garantizar el derecho de todos los estudiantes a recibir contenidos de educación sexual de manera integral desde el nivel inicial hasta la formación técnica no universitaria del sistema educativo nacional argentino.

¹⁹ El “ecofeminismo” plantea la correlación existente entre dos violencias convergentes: la opresión patriarcal y la destrucción de la naturaleza. Cfr. MIES, M. y SHIVA, V., “Ecofeminismo. Teoría, crítica y perspectivas”, Icaria, Barcelona, 2016.

²⁰ Cfr. VERGÈS, F., “Un feminismo descolonial”, trad. de M. Pérez Colina, Traficantes de Sueños, Madrid, 2022.

do” (contra el patrón estético de la delgadez impuesto por la moda de turno)²¹, y se vislumbra un mayor acople con la comunidad LGTBQI+²². Un momento bisagra en la historia ha sido el 8 de marzo de 2018 (fecha en que se conmemora el Día Internacional de la Mujer²³), el primer paro internacional de mujeres inmortalizado como #8M²⁴.

3. Los derechos educativos

Entre las pioneras del pensamiento feminista ilustrado se destacan la escritora, dramaturga y filósofa política francesa Olympe de Gouges (seudónimo de Marie Gouze), y la escritora y filósofa inglesa Mary Wollstonecraft. La igualdad de derechos, una de las proclamas más relevantes del llamado Siglo de las Luces y de la Revolución francesa, evidencia las contradicciones de una organización política, social y económica que declaraba dicha igualdad en la Carta (“ante la ley”), pero que en la práctica se revelaba inequitativa en la distribución de bienes y cargas entre mujeres y varones²⁵. Ambas, por lo tanto, pueden considerarse las precursoras de las corrientes feministas surgidas con posterioridad.

²¹ Cfr. CONTRERA, L. y CUELLO, N. (comps.), “Cuerpos sin patrones. Resistencias desde las geografías desmesuradas de la carne”, Madreselva, Buenos Aires, 2016.

²² Cfr. MONEREO ATIENZA, C., “Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas”, Dykinson, Madrid, 2015.

²³ Con respecto a esta efeméride los relatos no son coincidentes. Según la versión más difundida el 8 de marzo 1908 el incendio de la Cotton Textil Factory (en Washington Square, Nueva York) es el origen de la celebración del día de la mujer. Por entonces un grupo de mujeres bregaban por la igualdad salarial, la disminución de la jornada laboral a diez horas y un tiempo para lactar a sus hijos. Los dueños de la fábrica habían encerrado a las trabajadoras para forzarlas a permanecer en el trabajo y no unirse a la huelga, lanzando bombas incendiarias que causaron la muerte de 129 trabajadoras. Durante la “Segunda Conferencia Internacional de Mujeres Trabajadoras” (Copenhague, 1910) se acordó declarar el 8 de marzo como Día Internacional de la Mujer Trabajadora. Sin embargo, recién en 1975 las Naciones Unidas en Asamblea General institucionalizó el 8 de marzo como el Día Internacional de la Mujer.

²⁴ Otro hito reciente del movimiento feminista ha sido el día 3 de junio de 2015, cuando se produjo una multitudinaria marcha contra los femicidios (y, en general, la violencia de género) en varias ciudades de Argentina y Uruguay, bajo la consigna “Ni una menos”.

²⁵ CONTI ODORISIO, op. cit., p. 694.

Olympe de Gouges (1748-1793) desarrolla su acción durante la Revolución francesa, período en el que muchas mujeres ignoradas por la historia oficial militaron enérgicamente por el reconocimiento de sus derechos²⁶. De Gouges advertía que los principios revolucionarios de libertad, igualdad y fraternidad sólo beneficiaban a los hombres, y a partir de ello redacta un documento titulado “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana” (1791), en el cual parafrasea la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1789). El primer artículo dispone: “La mujer nace y permanece igual al hombre en sus derechos”²⁷. Sin embargo, de Gouges es consciente de que hasta tanto no se produzcan cambios sustanciales en la manera en que las mujeres son percibidas (y, ante todo, autopercebidas), la promesa de igualdad no se podrá materializar y permanecerá gravitando en la esfera de los ideales abstractos. Con este gesto, la filósofa señala los límites del “universal ciudadano” y de la “igualdad ante la ley” proclamados por la Revolución²⁸.

Contemporáneamente, en Inglaterra, Mary Wollstonecraft (1759-1797)²⁹ sostenía que el abandono del ámbito doméstico por parte de

²⁶ Para un panorama general *vid.* “La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII”, comp. por A. H. Puleo, presentación de C. Amorós, Anthropos, Barcelona, 2011.

²⁷ La *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne* es uno de los primeros documentos históricos oficiales que proclama la emancipación femenina y brega por la igualdad de derechos o equiparación jurídica entre mujeres y varones. Fue presentada en la Asamblea Legislativa el 28 de octubre de 1791.

²⁸ Afirmaba de Gouges que “si las mujeres tienen derecho a subir al cadalso, también tienen derecho a subir a la tribuna” (es decir, ocupar cargos públicos). En plena vorágine del período revolucionario conocido como “el Terror” (bajo la dictadura de Maximilien Robespierre, jefe de la facción más radical de los jacobinos), de Gouges fue detenida y juzgada sumariamente por su defensa de los girondinos. Murió ajusticiada por la guillotina en la Place de la Concorde el 3 de noviembre de 1793. Pocos años después, Napoleón en su Código Civil (1804) sometía a la mujer a una estricta autoridad masculina. Para conocer más acerca de la vida y obra de Olympe de Gouges puede consultarse la reseña biográfica realizada por Leonardo García Campos publicada en la revista digital *Perseo* (núm. 3, mayo de 2013) del Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM, disponible para su consulta online en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/olympede-gouges-y-la-declaracion-de-los-derechos-de-la-mujer-y-la-ciudadana-2/>.

²⁹ El 27 de abril de 1759 nació en Londres Mary Wollstonecraft, autora, entre otros muchos ensayos, novelas y tratados de gran talla literaria e intelectual, de la

las mujeres era indispensable para el desarrollo de todo su potencial en el mundo del trabajo. La equiparación de las posibilidades de hombres y mujeres se postula como una condición *sine qua non* para los objetivos revolucionarios de una humanidad más libre y racional. Cabe consignar que Wollstonecraft no negaba las diferencias entre varones y mujeres. Sin embargo, entendía que ellas eran el resultado del trato y educación diferencial entre unos y otras (un “orden no natural”) y refuta los preconceptos respecto de una naturaleza inferior de las mujeres en sus aspectos intelectual y moral³⁰. Así, pues, para concretar el ideal igualitario su propuesta estaba centrada en que la educación debía tender a fomentar la autonomía y racionalidad de las mujeres (en todo caso, el modelo pedagógico viril seguía siendo el prevaleciente y la referencia obligada para educar a las mujeres)³¹. La necesidad de

“Vindicación de los derechos de la mujer” (1792), una de las obras vanguardistas de lo que más de medio siglo después se conformaría como el pensamiento feminista. En aquella obra reivindicaba la necesidad de que las mujeres fueran educadas en los mismos conocimientos que los hombres, no meramente como “esposas y madres”, para poder desarrollarse y participar en la sociedad con igualdad de derechos y deberes. Contraria por principios al matrimonio, Mary Wollstonecraft se casó, sin embargo, con el filósofo William Godwin, con quien tuvo una hija, la escritora Mary Shelley, a raíz de cuyo parto murió en 1797 (a la temprana edad de treinta y ocho años).

³⁰ Cfr. MOEBIUS, P. J., “La inferioridad mental de la mujer”, trad. de A. Kovacsics Meszaros, *Prólogo* de F. Ongaro Basaglia, Bruguera, Barcelona, 1982. Paul Julius Moebius (1853-1907) fue un neurólogo y psiquiatra alemán que, en el panfleto titulado en original “Über den physiologischen Schwachsinn des Weibes” y publicado en 1900, todavía sostenía sin empacho como “premisa científica” la inferioridad fisiológica (“imbecilidad”) y congénita de la mujer, considerando que en ella “...están menos desarrolladas ciertas porciones del cerebro de suma importancia para la vida mental, tales como las circunvoluciones del lóbulo frontal y temporal; y que esta diferencia existe desde el nacimiento” (p. 8). La primera traducción al español de la obra de Moebius estuvo a cargo de Carmen de Burgos (1867-1932), periodista, escritora y activista de los derechos de la mujer española, perteneciente a la generación del '98.

³¹ En la polémica sobre el tipo de educación que debían recibir las mujeres el principal interlocutor antagonista de Wollstonecraft era Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), paladín de la Ilustración patriarcal que rezagaba a la mujer a la esfera doméstica en sus roles de madre y esposa, alegando supuestas razones biológicas para que la educación se enderezara a prepararla desde la niñez en estas tareas. Cfr. sobre el tema COBO, R., “Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau”, en *Avances del CESOR*, Año IX, núm. 9, 2012, ps. 109-141; CALDERÓN QUINDÓS, F., “La mujer en la obra de Jean-Jacques Rousseau”, en *Revista de Filosofía*, vol. 30, núm. 1, 2005, ps. 165-177.

ampliar y mejorar la educación de las mujeres denota que el ideal igualitario se hace efectivo (o no) en función de determinadas condiciones materiales que posibilitan (o cercenan) su alcance.

4. Los derechos políticos

Las ideas de las profeministas ilustradas europeas (de Gouges y Wollstonecraft) hallan una primera réplica en el *sufragismo*. La lucha por los derechos políticos de la mujer fue la principal insignia de este movimiento, surgido hacia fines del siglo XIX bajo un lema que pasará a la historia: *votes for women*³². El momento fundacional del movimiento sufragista fue la Primera Convención sobre los Derechos de la Mujer celebrada los días 19 y 20 de julio de 1848 en el pueblo textil de Seneca Falls (Estado de Nueva York). En esa ocasión se aprobó un manifiesto titulado “Declaración de Sentimientos” o “Declaración de Seneca Falls”³³. La lucha por el reconocimiento del sufragio femenino culminará una centuria después cuando en 1948 se consagra como derecho humano universal e inalienable en la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de las Naciones Unidas³⁴.

Las sufragistas, agrupadas en diversas asociaciones, compartían idéntico propósito, aunque sus tácticas podían ser divergentes. Las sufragistas británicas se caracterizaban por una actitud más combativa en sus manifestaciones y reclamos (como en el caso de Emily Davison, Emmeline Pankhurst y Carmen Karr). En el año 1904 se fundó en Berlín por Carrie Chapman Catt, Millicent Garret Fawcett, Susan B. Anthony, entre otras feministas, la “Alianza Internacional para el Su-

³² En rigor, se reclamaba no sólo el derecho a elegir candidatos para los cargos públicos, sino también a ser electas para ejercer dichos cargos. En efecto el sufragio, como derecho político, abarca una faz activa (quiénes tienen derecho al ejercicio del voto) y una faz pasiva (quiénes y en qué condiciones tienen derecho a ser elegidos).

³³ Cfr. MACÓN, C., “La Declaración de los Sentimientos de 1848. Ciudadanía, afecto y rebelión”, en *Cuadernos de Filosofía*, núm. 69, UBA, julio-diciembre de 2017, ps. 129-154; disponible en formato digital en file:///C:/Users/EQUIPO/Downloads/6120-Texto%20del%20art%C3%ADculo-15205-1-10-20190422.pdf.

³⁴ En Estados Unidos el derecho al sufragio de las mujeres data de 1920 (19ª Enmienda a la Constitución de 1787). El activismo de Carrie Chapman Catt (1859-1947) fue determinante en la aprobación de esta Enmienda.

fragio Femenino” (esta organización no gubernamental en la actualidad se denomina “Alianza Internacional de Mujeres”, tiene su sede en la ciudad de Ginebra y continúa bregando por la defensa de los derechos humanos de las mujeres y niñas en todo el mundo).

En otros países el sufragio femenino se logró desde las instituciones del Estado, mediante leyes impulsadas por mujeres activamente involucradas en la militancia política (por ejemplo: Clara Campoamor en España, Elvia Carrillo Puerto en México, y en nuestro país Alicia Moreau de Justo y Eva María Duarte de Perón). En Argentina la Ley 13.010 de Sufragio Femenino (conocida como “Ley Evita”) fue sancionada por el Congreso nacional el 9 de septiembre de 1947 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 23 de septiembre del mismo año; empero, hubo que esperar hasta el 11 de noviembre de 1951 para que las mujeres pudieran ejercer por primera vez a nivel nacional su derecho a elegir representantes y también a ser elegidas³⁵.

El accionar del *sufragismo* encendió la chispa para que las mujeres

³⁵ Ha sido una extensa lucha cuyo protagonismo lo tuvo sin duda Eva Perón, pero precedida de la actividad de sufragistas como Julieta Lanteri, Elvira Rawson, Cecilia Grierson y Alicia Moreau, que bregaban por la reforma del régimen legal electoral fundado en la conocida como Ley “Sáenz Peña” 8871 (1912), la cual instituyó el voto secreto y obligatorio sólo para los hombres mayores de 18 años. Si bien la ley 13.010 se promulgó en 1947, recién en 1951 las mujeres pudieron ejercer su derecho porque hubo que adecuar procedimientos registrales relativos a la identidad de las personas físicas, que en la Argentina se regía por el padrón militar desde el siglo XIX. Sobre la base del censo de 1947 se estableció el número de mujeres a las que primero había que otorgarle su certificado de nacimiento y la Libreta Cívica (los varones acreditaban su identidad en los comicios con Libreta de Enrolamiento). Se trató de un proceso jurídico-administrativo complejo, sobre todo teniendo en cuenta que en paralelo se estaban discutiendo y ampliando también los derechos políticos de los habitantes de los entonces territorios nacionales que no podían votar y lo pudieron hacer finalmente en 1951. El proceso duró cuatro años y en él fue decisiva la tarea de las “delegadas censistas” que representaban el Partido Peronista Femenino en todas las provincias del país. “Promovieron una campaña de lo que hoy entendemos como ‘pedagogía del voto’. Su primera misión fue saber dónde estaban y quiénes eran las mujeres identificadas. Su labor incansable fue crucial para generar un movimiento popular de mujeres muy activo, participativo y resolutivo de las necesidades de las comunidades”, explica Romina Martínez, integrante de la Comisión Directiva INIHEP, Museo Evita (*vid.* la nota titulada “Voto femenino: historia y acciones”, publicada en ocasión del 70 Aniversario del primer voto femenino, el 11-11-2021, en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/voto-femenino-historia-y-acciones>).

organizadas colectivamente pudieran ensanchar sus reivindicaciones en pos de una superación de la propuesta liberal de igualdad ante la ley. En este sentido, entre sus objetivos pueden destacarse la inclusión de la mujer a la producción y al trabajo con plenitud de derechos, la mejora en su educación, la capacitación profesional, la equiparación de tareas entre varón y mujer dentro del núcleo familiar para evitar la subordinación de la mujer y el desenmascaramiento de la doble moral sexual. Y, en virtud de la dialéctica inherente a la propia dinámica del movimiento feminista, se han abierto dos grandes vertientes en su seno: el “feminismo de la igualdad” y el “feminismo de la diferencia”.

5. Los derechos civiles

El llamado “feminismo de la igualdad” se basa en la premisa de que no hay diferencias sustanciales entre hombres y mujeres y, por lo tanto, reclaman que estas últimas obtengan idéntico estatus jurídico que los primeros³⁶. Sin embargo, es sabido que la persistencia de con-

³⁶ Ya a inicios del siglo XX surgen diversos proyectos de ley sobre los derechos civiles de la mujer, entre los que se destacan el de Luis María Drago (1902), el de Alfredo Lino Palacios (1907, reiterado en 1913 y 1915), y el más avanzado de todos de Enrique del Valle Iberlucea (1918), que fijaba la equiparación absoluta entre el varón y la mujer, abolía la incapacidad de hecho de la mujer casada y modificaba substancialmente el régimen patrimonial del matrimonio. Pero no dejaron de ser intentos aislados sin prosperar en el Congreso de la Nación Argentina. Hubo que esperar hasta el año 1926 cuando se sanciona la Ley 11.357 de “derechos civiles de la mujer”, en base a un proyecto de los diputados socialistas Mario Bravo y Juan B. Justo. En ella se distinguían tres categorías: (A) Mujer soltera, viuda o divorciada mayor de edad; (B) mujer casada mayor de edad, y (C) mujer casada, menor de edad. (A) Respecto de la mujer soltera, viuda o divorciada mayor de edad se establece el principio de la igualdad jurídica con el hombre mayor de edad (art. 1º), derogando todas las incapacidades de derecho que afectaban a la mujer en general. (B) Tratándose de la mujer casada ella conservaba y ejercía la patria potestad sobre sus hijos de un matrimonio anterior, no obstante contraer nuevas nupcias (art. 3º, inc. 1º); y sin venia marital o judicial podía (art. 3º, inc. 2º): a) Ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administrando y disponiendo libremente del producido de esas ocupaciones; adquirir con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente. La mujer podrá hacer constar en la escritura de adquisición que el dinero proviene de alguno de esos conceptos. Esa manifestación importará una presunción *juris tantum*. b) Formar parte de asociaciones civiles o comerciales y de sociedades

diciones materiales desiguales conduce a reconsiderar la igualdad de derechos como objetivo final³⁷. En ese sentido, si bien en las sociedades occidentales las leyes garantizan a las mujeres el acceso al trabajo, ellas no suelen obtener el mismo ingreso que los varones por la misma tarea realizada (“brecha salarial”); además, las mujeres son las principales responsables del cuidado familiar, del sostén afectivo del hogar y de las labores domésticas (trabajo no remunerado), y subsisten los

cooperativas. c) Administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondan en caso de separación judicial de bienes de los esposos. Se presume que el marido tiene mandato para administrar los bienes de la mujer, sin obligación de rendir cuentas por las rentas o frutos percibidos, mientras la mujer no haga una manifestación de voluntad contraria inscrita en un registro especial o en el de mandatos donde no lo hubiere. d) Administrar los bienes pertenecientes a sus hijos de un matrimonio anterior, sin que los frutos naturales o civiles de los mismos pertenezcan a la nueva sociedad conyugal. e) Aceptar o repudiar el reconocimiento que de ella hicieren sus padres. f) Aceptar herencia con beneficio de inventario. g) Estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten su persona o sus bienes o a la persona o bienes de sus hijos menores de un matrimonio anterior. h) Ser tutora, curadora, albacea, testigo en instrumentos públicos y aceptar donaciones. Como lógica consecuencia de la mayor esfera de capacidad reconocida a la mujer casada en el orden matrimonial la ley 11.357 instaura como principio la separación de responsabilidades entre cónyuges por las deudas personales (art. 5º). (C) La mujer casada menor de edad tenía iguales derechos que a la casada mayor de edad, salvo para los actos de disposición, los cuales requerían venia marital o autorización judicial (art. 7º). El fundamento de la incapacidad de la mujer casada estribaba en la necesidad de la unidad de gobierno dentro del hogar y evitar el antagonismo de voluntades, más que en las diferencias biológicas entre los sexos (cfr. BUSSO, E. B., “Código Civil anotado”, Ediar, Buenos Aires, 1958, t. I, p. 417). Con la reforma al Código Civil de Vélez Sársfield (1869) por ley 17.711 (1968) se terminó de concretar la igualdad formal ante la ley al modificarse el art. 1º de la ley 11.357, estableciendo que la mujer mayor de edad *cualquiera sea su estado* tiene plena capacidad civil. Se derogaron los arts. 3º y 7º de la ley 11.357, que reglamentaban la capacidad civil de las mujeres casadas (correlativamente se derogó el texto originario del art. 55 del Código Civil, que incluía a la mujer casada, junto a los menores adultos, como incapaz de hecho relativa, para ciertos actos o el modo de ejercerlos).

³⁷ Se debe diferenciar la igualdad *formal* (declarada en la Carta) de la igualdad *efectiva* en el goce de los derechos individuales. La igualdad en el enunciado legal y la igualdad material (en la práctica) refleja el distingo que la teoría trialista ideada por Werner Goldschmidt plantea entre la dimensión normológica y la dimensión sociológica del mundo jurídico. *Vid.* la obra medular del autor “Introducción filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996.

inconvenientes para que logren ocupar puestos de jerarquía en casi todos los ámbitos profesionales; de más está decir que son sistemáticamente vulneradas en su dignidad personal por las situaciones de acoso y abuso sexual. En suma, aunque sea declarada la igualdad persisten las diferencias.

Esta serie de limitaciones de la igualdad formal ante la ley habilita un segundo grupo de intervenciones feministas desde las cuales se denuncia que la pretensión igualitaria implica la adaptación forzosa de las mujeres al patrón ciudadano masculino. En un entorno socio-cultural dominado por valores androcéntricos esto supone la resignación de las mujeres a sus propios anhelos y necesidades, para ajustarse a las características de la categoría pretendidamente abstracta y neutral del sujeto de Derecho³⁸.

De esta advertencia emana una de las críticas feministas al Derecho más sobresalientes: aquella que advierte que el principio de objetividad normativa es funcional al modelo establecido. En efecto, la pretendida “objetividad” es una falacia; en todo caso, aquello que sí puede practicarse para que el Derecho intente ser la expresión de una sociedad incluyente es la “intersubjetividad”: resultado de la confrontación dialógica entre los diversos sectores y grupos de interés que integran una sociedad dada.

Iniciado el siglo XXI asistimos a una progresión de normas desde la lógica instaurada por el feminismo de la diferencia: la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (ley 26.485, de 2009), la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política (ley 27.412, de 2017)³⁹, la Ley

³⁸ Cfr. COSTA, M., “El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos”, en *Feminismo/s*, núm. 15, junio de 2010, ps. 235-252. La autora destaca cómo la igualdad ante la ley se ha visto confrontada con la necesidad de reconocer las diferentes condiciones de las mujeres para evaluar si es o no factible la concreción de dicho principio. Puede verse además RUBIO CASTRO, A., “El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 70, octubre-diciembre de 1990, ps. 185-207.

³⁹ El antecedente de esta norma ha sido la Ley 24.012 (1991) de “Cupo Femenino”, la cual otorgó la posibilidad a las mujeres de ocupar el 30% de los cargos electivos, exigiendo que dicho porcentaje estuviera ocupado por mujeres en las listas de candidatos que presentan los partidos políticos para cada elección nacional, provincial o

Micaela de Capacitación Obligatoria en la Temática de Género y Violencia contra las Mujeres (ley 27.499, de 2019) y la ratificación del Convenio N° 190 de la OIT, que reconoce a toda persona el derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso (ley 27.580, de 2020)⁴⁰.

6. Reflexión final

En la actualidad el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres es una discusión ya saldada desde un punto de vista teórico. Los objetivos de las luchas emancipadoras del feminismo como movimiento político han sido el reconocimiento de los derechos de las mujeres, la eliminación de leyes injustificadamente discriminatorias y, en definitiva, lograr la igualdad jurídica real. En un período de cien años (1845-1945) hemos asistido a la concretización de las principales metas (derecho a sufragar y ser representantes políticos, a la educación y a ejercer profesiones liberales [aunque sigue habiendo profesiones “masculinizadas” y otras “feminizadas”]). Sin embargo, los roles tradicionales instituidos por la sociedad siguen operando (a veces de manera explícita y otras en forma subrepticia) y aún subsisten serios obstáculos en el desarrollo laboral y profesional de la mujer. En efecto, la concesión teórica de derechos es una condición necesaria pero no suficiente, puesto que las diferencias de trato subsistirán hasta tanto no se transformen las condiciones materiales y culturales que hagan posible su disfrute.

En todo caso, es oportuno aclarar que la constelación de roles endilgados a las mujeres aparece siempre ligada a expectativas y prejuici-

municipal. Según el art. 60 bis añadido al Código Nacional Electoral por ley 27.412 (2017) se establece entre los requisitos para la oficialización de las listas: “Las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente”.

⁴⁰ Cfr. GERBALDO, S., “Un breve resumen de la conquista de derechos laborales de las mujeres en la historia”, Secretaría de Riesgos del Trabajo de la Nación Argentina, Buenos Aires; disponible en file:///C:/Users/pc/OneDrive/Desktop/un_breve_resumen_de_la_conquista_de_derechos_laborales_de_las_mujeres_en_la_historia.pdf.

cios sociales ligados a la supremacía masculina. De ahí que no se trate de un esquema lineal sino de superposición y coexistencia, resultado de sedimentaciones y supervivencias patriarcales procedentes de tiempos remotos. Así, toda vez que abordamos en forma diacrónica la condición jurídica de la mujer nos encontramos con un palimpsesto semántico que emerge de discursos y prácticas en las cuales dicha condición constituye una posición relativa o relacional, siempre en función de su término opuesto y complementario: el varón.

En este contexto, el *género* representa un concepto potencialmente idóneo para iluminar las interpretaciones y concepciones sociales asignadas a la dicotomía masculino/femenino y desnaturalizar todo aquello que se afirma como desprendido del “orden natural”⁴¹. Ergo, desde esta categoría heurística es dable visibilizar cómo se articulan las estructuras de poder en las relaciones *inter e intra* género. A la sazón nuestra exhortación es que en los análisis de todas las instituciones de Derecho Privado (persona, familia, contrato, propiedad y herencia) sea incluida la *perspectiva de género* como clave de lectura insoslayable para develar –cuando es el caso– el *sesgo androcéntrico* del Derecho y proyectar sentidos más equitativos en la hermenéutica jurídica.

Anexo

Ley 340 (1869): Código Civil de la República Argentina.

Ley 2393 (1888): de Matrimonio Civil.

Ley 8871 (1912): sufragio universal, secreto y obligatorio.

⁴¹ La categoría, por lo demás, es de suma relevancia en los estudios políticos y socioculturales, y en la actualidad es empleada para evidenciar los innumerables modos de habitar la sexualidad más allá de la condición genital de la persona y de la heteronormía binaria varón/mujer. Para una crítica del *concepto sexo-género* y su relevancia en la explicación de la historia cfr. SCOTT, J. W., “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en AMELANG, J. S. y NASH, M. (eds.), *Historia y género: las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*, Institució Alfons el Magnànim, Centre Valencià d’Estudis i d’Investigació (IAM-CeVEI), Valencia, 1990, ps. 265-302. La traducción es de Eugenio y Marta Portela. Originalmente este artículo fue publicado como “Gender: A Useful Category of Historical Analysis”, en *American Historical Review*, núm. 91, 1986, ps. 1053-1075.

- Ley 11.357 (1926): derechos civiles de la mujer.
- Ley 13.010 (1947): sufragio femenino.
- Ley 14.394 (1954): Régimen Legal de Familia y Minoridad.
- Ley 17.711 (1968): reforma del Código Civil.
- Ley 18.248 (1969): nombre de las personas físicas.
- Ley 23.179 (1985): ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Ley 23.264 (1985): patria potestad compartida.
- Ley 23.515 (1987): de Matrimonio Civil.
- Ley 24.012 (1991): cupo femenino en los cargos electivos.
- Ley 24.632 (1996): ratifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de “Belém do Pará”).
- Ley 26.150 (2006): Educación Sexual Integral (ESI).
- Ley 26.485 (2009): de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.
- Ley 26.743 (2012): de Identidad de Género.
- Ley 26.791 (2012): incorpora la figura del femicidio al Código Penal (art. 80, inc. 11).
- Ley 26.994 (2014): aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley 27.412 (2017): paridad de género en el Código Nacional Electoral.
- Ley 27.499 (2019): capacitación obligatoria en género para todas las personas que desempeñan una función pública.
- Ley 27.580 (2020): ratifica el Convenio OIT N° 190 (ambiente de trabajo libre de violencia y acoso sexual).
- Ley 27.610 (2021): Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE).

Bibliografía

- AMORÓS, Celia, “El feminismo: senda no transitada de la Ilustración”, en Isegoría (núm. 1), 1990, ps. 151-160.
- “Feminismo e Ilustración (XIV Conferencias Aranguren): I. De la razón inerte a la razón meritoria; II. Por una Ilustración multicultural”, en Isegoría (núm. 34), 2006, ps. 129-166.

- AMORÓS, Celia, “Pragmatización del *cogito*, ética y feminismo en François Poullain de La Barre”, en Enrahonar: Quaderns de Filosofia, 1999, ps. 363-368.
- BUSSO, Eduardo B., “Código Civil anotado”, Buenos Aires, Ediar, 1958.
- CALDERÓN QUINDÓS, Fernando, “La mujer en la obra de Jean-Jacques Rousseau”, en Revista de Filosofía, vol. 30 (núm. 1), 2005, ps. 165-177.
- COBO, Rosa, “Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau”, en Avances del CESOR, Año IX (núm. 9), 2012, ps. 109-141.
- CONTI ODORISIO, Anna Maria, “Feminismo”, en BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola (dirs.), Diccionario de Política (A-J), trad. de Javier Tula, México, Siglo Veintiuno, 1981.
- CONTRERA, Laura y CUELLO, Nicolás (comps.), “Cuerpos sin patrones. Resistencias desde las geografías desmesuradas de la carne”, Buenos Aires, Madreselva, 2016.
- COSTA, Malena, “El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos”, en Feminismo/s (núm. 15), junio de 2010, ps. 235-252.
- DELGADO QUINTERO, Andra, “Las olas feministas y su histórica aportación en el reconocimiento de los derechos de las mujeres”, en Akademía. Revista internacional & comparada de derechos humanos, vol. 5 (núm. 2), julio-octubre de 2022, ps. 187-217.
- FACCO, Javier H., “Perspectivas de género en Derecho Privado: aspectos históricos y metodológicos”, Rosario, UNR, 2022.
- GARCÍA CAMPOS, Leonardo, “Olympe de Gouges y la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana”, en Perseo (núm. 3), mayo de 2013, Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM; disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/olympede-gouges-y-la-declaracion-de-los-derechos-de-la-mujer-y-la-ciudadana-2/>.
- GERBALDO, Silvina, “Un breve resumen de la conquista de derechos laborales de las mujeres en la historia”, Buenos Aires, Secretaría de Riesgos del Trabajo de la Nación Argentina; disponible en file:///C:/Users/pc/OneDrive/Desktop/un_breve_resumen_de_la_conquista_de_derechos_laborales_de_las_mujeres_en_la_historia.pdf.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1996.
- HOBSBAWM, Eric J., “Revolucionarios: Ensayos contemporáneos”, Barcelona, Ariel, 1978.

- JARA GÓMEZ, Ana M., “El feminismo radical de Catharine MacKinnon”, en Akademía. Revista internacional & comparada de derechos humanos, vol. 5 (núm. 2), julio-octubre de 2022, ps. 13-38.
- MACÓN, Cecilia, “La Declaración de los Sentimientos de 1848. Ciudadanía, afecto y rebelión”, en Cuadernos de Filosofía (núm. 69), UBA, julio-diciembre de 2017, ps. 129-154; disponible en formato digital en file:///C:/Users/EQUIPO/Downloads/6120-Texto%20del%20art%C3%ADculo-15205-1-10-20190422.pdf.
- MARTÍNEZ, Romina, “Voto femenino: historia y acciones”, del 11-11-2021, en Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/voto-femenino-historia-y-acciones>.
- MIES, María y SHIVA, Vandana, “Ecofeminismo. Teoría, crítica y perspectivas”, Barcelona, Icaria, 2016.
- MONEREO ATIENZA, Cristina, “Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas”, Madrid, Dykinson, 2015.
- PULEO, Alicia H. (ed.), “La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII”, presentación de Celia Amorós, Barcelona, Anthropos, 2011.
- ROSS, Kristin, “Mayo del '68 y sus vidas posteriores. Ensayo contra la despolitización de la memoria”, Madrid, Acuarela, 2008.
- RUBIO CASTRO, Ana, “El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) (núm. 70), octubre-diciembre de 1990, ps. 185-207.
- SÁNCHEZ-PRIETO, Juan María, “La historia imposible del Mayo francés”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) (núm. 112), 2001, ps. 109-133.
- SCOTT, Joan Wallach, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en AMELANG, James S. y NASH, Mary (eds.), *Historia y género: las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*, trad. de Eugenio y Marta Portela, Valencia, Institució Alfons el Magnànim, Centre Valencià d'Estudis i d'Investigació (IAM-CeVEI), 1990, ps. 265-302.
- VERGÈS, Françoise, “Un feminismo descolonial”, trad. de Marisa Pérez Colina, Madrid, Traficantes de Sueños, 2022.
- WOLLSTONECRAFT, Mary, “Vindicación de los derechos de la mujer”, Barcelona, Debate, 1998.

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO ADSCRIPCIÓN DE SIGNIFICADO MÁS ALLÁ DE LAS TEORÍAS COGNOSCITIVAS

por FRANCO GATTI¹

SUMARIO: 1. Alcances de la interpretación. 1.1. Enunciado normativo y norma jurídica. 1.2. Formalismo y escepticismo en materia interpretativa. 2. La justificación de las decisiones interpretativas. 2.1. Las elecciones interpretativas y su justificación. 2.2. La noción de código interpretativo. 2.2.1. Directivas de interpretación lingüística. 2.2.2. Directivas de interpretación psicológica. 2.2.3. Directivas de interpretación autoritativa. 2.2.4. Directivas de interpretación teleológica. 2.2.5. Directivas de interpretación heterónomas. 3. La interpretación en el razonamiento jurídico. 3.1. Razonamiento jurídico. 3.2. El modelo silogístico. 3.3. Críticas al modelo silogístico. 3.4. La propuesta de Wróblewski (justificación interna y externa). 3.5. El lugar de la interpretación en el razonamiento jurídico. 4. Aplicación. 4.1. Problema del caso. 4.2. Solución del caso. 4.3. Justificación interna. 4.4. Justificación externa. 5. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo reconoce como objetivo la revisión crítica de las llamadas “teorías cognoscitivas” de la interpretación jurídica, a partir de la propuesta desarrollada fundamentalmente por un grupo de autores pertenecientes al “realismo genovés”.

En ese marco, se argumentará en favor de conceptualizar a la in-

¹ Abogado (Universidad Nacional de Rosario). *Master* in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova-Universidad de Girona). Profesor adjunto por concurso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

interpretación jurídica como una actividad orientada a adscribir significado a las disposiciones jurídicas, mediada por una decisión del intérprete debidamente argumentada.

De tal modo, se intentará superar la noción ampliamente difundida en nuestra cultura jurídica en virtud de la cual la labor interpretativa consiste en conocer el sentido de las normas jurídicas, asumiendo que éstas poseen una significación correcta o verdadera.

El artículo comprenderá, en primer lugar, un abordaje de las discusiones centrales entre las teorías de la interpretación más significativas: el formalismo y el escepticismo, destacando sus postulados y críticas recíprocas. Luego, se detendrá en el estudio de los denominados “códigos interpretativos” y de las directivas hermenéuticas que los componen, exhibiendo los problemas que cada una de ellas encierra. Finalmente, se abordará el lugar que ocupa la interpretación en el razonamiento jurídico y, a través de un ejemplo práctico, será explicado el rol de las herramientas teóricas en la tarea de atribución de significado a las disposiciones jurídicas.

Abstract

The main objective of this work is to offer a critical revision of the so-called “cognitive theories” of legal interpretation based on the proposal developed essentially by a group of authors belonging to the “Genoese realism”.

Whitin this framework, the idea that legal interpretation is an activity aimed at assigning meaning to legal texts mediated by an interpreter’s duly argued decision will be sustained.

Therefore, this essay attempts to overcome the widely spread notion in our legal culture by which the interpretative task consists of knowing the meaning of legal norms, assuming that they have a correct or true meaning.

This article will include, first of all, an approach to the discussion between the most significant legal interpretation theories: formalism and skepticism, highlighting their postulates and reciprocal criticisms. Then, it will focus on the study of the “interpretative codes” and the hermeneutic directives, exhibiting their problems. Finally, this work

will analyze the place that interpretation occupies in legal reasoning and, through a practical example, the role of theoretical tools in the task of attributing meaning to legal provisions.

Palabras clave

Interpretación jurídica. Teorías cognoscitivas. Teorías escépticas.

Keywords

Legal interpretation. Cognitive theories. Keptical theories.

1. Alcances de la interpretación

1.1. Enunciado normativo y norma jurídica

En el uso común de los juristas (y de los filósofos del Derecho) el vocablo “norma” está referido indistintamente sea a las formulaciones del discurso legislativo, sea a su contenido de significado. La ausencia de distinción nace de la convicción, ampliamente difundida en la cultura jurídica moderna a partir de la Ilustración, de que existe “un significado propio, o verdadero, de las normas, preconstituido respecto a, y del todo independiente de, los procesos en los cuales y con los cuales los operadores jurídicos emplean las normas”². Por eso, Giovanni Tarello promueve la distinción entre enunciado y significado, que reposa sobre una simple constatación empírica.

La constatación de Tarello es la siguiente: cada enunciado lingüístico, contenido en los documentos normativos que comúnmente se comprenden bajo el nombre de fuentes del Derecho, es de hecho entendido y usado en modos diversos y conflictivos por distintos operadores jurídicos, en diferentes momentos y circunstancias. En otras palabras, los enunciados normativos, de los cuales está constituido el discurso de las fuentes, toleran no sólo una interpretación, sino una pluralidad de interpretaciones alternativas. Por lo tanto, las disposiciones legislativas incorporan no ya un solo, unívoco, significado, sino tantos significados disyuntamente cuantas son las diferentes interpre-

² TARELLO, G., “Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del Diritto”, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 393.

taciones admisibles. En suma, es necesario distinguir los enunciados de sus significados por la simple razón de que no se da la correspondencia biunívoca entre los unos y los otros³.

Consecuentemente, contra la noción tradicional –aún vigente y con significativo peso– que entiende a la interpretación como una actividad cognitiva, que tiene por objeto normas y produce conocimiento de normas, distinguimos dos sentidos del término “interpretación”. En un primer sentido, “interpretación” se refiere a una actividad: la atribución de significado a un enunciado; mientras que en un segundo sentido denota al producto de esta actividad, o sea, el significado atribuido a un enunciado. En el ámbito de la experiencia jurídica, la actividad interpretativa vierte sobre los enunciados normativos de las fuentes (las disposiciones) y produce normas.

1.2. Formalismo y escepticismo en materia interpretativa

En primer lugar, resulta posible identificar, entre las tesis que caracterizan al formalismo en materia interpretativa, las siguientes: 1) las normas jurídicas constituyen el objeto de la interpretación jurídica; 2) las normas jurídicas tienen un significado verdadero, preconstituido a la interpretación; 3) el significado verdadero de las normas jurídicas puede ser descubierto siguiendo las directivas (cánones, criterios) impuestas por la naturaleza misma de las normas⁴. En definitiva, de acuerdo a la perspectiva formalista, toda previsión legal es objetiva y tiene determinado su significado. Dicho sentido objetivo es, en efecto, el correcto. Asimismo, la actividad interpretativa es de carácter puramente cognoscitivo y el sistema jurídico se caracteriza por ser completo y coherente.

En oposición a la propuesta formalista, el escepticismo interpretativo equivale a sostener que cualquier tesis sobre la existencia de una única interpretación correcta es falsa. Y es falsa, precisamente, debido a la indeterminación del sistema jurídico, lo que trae como consecuencia que los enunciados interpretativos no tienen valor de verdad. La in-

³ *Id.*, p. 395.

⁴ TARELLO, G., “Il problema dell’interpretazione: una formulazione ambigua”, en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 43, 1966, p. 349.

determinación interpretativa del sistema jurídico es el verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas⁵. De tal modo, reconocemos que la teoría de Tarello es radicalmente escéptica: a cada enunciado se le puede atribuir diferentes significados, a cada disposición más de una norma, es decir, enunciados y disposiciones parecen carecer de significado, siendo éste atribuido por el intérprete. Este “defecto” es corregido por Riccardo Guastini –discípulo de Tarello–, quien recurre a la teoría kelseniana del marco, según la cual toda norma superior del ordenamiento jurídico proporciona un marco de significados entre los que el intérprete autorizado elige la norma inferior⁶. Por eso, Guastini sostiene que cada disposición jurídica –lejos de carecer de significado antes de la interpretación– expresa un marco de significados entre los que el intérprete debe elegir, produciendo de este modo la norma⁷.

En sintonía con lo anterior, Guastini se opone a la teoría interpretativa de Hart⁸ –que intenta una suerte de camino intermedio entre el formalismo y el escepticismo–, subrayando que es tan simple y clara como ingenua⁹, puesto que entiende que los problemas de interpretación son exclusivamente problemas de subsunción de casos concretos en la clase de casos determinados en el antecedente de la norma. En efecto, los textos normativos están articulados en lenguajes naturales, y en éstos el significado se halla determinado por las convenciones lingüísticas vigentes. Por lo tanto, cada texto normativo tiene un significado objetivo así establecido. Sin embargo, según el profesor genovés, los textos normativos se formulan por medio de “términos clasificatorios generales”,

⁵ GUASTINI, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, en *Discusiones*, núm. 11, 2012, ps. 27-28.

⁶ BARBERIS, M., “El realismo jurídico europeo-continental”, en *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 1, núm. 7, UNAM, 2015, p. 227.

⁷ GUASTINI, R., “Nuevos estudios sobre la interpretación”, Universidad del Externado, Colombia, 2012, p. 141.

⁸ Debe destacarse que Hart propone una distinción entre casos “claros” y “oscuros” y es frente a los últimos que la actividad judicial no puede ser solamente declarativa. Guastini, con razón, se opone a esta tesis, subrayando que la propia distinción entre estos dos tipos de casos no puede resolverse en términos objetivos.

⁹ GUASTINI, R., “Releyendo a Hart”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 37, 2014, p. 106.

y dichos términos están fatalmente afectados por la vaguedad o textura abierta, ocasionándose con frecuencia graves problemas de interpretación que no son en absoluto reconducibles a la *open texture* de los predicados. Además, los jueces y juristas muy raramente se limitan a la interpretación literal, puesto que han elaborado, a lo largo de los siglos, innumerables técnicas interpretativas (el argumento *a contrariis*, el argumento *a simili*, el argumento teleológico, etc.) que permiten no sólo descartar el significado literal *prima facie* sino también construir reglas “implícitas” que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca.

Por lo tanto, la visión realista sobre la interpretación jurídica, de la que participo, asegura que el Derecho es el resultado de la interpretación de jueces y juristas¹⁰ (jurisprudencia), puesto que guarda, siempre, un grado de indeterminación. La tarea de la teoría y de la Filosofía del Derecho –como metajurisprudencia y laboratorio conceptual– es proporcionar herramientas para que el discurso judicial y dogmático atribuya significaciones a las disposiciones jurídicas.

2. La justificación de las decisiones interpretativas

2.1. *Las elecciones interpretativas y su justificación*

Pierluigi Chiassoni caracteriza a la interpretación¹¹ como la actividad que consiste en determinar el significado de una disposición –el componente elemental de cualquier texto jurídico normativo: un enunciado, aislado previamente por el intérprete, en el discurso de las fuentes–, obteniendo de ésta una o más normas explícitas, acreditadas o acreditables como sus interpretaciones jurídicamente correctas¹². En ese orden de ideas, determinar el significado de una disposición obteniendo normas explícitas quiere decir “traducir” enunciados del dis-

¹⁰ GUASTINI, R., “Un ejercicio de realismo jurídico”, en *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 51, 2018, p. 227.

¹¹ El autor distingue entre interpretación textual –con la que identifica la tarea de “traducción”– de la interpretación metatextual, que comprende una serie de operaciones heterogéneas y se corresponde con la noción de interpretación en sentido “amplísimo”.

¹² CHIASSONI, P., “Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas”, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 56.

curso de las fuentes a normas explícitas, aduciendo pretensiones de corrección jurídica para los resultados obtenidos.

Es decir, la interpretación comprende las operaciones orientadas a dar (buenas) razones en favor del significado propuesto para una cierta disposición. En la cultura jurídica occidental, estas razones que pueden ser adoptadas en el ámbito de las actividades de interpretación textual o metatextual son razones retóricas: pertenecen al ámbito del razonamiento práctico y persuasivo, y están constituidas normalmente por lo que se suele llamar “argumentos interpretativos”.

El razonamiento interpretativo posee una estructura específica, es decir, cuenta con premisas, una conclusión y una serie de inferencias. Podemos sintetizarlo del siguiente modo:

- 1) *Primera premisa*: el texto legal (T) puede ser interpretado de acuerdo a la “intención de los constituyentes” (C).
- 2) *Segunda premisa*: de acuerdo con la “intención de los constituyentes” (C), el significado del texto legal es (S).

Conclusión: el texto legal (T) significa (S).

Si bien existen distintos modelos de razonamiento hermenéutico, nos detendremos en aquel que se exhibe más completo: el de los códigos interpretativos.

2.2. La noción de código interpretativo

Un código interpretativo –o código hermenéutico– puede ser entendido estipulativamente como un conjunto discreto de directivas hermenéuticas, a las cuales se suele hacer referencia en la literatura dogmática y teórico-general con una variedad de denominaciones, tales como “argumento interpretativo”, “cánones interpretativos”, “métodos de interpretación”, “principios interpretativos”, “técnicas interpretativas”, etcétera. Desde este punto de vista, la interpretación de los documentos normativos puede ser precisada, entendiéndola como la actividad informada por las directivas de un código hermenéutico, que consiste en atribuir a una disposición un significado, contextualmente acreditado como jurídicamente correcto, constituido por una o más normas explícitas.

- a) *Directivas hermenéuticas primarias*: son aquellas que prescriben en qué modo debería atribuirse el significado a una disposición

jurídica, estableciendo, en concreto, a los tres contextos relevantes a los cuales la disposición es reconducible (contexto lingüístico, semántico y funcional). Este tipo de directivas no son otra cosa que argumentos interpretativos, por ello aquí se incluyen, por ejemplo, el argumento literal o interpretación gramatical, la interpretación sistemática (argumento de coherencia, argumentos negativos y positivos de la congruencia), el argumento psicológico, el argumento teleológico, entre otros.

- b) *Directivas secundarias*: son de dos tipos, las procedimentales y las de preferencia. Las primeras prescriben cómo deben ser utilizadas las directivas primarias, siempre que el intérprete considere que debe o puede emplear una pluralidad de ellas. Las de preferencia, por su parte, establecen criterios para escoger, entre los posibles resultados discordantes de la aplicación de las directivas primarias, cuál de ellos debe ser considerado el significado correcto de la disposición interpretada¹³.

2.2.1. *Directivas de interpretación lingüística*

La interpretación lingüística prescribe al intérprete la utilización de recursos hermenéuticos constituidos por datos concernientes a: a) al uso común de las palabras en una determinada comunidad de usuarios; b) a las reglas gramaticales de la pertinente lengua natural.

Sin embargo, y a diferencia de lo que suele suponerse, la interpretación literal no es en modo alguno una empresa simple. Entre los principales problemas que pueden reconocerse, nos detendremos en dos fundamentales:

- 1) En primer lugar, el denominado “significado común” de las palabras puede estar llamado a designar:
 - a) El uso ordinario de las palabras, en la comunidad compuesta por el completo conjunto de los usuarios de una lengua natural;
 - b) el uso especializado –técnico o tecnificado– de las palabras, corriente en un concreto subconjunto de usuarios de una lengua natural (quienes ejercen una profesión, un arte, una disciplina, etc.).

¹³ *Id.*, ps. 80-81.

- 2) Un segundo problema atiende a la determinación del contexto temporal, debido a que el significado común (ordinario o especializado) no son, de hecho, datos inmutables e imperecederos. De hecho, el léxico y la gramática de las lenguas naturales son elementos en extremo sensibles al transcurso del tiempo –y a las diversas ideas, ideologías, modos de ver y sensibilidades que inevitablemente los acompañan–. Por lo tanto, al interpretar literalmente una disposición, se puede hacer referencia en principio tanto al dato lingüístico en el momento de la producción de la disposición como al dato lingüístico en el momento de su aplicación, así como también a ambos.

En relación con el último problema advertido, resulta válido detenerse en la disposición contenida en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como un ejemplo claro de la variabilidad del sentido literal en razón del contexto temporal. Allí se establece que “La *familia* es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado...”, y en la Opinión Consultiva OC-24/2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto: “Con la finalidad de establecer el sentido corriente de la palabra ‘familia’, la Corte estima necesario reconocer la importancia neurálgica de ésta como institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano. Busca realizar anhelos de seguridad, conexión y refugio que expresan la mejor naturaleza del género humano. Para la Corte es indudable que ésta es una institución que ha cohesionado comunidades, sociedades y pueblos enteros. Sin perjuicio de su importancia trascendental, la Corte también hace notar que la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Por ejemplo, hasta hace algunas décadas todavía se consideraba legítimo distinguir entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio”¹⁴.

2.2.2. *Directivas de interpretación psicológica*

Este tipo de directivas prescriben al intérprete la utilización de

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/2017, del 24-11-2017, párrs. 176 y 177.

recursos hermenéuticos constituidos por datos de naturaleza nominalmente psicológica, concernientes a la “mente”, la “voluntad” o la “intención” del “legislador”.

Inicialmente, el significado correspondiente a la “voluntad del legislador” puede admitir dos opciones:

- a) El significado querido por el legislador, reenviando al intérprete al recurso hermenéutico constituido por datos sobre la intención semántica del legislador;
- b) el significado sugerido por el fin que el legislador ha querido alcanzar, reenviando al intérprete al recurso hermenéutico constituido por la intención teleológica del legislador.

Por otra parte, la referencia al “legislador” tampoco desemboca en resultados unívocos, ya que puede comprender:

- a) Al legislador ideal: el buen legislador, el legislador racional –personificación de principios de racionalidad/razonabilidad, bondad, justicia, sabiduría, etcétera–;
- b) al legislador histórico u originario: aquel que ha producido la disposición jurídica interpretada –exigiría recurrir, por ejemplo, a trabajos preparatorios, a la *occasio legis*, a los presumibles principios inspiradores de política legislativa del legislador histórico; a cualquier dato concerniente al contexto histórico, político, cultural y social de producción de la disposición interpretada–;
- c) al legislador real (actual): se trata de formular conjeturas plausibles sobre cuál es el significado que el legislador presente habría querido atribuir, o sobre cuál es la finalidad que habría querido alcanzar, si hubiese producido aquí y ahora la disposición en cuestión.

La interpretación psicológica ha tenido gran repercusión en diferentes ámbitos del universo jurídico, pero el Derecho Constitucional da cuenta de su utilización frecuente. En ese contexto, se la identifica con la denominada “interpretación originalista” y se caracteriza por sostener que los jueces deben dar prioridad a la interpretación original por sobre cualquier otra consideración acerca del texto constitucional. Es decir, quienes defienden esta opción aseguran que salvo que haya

sido formalmente modificada, la Constitución posee en la actualidad el mismo significado que tenía cuando se la promulgó o adoptó. Esta teoría parte del supuesto de que la Constitución aspira a establecer un marco para el ejercicio del poder, para resolver las controversias que se presenten, pero bajo una idea política y moralmente neutral que permanece incólume a través del tiempo.

Por otra parte, las teorías no originalistas no niegan que el significado público original de una disposición constitucional, o el sentido que los redactores intentaron afianzar, merezcan una interpretación constitucional judicial adecuada, pero también dan crédito a otras consideraciones, como las prácticas históricas de las ramas no judiciales, entendimientos culturales de larga data, valores contemporáneos generalizados, incluso los propios juicios del intérprete sobre la justicia y la viabilidad. Si bien no existe un catálogo estricto de teorías sobre la interpretación constitucional y, específicamente, aquellas que pueden considerarse “no originalistas”, Berman propone la distinción en cuatro grupos: pluralismo, perfeccionismo, pragmatismo y constitucionalismo del *common law*¹⁵.

En un mismo nivel de críticas a los postulados del originalismo, las teorías del constitucionalismo viviente suponen que la Constitución es una entidad dinámica y que debe recoger las transformaciones operadas en los contextos (valores, pautas culturales, incluso nuevos criterios jurídicos). Dicha tesis ha sido sostenida, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmando en reiteradas oportunidades que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un “instrumento vivo”¹⁶, ratificando así la importancia de una interpretación evolutiva.

¹⁵ BERMAN, M., “Constitutional interpretation: Non-originalism”, en *Philosophy Compass*, vol. 6, núm. 6, 2011, ps. 408-410.

¹⁶ V. gr., Corte IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, del 19-10-99; “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, del 17-6-2005; “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, del 24-2-2012; “Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, del 28-11-2012; “Caso Duque vs. Colombia”, del 26-2-2016; “Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, del 20-10-2016; “Caso I. V. vs. Bolivia”, del 30-11-2016; “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, del 31-8-2017; “Caso V. R. P., V. P. C y otros vs. Nicaragua”, del 8-3-2018, entre muchos otros.

2.2.3. *Directivas de interpretación autoritativa*

En este grupo de directivas primarias se ubican los conocidos “argumentos autoritativos” o “*ab exemplo*”, que prescriben a los intérpretes la utilización de recursos hermenéuticos constituidos por las opiniones de autorizados jurisperitos. Encontramos, al menos, cuatro tipos de directivas autoritativas:

- a) *Directivas autoritativas dogmáticas*: debe atribuirse a la disposición el significado que le haya asignado previamente la doctrina –unánime, mayoritaria o mejor–.
- b) *Directivas autoritativas jurisprudenciales*: debe atribuirse a la disposición el significado que haya sido establecido por la –unánime, mayoritaria o mejor– jurisprudencia (en sentido estricto).
- c) *Directivas autoritativas históricas*: debe atribuirse a la disposición el significado establecido por la doctrina o la jurisprudencia –unánime, mayoritaria o mejor– a otra disposición, previgente en la misma organización jurídica que, por hipótesis, regulaba la misma situación o relación.
- d) *Directivas autoritativas comparadas*: debe atribuirse a la disposición el significado asignado a la correspondiente disposición arquetipo de otra organización jurídica por la doctrina o jurisprudencia –unánime, mayoritaria o mejor– allí operativa.

2.2.4. *Directivas de interpretación teleológica*

En este cuarto grupo de directivas primarias es posible identificar no menos de dos opciones:

- a) *Directiva teleológica funcional*: prescribe que a una determinada disposición se le debe atribuir el significado sugerido por la *ratio* o propósito objetivo de la propia disposición.
- b) *Directiva teleológica sistemática*: prescribe que a una determinada disposición se le debe atribuir el significado sugerido por la pertinente norma final, explícita o implícita, del instituto, sector o subsector al que pertenece la disposición.

En los dos casos se trata de directivas que reenvían al intérprete a fines (asumidos como) objetivos: propios de la disposición considerada aisladamente o bien de la disposición en cuanto parte de un todo,

identificado discrecionalmente por el intérprete en la pertinente institución, subsector, sector, etcétera. Chiassoni¹⁷ señala que este tipo de directivas constituyen criterios paradigmáticos de interpretación objetiva, en razón de que asumen que el Derecho, en su conjunto y/o en las concretas normas que lo componen, tiene finalidades propias, que trascienden los eventuales fines del legislador. Sin embargo, y paradójicamente, hace tiempo que se ha puesto de manifiesto que este tipo de interpretaciones conceden al intérprete márgenes de maniobra bastante más amplios que los concedidos por las formas de interpretación subjetiva.

2.2.5. *Directivas de interpretación heterónomas*

Por último, encontramos a las directivas heterónomas o interpretación según parámetros heterónomos, que prescriben a los intérpretes la utilización de recursos hermenéuticos constituidos por datos concernientes a:

- a) La naturaleza de las cosas, en cuanto dotada de evidente valor moral y/o prudencial (argumento naturalista), y donde el legislador tendría un papel esencialmente notarial: el de formular mejor, el de respaldar con el apoyo de oportunas sanciones jurídicas, preceptos cuyo contenido no puede más que ser extraído de los fenómenos objeto de regulación, los cuales contienen en sí mismos las claves de su correcta regimentación jurídica. Por ejemplo: la naturaleza del mercado, la naturaleza de las relaciones sindicales, la naturaleza de las relaciones de familia, etcétera.
- b) Los parámetros (valores, principios) extrajurídicos de una cualquiera, pertinente, moral ideal o crítica (interpretación moral o sustancial).

3. La interpretación en el razonamiento jurídico

3.1. *Razonamiento jurídico*

Desde una primera aproximación, con el término “razonamiento” se hace referencia a cualquier proceso que desde un cierto conjunto

¹⁷ CHIASSONI, ob. cit., p. 104.

finito de premisas conduce a una conclusión. Este proceso puede ser de tipo psicológico, en el caso de que se lleve a cabo en la mente de un individuo, o de tipo lingüístico, en el caso de que el rol de premisa y conclusión sea desempeñado por enunciados proferidos por individuos de carne y hueso o formulados en textos¹⁸.

El razonamiento jurídico, sin embargo, tiene características que lo distinguen de otros tipos de razonamientos y que explican el interés que los estudiosos del Derecho tradicionalmente han manifestado en él. En primer lugar, se trata de un razonamiento que tiene una función práctica o normativa: su conclusión está constituida por una norma, es decir, por un enunciado usado para dirigir la conducta de sus destinatarios (enunciado prescriptivo). El segundo aspecto que caracteriza al razonamiento jurídico consiste en el hecho de que quienes recurren a éste son sujetos que ejercen poderes públicos dentro de un contexto institucional, para justificar sus decisiones. En efecto, en los Estados Constitucionales de Derecho contemporáneos las decisiones de quienes ejercen poderes públicos deben ser motivadas. Esta obligación tiene el propósito de poner bajo control el ejercicio de tales poderes conforme a lo que prescriben los principios de legalidad, de igualdad, de separación de poderes y de certeza del Derecho. De aquí surge la exigencia de determinar bajo qué condiciones una decisión normativa pueda ser considerada justificada a la luz del razonamiento adoptado para sostenerla.

En efecto, se trata de comunicación lingüística que involucra sujetos institucionales y que está dirigida a justificar decisiones (o hipótesis decisionales) a nivel intersubjetivo. Por lo tanto, asume relevancia tanto el modo en que se estructura el significado de los enunciados que componen este tipo de razonamientos, es decir, la relación que tales enunciados tienen con la realidad, como las condiciones bajo las cuales la comunicación tiene éxito dentro de una comunidad lingüística. En particular, la filosofía del lenguaje indaga cómo una expresión lingüística adquiere significado, en qué consiste tener significado y qué tipos de relaciones se establecen entre el significado y lo que pensamos y

¹⁸ CANALE, D., “El razonamiento jurídico”, Universidad de Milán, Milán, 2019, p. 1.

hacemos usando el lenguaje. Paralelamente, la lingüística estudia los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos de los idiomas naturales: describe cómo se articulan los significados y procesos comunicativos en el idioma español, en el idioma italiano, en el inglés, etcétera.

Dicho de otra manera, la teoría del razonamiento jurídico elabora modelos de aceptabilidad racional de las decisiones en un contexto institucional determinado, los cuales consienten definir un método para controlar la actividad decisional de quienes ejercen un poder público. Esto explica por qué la teoría del razonamiento jurídico tradicionalmente ha focalizado su propia investigación en la motivación de las decisiones judiciales. Si bien el razonamiento jurídico es un fenómeno social que involucra una pluralidad de sujetos, dicho fenómeno adquiere una importancia particular en la justificación de la sentencia de un juez. En el contexto del Estado Constitucional de Derecho, la sentencia judicial constituye el momento en que se juega, por antonomasia, el respeto de los principios de legalidad, igualdad y separación de poderes. Esto no equivale a sostener que los razonamientos jurídicos formulados por el abogado, por el Ministerio Público, por el funcionario administrativo o por el estudioso del Derecho no sean relevantes, especialmente cuando ellos condicionan, directa o indirectamente, la decisión judicial.

3.2. *El modelo silogístico*

El modelo de razonamiento que ha desempeñado un rol predominante en la cultura jurídica moderna, por lo menos a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, es el llamado “silogismo judicial”. La formulación más célebre de esta propuesta se debe a Cesare Beccaria, que en “Tratado de los delitos y de las penas” (1764) afirma: “En todo delito se debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”¹⁹. “Silogismo es un discurso (es decir, un razonamiento) en el cual, dados algunos datos (es decir, las premisas), se sigue necesariamente algo

¹⁹ BECCARIA, C., “Tratado de los delitos y las penas”, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 22.

distinto de ellos, por el solo hecho de que éstos han sido dados. Y con la expresión ‘por el hecho de que éstos han sido dados’ entiendo que se deduce de ellos, y ulteriormente con la expresión ‘se deduce de ellos’ entiendo que no hace falta agregar un término extraño para que tenga lugar la necesidad”²⁰.

En el lenguaje de la ciencia jurídica, esta peculiar característica del razonamiento silogístico es habitualmente puesta en evidencia afirmando que este razonamiento consiste en una inferencia de tipo deductivo, que conduce a subsumir el caso en la norma, es decir, incluir un hecho individual dentro de una clase respecto de la que se sigue una cierta consecuencia jurídica que la norma prevé.

3.3. *Críticas al modelo silogístico*

Una de las críticas más reconocidas a la interpretación del silogismo judicial en términos cognoscitivos o demostrativos fue formulada por Hans Kelsen. Este autor observa: “ninguna norma individual, como norma positiva, se sigue simplemente de una norma general [...] como lo particular de lo general, sino sólo en cuanto tal norma individual ha sido creada por los órganos que aplican el Derecho”²¹. Según Kelsen, la relación entre los elementos que constituyen el silogismo judicial no es de tipo lógico. La norma individual expresada en el dispositivo de la sentencia no es una consecuencia necesaria de la premisa normativa y de la premisa fáctica, sino que constituye el resultado de un acto realizado por los órganos jurisdiccionales en virtud del cual a una cierta conducta es imputada una cierta consecuencia jurídica. En particular, lo que convierte a la conclusión del razonamiento judicial en una norma válida no es la relación deductiva que tal conclusión tiene con las premisas normativas y fácticas, sino el hecho de que el órgano jurisdiccional está autorizado a emanar tal norma en razón de una norma de grado superior que le atribuye dicha facultad.

La crítica kelseniana se extiende también a cada una de las premisas del silogismo judicial. La premisa mayor, en la cual encuentra expresión

²⁰ Aristóteles, “Analitici Primi”, I, 1, 24b, ps. 18-22.

²¹ KELSEN, H., “Teoria generale del Diritto e dello Stato”, Etas, Milano, 1994, p. 407.

la norma general utilizada para disciplinar el caso, no puede ser simplemente “declarada” por el juez, como si se tratase de una verdad fáctica o de un axioma, ni tampoco constituye el fruto de un acto meramente cognoscitivo. En realidad, su formulación presupone, en primer lugar, la selección de la disposición normativa a utilizar para tomar la decisión y, en segundo lugar, la interpretación de tal disposición. A la luz de estas consideraciones, la formulación adoptada como la premisa mayor es el resultado de un acto de decisión que presupone elecciones discrecionales por parte del intérprete.

Lo mismo vale, según Kelsen, en cuanto a la premisa menor. La constatación de los hechos objeto de la controversia consiste en el resultado de un proceso cognoscitivo condicionado por el Derecho. Antes de nada, dicha reconstrucción es realizada por un órgano autorizado sobre la base de las normas del ordenamiento jurídico, las cuales prescriben un procedimiento determinado para la incorporación y valoración de la prueba que limita al juez en la búsqueda de la verdad²².

Por estas razones, desde la perspectiva de Kelsen, las premisas del silogismo decisonal tienen un carácter constitutivo: no son el resultado de un acto mediante el cual, respectivamente, el juez declara lo que el Derecho de por sí prescribe y reconoce lo que la realidad empírica de por sí muestra. Éstas constituyen jurídicamente la norma y el hecho en virtud de los poderes ejercidos por el juez.

La crítica del siglo XX al modelo del silogismo judicial empuja a la teoría del razonamiento jurídico a concentrar la atención no sobre el modo en que el juez llega a su decisión, cuestión que se convertirá de competencia de la psicología jurídica y de las ciencias cognitivas, sino sobre el modo en que el juez justifica su decisión. La función de garantía y control que desempeña el razonamiento jurídico no se lleva a cabo a través de una investigación introspectiva, que busca los motivos profundos de las elecciones realizadas por los sujetos institucionales, sino a través del análisis de las razones adoptadas por estos sujetos para sostener una decisión. Para demarcar claramente estos dos ámbitos de investigación, la teoría del razonamiento utiliza a me-

²² *Id.*, p. 138.

nudo una distinción, elaborada en el campo de la epistemología, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

El contexto de descubrimiento está constituido por el conjunto de factores psicológicos y ambientales que conducen al juez a identificar la solución del caso. Dicho conjunto incluye las creencias, los deseos, los valores del juez, así como el ambiente político y social en el que él se encuentra. El contexto de justificación está constituido, en cambio, por el razonamiento realizado por el juez para motivar la decisión.

El cuestionamiento dirigido al silogismo judicial, entendido como modelo descriptivo de la actuación del juez, conduce a considerar irrelevante, bajo el perfil teórico, el “contexto de descubrimiento”; en cambio, es relevante determinar a partir de qué criterios la decisión judicial puede ser considerada justificada, independientemente del hecho de que la motivación ofrezca o no un informe convincente de los procesos mentales que han inducido al juez a decidir de un cierto modo.

A la luz de esta asunción, la teoría del razonamiento jurídico ha concentrado su atención sobre dos aspectos relevantes de la justificación estrechamente conectados entre sí:

- 1) La estructura lógica de la motivación, y, por tanto, sus criterios de corrección racional;
- 2) las formas de la argumentación jurídica, es decir, las razones concretamente exhibidas en apoyo de la decisión, de las que depende su aceptación dentro de una cierta comunidad jurídica.

Frente a esta nueva mirada, la teoría del razonamiento jurídico ha tomado dos posturas diversas con respecto al viejo modelo silogístico. Una primera familia de teorías, que podríamos denominar antiformalistas, ha sostenido que dicho modelo es engañoso: las características lógicas y argumentativas del razonamiento jurídico no han sido correctamente capturadas, por lo que resulta oportuno elaborar esquemas y estilos de investigación alternativos. En cambio, una segunda familia de teorías, que podríamos denominar analíticas, ha considerado que el modelo silogístico es incompleto y que, oportunamente corregido, es útil para dar cuenta de las características distintivas del razonamiento jurídico, pero claramente no es suficiente para explicar cómo los jueces motivan sus decisiones, ni tampoco para someterlas a un control racional.

3.4. *La propuesta de Wróblewski (justificación interna y externa)*

Según Wróblewski, el modelo silogístico tradicional ofrece una representación del razonamiento del juez que concierne solamente a la *justificación interna* de la decisión: dada la premisa normativa y la premisa fáctica, se muestra bajo qué condiciones la conclusión que se obtiene se encuentra justificada racionalmente. Sin embargo, dicha representación sufre de dos defectos. En primer lugar, las condiciones de justificación de la conclusión son descriptas de manera imprecisa. Las reglas de inferencia que guían la justificación interna no son completamente asimilables a las de la lógica deductiva, las cuales valen para los enunciados verdaderos o falsos. En cambio, las empleadas en el marco que nos concierne consisten, más bien, en reglas de tipo “jurídico” que dependen de las características y de las exigencias del contexto de referencia. De esta manera, sucede que una decisión que se sigue deductivamente de las premisas resulta absurda en algunas situaciones, y que una decisión que se sigue de las premisas de un modo no deductivo sea considerada justificada en cierto contexto jurídico²³.

Para dar cuenta de las inferencias jurídicamente válidas, además de enmendar el modelo silogístico tradicional, es necesario individualizar las condiciones de la *justificación externa* de la decisión judicial. Ésta tiene por objeto las premisas normativas y fácticas de la decisión, y, por lo tanto, de ella depende también la aceptabilidad racional de la sentencia. La construcción de las premisas decisionales, como ya lo había evidenciado Kelsen, requiere una pluralidad de elecciones por parte del juez, cada una de las cuales exige, bajo el perfil teórico, una justificación. Las condiciones en las que dichas elecciones se encuentran justificadas deben ser, por lo tanto, identificadas de modo riguroso, mediante un modelo de razonamiento que individualice la estructura formal de la justificación externa.

La propuesta de Wróblewski sugiere que, en particular, las elecciones que el juez realiza al construir la premisa normativa de la motivación tienen por objeto la validez de la disposición adoptada para disciplinar el caso, las

²³ WRÓBLEWSKI, J., “Legal Decision and Its Justification”, en PERELMAN, C., *Études de logique juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1971, vol. III, p. 412.

reglas interpretativas utilizadas por el juez al adscribir un significado a tal disposición, la correcta aplicación de tales reglas, la eventual solución de antinomias y lagunas, etcétera. En relación con la premisa fáctica de la motivación, en cambio, las elecciones en juego tienen que ver con las normas que disciplinan la asunción de las pruebas, los estándares científicos y técnicos utilizados en materia probatoria, las máximas de experiencia a las cuales el juez habitualmente recurre en la construcción del hecho objeto de juicio, etcétera.

Damiano Canale establece que el silogismo decisonal en la perspectiva de Wróblewski presenta una estructura flexible y compleja. Según sea la decisión a justificar y, por lo tanto, los problemas interpretativos y probatorios a resolver, éste adquiere un número variable de premisas en relación con la justificación interna. Cada una de tales premisas constituye, a su vez, la conclusión de otras inferencias, cuyas premisas requieren, igualmente, justificación racional²⁴. En relación con la premisa normativa, entran en juego particularmente las razones que justifican la elección de las reglas interpretativas utilizadas para su formulación; con relación a la premisa fáctica, en cambio, serán objeto de particular atención las normas que conciernen a la asunción y evaluación de las pruebas, que en el modelo deben igualmente encontrar sus condiciones de justificación.

3.5. El lugar de la interpretación en el razonamiento jurídico

Con la expresión “razonamiento interpretativo” nos referimos al proceso lingüístico que consiste en aducir razones (o argumentos) en apoyo de la validez, adecuación, corrección de la norma aplicada a los hechos del caso por parte de un juez. Este proceso corresponde a la motivación en derecho de la sentencia, también definida en términos de “justificación externa de derecho”: ésta se propone justificar la premisa normativa del silogismo judicial.

Canale señala que la norma individualizada por el juez para disciplinar el caso es, como ha sido mencionado precedentemente, el resultado de una serie de elecciones, entre las cuales es útil recordar:

- 1) La elección de las fuentes del Derecho vigente, que son rele-

²⁴ CANALE, ob. cit., p. 21.

vantes respecto a la cuestión jurídica considerada (por ej.: la ley ordinaria, un decreto-ley, una costumbre, una directiva o un reglamento comunitario, etc.);

- 2) la elección de las disposiciones normativas aplicables que en un primer y veloz examen disciplinarían el caso (por ej.: el artículo 79 del Código Penal argentino: “Se impondrá reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena”);
- 3) la interpretación de esta disposición, mediante la cual se individualiza la norma que será aplicada al caso (por ej.: el artículo 79 del Código penal significa que quien ocasione la muerte de un ser humano será penado con reclusión no menor a ocho años ni superior a veinticinco);
- 4) la solución de eventuales conflictos entre normas, cuando más de una norma discipline el mismo caso de manera incompatible, o la integración de eventuales lagunas normativas cuando el caso no esté regulado por una norma, o incluso la identificación de excepciones a la aplicación de la norma identificada por medio de la interpretación²⁵.

Para justificar estas diversas elecciones, el juez se vale de directivas que disciplinan la actividad interpretativa. Estas directivas fueron objeto de análisis en el título precedente de este trabajo.

4. Aplicación

Con el propósito de poner en práctica algunos de los modelos teóricos estudiados, nos detendremos en el análisis de una sentencia judicial y concretaremos un estudio de la justificación interna y externa del razonamiento: caso “Brown vs. Board of Education”, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 1954.

4.1. Problema del caso

El problema central del caso, formulado en estos términos por la propia Corte Suprema de los Estados Unidos, consiste en identificar

²⁵ *Id.*, ps. 25-26.

si la segregación de niños en las escuelas públicas, únicamente en función de su raza, priva a los niños del grupo minoritario de la igualdad de oportunidades educativas y, en efecto, viola lo establecido por la Enmienda XIV.

4.2. *Solución del caso*

La Corte concluyó que la segregación basada en la pertenencia a un cierto grupo racial (negros) constituye una afectación en el goce de la igualdad de oportunidades educativas y, consecuentemente, viola el contenido de la Enmienda XIV respecto de la igual protección de los derechos.

4.3. *Justificación interna*

1. (x) (NIP x -> OA x)
2. LSREPa
3. (x) (NIOEx -> NIP x)
4. (x) (LSREPx -> NIOEx)

5. OAa

NIP: Normas que niegan o afectan la igual protección de derechos.

OA: Obligación de anularlas (o inaplicarlas).

LSREP: Leyes que disponen la segregación racial en las escuelas públicas.

NIOE: Normas que niegan la igualdad de oportunidades educativas.

4.4. *Justificación externa*

Luego de intentar reconstruir el razonamiento judicial en su faz interna, se torna preciso analizar el código interpretativo a partir del cual se sostiene la decisión adoptada. En primer término, debemos estudiar las razones que justifican la construcción de la premisa: (x) (NIOEx -> NIP x), es decir, los argumentos en virtud de los cuales la Corte sostiene que las normas que perjudican la igualdad de oportunidades educativas constituyen una afectación a la igual protección de

derechos, consagrada en la Enmienda XIV. Y, seguidamente, la inclusión de las normas sobre segregación racial en las escuelas públicas en el grupo de aquellas disposiciones jurídicas que niegan la igualdad de oportunidades educativas: (x) (LSREPx -> NIOEx).

La Corte, con el objeto de asignarle un sentido a la formulación normativa, subraya que no puede volverse el reloj a 1868 cuando se adoptó la Enmienda, ni siquiera a 1896, cuando se escribió “Plessy vs. Ferguson”. Entiende que debe considerar la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y su lugar actual en la vida estadounidense. Sólo de esta manera se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a estos demandantes de la protección igualitaria de las leyes. Es decir, a la hora de construir su código interpretativo, en el ámbito de la directiva lingüística (directiva de primer nivel), selecciona el “*literal meaning*” que le otorga preferencia al significado de acuerdo al contexto (directiva de segundo nivel).

Simultáneamente, recurre a argumentos de autoridad, descartando la aplicación del precedente “Plessy vs. Ferguson” (doctrina “separados pero iguales”), puesto que, además de haberse emitido en 1896, no involucra a la educación sino al transporte. Sin embargo, sí recoge otros antecedentes jurisprudenciales vinculados a la educación, por ejemplo, el caso “Sweatt vs. Painter” (1950), donde se concluyó que una Escuela de Derecho segregada para negros no podía proporcionarles igualdad de oportunidades educativas y el tribunal se basó en gran parte en “aquellas cualidades que son incapaces de una medición objetiva pero que hacen la grandeza en una Escuela de Derecho”. Allí la Corte desafió la doctrina “separados pero iguales”. Asimismo, en el precedente “McLaurin vs. Oklahoma State Regents”, al exigir que un negro admitido en una Escuela de Posgrado blanco sea tratado como todos los demás estudiantes, se refirió nuevamente a consideraciones intangibles: “su capacidad para estudiar, para participar en discusiones e intercambiar puntos de vista con otros estudiantes y, en general, aprender su profesión”.

Es posible advertir que, incluso en la utilización de los argumentos de autoridad, la Corte lleva adelante una elección de argumentos vinculados con el sentido que pretende darle a la relación entre igualdad de oportunidades educativas y la prohibición de dictar leyes que afecten

la igual protección de los ciudadanos. Por ello, escoge, para conformar la directiva autoritativa, los casos que guardan sintonía con “*literal meaning*” que decide otorgarle a la formulación normativa contenida en la Enmienda XIV. Asimismo, en cuanto al argumento psicológico, no recurre a él, en términos de “voluntad del legislador histórico”, descartando, como se indicó precedentemente, que tenga trascendencia retomar el sentido que pretendió dársele a la Enmienda XIV en 1868.

La construcción del código interpretativo se complementa con una directiva de tipo funcional, es decir que prescribe interpretar las disposiciones para conseguir cierto objetivo. Aquí, la Corte interpreta la formulación normativa teniendo en consideración la función de la educación, y la entiende como “quizás la función más importante de los gobiernos estatales y locales”. Agrega que es “un instrumento principal para despertar al niño a los valores culturales, prepararlo para una formación profesional posterior y ayudarlo a adaptarse normalmente a su entorno. En estos días, es dudoso que se pueda esperar razonablemente que un niño tenga éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación”. Específicamente, las normas que dan lugar a la segregación educativa en razón de la raza de los niños tienen un impacto que denota inferioridad del grupo negro, denotando la inferioridad del grupo negro. Dicha sensación de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender e implica una tendencia a retrasar el desarrollo educativo y mental de los niños negros y privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racial integrado.

En suma, el código interpretativo, en tanto conjunto de directivas hermenéuticas que pretenden otorgar un significado a una disposición jurídica, se compone, en este caso, recurriendo a la directiva lingüística (y dentro de ella, prefiriendo el sentido contextual), como así también al apoyo de las directivas autoritativas (precedentes que refuerzan el sentido escogido por la Corte) y funcionales (analizando el objetivo de la igualdad de oportunidades educativas). Subyace, desde luego, en la conformación del código la presencia de una directiva sistemática que procura lograr una interpretación compatible y coherente con otras normas pertenecientes al sistema involucrado. Así, la disposición jurídica de la Enmienda XIV es interpretada en un sentido que supera el criterio de “separados pero iguales”, procurando que se la entienda

en clave de igualdad real de oportunidades –desde una perspectiva sustancial– y, particularmente, en el contexto del acceso a la educación pública.

5. Conclusiones

La centralidad de la actividad interpretativa ha sido defendida a lo largo de este texto desde una concepción que la entiende en clave adscriptiva. Es decir, frente a la dominante idea de que interpretar una disposición jurídica es “descubrir su sentido y alcance”, hemos definido a la interpretación como una labor guiada por elecciones que, desde luego, deben ser razonablemente justificadas.

La posición sostenida desarticula toda posibilidad de aseverar que las normas jurídicas poseen un significado correcto o verdadero, puesto que, conforme a los argumentos expuestos, el enunciado resultante de la interpretación no es susceptible de verdad o falsedad. Esta constatación desmitifica la posición del intérprete, develando la dosis de discrecionalidad –que no implica arbitrariedad– presente en todo razonamiento interpretativo.

En efecto, la decisión que encierra toda empresa interpretativa exige el despliegue de estrategias argumentativas que conduzcan a su aceptabilidad. De tal modo, el modelo de los códigos interpretativos ha sido presentado como una alternativa útil para llevar a cabo ese proceso.

Bibliografía

- BARBERIS, Mauro, “El realismo jurídico europeo-continental”, en Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho, vol. 1 (núm. 7), UNAM, 2015.
- BECCARIA, Cesare, “Tratado de los delitos y las penas”, Madrid, Universidad Carlos III, 2015.
- BERMAN, Mitchell, “Constitutional interpretation: Non-originalism”, en Philosophy Compass, vol. 6 (núm. 6), 2011.
- CANALE, Damiano, “El razonamiento jurídico”, Milán, Universidad de Milán, 2019.
- CHIASSONI, Pierluigi, “Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas”, Madrid, Marcial Pons, 2011.

- GUASTINI, Riccardo, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, en Discusiones (núm. 11), 2012.
- “Nuevos estudios sobre la interpretación”, Colombia, Universidad del Externado, 2012.
- “Releyendo a Hart”, en DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho (núm. 37), 2014.
- “Un ejercicio de realismo jurídico”, en Revista Derecho & Sociedad (núm. 51), 2018.
- KELSEN, Hans, “Teoria generale del Diritto e dello Stato”, Milano, Etas, 1994.
- PERELMAN, Charles, “Études de logique juridique”, Bruxelles, Bruylant, 1971.
- TARELLO, Giovanni, “Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del Diritto”, Bologna, Il Mulino, 1974.
- “Il problema dell’interpretazione: una formulazione ambigua”, en Rivista internazionale di Filosofia del Diritto (núm. 43), 1966.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCACIÓN SUPERIOR EN LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

por GERMÁN E. GERBAUDO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La universidad existente al momento del comienzo de la transición democrática. III. Marco normativo de la normalización universitaria. La ausencia de la sanción de una ley de educación superior. IV. El retorno a los Estatutos Universitarios de 1966. V. La designación de rectores y decanos normalizadores. VI. El movimiento estudiantil. VII. Gobierno universitario. VIII. La conformación de las plantas docentes en las universidades nacionales. IX. El incipiente desarrollo del sistema de posgrados. X. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En este trabajo se analizan las transformaciones que se producen en la educación superior en el período de la transición democrática (1983-1989). Se describe el marco político y económico existente en este período y cómo éste impactó en el sistema universitario, el cual debía reconstruirse luego de haber sido avasallado durante la última dictadura militar. El artículo hace especial referencia al marco normativo que permitió la normalización universitaria, analizando el retorno a la vigencia de los Estatutos Universitarios de 1966 y la designación

¹ Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magíster en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor titular ordinario –por concurso– de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Profesor titular de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Subdirector del Centro de Estudios en Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Coordinador académico de la Diplomatura de Estudios Avanzados en Reestructuración de Pasivos y de Empresas en Crisis, Facultad de Derecho (UNR). Secretario académico, Facultad de Derecho (UNR).

de rectores y decanos normalizadores. Se estudia la reconstrucción del movimiento estudiantil, las políticas de acceso a la universidad que permitieron un aumento de la matrícula, las transformaciones en el gobierno universitario y los comienzos de la organización de la educación de cuatro niveles –posgrado–. Se estudian las fortalezas de este período y las cuestiones que quedaron pendientes, remarcando la importancia de las políticas ejecutadas en este período como punto de partida para las grandes transformaciones que en la educación superior se dieron a partir de la década de 1990 y que posibilitaron la modernización y expansión del sistema universitario.

Abstract

This paper analyzes the transformations that occur in Higher Education in the period of democratic transition (1983-1989). The existing political and economic framework in this period is described and how it impacted the university system, which had to be rebuilt after being overwhelmed during the last military dictatorship. The article makes special reference to the regulatory framework that allowed university normalization, analyzing the return to validity of the University Statutes of 1966 and the appointment of normalizing Rectors and Deans. The reconstruction of the student movement, the university access policies that allowed an increase in enrollment, the transformations in the university government and the beginnings of the organization of four-level education –postgraduate– are studied. The strengths of this period and the issues that remained pending are studied, highlighting the importance of the policies implemented in this period as a starting point for the great transformations that occurred in Higher Education from the 1990s and that made possible the modernization and expansion of the university system.

Palabras clave

Educación superior. Democracia. Universidad.

Keywords

Higher Education. Democracy. University.

I. Introducción

El período de transición democrática que se extiende desde 1983 hasta 1989 constituye junto a la década de 1990 dos momentos determinantes para la educación superior en nuestro país. Cuando hablamos de transición democrática se alude a la etapa que se inicia en 1983 y que implicó el restablecimiento del sistema republicano de gobierno, luego de 8 años de dictadura.

El 30 de octubre de 1983 se llevaron a cabo las elecciones presidenciales donde triunfó el candidato de la Unión Cívica Radical Raúl Alfonsín por sobre el candidato del peronismo Ítalo Argentino Luder. El 10 de diciembre de 1983 se restableció la democracia con la asunción del presidente Raúl Alfonsín y Víctor Martínez como vicepresidente.

En este trabajo, en primer término, a modo introductorio, debemos tener presente tanto el contexto mundial como local existente a 1983.

En el contexto mundial empieza a acrecentarse la crisis y declinación del Estado de Bienestar, hay un cambio de paradigma y comienza a darse una hegemonía de las políticas económicas neoliberales. Las turbulencias económicas de la década de 1970 se expandieron a la década de 1980 y se produce una desaceleración de la economía. En ese contexto se producen profundas transformaciones en lo económico que marcan el retroceso del Estado de Bienestar. Así se expresa que “se produjo entonces un cambio drástico respecto del paradigma económico prevaleciente en los países centrales durante la década de 1930 y el período dorado de la posguerra. Los líderes de las transformaciones fueron la señora Thatcher, primera ministra de Gran Bretaña a partir de 1979, y el presidente Reagan, que inició su primer período de gobierno en los Estados Unidos en enero de 1981. Ambos líderes pusieron en marcha políticas fundadas en la hegemonía del mercado, el abandono o recorte de las políticas sociales del Estado de Bienestar, reformas tributarias favorables a los altos ingresos, la privatización de las actividades a cargo de empresas del Estado, el recorte de la influencia de los sindicatos y la desregulación de los mercados y de las actividades financieras”².

² FERRER, A., “La economía argentina. Desde sus orígenes hasta principios del siglo XXI”, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, p. 298.

A nivel regional, en la década de 1980 empieza a recuperarse la democracia en distintos países de Latinoamérica, cuyo proceso irá consolidándose en las décadas siguientes.

En el contexto local se comienza a transitar una etapa de reconstrucción del Estado. El país enfrentaba el desafío de retomar la senda constitucional, sumido en una grave crisis económica. Un país altamente endeudado e inmerso en una crisis fiscal que puso en aprieto el modelo interno basado en el aparato estatal.

En los acápite siguientes analizaremos el sistema universitario argentino en la etapa de transición democrática. Partiremos de describir el modelo universitario vigente al momento del retorno a la democracia. Posteriormente, analizaremos las medidas implementadas por el gobierno constitucional para normalizar y recuperar la institucionalidad en las universidades nacionales que habían sido severamente desmanteladas en el período del gobierno militar y examinaremos el proceso de democratización que se llevó a cabo en las mismas. Estudiaremos cómo las referidas medidas impactaron en diversos aspectos de la educación superior y de la política universitaria nacional, como el acceso a la universidad, la autonomía universitaria, el reconocimiento del movimiento estudiantil, el marco normativo de la educación superior, entre otros temas. Asimismo, indicaremos cuáles cuestiones –a nuestro criterio– quedaron pendientes en esta etapa.

II. La universidad existente al momento del comienzo de la transición democrática

En este tema debemos interrogarnos sobre cuál es el sistema universitario que recibió el gobierno de la transición democrática.

Las universidades nacionales fueron intervenidas el 29 de marzo de 1976, nombrándose como rectores interventores a personas que eran miembros de las Fuerzas Armadas. La dictadura que gobernó nuestro país entre 1976 a 1983 consideraba que las universidades presentaban un “problema” en dos aspectos.

Por un lado, veían que era un espacio de infiltración de las ideas comunistas en una época de la denominada Guerra Fría; y por el otro,

entendían que el sistema universitario estaba sobredimensionado, dado que había crecido de manera desproporcionada a las demás instancias de la educación³.

Con el retorno a la senda democrática el Estado empieza a transitar por una etapa de cambios. Se pasa de un Estado burocrático y autoritario a otro Estado Democrático.

El gobierno radical de Raúl Alfonsín asumió como un tema prioritario de su agenda la democratización y la normalización de la universidad pública, considerando que la misma constituía una importante forma de ampliar la participación de la sociedad, asegurando así la democracia. En tal sentido, se expresa que la gestión de Alfonsín “otorgó a la universidad pública un rol importante en la ampliación de la participación social considerando que ésta constituía una vía de aseguramiento de la democracia”⁴. La impronta reformista del gobierno de Alfonsín “supuso el comienzo de un período promisorio para las universidades públicas argentinas”⁵. Para el gobierno democrático de 1983, las universidades eran consideradas fundamentales en la articulación entre el Estado y la sociedad y pensadas con un papel central en la ampliación de la participación social. Así, se expresa que “en un contexto de reinstitucionalización del país luego de la experiencia autoritaria, la universidad era considerada como una institución clave y a la vez un caso-testigo sobre el direccionamiento y las prácticas de ampliación de la participación política y social alentadas desde el orden nacional”⁶. En definitiva,

³ SEIA, G. A., “El reformismo universitario entre la dictadura y la democracia. Análisis del movimiento estudiantil de la UBA entre 1976 y 1983”, en *Cuadernos de Historia. Serie economía y sociedad*, núm. 21, Centro de Investigaciones “María Saleme de Burnichón”, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2018, p. 165.

⁴ CHIROLEAU, A., “Claroscuros de la universidad que construimos en democracia: autonomía, cogobierno y expansión de oportunidades”, en *Propuesta Educativa*, vol. 2, núm. 50, Flacso, Buenos Aires, 2018, p. 24; disponible en <https://www.redalyc.org/journal/4030/403060199002/html/> (consulta: 16-8-2021).

⁵ CHIROLEAU, A., “Democracia y universidad pública: logros y desafíos”, en *Cuestiones de Sociología*, núm. 8, Departamento de Sociología, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 2012; disponible en www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar (consulta: 16-8-2021).

⁶ CHIROLEU, A.; IAZZETTA, O.; VORAS, C.; DÍAZ, C. y VILOSIO, L., “El

con la vuelta a la democracia las universidades fueron uno de los ámbitos que concitó mayores expectativas de apertura⁷.

III. Marco normativo de la normalización universitaria. La ausencia de la sanción de una ley de educación superior

El marco normativo de la normalización se llevó a cabo a través del decreto 154/83 del 13 de diciembre de 1983, el que fue ratificado legislativamente por la ley 23.068 de 1984⁸.

Al efecto de lograr la normalización se intervinieron todas las universidades nacionales –que por entonces ascendían a 25–. La normalización de las universidades nacionales implicó:

- Nombramiento de rectores y decanos normalizadores por parte del Poder Ejecutivo nacional.
- La puesta en vigencia de los Estatutos Universitarios vigentes a 1966 –cuando se produjo la ruptura institucional con el golpe militar al gobierno constitucional del doctor Arturo Illia–.
- La constitución de Consejos Superiores provisorios en las 25 universidades nacionales.
- El reconocimiento de un Centro de Estudiantes por Facultad y de una Federación de Centros por Universidad –además de la FUA–.
- La derogación de la ley de facto 22.207 del 11 de abril de 1980 –Ley Orgánica de Universidades Nacionales–.
- Fue refundada la Universidad Nacional de Luján –pasando a constituir la vigésima sexta Universidad Nacional⁹–.

ejercicio de la autonomía y el cogobierno en la Universidad Nacional de Rosario”, en CHIROLEAU, A. (org.), *Repensando la educación superior*, UNR, Rosario, 2001, p. 137.

⁷ MARQUINA, M., “La universidad para la libertad”, del 25-2-2019, en Caras y Caretas, <https://carasycaretas.org.ar/2019/02/25/la-universidad-para-la-libertad/> (consulta: 28-8-2021).

⁸ La ley 23.068 constituye una de las primeras medidas legislativas en el período de la transición democrática (véase: NOSIGLIA, M.^a C., “Transformaciones en el gobierno de la educación superior en Argentina: los organismos de coordinación interinstitucional y su impacto en la autonomía institucional”, en *Fundamentos en Humanidades*, vol. 9, núm. 9, Universidad Nacional de San Luis, San Luis, 2004, p. 63).

⁹ La Universidad Nacional de Luján había sido creada en 1972 por ley 20.031, como parte del Plan Taquini, que era el programa de reorganización de la educación

- En 1984 se suprimieron los “cupos de ingreso” y en 1985 se implantó un “sistema de ingreso directo” sin limitación, lo que provocó un exponencial aumento de la matrícula.

El proceso de normalización debía cumplirse en el plazo de un año, prorrogable por 180 días¹⁰.

Durante este período un hecho a remarcar es que no se sancionó una ley de educación superior. El gobierno radical de 1983 se ocupó de la normalización y democratización del sistema universitario, retornando a funciones que habían sido suprimidas durante los gobiernos militares y dando respuesta a las necesidades de la sociedad que reclamaba un acceso a la universidad. Sin embargo, no dictó una ley de educación superior. Se normalizó el sistema universitario hacia 1986, pero no se pudo avanzar en una ley de educación superior. En este sentido, podría pensarse que no quiso dictar una ley dado que el objetivo se limitaba a poner nuevamente en marcha a las universidades. Por nuestra parte, entendemos que la sanción de la ley no se llevó a cabo en razón de que no se tuvo el consenso político para ello. No debe perderse de vista que el partido gobernante –Unión Cívica Radical– no gozaba de las mayorías en la Cámara de Senadores. Al respecto se expresa que “el problema técnico-jurídico sobreviniente fue que la ley de normalización era temporaria y como tal había caducado. El vacío debía ser llenado con una nueva norma que ratificara la institucionalidad lograda, relacionara a las universidades entre sí y articulara con las funciones

superior que llevó a la fundación de las Universidades de Jujuy, La Pampa, Lomas de Zamora, Entre Ríos, Catamarca, Misiones, Salta, San Juan, San Luis y Santiago del Estero.

Durante la dictadura la Universidad de Luján fue cerrada y sus bienes se traspasaron a la Universidad de Buenos Aires. La clausura de la Universidad de Luján se dispuso en 1979 por ley 22.167.

Con el retorno a la democracia la Universidad de Luján fue refundada por ley, pasando a constituir la vigésimo sexta universidad nacional. Sin dudas que esta medida fue de una gran trascendencia simbólica.

¹⁰ El art. 1º, 2º párr., de la ley 23.068 disponía que “La normalización a que se refiere este régimen se cumplirá en el plazo de un año; prorrogable por otro plazo no mayor de ciento ochenta días, si las circunstancias así lo hicieren necesario, a contar desde la vigencia de la presente ley”.

del gobierno. La situación de minoría que el presidente Alfonsín padecía en el Senado impidió a su gobierno la superación de esa falencia”¹¹.

En consecuencia, cuando nos referimos a cuestiones pendientes, sin dudas ésta es quizás la gran deuda de esta etapa. No obstante, pensamos que ello no debe ser visto como un fracaso del gobierno de la transición democrática dado que dicha carencia obedece principalmente a que la tarea que tuvo que llevar a cabo el gobierno democrático de Alfonsín fue la refundación y reconstrucción del sistema universitario nacional destruido por las dictaduras de las décadas de 1960 y de 1970. Algunos autores entienden que aquí reside el grave problema que traía consigo la ley 23.068, por cuanto era una ley que afirmaba que tenía carácter provisorio y que tenía una vigencia de un año, prorrogable por 180 días, y hacía referencia además a una ley universitaria o una ley de fondo. En otros términos, por un lado, encontramos una ley de normalización con carácter provisorio, que expiró en su vigencia, y por el otro lado, una ley universitaria –o ley de educación superior– que nunca llegó a dictarse. Así, se plantea la duda sobre si esto implicó que la ley 23.068 rigió hasta la sanción en 1995 de la Ley de Educación Superior. En tal sentido se expresa que “lo que sí causó problemas fue la cuestión de la vigencia temporal de la ley 23.068. En efecto, tan claras referencias a una futura ‘ley de fondo’ o ‘ley universitaria’ marcan una notable diferencia entre este régimen transitorio y el del período 1955-1957, cuya norma clave fue el artículo 9º del decreto-ley 10.775/56, antes transcripto, que descartó de plano una ley de ese tipo. Y, al mismo tiempo, abren un interrogante acerca de cuál fue el régimen legal de las universidades nacionales durante los diez años posteriores al vencimiento del plazo máximo de un año y medio establecido para su normalización. De acuerdo con el texto del citado artículo 1º de la ley, es indudable que ella estableció un ‘régimen provisorio’; pero el mismo artículo fija dos términos a esa provisoriedad: la normalización (máximo, un año y medio) y la sanción de la ‘ley de fondo’. ¿Caducó la ley al cumplirse el año y medio? ¿Se prolongó su vigencia hasta

¹¹ STRUBRIN, A., “La política de partidos y las universidades públicas en la Argentina 1983-2000”, en CHIROLEAU (org.), *Repensando la educación superior* cit., p. 15.

la sanción de la ley 24.521? Que este interrogante no es una simple sutileza técnico-jurídica lo demuestran los conflictos de competencia ocurridos más adelante entre el Poder Ejecutivo y algunas autoridades universitarias”¹². En sentido similar, Eduardo Sánchez Martínez, refiriéndose al marco normativo de la educación superior en este período, expresa que “es en realidad un tramo bastante singular desde el punto de vista de la legislación universitaria, porque habiendo retornado el país a la vida democrática, no sólo no encontramos un nuevo régimen orgánico para las universidades nacionales, sino que muchos dudan de cuál fue en realidad la norma vigente durante los diez años que van entre 1985 y 1995. Ocurre, en efecto, que si bien inicialmente se dispuso la intervención de las universidades, se restablecieron los estatutos universitarios vigentes en 1966 y se adoptaron otras normas indispensables para el funcionamiento de las instituciones universitarias nacionales, todo lo cual fue luego ratificado por la ley 23.068, de 1984; se trataba en realidad, según la propia ley, de un ‘régimen provisorio’ de normalización de las universidades hasta tanto se dictara la ley de fondo. Pero al mismo tiempo se disponía que la normalización debía cumplirse en el plazo de 18 meses, cumplido el cual era lógico entender que el régimen provisorio concluía su vigencia. Las universidades se normalizaron en ese lapso, pero la anunciada y necesaria ley de fondo no se sancionó sino en 1995, durante el siguiente régimen constitucional”¹³.

IV. El retorno a los Estatutos Universitarios de 1966

El ministro de Educación de Raúl Alfonsín fue el doctor Carlos Alconada Aramburú, quien ya había ocupado ese cargo durante el gobierno constitucional de Arturo Illia entre 1963 a 1966¹⁴.

¹² CANTINI, J. L., “La autonomía y autarquía de las universidades nacionales”, Academia Nacional de Educación, Buenos Aires, p. 11.

¹³ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, E., “La legislación sobre educación superior en Argentina. Entre rupturas, continuidades y transformaciones”, Departamento de Investigaciones, Universidad de Belgrano, abril de 2003, núm. 102, ps. 13 y 14.

¹⁴ Carlos Alconada Aramburú fue un dirigente radical, abogado por la UNLP, doctor en Derecho por la UNLP, profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, fue dos veces ministro de Justicia y Edu-

No se reinstauró la vigencia de la Ley Taiana 20.654 de 1974, la que siguiendo el modelo francés establecía el cogobierno de docentes, estudiantes y no docentes¹⁵. Por el contrario, se volvieron a poner en vigencia los Estatutos Universitarios que habían sido suspendidos durante el golpe militar de 1966.

El artículo 2° de la ley 23.068 dispone que “Se restablece la vigencia de los estatutos que regían en las universidades nacionales al 29 de julio de 1966, en tanto sus disposiciones no se opongan a la presente ley”.

De ese modo, “un modelo organizativo del pasado, en parte *aggiornado* y en parte idealizado por el devenir de una larga serie de fracasos, pudo ser eficaz porque respondía a una tradición cultural y política auténtica”¹⁶.

V. La designación de rectores y decanos normalizadores

A fin de concretar el proceso de normalización de las universidades nacionales se designaron rectores y decanos normalizadores.

Una nota distintiva de este período es que se acrecienta una vinculación de los partidos políticos en el espacio universitario. De ese modo, los rectores y decanos normalizadores se vinculaban al partido

cación, primero del gobierno de Arturo Illia entre 1963 a 1966 y posteriormente de Raúl Alfonsín entre 1983 a 1986. También fue ministro del Interior desde 1957 a 1958 en el gobierno de facto de Pedro Aramburu. Falleció en La Plata en el año 2003.

¹⁵ Esta ley debe su nombre a su impulsor el Dr. Jorge Alberto Taiana, que fue un médico y político argentino que ocupó el Ministerio de Educación durante la presidencia de Héctor Cámpora. La ley fue aprobada en el Congreso de la Nación con el consenso del Frejuli, la UCR y partidos menores. Fue derogada por el Proceso de Reorganización Nacional en 1980.

En cuanto al gobierno seguía un modelo tripartito. Los Consejos Superiores y Directivos se conformaban con un 60% de profesores, 30% de estudiantes y 10% de trabajadores no docentes. La representación no docente en los Consejos Directivos tenía voz y voto en todos los asuntos, con excepción de aquellos de carácter exclusivamente académico (conf. art. 33).

¹⁶ STRUBRIN, A., “El gobierno de Alfonsín y la Reforma Universitaria”, del 11-5-2018, en Nuevos Papeles, <https://www.nuevospapeles.com/nota/9826-el-gobierno-de-alfonsin-y-la-reforma-universitaria> (consulta: 8-8-2021).

que gobernaba el país –Unión Cívica Radical¹⁷–. Se expresa así “la consolidación de la política de partidos como parte del gobierno y la burocracia universitarios”¹⁸. En esta etapa la política de partidos se articula en la política universitaria, dado que si bien siempre existió esa vinculación, es a partir de 1983 cuando “se arraiga en la forma que hoy conocemos”¹⁹.

Los rectores y decanos normalizadores tenían por finalidad normalizar la universidad en general y en particular los distintos claustros para así al finalizar su gestión poder llevar a cabo las elecciones de las nuevas autoridades elegidas democráticamente por distintos claustros.

VI. El movimiento estudiantil

Durante el tristemente Proceso de Reorganización Nacional el movimiento estudiantil padeció la violencia y la opresión del régimen dictatorial con una extrema dureza²⁰. No obstante, el movimiento estudiantil empieza a organizarse aisladamente en algunas facultades hacia el año 1981, comenzando a tomar mayor protagonismo con la Guerra de Malvinas; a partir de allí las movilizaciones estudiantiles pasaron a ocupar las notas de prensa²¹.

¹⁷ Sobre la vinculación de los partidos políticos y las universidades puede consultarse: STRUBRIN, “La política...” cit., p. 15.

¹⁸ BUCHBINDER, P. y MARQUINA, M., “Masividad, heterogeneidad y fragmentación. El sistema universitario argentino 1983-2007”, en *Colección 25 años, 25 libros*, 1ª ed., Biblioteca Nacional, Universidad Nacional de General Sarmiento, Buenos Aires, 2008, p. 25.

¹⁹ MARQUINA, op. cit.

²⁰ Respecto al movimiento estudiantil en la etapa de 1976 a 1983 puede consultarse: CRISTAL, Y., “El movimiento estudiantil de la Universidad de Buenos Aires en el final de la última dictadura (1982-1983)”, en *Sociohistórica*, núm. 40, Centro de Investigaciones Socio-Históricas, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, segundo semestre de 2017; disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.8075/pr.8075.pdf (consulta: 17-8-2021); SEIA, op. cit., p. 165; “Las agrupaciones independientes de la Universidad de Buenos Aires durante la etapa final de la dictadura argentina (1981-1983)”, en *PolHis*, Año 13, núm. 25, enero-junio de 2020, p. 242.

²¹ En tal sentido, se expresa que “la presencia del movimiento estudiantil en los diarios a partir de entonces es sorprendente. Entre agosto de 1982 y agosto de 1983,

Por lo tanto, al momento del advenimiento de la democracia, el movimiento estudiantil era el único que estaba organizado. En la etapa que se instaura a partir de 1983 se exhibe una fuerte vinculación entre los partidos políticos con el movimiento estudiantil. En este escenario, la agrupación Franja Morada, que era la expresión universitaria del partido gobernante, “asumió la hegemonía del movimiento estudiantil en todas sus instancias”²².

El proceso de democratización y reorganización en las universidades implicó el reconocimiento de los centros de estudiantes como órganos de representación estudiantil.

VII. Gobierno universitario

El tema del gobierno universitario es un tema de trascendental importancia en la educación superior y en constante transformación en las distintas leyes universitarias de nuestro país. Se señala que “el estudio del gobierno es uno de los tópicos clásicos y recurrentes en el campo académico dirigido a la universidad”²³.

El gobierno democrático tenía por principal objetivo retomar el camino de la tradición reformista. Como ya hemos expresado, en este

los mismos registran 73 hechos diferentes de movilización sólo en la UBA (varios con notas en más de un medio de comunicación) y un total de 96 si tomamos también las demostraciones importantes ocurridas en otras universidades del país” (véase: CRISTAL, op. cit.).

Asimismo, se indica que “en 1982, la Guerra de Malvinas implicó un punto de quiebre, dando lugar a las primeras apariciones públicas del movimiento estudiantil, en principio con la colocación de una mesa en la entrada de cada Facultad para juntar donantes de sangre” (ibíd.).

²² BUCHBINDER y MARQUINA, op. cit., p. 25.

Por ejemplo, en la Universidad de Buenos Aires en 1983 la agrupación Franja Morada se alzó con 8 de los 13 centros de estudiantes y conquistó la presidencia de la FUBA –Federación Universitaria de Buenos Aires– que mantuvo por casi dos décadas.

Estas elecciones de 1983 expresaron la clara hegemonía de la agrupación estudiantil Franja Morada –alineada al gobierno nacional–, el crecimiento de los estudiantes independientes y el descenso del peronismo universitario y de los sectores de izquierda.

²³ NOSIGLIA, M.^a C. y MULLE, V., Cap. 4, “El gobierno de las instituciones universitarias”, en NOSIGLIA, M.^a C. (comp.), *Reflexiones sobre las políticas universitarias en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 2021, p. 81.

período no se retomó la Ley Taiana de 1974. Esta última seguía el modelo francés de un cogobierno tripartito con representación de un 60% del claustro docente, 30% del estudiantil y un 10% del no docente. Se puso nuevamente en vigencia el modelo tripartito que provenía del decreto-ley de 1955, que admite un gobierno tripartito, pero con representación docente, estudiantil y de graduados.

En el caso particular de la Universidad Nacional de Rosario es pionera en reconocer –en el período que analizamos– la participación no docente en el cogobierno. Así lo hace efectivo a través de la reforma estatutaria de 1988 que incluye la representación no docente. A su vez, a través de dicha reforma estatutaria equipara la representación estudiantil a la docente y dentro de este último claustro se incluye a los jefes de trabajos prácticos y ayudantes de primera concursados.

La representación del claustro no docente venía siendo reclamada por la entidad gremial APUR desde la primera Asamblea Universitaria de 1986 que eligió al primer rector. Ya en esa oportunidad se hablaba que los grandes ausentes eran los trabajadores.

El ingreso de los no docentes al cogobierno de la UNR fue resuelto en la Segunda Asamblea Universitaria llevada a cabo en septiembre de 1986, aprobándose por 156 votos afirmativos sobre un total de 163 asambleístas.

La incorporación de la representación no docente es toda una innovación de la UNR para este período y no estuvo exenta de resistencias. La resolución de la Asamblea Universitaria de septiembre de 1986 fue cuestionada judicialmente por el rector Millet por considerar que la misma era violatoria de la normativa nacional que establecía que las universidades debían regirse por los Estatutos vigentes a 1966, los que contemplaban –como vimos– un gobierno tripartito de docentes, estudiantes y graduados, sin reconocer participación no docente. Esta decisión de Millet se fundaba en la necesidad de estar en sintonía con lo dispuesto por el Ministerio de Educación y Cultura de la Nación, que resistía la incorporación de un cuarto claustro, especialmente teniendo en cuenta un escenario nacional donde el gobierno nacional no tenía una buena relación con el sindicalismo nacional.

Posteriormente, la representación no docente vino establecida por la ley 24.521 de 1996.

VIII. La conformación de las plantas docentes en las universidades nacionales

El gobierno de la normalización en relación con las plantas docentes adoptó diversas medidas para retrotraer los desmanejos en la conformación de los cuerpos docentes que se dieron durante la dictadura. Así, se buscó una normalización del claustro docente, reincorporando a los docentes cesanteados durante la dictadura y estableciendo mecanismos que permitan la anulación de las designaciones directas efectuadas durante aquel oscuro período.

Se sancionó la ley 21.115 que dispuso la anulación de todas las confirmaciones de docentes universitarios –no mediando concursos– obtenidos durante la dictadura. El 2 de octubre de 1985 se dictó la ley 23.328, que es la que ordenó la reincorporación de los docentes cesanteados por la dictadura. A dichos docentes se los reincorporó con el mismo escalafón que tenían al momento en que fueron cesanteados. A su vez, en el período de 1984 y 1985 se llevaron a cabo un gran número de concursos, buscando que el acceso y el ascenso en la planta docente se obtuvieran por mérito académico.

Con todas estas medidas se buscaba normalizar el claustro docente, posibilitando de ese modo la elección de las autoridades universitarias por los claustros.

La contracara de este proceso es que en la mayoría de los casos las designaciones docentes fueron de bajas dedicaciones para poder cumplir así el aumento de la matrícula de estudiantes.

IX. El incipiente desarrollo del sistema de posgrados

En nuestro país, como en los distintos países de Latinoamérica, el posgrado tuvo un desarrollo tardío si se lo compara con los países europeos y respecto de los Estados Unidos²⁴.

²⁴ En tal sentido, se indica que en nuestro país “la expansión de los posgrados se da en un sistema que tiene como eje institucional de las universidades al grado, a diferencia de los países desarrollados donde el corazón científico, presupuestario y organizacional de la universidad es el posgrado” (BARKY, O. y DÁVILA, M., “El sistema de posgrados en la Argentina: tendencias y problemas actuales”, en *Revista Argentina de Educación Superior*, Año 4, núm. 5, octubre de 2012, p. 12).

En efecto, la expansión de los posgrados en nuestro país se empieza a gestar en el último cuarto del siglo XX, constituyendo “el nivel universitario de mayor impulso desde fines de los ’80”²⁵.

El desarrollo tardío de los estudios de posgrado en la Argentina obedece a que las universidades en nuestro país se gestaron siguiendo el modelo napoleónico de universidad de matiz fuertemente profesionalista. Desde este modelo se piensa las universidades orientadas a la generación de la elite política a través de las carreras de grado. Este modelo está orientado a la formación de los profesionales que el Estado necesita. En tal sentido se expresa que “la tradición profesionalista del modelo napoleónico de universidad que primó y aún prepondera en nuestra región explica que los centros académicos estuvieran mayoritariamente orientados a la formación de las elites políticas y económicas principalmente a través de carreras de grado como Abogacía y Medicina”²⁶.

En la década de 1980 comenzó un embrionario desarrollo de los posgrados de manera informal y espontánea hasta la explosión que se produce en la década de 1990²⁷. Durante el gobierno de la transición democrática se creó en 1985, a través de un decreto presidencial, el Sistema Universitario de Cuarto Nivel (Sicun) que definió por primera vez los niveles de posgrado (especialización, maestría y doctorado)²⁸. A través del mismo se buscaba sistematizar todo el sistema de posgrado en nuestro país, permitiendo a las universidades aumentar su nivel académico y científico, a la vez que posibilitaría la retención de los docentes e investigadores dado que ya no tendrían que acudir al exterior para perfeccionarse²⁹. Sin embargo, se sostiene que “se

²⁵ LAVATELLI, L., “Cambio y tradición en la nueva configuración del sistema. La evaluación de posgrados”, en GVIRTZ, S. y CAMOU, A. (coords.), *La universidad argentina en discusión*, Granica, Buenos Aires, 2009, p. 175.

²⁶ ZELAYA, M.; GARCÍA, L. B. y DI MARCO, M.^a C., “Los posgrados en Argentina: escenario actual y desafíos”, en IX Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 5 al 7 de diciembre de 2016.

²⁷ No obstante, cabe destacar que ya se encontraban antecedentes de posgrados en nuestro país a partir de 1956, donde comienzan a desarrollarse doctorados en las Ciencias Sociales y Exactas y en Humanidades (véase: BARSKY y DÁVILA, op. cit., p. 12).

²⁸ El Sicun fue impulsado mediante decreto 1967 del 9-10-85.

²⁹ El ministro de Justicia y Educación Alconada Aramburú expresó que “Los rectores, en uso de atribuciones que les son propias, de acuerdo con la ley 23.068, están hoy abocados a la tarea de estructurar el cuarto nivel, que sin duda permitirá

trató de un esfuerzo aislado que no tuvo éxito y los posgrados siguieron creándose en forma poco regulada”³⁰.

No obstante, esta etapa resulta importante porque sentó las bases del creciente proceso de expansión de los posgrados que se dio a partir de la década de 1990 con la Ley de Educación Superior.

X. Conclusiones

En el período de la transición democrática la educación superior tuvo un lugar trascendente en la agenda del gobierno nacional. Inmediatamente a la asunción del gobierno de Alfonsín se llevó a cabo la tarea de normalizar las universidades; el norte era volver en ellas a la senda democrática y recuperar las funciones que la dictadura había abolido.

En esta etapa se retornó a los principios de la Reforma de 1918, los que habían sido suprimidos por la dictadura.

No obstante, la universidad no queda al margen de los avatares de la sociedad. Las dificultades económicas impusieron fuertes limitaciones en el objetivo de transformar el sistema universitario. En tal sentido, se expresa que las políticas universitarias en esta etapa quedaron atrapadas en “la necesidad de dar respuestas a las demandas acumuladas y las limitaciones para introducir cambios en la universidad”³¹.

En esta etapa quedó pendiente la sanción de una ley de educación superior; sin embargo, se sentaron las bases para que en la etapa posterior (1989-1999) sea sancionada finalmente la ley.

Bibliografía

BARSKY, Osvaldo y DÁVILA, Mabel, “El sistema de posgrados en la Ar-

a las universidades nacionales alcanzar el más alto plano académico, reteniendo a la vez, en el país, a investigadores y científicos que ahora buscan su perfeccionamiento en el extranjero” (discurso del ministro de Educación y Justicia, Dr. Carlos Alconada Aramburú, al asumir el rector de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Oscar Julio Shuberoff, el 14-3-86, Centro de Información y Documentación Educativa).

³⁰ MARQUIS, C., “Posgrados y políticas universitarias. Consideraciones sobre el caso argentino”, en *Revista Argentina de Educación Superior*, Año 1, núm. 1, noviembre de 2009, p. 36.

³¹ SUASNÁBAR, C., “Políticas y reformas de la universidad argentina desde el retorno a la democracia: tendencias históricas de cambio y movimiento pendular de las políticas públicas”, en *Pensamiento Jurídico*, núm. 31, p. 87.

gentina: tendencias y problemas actuales”, en Revista Argentina de Educación Superior, Año 4 (núm. 5), octubre de 2012, p. 12.

BUCHBINDER, Pablo y MARQUINA, Mónica, “Masividad, heterogeneidad y fragmentación. El sistema universitario argentino 1983-2007”, en *Colección 25 años, 25 libros*, 1ª ed., Buenos Aires, Biblioteca Nacional, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2008.

CANTINI, José Luis, “La autonomía y autarquía de las universidades nacionales”, Buenos Aires, Academia Nacional de Educación.

CHIROLEAU, Adriana, “Claroscuros de la universidad que construimos en democracia: autonomía, cogobierno y expansión de oportunidades”, en *Propuesta Educativa*, vol. 2 (núm. 50), Buenos Aires, Flacso, 2018, p. 24; disponible en <https://www.redalyc.org/journal/4030/403060199002/html/> (consulta: 16-8-2021).

— “Democracia y universidad pública: logros y desafíos”, en *Cuestiones de Sociología* (núm. 8), Departamento de Sociología, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 2012; disponible en www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar (consulta: 16-8-2021).

CHIROLEAU, Adriana; IAZZETTA, Osvaldo; VORAS, Claudia; DÍAZ, Claudio y VILOSIO, Laura, “El ejercicio de la autonomía y el cogobierno en la Universidad Nacional de Rosario”, en CHIROLEAU, Adriana (org.), *Repensando la educación superior*, Rosario, UNR, 2001, p. 137.

CRISTAL, Yann, “El movimiento estudiantil de la Universidad de Buenos Aires en el final de la última dictadura (1982-1983)”, en *Sociohistórica* (núm. 40), La Plata, Centro de Investigaciones Socio-Históricas, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata, segundo semestre de 2017; disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.8075/pr.8075.pdf (consulta: 17-8-2021).

FERRER, Aldo, “La economía argentina. Desde sus orígenes hasta principios del siglo XXI”, 3ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

LAVATELLI, Lucía, “Cambio y tradición en la nueva configuración del sistema. La evaluación de posgrados”, en GVIRTZ, Silvina y CAMOU, Antonio (coords.), *La universidad argentina en discusión*, Buenos Aires, Granica, 2009, p. 175.

MARQUINA, Mónica, “La universidad para la libertad”, del 25-2-2019, en Caras y Caretas, <https://carasycaretas.org.ar/2019/02/25/la-universidad-para-la-libertad/> (consulta: 28-8-2021).

- MARQUIS, Carlos, “Posgrados y políticas universitarias. Consideraciones sobre el caso argentino”, en Revista Argentina de Educación Superior, Año 1 (núm. 1), noviembre de 2009, p. 36.
- NOSIGLIA, María Catalina, “Transformaciones en el gobierno de la educación superior en Argentina: los organismos de coordinación interinstitucional y su impacto en la autonomía institucional”, en Fundamentos en Humanidades, vol. 9 (núm. 9), San Luis, Universidad Nacional de San Luis, 2004, p. 63.
- NOSIGLIA, María Catalina y MULLE, Verónica, Cap. 4, “El gobierno de las instituciones universitarias”, en NOSIGLIA, María Catalina (comp.), *Reflexiones sobre las políticas universitarias en la Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2021, p. 81.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Eduardo, “La legislación sobre educación superior en Argentina. Entre rupturas, continuidades y transformaciones”, Departamento de Investigaciones, Universidad de Belgrano, abril de 2003, núm. 102.
- SEIA, Guadalupe A., “El reformismo universitario entre la dictadura y la democracia. Análisis del movimiento estudiantil de la UBA entre 1976 y 1983”, en Cuadernos de Historia. Serie economía y sociedad (núm. 21), Córdoba, Centro de Investigaciones “María Saleme de Burnichón”, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba, 2018, p. 165.
- “Las agrupaciones independientes de la Universidad de Buenos Aires durante la etapa final de la dictadura argentina (1981-1983)”, en PolHis, Año 13 (núm. 25), enero-junio de 2020, p. 242.
- STRUBRIN, Adolfo, “El gobierno de Alfonsín y la Reforma Universitaria”, del 11-5-2018, en Nuevos Papeles, <https://www.nuevospapeles.com/nota/9826-el-gobierno-de-alfonsin-y-la-reforma-universitaria> (consulta: 8-8-2021).
- “La política de partidos y las universidades públicas en la Argentina 1983-2000”, en CHIROLEAU, Adriana (org.), *Repensando la educación superior*, Rosario, UNR, 2001, p. 15.
- SUASNÁBAR, Claudio, “Políticas y reformas de la universidad argentina desde el retorno a la democracia: tendencias históricas de cambio y movimiento pendular de las políticas públicas”, en Pensamiento Jurídico (núm. 31), p. 87.
- ZELAYA, Marisa; GARCÍA, Lucía B. y DI MARCO, María Cecilia, “Los posgrados en Argentina: escenario actual y desafíos”, La Plata, en IX Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata, 5 al 7 de diciembre de 2016.

“COMPLIANCE” LABORAL: COMO ESTRATEGIA EMPRESARIAL. UN DESAFÍO EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL PRIVADA PERUANA

por HANS HUERTA SOLÍS¹

SUMARIO: 1. Aproximaciones sobre el *compliance*. 1.1. ¿Qué es el *compliance*? 1.2. ¿Por qué diseñar una estructura de *compliance*? 2. El mundo laboral. 2.1. El trabajo. 2.2. El derecho al trabajo. 2.3. Características del Derecho del Trabajo. 2.4. Principios del Derecho del Trabajo. 3. El *compliance* en el mundo laboral. 3.1. La informalidad laboral. 3.2. Causas del empleo informal en el Perú. 3.3. Consecuencias del empleo informal en el Perú. 3.4. *Compliance* frente a las contingencias laborales. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En la actualidad el término *compliance* suele ser muy usado en las empresas para temas penales; sin embargo, el cumplimiento normativo no es de exclusividad del Derecho Penal, ya que puede darse en cualquier campo del Derecho que requiera la eficiencia de los resultados.

En el Derecho Laboral Empresarial, el *compliance* también puede ser una herramienta útil para reducir los riesgos y sobrecostos laborales,

¹ Abogado y maestro en Gestión Pública, con estudio de Maestría en Derecho Empresarial en la UNFV y Doctorando en Derecho en la Universidad de Rosario (Argentina), estudios de especialización en Ética en la Función Pública. Exasesor de la Asociación Círculo Militar del Perú, Civime y Fossep. Exasesor de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y actualmente abogado de la CPPADD de la Ugel07.

debido a que involucra aspectos como la ética, el riesgo legal, el gobierno corporativo, entre otros, como puntos neurálgicos y primordiales en las políticas empresariales. Así, estos hechos han permitido que el *compliance* sea acogido por los agentes del mercado como parte de un sistema integrado que busca hacer más transparente los negocios y alinearlos a la legalidad.

El presente trabajo busca proponer la implementación de un programa de *compliance* laboral, que puede representar un costo inicial significativo, pero a largo plazo puede resultar en ahorros financieros y mejorar la reputación y la imagen de la empresa. Además, puede mejorar la productividad y la calidad del trabajo, al establecer un ambiente laboral ético y respetuoso.

Finalmente, el *compliance* laboral es una estrategia empresarial clave en la actividad empresarial privada peruana, que puede mejorar la gestión del personal, prevenir riesgos legales y financieros, y mejorar la reputación y la imagen de la empresa. A pesar de los desafíos que representa, es una inversión necesaria y valiosa para cualquier empresa comprometida con la ética y el cumplimiento normativo.

Abstract

Currently, the term compliance is often used in companies for criminal issues; however, regulatory compliance is not exclusive to Criminal Law, as it can occur in any field of Law that requires efficient results.

In Business Labor Law, compliance can also be a useful tool to reduce labor risks and costs, as it involves aspects such as ethics, legal risk, corporate governance, among others, as key and primary points in business policies. Thus, these facts have allowed compliance to be embraced by market agents as part of an integrated system that seeks to make business more transparent and align it's with legality.

This paper aims to propose the implementation of a labor compliance program, which may represent a significant initial cost, but in the long term can result in financial savings and improve the reputation and image of the company. It can also improve productivity and work quality by establishing an ethical and respectful work environment.

Finally, labor compliance is a key business strategy in private business activity in Peru, which can improve personnel management, prevent legal and financial risks, and enhance the reputation and image of the company. Despite the challenges it represents, it is a necessary and valuable investment for any company committed to ethics and regulatory compliance.

Palabras clave

Compliance. Laboral. Riesgos.

Keywords

Compliance. Labor. Risks.

1. Aproximaciones sobre el *compliance*

1.1. ¿Qué es el “*compliance*”?

El término *compliance* proviene de la frase “*to be in compliance with the Law*”. Tiene que ver con el deber de observancia de las normas que rigen determinada actividad en sociedad (actividades conjuntas o individuales). En términos estrictamente jurídicos, y aunque la traducción no sea exacta, significa “conformidad con el Derecho”².

Por otro lado, autores como Artaza Varela³ y Casanovas⁴ lo definen como un mecanismo de gestión de riesgos, materializado a través de programas de cumplimiento o también llamados programas de prevención que permiten una adecuada identificación, evaluación, monitoreo de aquellas situaciones que podrían generar una vulneración o amenaza de cumplimiento de la normativa aplicable a la empresa y ocasionar una pérdida económica y reputacional para la misma. Así el *compliance* y los programas de cumplimiento terminan siendo un mecanismo que

² ROTSCHE, T., “Criminal Compliance”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, p. 2; recuperado de <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>.

³ ARTAZA VARELA, O., “La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites”, Marcial Pons, Madrid, 2013.

⁴ CASANOVAS, A., “Claves sistémicas en *compliance*”, en *Serie Compliance Avanzado – 6*, 2018; recuperado de <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2018/05/claves-sistematicas-compliance.pdf>.

les otorga a las empresas la posibilidad de evitar el incumplimiento de la normativa de carácter obligatorio y voluntario que rige su actividad económica, convirtiéndose en una forma efectiva de prevenir los riesgos legales⁵.

En lo que respecta a cumplimiento normativo, José Luis Solís⁶ lo define como: “La función independiente que, a través de las políticas y procedimientos adecuados, detecta y gestiona el riesgo de incumplimiento de las obligaciones regulatorias, tanto externas como internas, que tiene una organización”.

1.2. ¿Por qué diseñar una estructura de “compliance”?

Distintos países han considerado necesario legislar sobre procedimientos de cumplimiento. Lo más recurrente es el cumplimiento de normas penales (lavados de activos, financiamiento al terrorismo, etc.). Sin embargo, el implementar un sistema de *compliance* puede tener diversas ramificaciones o se puede decir especialidades. Para el diseño de una estructura de *compliance* se podría tener en cuenta que se necesita seguir una serie de pasos, a lo que Kim Rath⁷ denominó el ciclo de vida del cumplimiento normativo.

Kim Rath ha considerado cinco pasos que constituyen el ciclo de vida de una correcta estructura de *compliance*:

- *Primer paso*: conocer en detalle y entender las obligaciones del cumplimiento normativo, lo que nos permitirá adecuarnos a las necesidades de nuestra empresa.
- *Segundo paso*: se evalúa el riesgo asociado a cada una de las obligaciones identificadas con el fin de evitar al máximo las adversidades que puedan surgir.
- *Tercer paso*: se priorizan los recursos para mejorar los riesgos identificados.

⁵ SUYÓN CUADROS, K., “El *compliance* como herramienta de desarrollo para las pequeñas compañías peruanas”, PUCP, Lima, 2019.

⁶ SOLÍS, J. L., “*Compliance* o cumplimiento normativo”, en *Revista Partida doble*, núm. 191, septiembre de 2007, p. 78.

⁷ RATH, K., “Strengthening the Compliance Cycle. An effective compliance management system can prepare your company for CFPB”, en *Revista Collector*, vol. 78, julio de 2013, p. 17.

- *Cuarto paso*: se crea e implementa un plan de desarrollo para identificar los riesgos del *compliance*.
- *Quinto paso*: el ciclo culmina con el control y la revisión de la efectividad del sistema de control creado.

2. El mundo laboral

2.1. El trabajo

Definir el trabajo podría tener distintos enfoques, desde jurídicos como no jurídicos. En un primer momento se debe tener en cuenta que cualquier actividad humana que genere riqueza no podría ser considerada como trabajo; para ello algunos consideran necesario que se debe cumplir con tres elementos: actividad humana productiva, por cuenta ajena y libre.

Con relación al origen de la palabra “trabajo”, se asevera que tiene su raíz en la palabra latina *trabs*, *trabis*, que significa “traba”⁸. Esta significación etimológica nos muestra la conexión íntima entre la idea de trabajo con la de esfuerzo o fatiga, que estará presente en las primeras indagaciones sobre la dimensión humana del trabajo. De forma general, se podría definir el trabajo como el esfuerzo humano orientado a la producción de la riqueza. Esta actividad (física y/o intelectual) desarrollada por el hombre tiene un carácter creador y productivo, pues transforma la realidad y la adecua a las necesidades sociales. De ese modo, el trabajo puede ser visto como un factor de producción⁹.

El Tribunal Constitucional de Perú definió al trabajo como “...aplicación o ejercicio de la fuerza humana, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En este contexto implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar servicios, etcétera.

”El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral que pueda algo de su ejecutor: el hombre.

⁸ DÁVALOS, J., “El constituyente laboral”, INEHRM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2016, p. 45.

⁹ FERRO DELGADO, V., “Derecho individual del Trabajo en el Perú”, en Colección *Lo esencial en el Derecho*, núm. 41, PUCP, Lima, 2019.

A través del trabajo se presenta siempre la importancia del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación.

”...el trabajo es bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante él no sólo se transforma la naturaleza adoptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre”¹⁰.

2.2. *El derecho al trabajo*

Ahora, el derecho al trabajo constituye el derecho fundamental –esencia– que radica en la promoción y protección del Estado, mientras que el Derecho del Trabajo es el estudio del acceso a este derecho. El Tribunal Constitucional Peruano señala que “El Derecho al trabajo [...] en su contenido esencial [...] implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa [...] en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”¹¹.

La actividad humana que sirve de base al Derecho del Trabajo se caracteriza en primer lugar por ser una práctica que se exterioriza, distinguiéndose así del goce estético y de la mera contemplación. Pero esta característica no resulta suficiente, en la medida que el esfuerzo realizado por el hombre debe estar dirigido a un objetivo concreto: la producción de bienes precisos para la subsistencia o disfrute. De acuerdo a lo señalado por Alonso Olea y Casas Baamonde¹², el trabajo productivo puede definirse como aquel a través del cual se provee el hombre de los medios materiales o bienes económicos que precisa para subsistir, siendo indiferente que el fruto de su trabajo sea un bien

¹⁰ STC, Exp. N° 008-2005-PI, f.j. 18.

¹¹ STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, f.j. 12.

¹² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMOONDE, M.^a, “Derecho del Trabajo”, 19ª ed. rev., Civitas, Madrid, 2001, p. 41.

consumible directamente o uno que sirva para procurarse otros directamente consumibles, un bien que resulte de su trabajo singular o del cooperativo. Por consiguiente, lo esencial del trabajo productivo está en que tiene como causa final la subsistencia de quien trabaja.

2.3. Características del Derecho del Trabajo

Amadeo Allocati señala como características del Derecho del Trabajo las siguientes:

- Regula las relaciones que surgen del trabajo por cuenta ajena, subordinado y dependiente.
- Es un Derecho eminentemente protector del trabajador, porque tiende a compensar la desigualdad económica en que se halla frente al empleador.
- Es un Derecho cuya fuerza expansiva se ha puesto de manifiesto a través del tiempo. Inicialmente protegió al obrero industrial, posteriormente extendió su protección a favor de quienes laboraban en actividades comerciales, en la agricultura, el servicio doméstico, etcétera. Actualmente ha ampliado su protección a relaciones laborales en las que la subordinación o dependencia no son muy nítidas.
- Sus normas son de orden público y, por tanto, forzosas, imperativas e irrenunciables, porque establecen derechos mínimos que solamente pueden ser superados por acuerdo de partes.
- Es un Derecho nuevo por encontrarse aún en formación.
- Es un Derecho inconcluso que está en plena evolución, cuya misión es lograr que los contenidos mínimos que protege “crezcan continuamente y en la proporción que determinen los cambios sociales económicos, la necesidad de los trabajadores y las posibilidades de la empresa”.
- “Responde a un propósito específico de justicia social que lleva implícito el concepto de respeto a la persona humana”, que se invoca en los parlamentos por los legisladores de todas las ideologías, aparece como fundamento en las Constituciones de todos los países, cultos, y constituye un clamoroso anhelo de los oprimidos. Jesús García Ortega, Juan M. Ramírez Martínez y Tomás

Sala Franco, citando a Camerlynck y Lyon Caen, señalan como características del Derecho del Trabajo su particular dinamismo, sus contradicciones internas y su universalismo.

- Se trata de un ordenamiento inestable, sometido a constante evolución como consecuencia de los cambios tecnológicos, los conflictos ideológicos y por la presión que ejerce sobre él la política económica. No obstante, los mencionados autores aluden a un cierto elemento de continuidad, que sería el carácter progresista de este Derecho.
- Sus contradicciones internas están dadas por la oposición inevitable entre la empresa y los trabajadores.

2.4. *Principios del Derecho del Trabajo*

El Derecho del Trabajo en la legislación peruana se cimienta en los principios que la Constitución Política del Estado del Perú enuncia en su artículo 26, que son:

- Igualdad de oportunidades sin discriminación.
- Irrenunciabilidad.
- *Indubio pro operario*.

Sin embargo, existe un cuerpo de principios propios del Derecho del Trabajo que alimentan su especialidad, a saber:

Principio de la justicia social.

La idea de la justicia es la base del ordenamiento jurídico en general; en cualquiera de sus ramas tiene que haber justicia al aplicarse la ley. En términos simples, justicia es la voluntad que consiste en dar a cada uno lo que por derecho le toca o pertenece.

En el campo del Derecho del Trabajo la justicia debe tender a la justicia social.

La justicia social protege por igual a todas las clases sociales por el sentido que tiene la justicia social tratándose del Derecho del Trabajo; sirve para evitar los privilegios a determinadas personas en el campo de la relación laboral. Por ejemplo, se restringe al empleador tomar para sí todas las utilidades, se busca lograr una distribución más equitativa de la riqueza. Conforme a este principio toda persona que interviene en la producción debe participar en el beneficio. Su plasmación

en el Perú: Decreto Legislativo N° 677, Decreto Legislativo N° 892 y Decreto Supremo N° 009-98-TR.

Principio de la solidaridad social.

Se considera que el trabajador no debe ser considerado en forma aislada (entendido el trabajador y su familia); por el contrario, debe ser considerado dentro del seno de la comunidad en la cual vive. Todo lo relacionado con el trabajador afecta de una u otra forma a toda la comunidad y al propio Estado.

Si todos los trabajadores obtienen todo lo necesario para satisfacer sus necesidades primordiales, repercutirá en la comunidad y en el Estado.

Concretamente este principio se hace presente en los infortunios laborales ya que el trabajador se ve impedido de trabajar por haber sufrido un trauma psíquico o físico (accidentes o enfermedades). Al disminuir su fuerza de trabajo no puede contribuir con la sociedad; por tanto, el empresario, la comunidad y el Estado deben atender a este trabajador desamparado.

Principio de la irrenunciabilidad de los beneficios o derechos sociales del trabajador.

Significa que no se pueden renunciar los beneficios y derechos sociales del trabajador por constituir los beneficios mínimos que otorga la ley al trabajador.

Por otro lado, si se renunciara a este beneficio, se estará renunciando por ignorancia o error, y como la ignorancia y el error son vicios de consentimiento, se *reputa*: como realizado por ignorancia, en consecuencia, esta renuncia es *nula*. La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 26, inciso 2°, señala que en la relación laboral se respetan los siguientes principios: “Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

Principio de la continuidad de la relación laboral.

Las relaciones jurídicas laborales se formalizan por lo general en el contrato de trabajo, y esta relación laboral tiene carácter duradero, ya sea a plazo fijo o indeterminado. Incluso en caso de traspaso de la empresa (venta u otro), el nuevo empresario asume el activo y

pasivo. El nuevo empleador le abona al trabajador todos sus beneficios sociales que le corresponden por el contrato anterior.

Principio de progresión racional.

Supone que las necesidades de los trabajadores y las exigencias de éstos son innumerables, pero los medios como satisfacer son escasos, es decir, los recursos no son suficientes.

De allí que el principio supone que se debe considerar primero lo que es primordial, para luego ir satisfaciendo las necesidades secundarias y por último suntuarias o superfluas. Aplicación T. U. O. de la Ley N° 25.593 de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Principio de la sinceridad laboral.

Consiste en que las normas del Derecho del Trabajo deben tener una expresión clara. Y por otro lado no deben tener carácter demagógico; quiere decir que la norma no debe ser exagerada, que, en lugar de favorecer al trabajador, resulte perjudicándolo. Por ejemplo: si se dictaran en el sentido que los salarios de los practicantes sean igual a los de los profesionales. Los empresarios eliminarían a los practicantes y se quedarían sólo con los profesionales. Se estaría perjudicando a los practicantes lejos de beneficiarlos.

Principio de primacía de la realidad.

El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el campo de los hechos.

Presupuestos de aplicación de la primacía de la realidad.

Se presume la existencia de un contrato cuando concurren tres elementos:

- La prestación personal del servicio.
- La subordinación.
- La remuneración.

Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo.

Principio de la buena fe.

Está referido a la conducta que deben adoptar las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, ya sea en la celebración, ejecución o extinción del contrato de trabajo. Comprende la obligación de actuar con fidelidad, esto es, actuar u obrar, tanto en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones como en el aspecto legal, con honestidad, prudencia y fidelidad, desechando todo engaño, perjuicio y abuso.

Principio de la equidad.

Constituye una directiva fundamental para la interpretación de la norma cuando con su aplicación puede llevar a situaciones disvaliosas.

Posibilita que el juez, cuando deba decidir la controversia, no se convierta en un esclavo de la letra de la ley, lo que puede llevar a aplicarla con extrema severidad.

Ante la posibilidad de una solución disvaliosa, por aplicación estricta de la norma, el legislador le concede al juez la facultad de apartarse de la letra, no como un acto de arbitrariedad, sino como presupuesto para aplicar el espíritu de la ley, o la de mayor jerarquía, a fin de lograr una solución más justa y armoniosa del caso planteado.

Principio de prohibición de hacer discriminaciones.

Este principio, como su nombre lo indica, no admite que se practique un trato desigual entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, idioma, religión, condición económica o de otra índole, según lo establecido por el artículo 2º, inciso 2º; artículo 26, inciso 1º y artículo 62 de la Constitución Política del Estado del Perú de 1993.

3. El *compliance* en el mundo laboral

3.1. La informalidad laboral

En Perú, como en los demás países de la región latinoamericana, la informalidad no se origina en una tara cultural, en un problema religioso o en un origen étnico: se encuentra en la ineficiencia de la ley. En términos técnicos, somos informales por el llamado costo de la legalidad. Los políticos, los legisladores y los abogados no entienden que la ley cuesta como cualquier otra cosa.

Si alguien quiere hacer un negocio necesita tiempo e información.

Hacer el negocio cuesta algo independientemente del negocio mismo. Vender pintura cuesta algo más que la pintura misma; cuesta la oportunidad, la inteligencia, la ubicación, la percepción del deseo de los consumidores; igual la ley. La ley cuesta con independencia de lo que se quiera hacer con ella. ¿Cuál es el costo de la ley, entonces? La cantidad de tiempo y de información que se necesita para cumplir con ella.

La informalidad es un fenómeno complejo que conduce a un equilibrio social no óptimo en el que los actores sociales participantes (trabajadores, empresas y microempresas) quedan desprotegidos en términos de salud y empleo. A su vez, el estudio señala que la informalidad se incrementa a causa de tres factores principales: impuestos laborales y mala legislación en seguridad social, políticas macroeconómicas que afectan a los sectores más propensos a optar por la informalidad y reformas comerciales sin análisis de impacto en los sectores de menor productividad. Si se utiliza la no inscripción en seguridad social, uno de los criterios esbozados en el reporte para medir el nivel de informalidad, el Perú ostenta más del 35% de informales independientes y más del 40% de informales asalariados, sean éstos informales por exclusión (los que no tienen posibilidad de inserción en el mercado) o informales por escape (los que deciden que ser informales es más beneficioso). Estas cifras generan implicancias tanto a nivel microeconómico como a nivel macroeconómico.

A nivel microeconómico, la informalidad reduce el bienestar de los agentes económicos involucrados. En el caso de los trabajadores, los salarios se reducen y se crea un subempleo que no puede ser controlado por el Estado. En el caso de las firmas, se generan dificultades y restricciones en el acceso al crédito que normalmente son mayores a las ganancias obtenidas por evasión fiscal. A nivel macroeconómico, los efectos se perciben en la menor recaudación fiscal y en la menor gobernabilidad. Esto conlleva a entender la informalidad como un fenómeno complejo que, en países como el Perú, actúa como “colchón social” ante la pobreza y la desigualdad en el ingreso. Por ende, debe ser prioridad del gobierno el establecer políticas públicas en el mercado laboral que generen incentivos para el traslado hacia el sector formal, las cuales permitan que el sector informal sea incorporado paulatinamente al mercado.

3.2. *Causas del empleo informal en el Perú*

Casi por definición, las actividades del sector informal se relacionan con el cumplimiento, o la falta de cumplimiento, de las normas y regulaciones sobre el uso de la tierra, los contratos laborales, el control de la contaminación, los impuestos de las empresas, las contribuciones a la seguridad social y muchos otros aspectos. Puede sostenerse que la extensión del empleo informal es la consecuencia de la excesiva reglamentación, que hace que a los pequeños empresarios les resulte muy costoso llevar a cabo actividades económicas formales, es decir, el engorroso trámite burocrático para iniciar legalmente un negocio. También puede decirse que la falta de medios para hacer cumplir las regulaciones existentes promueve actividades económicas informales.

Los resultados macroeconómicos constituyen otra causa de la extensión de las actividades del sector informal. En algunos casos, simplemente la falta de crecimiento económico, junto con una creciente oferta laboral debida a la transición demográfica, se traduce en una participación cada vez mayor de empleos informales de baja productividad y bajos salarios.

En otros casos, se ha logrado un robusto crecimiento económico a través de medidas de política sesgadas en contra de la creación de abundantes empleos de alta productividad. La reducción de impuestos, derechos aduaneros, tasas de interés real y la inflación, así como el incremento del tipo de cambio real, han inducido el uso de tecnologías de uso intensivo de capital en los sectores primario y secundario, y la reasignación de la mano de obra al sector de servicios. Además, el creciente uso de la tecnología de la información en el sector de servicios requiere mano de obra altamente capacitada, de manera que los trabajadores desplazados de otros sectores terminan ocupando empleos de baja productividad en el sector.

3.3. *Consecuencias del empleo informal en el Perú*

Si bien es cierto que no existe un vínculo inmediato entre la informalidad y la pobreza, la primera tiene un efecto estadísticamente significativo sobre la segunda. El ingreso familiar de los que trabajan

en el sector formal o en el sector público está asociado con ingresos promedios más elevados.

Existe una conexión entre la informalidad laboral y la desigualdad en la región. El informe del Banco Internacional del Desarrollo sobre la desigualdad en América Latina revela que trabajar en el sector formal o en el sector informal puede contribuir al 10% y 25%, respectivamente, de las desigualdades en los ingresos laborales¹³. Esta situación se debe a la falta de capital físico y humano que suele caracterizar al sector informal.

La falta de protección social en el empleo informal en el Perú es un problema grave que afecta a millones de trabajadores en todo el país. Debido a la falta de leyes y regulaciones laborales efectivas, muchos trabajadores en la economía informal no tienen acceso a protección social, como seguridad social, salud y otros beneficios laborales.

3.4. “Compliance” frente a las contingencias laborales

Como se ha descrito en la primera parte, el *compliance* es una herramienta necesaria en el funcionamiento de una empresa para su permanencia en el tiempo y crecimiento, debido a que este mecanismo se ha convertido en un elemento que sirve al empresariado para lograr su finalidad, y poder mejorar la gestión dentro de la organización.

El *compliance*, como herramienta, se ha convertido en una figura que tiene como base un sistema de gestión de riesgos; en el mundo laboral permite en las empresas la eficacia para lograr sus objetivos operativos y comerciales, evitando un sobre costo laboral. Si bien la informalidad es un fenómeno social y económico, el no tener una estrategia de riesgo puede originar un costo mayor que el de evadir el cumplimiento de las normas laborales (contratos laborales, beneficios sociales y seguridad social).

Una de las figuras más recurrentes es el encubrimiento de las relaciones laborales, el cual se da con los contratos con vínculo civil, a fin de “evitar” el pago de derechos laborales a los trabajadores, siendo esta práctica más perjudicial para el empresariado, ya que le puede

¹³ Banco Internacional del Desarrollo, recuperado de <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/28682/211039ovSP.pdf?sequence=5&isAllowed=y>.

generar una contingencia laboral mayor al “ahorro” que cree poder obtener. El encubrimiento de una relación laboral expone a un reconocimiento judicial de los derechos laborales de un trabajador, con posibilidades de indemnizaciones y resarcimientos, y por otro lado multas administrativas por parte de la autoridad administrativa del trabajo, ante el incumplimiento de las normas.

Para tal fin es necesario hacer una primera distinción entre lo que es un contrato de trabajo y lo que es un contrato de locación de servicios, y cuáles son los elementos que le son propios y disímiles: el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° EXP N° 01846-2005-PA/TC (María Isabel Paredes Taype) establece: “...se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo”.

En razón a ello, el *compliance* se gesta como un sistema de gestión que permite el control de riesgos legales a partir de la implementación de una cultura de cumplimiento dentro de la organización, involucrando a los órganos de dirección como entes encargados y responsables de velar por la interiorización del cumplimiento de las normas.

El *compliance* tiene un efecto positivo en la reputación de la empresa pues refleja una imagen de cumplimiento, ética y responsabilidad, brindando al mercado una señal positiva. Por tal motivo, debemos prestarle atención a este aspecto, ofreciendo una plataforma adecuada, de bajo costo y con una llegada al público en general, que permita dar a conocer que la pequeña compañía cuenta con un programa de cumplimiento y tiene un *compliance officer* que se encargue de su supervisión constante. La imagen y reputación de las empresas grandes se forja por varios elementos, entre ellos, el conocimiento público de su conducta en el mercado, lo cual les permite diferenciarse y aumentar su nivel de crecimiento; por lo tanto, es momento de que las pequeñas compañías también cuenten con un medio de publicidad adecuado que le permita dar a conocer sus buenas prácticas en los negocios, especifi-

amente el *compliance*, pues éste podría convertirse en una conducta requerida y necesaria para celebrar relaciones comerciales, sirviendo esta plataforma como una forma de facilitación y de destacamento dentro de la competencia empresarial.

El *compliance* en el mundo laboral contribuye al clima organizacional. Los trabajadores se sienten involucrados con la empresa porque sienten que se respetan sus derechos sociolaborales, se cumplen las condiciones laborales de seguridad y salud en el trabajo, las políticas de igualdad de oportunidades e igualdad salarial. El empresario construye una imagen sólida tanto interna (trabajadores) como externa (consumidores), lo que ayuda a mitigar los riesgos internos, como los juicios y la paralización de labores, entre otros.

Nos hemos referido al *compliance* como una herramienta de gestión que permite a la empresa reducir las pérdidas económicas y la afectación a su reputación originadas por los riesgos legales. Sin embargo, el *compliance* va más allá y se convierte en un elemento que no sólo reduce situaciones riesgosas, sino que también mejora la reputación de las empresas frente a los agentes económicos. La reputación empresarial se ha convertido en un activo intangible de suma importancia, así como de un alto valor dentro la organización, pues permite diferenciar a la empresa dentro del mercado, otorgándole ventajas competitivas de largo alcance que mejorarán su crecimiento y desarrollo¹⁴ (Surroca *et al.*, 2010).

4. Conclusiones

Podemos indicar dos conclusiones que consideramos importantes:

El *compliance* es una herramienta importante en el crecimiento de la empresa; tal vez sea una estrategia asertiva en las relaciones laborales, no sólo para el cumplimiento de normas, sino también en la reducción de riesgo y sobre costos laborales. De aplicarse los pasos para implementar el *compliance* en una empresa, le permitiría identificar los riesgos potenciales en lo que concierne a las relaciones laborales.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental del ser humano; es que el trabajo es una actividad esencial y necesaria para la vida de

¹⁴ SUYÓN CUADROS, op. cit.

las personas. El trabajo es una fuente de sustento económico, pero también es un medio para la realización personal y la contribución a la sociedad. Por lo tanto, el derecho al trabajo se considera fundamental porque garantiza que las personas tengan acceso a trabajos dignos y justos, así como a condiciones de trabajo seguras y saludables, razón por la cual ha logrado su autonomía normativa, administrativa y jurisdiccional. Frente a ello, las normas laborales deben ser respetadas sin excusas, y debiendo el empresario planificar sus actividades a fin de garantizar los derechos de los trabajadores.

Bibliografía

- ARTAZA VARELA, Osvaldo, “La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites”, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- CASANOVAS, Alain, “Claves sistémicas en *compliance*”, en Serie Compliance Avanzado – 6, 2018; recuperado de <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2018/05/claves-sistematicas-compliance.pdf>.
- DÁVALOS, José, “El constituyente laboral”, México D. F., INEHRM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.
- FERRO DELGADO, Víctor, “Derecho individual del Trabajo en el Perú”, en Colección Lo esencial en el Derecho (núm. 41), Lima, PUCP, 2019.
- PAAGMAN ALONSO, Sofía, “*Compliance*: ¿qué implicaciones tiene en las empresas el cumplimiento de la normativa?”, Madrid, Pontificia Universidad Católica, 2014.
- PRUNTIANO ROSAS, César y otros, “Los contratos de trabajo. Régimen jurídico en el Perú”, Lima, Gaceta Jurídica, 2019.
- RATH, Kim, “Strengthening the Compliance Cycle. An effective compliance management system can prepare your company for CFPB”, en Revista Collector, vol. 78, 2013.
- ROTSCH, Thomas, “Criminal Compliance”, en Indret. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2012, p. 2; recuperado de <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>.
- SOLÍS, José L., “*Compliance* o cumplimiento normativo”, en Revista Partida doble (núm. 191), septiembre de 2007.
- SUYÓN CUADROS, Karen, “El *compliance* como herramienta de desarrollo para las pequeñas compañías peruanas”, Lima, PUCP, 2019.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO(S) Y EL PLAN DE ESTUDIOS DE LA CARRERA DE ABOGACÍA DE LA FACULTAD DE DERECHO

por MARCELA MANCINI¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Transversalizar la perspectiva de género(s). III. El plan de estudios de la Facultad de Derecho. El contexto de la reforma y sus resultados. La gran ausencia de la perspectiva de género(s). IV. Reflexiones finales. ¿Por qué transversalizar la perspectiva de género en la enseñanza del Derecho? Bibliografía.

Resumen

El objeto del presente trabajo es el de analizar el plan de estudios vigente de la Carrera de Abogacía desde una perspectiva de género(s). Para ello, partimos de reconocer que la neutralidad aparente no existe y que es preciso aplicar una mirada específica para detectar y cambiar los sesgos de género en la enseñanza y en la Academia.

Conceptualizamos al “género” como una categoría de análisis dinámica y relacional que nos permite visibilizar relaciones desiguales de poder y reconocer la multiplicidad de géneros, superando el binarismo imperante.

La historia recorrida por los movimientos feministas y las disiden-

¹ Abogada (UNR), docente, maestranda en Poder y Sociedad desde la problemática de género (FHYA-UNR), doctoranda en Derecho (FDER-UNR) y secretaria de Derechos Humanos, Políticas de Género y Diversidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

cias sexo-genéricas en los últimos años en las universidades provocó que la transversalización del enfoque de género(s) en el Derecho y en la enseñanza del Derecho sea una de las demandas más urgentes. La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario transitó recientemente un proceso de reforma integral de su plan de estudios y tuvo la posibilidad de transversalizar esta perspectiva, cumpliendo a su vez con los compromisos estatales asumidos internacionalmente para eliminar las desigualdades, la discriminación y la violencia por razones de género. Sin embargo, diferentes factores obstaculizaron que el enfoque de género permeara de manera transversal. Interrogantes como: ¿Qué se enseña? ¿Desde qué punto de vista? ¿Qué se nombra y qué se invisibiliza? ¿Qué lenguaje se utiliza? ¿Por qué deberíamos cambiarlo? guiaron este trabajo. Sin pretender agotar las respuestas, nos animamos a compartir tan sólo algunas reflexiones.

Abstract

The main purpose of this paper is to analyze the Law Career's curriculum from a gender perspective. For this, we recognize that apparent neutrality does not exist and that we need an specific vision to detect and change the gender biases that exists in teaching and Academy.

We conceptualize "gender" as a dynamic and relational category, that allows us to make visible unequal power relations and recognize the multiplicity of genders, overcoming the prevailing binarism.

The history of feminist movements and sexual dissidence movements in the universities last years make the mainstreaming of the gender perspective in Law and in Law education one of the most urgent demands. The Law School of the National University of Rosario recently went through a process of comprehensive reform of its curriculum and had the opportunity to mainstream this perspective, complying with state obligations assumed internationally to eliminate inequalities, discrimination and gender- based violence. However, different factors prevented the gender perspective from being included in a transversal way. Questions such as: What do we teach? From what point of view? How do we teach? Who teaches? What do we name

and what we don't? What language do we use? guided this paper. Without pretending to answer all of them, we are encouraged to share just a few reflections.

Palabras clave

Perspectiva de género. Transversalidad de género. Enseñanza.

Keywords

Gender perspective. Gender mainstreaming. Education.

I. Introducción

Este artículo se enmarca en una investigación en curso² dirigida a producir conocimiento sobre el estado de situación actual de la enseñanza del Derecho que se imparte en la Facultad de Derecho –en adelante FDER– de la Universidad Nacional de Rosario –en adelante UNR– desde un enfoque de género(s), a partir de la identificación de la presencia o ausencia de dicha perspectiva en el plan de estudios y los contenidos de las materias, entre otros aspectos que se analizan. Se trata de una investigación promovida por la Secretaría de Derechos Humanos, Políticas de Género y Diversidad y llevada a cabo por un grupo compuesto por docentes, estudiantes y graduadxs³ de la FDER. Esta investigación además tiene un objetivo político que es el de promover la concientización sobre la necesidad de transversalizar el enfoque de género(s) en todas las ramas del Derecho, pero también en las políticas institucionales y pautas de relacionamiento al interior de nuestra casa de estudios.

Se presentan aquí entonces algunos aportes que surgen de un análisis situado e histórico del plan de estudios vigente y los movimientos feministas en el ámbito universitario, partiendo de una necesaria con-

² Proyecto de investigación titulado “El enfoque de género en la enseñanza del Derecho”, aprobado por resolución del Consejo Superior 125/2021 de la Universidad Nacional de Rosario.

³ A lo largo del texto recorro a la “x” o a la “e” en lugar de utilizar el genérico masculino, todo ello de conformidad con las resoluciones CS 662/2019 y CD 346/2020, que aceptan como válidas las expresiones del lenguaje inclusivas y no sexistas en producciones escritas y orales realizadas por integrantes de los cuatro claustros.

ceptualización de la perspectiva de género(s) y brindando una primera aproximación a los fundamentos normativos y culturales que nos exigen revisar lo que se enseña en nuestra casa de estudios en pos de construir una Facultad y una sociedad verdaderamente democráticas, inclusivas, feministas y libres de estereotipos de género.

II. Transversalizar la perspectiva de género(s)

Lo que se entiende por “género” ha sido estudiado y explicado ampliamente por los feminismos a lo largo de la historia. Aunque en muchas ocasiones se utilice la palabra “género” como sinónimo y sustitutivo de “mujeres”, comprendemos al género como una categoría de análisis, que es histórica, dinámica, cultural, relacional y de poder.

Como propone Joan Scott, el género es, por un lado, “un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos” y, por el otro, “una forma primaria de relaciones significativas de poder”⁴. Para la primera parte de su definición de género, Scott introduce cuatro elementos interrelacionados: 1) los símbolos culturalmente disponibles que evocan representaciones múltiples y a menudo contradictorias (pone como ejemplo las representaciones de símbolos de la mujer que se hacen sobre Eva y María en la tradición cristiana occidental); 2) conceptos normativos que manifiestan interpretaciones de los significados de los símbolos, los que se expresan en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas, que afirman categóricamente y unívocamente el significado de varón y mujer, masculino y femenino; 3) el sistema de parentesco (centrándose en la casa y en la familia como bases de la organización social); según Scott no corresponde restringir el género a éste, sino que es necesario considerar las relaciones que se construyen en otros ámbitos como el mercado de trabajo, la educación y la política, y 4) la identidad subjetiva. La segunda parte de la definición de Scott hace ingresar el elemento “poder” que se juega en esas relaciones sociales.

En consecuencia, podemos decir que esta categoría permite analizar las

⁴ SCOTT, J., “El género: una categoría útil para el análisis histórico” (1985), en LAMAS, M. (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, Porrúa, UNAM, PUEG, México, 1996, ps. 265-302, y 23.

relaciones desiguales de poder, que son sostenidas por diferentes representaciones sociales, impuestas en base a una diferenciación dicotómica y excluyente de las personas a partir de diferencias sexuales (que se han definido hegemónicamente como binarias, varón o mujer como únicas posibilidades). Esa diferenciación contiene además una jerarquización, existe un género jerarquizado, el masculino, por sobre todas las identidades que no se adecuan al “modelo de varón”, “el varón blanco, rico, en edad productiva, sin discapacidades físicas y heterosexual”, que según Alda Facio “fija el punto máximo de la jerarquía respecto de cualquier otra condición o variable”⁵. Este modelo de varón jerarquizado y privilegiado es lo que Moreno Sardà llama “el arquetipo viril”, haciendo referencia a “aquellos hombres que se sitúan en el centro hegemónico de la vida social, se autodefinen a sí mismos como superiores y, para perpetuar su hegemonía, se imponen sobre otras y otros mujeres y hombres mediante la coerción y la persuasión/disuasión”⁶.

Entonces, si bien el concepto de género fue introducido por los feminismos, no se refiere únicamente a la subordinación y opresión de las mujeres, sino que también permite visibilizar la subordinación de todas las identidades, a las que llamaremos identidades sexo-genéricas disidentes⁷, que no sólo no encajan en el modelo de varón hegemónico, sino que además no se alinean con la normatividad hetero-cis⁸ socialmente impuesta. Desde esta noción es que hacemos referencia a la perspectiva de género, en singular, concibiendo al género como una categoría analítica y relacional. Pero también a la perspectiva

⁵ FACIO, A., “Feminismo, género y patriarcado”, en FACIO, A. y FRIES, L. (eds.), *Género y Derecho*, LOM, Santiago de Chile, 1999, ps. 23 y 24.

⁶ MORENO SARDÀ, A., “El arquetipo viril protagonista de la historia”, 2ª ed., LaSal. Edicions de les Dones, Barcelona, 1987, p. 18; disponible en http://www.am-paromorenosarda.es/es/taxonomy/term/162/alpha_desc, 1986.

⁷ Con esta expresión pretendemos nombrar a lesbianas, gays, bisexuales, travestis, trans, no binarias, intersex, queers (también llamadas mediante la sigla LGBTIQNB+) y toda otra identidad que tenga en común transgredir la norma hetero-cis, pero sin el ánimo de desconocer que cada una de estas identidades tiene trayectorias y vivencias diferentes.

⁸ *Hetero* porque parte de presuponer que “lo normal” es la heterosexualidad, que varones y mujeres se “desean y atraen naturalmente”. Es *cis* porque considera que “lo normal” es que las personas se identifiquen con el género asignado al nacer, y de allí surge el “cisexismo”, a partir del cual quienes no cambien su género asignado al nacer gozarán de privilegios respecto de las personas trans.

de géneros, en plural, reconociendo la multiplicidad de géneros, superando una mirada reductiva y binaria. Es decir, la perspectiva de género(s) incluye necesariamente la perspectiva feminista, junto con la historia y las reivindicaciones de los feminismos, y la perspectiva de las disidencias sexuales y de géneros, centrada en los movimientos de lucha por los derechos de las identidades LGBTIQNB+.

Al hablar de “enfoque” o “perspectiva” de género(s) nos referimos a poner foco; hacer hincapié; mirar especialmente; la asimetría de poder existente por razón de género. Esa asimetría atraviesa todas las relaciones sociales, todas las instituciones, y es por eso que se sostiene que el enfoque de género debe ser aplicado de manera transversal.

En suma, “la perspectiva de género implica, por un lado, una crítica a la visión exclusiva del mundo en clave masculina y, por otro, una relectura y resignificación de la historia, de la sociedad, la cultura, la economía y la política”⁹. Es decir, para poner en práctica esta perspectiva debemos comenzar por poner en crisis el androcentrismo, definido como el “enfoque de un estudio, análisis o investigación desde la perspectiva masculina únicamente, y utilización posterior de los resultados como válidos para la generalidad de los individuos...”¹⁰

A su vez, esta perspectiva incluye y debe cruzarse con otros factores de discriminación o categorías de análisis, lo que “conlleva a tomar en consideración la intersección de factores como la raza, la etnia, la edad, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, entre otras variables, que pueden acentuar una situación de riesgo a la violencia y la discriminación”¹¹.

III. El plan de estudios de la Facultad de Derecho.

El contexto de la reforma y sus resultados. La gran ausencia de la perspectiva de género(s)

En el año 2014 las autoridades de la FDER-UNR tomaron la de-

⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”, IIDH, San José, 2008, p. 174.

¹⁰ MORENO SARDÀ, op. cit., p. 14.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos”, del 15-9-2018, párr. 91.

cisión de impulsar una reforma integral del plan de estudios de la Carrera de Abogacía¹². El desafío era grande y las repercusiones de semejante convocatoria fueron variadas. En ese momento histórico, me tocó¹³ ser parte de la discusión dentro del máximo órgano de cogobierno de nuestra Facultad, siendo consejera directiva en representación del claustro estudiantil¹⁴. Los borradores, las reuniones en Comisión Académica, las consultas a docentes titulares de cátedras, el reclamo del Centro de Estudiantes por la irretroactividad, la audiencia pública, entre otras acciones y movilizaciones en torno a este debate, dieron como resultado la aprobación por parte del Consejo Directivo y del Consejo Superior (resolución CS 126/2015) de la resolución popularmente conocida como “Plan 2016”. Algunos años más tarde se aprueba la resolución vigente por el Consejo Superior 841/2018 (contiene el plan como texto ordenado). En dicha normativa queda establecida la finalidad de la carrera, el perfil de egresadx, los alcances del título y la estructuración del plan de estudios.

El Plan se conforma por un Ciclo de Formación Común –en adelante CFC– y un Ciclo de Formación Especial –en adelante CFE–, rasgo diferenciador del anterior plan de estudios que contenía una enseñanza generalista, sin un tramo de especialización. El primer ciclo contiene una serie de asignaturas que se han considerado esenciales para la formación de grado, y por ello son obligatorias, mientras que el CFE, según establece la propia resolución, permite “...un ámbito de elección particular para un estudiante que ya ha tenido un panorama asaz completo del mundo jurídico y se encuentra en condiciones de indagar acerca de sus preferencias personales”¹⁵. Es decir, cada estudiante puede optar por realizar un ciclo de acuerdo a sus propios intereses.

Otra característica que distingue al Plan 2016, en relación con el de 2012, es la clara intención de fomentar la formación de les estu-

¹² Para ese entonces el plan vigente era el “2012”, aprobado por resolución CD 9415/2011.

¹³ Aclaro mi posición para situar mis reflexiones e introducir desde dónde escribo.

¹⁴ El Consejo Directivo está conformado por 20 personas: 10 docentes, 8 estudiantes, 1 graduadx y 1 no docente. En mi caso representaba al claustro estudiantil por la Agrupación Defendamos Nuestra Identidad (DNI).

¹⁵ Resolución CS 841/2018, Anexo I, p. 4.

diantes desde una realidad situada mediante la inclusión de materias dedicadas a las prácticas profesionales. El Plan introduce también¹⁶ una asignatura obligatoria denominada Derechos Humanos, lo que, a priori, implicó un avance significativo, considerando que la educación en derechos humanos constituye una herramienta incuestionable para la prevención y la plena vigencia de estos derechos. A su vez, se incorporan otras materias como Políticas Democráticas de Seguridad Ciudadana, Derecho de la Integración, Derecho Ambiental, Derecho de la Navegación y el Transporte, Derecho del Consumidor, Idioma Extranjero; y se desdoblaron otras tantas¹⁷. La cantidad total de materias aumentó considerablemente¹⁸ y como expresa Silvina Pezzetta esto “...contradice la tendencia regional e internacional de acortamiento de las carreras de grado y puede interpretarse como el resultado de las estrategias de conservación del capital académico que tienen distintos grupos que componen la Facultad de Derecho”¹⁹.

Como podemos observar, la gran ausente en este debate fue la *perspectiva de género(s)*. Los aportes de algunos docentes y de las agrupaciones estudiantiles que se posicionaron en torno a la necesidad de incorporar contenidos relacionados con las desigualdades de género(s) en el currículo no lograron la fuerza suficiente para introducirse en el plan de estudios nuevo. Esta realidad confirma que, como manifiesta Gloria Bonder, el currículum “no abarca ‘todo’ el saber producido por una sociedad sino sólo parte del mismo; que *dicho recorte es producto de relaciones de poder* sociales que en cada época determinan las nociones básicas que debe transmitir la escuela²⁰ a todos los miembros de una sociedad”²¹.

¹⁶ Hasta este entonces muchos de los contenidos de la asignatura Derechos Humanos se dictaban en la denominada Derecho Constitucional II de duración anual, también en el segundo año de la carrera.

¹⁷ Derecho Procesal I y II, Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños, Derecho Administrativo I y II.

¹⁸ De 37 materias (Plan 2012) se pasó a un total de 49 materias (Plan 2016).

¹⁹ PEZZETTA, S., “Los discursos de los docentes de la Facultad de Derecho de la UNR sobre el plan de estudios. Entre la ‘necesidad’ jurídica y lo político”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 15, núm. 29, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2017, ps. 119-165, y 131.

²⁰ En nuestro caso la Facultad de Derecho.

²¹ BONDER, G., “La transversalización del principio de equidad de género en educación. Cuestiones conceptuales y estrategias”, Flacso, Buenos Aires, 2001.

No resulta menor resaltar que en el año 2014, mismo año que se presenta el anteproyecto de reforma al plan de estudios, se aprueba a instancias del Programa de Género y Sexualidades²² un proyecto en el Consejo Directivo que proponía la creación del Procedimiento de Atención de Situaciones de Violencia y Discriminación Basadas en el Género, Identidad/Expresión de Género u Orientación Sexual, en el marco de las relaciones laborales o educativas dentro de nuestra casa de estudios, que al día de la fecha se encuentra vigente mediante resolución CD 501/2014.

A su vez, en el año 2015, el femicidio de Chiara Páez conmovió a toda la sociedad, y a iniciativa de un grupo de activistas y periodistas feministas el día 3 de junio tuvo lugar en diferentes puntos del país aquella primera manifestación social bajo la consigna “Ni una menos”. Ese despertar social que se observó en las calles de todo el país con el reclamo de poner fin a los femicidios y a la violencia machista pronto atravesó los muros universitarios. El mismo año, se conformó a nivel nacional la Red Interuniversitaria por la Igualdad y contra la Violencia que se termina afianzando en 2018 con la creación de la Red Universitaria de Género, conocida como RUGE, en el marco del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN)²³. La RUGE “se constituyó como un ámbito federal de representación que de inmediato se propuso como objetivos principales erradicar las violencias a través de políticas educativas de género y asegurar la igualdad en todo el territorio nacional”²⁴.

Como puede observarse entonces, gracias al accionar de docentes e investigadoras feministas las perspectivas de géneros ocupan desde hace muchos años un lugar relevante en las universidades. Fueron ellas quienes tuvieron la iniciativa de introducir en sus asignaturas

²² Se trata de un Programa de Extensión Universitaria, coordinado en aquel momento por la docente Analía Aucía; para más información véase <https://www.fder.unr.edu.ar/secretaria-de-extension/programas/#genero-y-sexualidad>.

²³ El CIN fue creado por decreto del presidente de la República Argentina Dr. Raúl Alfonsín, el 20-12-85. Para más información ver <https://www.cin.edu.ar/>.

²⁴ MARTÍN, A. L. (comp.), “RUGE, el género en las universidades”, 1ª ed., RUGE-CIN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, libro digital, PDF, p. 14; disponible en <http://ruge.cin.edu.ar/materiales/66-libro-ruge-el-genero-en-las-universidades-ana-laura-martin-comp>.

contenidos de género y luego comenzaron a proponer la creación de asignaturas específicas, en la mayoría de los casos siendo éstas optativas. En este sentido, nuestra Facultad, dentro del Plan 2012, contenía asignaturas electivas²⁵ y fue así como se creó la optativa Género y Derechos Humanos²⁶, que en su programa ponía de relieve la importancia de la “formación de nuestros/as alumnos/as pensantes desde otra mirada de la diversidad y la no discriminación, tomando como base la legislación vigente y el abordaje de los casos jurisprudenciales, sobre los temas de género y diversidad sexual, como también la violencia de género”²⁷. Si bien esta asignatura posibilitó un espacio de formación para estudiantes interesados en la temática, era necesario avanzar en la incorporación del enfoque de género de manera transversal, lo que, como se mencionó antes, no se logró con la reforma, ya que no se incorporó una materia específica en la formación troncal que se brinda en el CFC, y ni siquiera se contempló dentro de las 12 posibilidades que se establecen para los CFE²⁸.

Si se analizan los contenidos mínimos de las materias correspondientes al CFC sólo se detecta una mención muy vaga, e inapropiada por completo, a la cuestión de género en la asignatura Derechos Humanos, que prescribe “derechos de las niñas, niños y adolescentes, derechos de la vejez, *género y otros colectivos*”. Llama poderosamente la atención que ni siquiera en los contenidos mínimos de la asignatura Derecho de las Familias encontramos, aunque sea, una referencia a las situaciones de *violencia en el ámbito familiar* y por *razones de género*, problemática que necesariamente debe ser abordada por esta rama del Derecho, en razón de la gran cantidad de familias que se

²⁵ Resolución CD 9415/2011, 5.2, asignaturas electivas.

²⁶ Bajo la titularidad de la Prof. María Isolina Dabove y con las Profs. Analía Aucía, Lorena Battilana y Erika Nawojczyk, resolución CD 504/2016, disponible en <https://docer.com.ar/doc/x8scvns>.

²⁷ Resolución CD 504/2016, Anexo, fundamentación.

²⁸ Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Tributario, Derecho de la Responsabilidad Patrimonial, Derecho de la Empresa, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, Vejez y Otros Colectivos; Derecho Internacional, Nuevas Perspectivas de la Juridicidad, Formación en Teoría Jurídica focalizando en temas de Filosofía del Derecho, Derecho Agrario, Ambiental y de los Recursos Naturales, Derechos Humanos y Garantías.

ven atravesadas por situaciones de violencia y cómo ello interfiere en todas las cuestiones familiares que deben dirimirse (alimentos, compensación económica, régimen de comunicación, entre otros).

En relación con los CFE, podría entenderse comprendida la cuestión de género en el nombrado ciclo de “Formación disciplinar y práctica específica en derechos de niñas, niños y adolescentes y otros colectivos”, que aparentemente contempla a grupos en especial situación de vulnerabilidad. Sin embargo, las dos materias teóricas de profundización que se encuentran en el ciclo no se refieren especialmente a las desigualdades por razón de género, sino que se centran en el factor edad, haciendo hincapié la primera de ellas a las niñeces y adolescencias, y la otra a la vejez. En esta última, encontramos un punto que menciona “Derecho, derechos humanos, género y sexualidades”. Por su parte, en el taller de práctica de este ciclo menciona “la violencia familiar” y en la Práctica Profesional y Comunitaria Supervisada incluye la “praxis específica en Derecho de Género”.

En ambos ciclos, el tratamiento a la cuestión de género se realiza de una manera muy superficial y aparentemente desde una concepción restringida, que a priori podría entenderse como referida sólo a las mujeres, y que considera a “este colectivo”, generalmente también catalogado como “minorías”, como un colectivo en especial situación de vulnerabilidad, que necesita protección. Es incorrecto considerar a las mujeres como un colectivo minoritario, ya que somos la mitad de la humanidad, pero además esta posición paternalista lejos está de reconocernos como sujetos de derecho, sino más bien nos sigue posicionando como objetos de protección. Además, de esta forma no se logra visibilizar las relaciones asimétricas de poder por razones de género, y mucho menos la consideración de las desigualdades de género desde esta perspectiva amplia, inclusiva de las identidades sexo-genéricas.

Asimismo, el plan de estudios se encuentra redactado en un lenguaje esencialmente androcéntrico y sexista porque en todas las ocasiones se utiliza el masculino como genérico, haciendo referencia a “el egresado”, “título de abogado”, “el alumno”, “el docente”. Es decir, este plan de estudios parte de reconocer como sujeto epistémico al varón, invisibilizando por completo a las mujeres y a las personas LGBTIQNB+. Siendo éste un instrumento destinado fundamentalmente a estudiantes

y docentes, por su lenguaje está dirigido a varones, a pesar de que las mujeres en la actualidad conforman el 65,38% del estudiantado²⁹ y el 48,58% de docentes³⁰ en nuestra casa de estudios. Lo que no se nombra no existe, el nombrar a cada una, una y uno como lo siente forma parte de un aspecto esencial para el reconocimiento de la identidad. El lenguaje construye o niega identidad, de allí que consideramos imperante la necesidad de utilizar y alentar el uso del lenguaje inclusivo, comprendiendo al lenguaje como un campo de disputa que refleja la dominación. Como menciona Marcela Rodríguez: “el lenguaje influye de una forma directa en la construcción de subjetividades, en la conformación de los imaginarios sociales, de las percepciones, las actitudes y los comportamientos [...] El lenguaje cumple un papel fundamental en la construcción de estructuras, jerarquías y realidades sociales, y su naturalización”³¹.

Al analizar nuestro plan de estudios vigente, y el proceso de reforma, desde una perspectiva de género(s), podemos observar cómo se han jerarquizado determinados contenidos, y en paralelo se han subordinado o invisibilizado otros. A nuestro entender, esto se relaciona con las estructuras de poder existentes en nuestra Facultad que, en aquel momento histórico, no posibilitaron que la perspectiva de género(s) permeara de manera transversal. Estas estructuras de poder se encuentran profundamente vinculadas con la matriz androcéntrica con la que se ha construido y valorado, como saber académico preponderante, el conocimiento a lo largo de la historia. Esa matriz androcéntrica existe también en las ciencias jurídicas. Así lo afirma Malena Costa: “El Derecho es formulado en los términos de una cultura androcéntrica,

²⁹ Según la información propiciada por la Dirección de Alumnado de la FDER la cantidad de estudiantes ingresantes y reinscriptes del año académico 2021 es de 8.303, siendo 2.874 los varones y 5.429 las mujeres, registrándose también al menos dos estudiantes trans que han solicitado ante esta oficina el reconocimiento de su identidad de género autopercibida.

³⁰ Según información otorgada por la Dirección de Personal de nuestra Facultad integran la planta un total de 564 docentes, siendo 274 mujeres y 290 varones, una composición que se acerca, en términos generales, a la paridad de género.

³¹ RODRÍGUEZ, M., “Algunas notas sobre la palabra de los jueces”, en ROLDÁN, S. (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, ps. 101-102.

racista, discriminatoria, clasista y excluyente, y en consonancia con un orden político que legitima la subordinación de las mujeres a la vez que la de muchos otros grupos”³². Dentro de ese orden político que legitima la subordinación de mujeres y disidencias sexo-genéricas se encuentran la Academia, las universidades y la enseñanza profesional que en ellas se imparte, y nuestra Facultad, con nuestro plan de estudios, lamentablemente no es una excepción a esta norma.

IV. Reflexiones finales. ¿Por qué transversalizar la perspectiva de género en la enseñanza del Derecho?

En los últimos años nuestro país ha avanzado en el reconocimiento de derechos de las mujeres y de las personas LGBTIQNB+, sancionando numerosas leyes y ratificando instrumentos internacionales de derechos humanos, algunos de ellos incluso dotados, a partir de la reforma del año 1994, de jerarquía constitucional. Para dar cumplimiento a estos compromisos resulta imperioso transversalizar la perspectiva de género(s) en el Derecho, partiendo desde su enseñanza.

En la propia Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –en adelante Cedaw–, adoptada en el ámbito de las Naciones Unidas en el año 1979, los Estados Partes se obligan a adoptar “...todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación...” En el mismo artículo (art. 10) hace mención a la adopción de medidas necesarias para asegurar: “...a) Las mismas condiciones de orientación en materias de carreras y capacitación profesional, *acceso a los estudios* y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías [...] esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, *profesional* y técnica *superior*, así como en todos los tipos de capacitación profesional...”, refiriéndose a la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, incluyendo a la educación superior, y la eliminación de los estereotipos de género que feminizan o masculinizan a las carreras. También menciona: “...c) *La eliminación de todo con-*

³² COSTA, M., “El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos”, en *Feminismo/s*, núm. 15, junio de 2010, ps. 235-252, y 251.

cepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”, reconociendo la importancia de la educación para la eliminación de los patrones socioculturales machistas y patriarcales que aún rigen en nuestras sociedades y la necesidad de generar cambios en los contenidos. En este mismo sentido se manifiesta la Convención de Belém do Pará³³, en particular en sus artículos 6º y 8º, que promueven “el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados...”

De igual manera, en los Principios de Yogyakarta³⁴, particularmente en el N° 16, encontramos alusión especial a la importancia de que los Estados garanticen una educación que “...responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género” (inc. b), debiendo asegurar que los métodos, *currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto en cuestiones de género* (inc. d).

Una herramienta reciente fundamental que posibilitó dar un paso firme hacia el efectivo cumplimiento de estas obligaciones internacionales es la Ley 27.499 “Micaela García”, de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado y en todos sus niveles y jerarquías. La aplicación de esta ley se extendió a las universidades, ya que el 8 de abril de 2019, a instancias de un proyecto presentado por la RUGE, el CIN aprueba de forma unánime en plenario 1076/19 la adhesión de la ley en la comunidad universitaria. En mayo de 2019, la UNR reafirma los lineamientos

³³ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

³⁴ Redactados en el año 2006 por un grupo de especialistas y activistas por la promoción de los derechos humanos del colectivo LGBTI de diferentes países. Disponibles en <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>.

expresados por el CIN, mediante resolución del rector 1722/2019, comprometiéndose a implementar la capacitación obligatoria para todas las personas que se desempeñan en nuestra Universidad, y en el mes de septiembre de ese mismo año se aprobó en el Consejo Superior la resolución 297/2019, que establece el Programa de Capacitación Ley Micaela UNR.

La progresiva implementación que se viene realizando de la ley en nuestra Facultad³⁵ es de una significación enorme ya que contribuye sustancialmente a la incorporación del enfoque de género como un criterio imprescindible de interpretación del Derecho, generando una mayor sensibilización y comprensión de la opresión de género existente y motivando, fundamentalmente al claustro docente, a la revisión de cada asignatura desde este enfoque. A la vez, el espacio de diálogo de los talleres de la Ley Micaela permite comenzar a derribar los mitos, las resistencias y los temores existentes, para caminar colectivamente hacia la construcción de nuevas prácticas institucionales que no reproduzcan estereotipos de género.

No es menor destacar que el Poder Judicial es el único poder que se compone en su totalidad de abogadxs, lxs que se forman en las Facultades de Derecho. Pero también otros lugares de poder, fundamentalmente de la esfera pública, donde se toman decisiones trascendentales para toda la sociedad (Congreso nacional, Legislaturas provinciales, Concejos Deliberantes, Ejecutivos nacionales, provinciales y municipales...) se integran por una gran cantidad de abogadxs.

La sociedad en su conjunto está reclamando un cambio en la justicia, una justicia que responda de otra manera ante las innumerables injusticias por razones de género que se viven todos los días, una respuesta más rápida y comprensiva de las desigualdades de género producto de las cuales se afectan derechos humanos. Ese cambio en la justicia, que está siendo demandado, depende de las personas que día a día intervenimos desde múltiples roles, con nuestro accionar, con nuestras palabras y decisiones.

Es por esta razón que resaltamos la responsabilidad que tenemos,

³⁵ La Secretaría de Derechos Humanos, Políticas de Género y Diversidad de la FDER lleva adelante las capacitaciones con los diferentes claustros.

como institución formadora de abogadxs, de “empezar por casa”. Nuestro deber es transformar la enseñanza del Derecho hacia una que realmente incorpore el género como categoría de análisis en todas sus ramas, que fomente el pensamiento crítico, y le otorgue a lxs profesionales herramientas suficientes, no sólo jurídicas, sino también históricas, conceptuales y metodológicas, para comprender y analizar la realidad social hetero-cis patriarcal en la que vivimos y cómo ésta produce desigualdades que afectan a todos los conflictos, sucesos y situaciones en las que se interviene desde el Derecho. Si logramos esto, contribuiríamos en la construcción de una sociedad más justa, igualitaria y garante de derechos. Hacemos propias las palabras de Julissa Mantilla Falcón: “Incorporar una perspectiva de género al Derecho implica analizar tanto el proceso de su elaboración como el impacto diferenciado de las normas jurídicas, la jurisprudencia y las diferentes resoluciones jurídicas sobre las personas. Al tener esto presente, se podrán tomar las acciones necesarias para evitar que continúen y se reproduzcan las situaciones de discriminación y exclusión, lo cual permitirá una mejor y mayor protección de los derechos de las personas”³⁶.

Al mismo tiempo, el análisis en torno a la transversalización no debe estar reducido únicamente a la enseñanza, sino que esta perspectiva implica revisar también las propias instituciones, el Poder Judicial, las universidades, los colegios profesionales y las asociaciones de magistradxs y otrxs operadores judiciales. En el caso de la Facultad de Derecho, coincidimos con Morgade al afirmar que “la transversalización de género como principio que trabaja sobre las distintas dimensiones que puedan tener impactos negativos en términos de las relaciones de género implicaría ir más allá del currículo explícito para abordar a la institución en su conjunto. En esta línea una organización que propone la transversalización revisaría constantemente aspectos tales como: los objetivos de la institución y particularmente de los espacios de atención en salud sexual y reproductiva, las reglas de

³⁶ MANTILLA FALCÓN, J., “Derecho y perspectiva de género: Un encuentro necesario”, en *Vox juris*, vol. 32, núm. 2, Lima, 2016, ps. 117-125, y p. 119; disponible en <https://vlex.com.pe/vid/derecho-perspectiva-genero-encuentro-846584852>.

funcionamiento, los modos de comunicación y participación, la distribución de los espacios físicos, la asignación de recursos”³⁷.

Para finalizar, y retomando el análisis realizado sobre el plan de estudios que rige en nuestra Facultad, podemos concluir que a pesar de que en el año 2015 nos encontrábamos en un momento social propicio para que la reforma introduzca la perspectiva de género, no se logró romper con la hegemonía académica existente, la que procuró sostener el statu quo patriarcal dominante. A varios años de esa reforma, venimos a proponer una revisión, una relectura crítica, para superar los impedimentos y transformar la enseñanza del Derecho. Con un compromiso colectivo seguramente lo lograremos.

Bibliografía

- BONDER, Gloria, “La transversalización del principio de equidad de género en educación. Cuestiones conceptuales y estrategias”, Buenos Aires, Flacso, 2001.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos”, del 15-9-2018.
- COSTA, Malena, “El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos”, en *Feminismo/s* (núm. 15), junio de 2010, ps. 235-252.
- FACIO, Alda, “Feminismo, género y patriarcado”, en FACIO, Alda y FRIES, Lorena (eds.), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM, 1999.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”, San José, IIDH, 2008.
- MANTILLA FALCÓN, Julissa, “Derecho y perspectiva de género: Un encuentro necesario”, en *Vox juris*, vol. 32 (núm. 2), Lima, 2016, ps. 117-125; disponible en <https://vlex.com.pe/vid/derecho-perspectiva-genero-encuentro-846584852>.
- MARTÍN, Ana Laura (comp.), “RUGE, el género en las universidades”, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, RUGE-CIN, 2021, libro digital, PDF.

³⁷ MORGADE, G., “Contra el androcentrismo curricular y por una educación sexuada justa”, en *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social (RIEJS)*, vol. 6, núm. 2, 2017, ps. 49-62, y 52; disponible en <https://doi.org/10.15366/riejs-2017.6.2.003>.

- MORENO SARDÀ, Amparo, “El arquetipo viril protagonista de la historia”, 2ª ed., Barcelona, LaSal. Edicions de les Dones, 1987; disponible en http://www.amparomorenosarda.es/es/taxonomy/term/162/alpha_desc, 1986.
- MORGADE, Graciela, “Contra el androcentrismo curricular y por una educación sexuada justa”, en Revista Internacional de Educación para la Justicia Social (RIEJS), vol. 6 (núm. 2), 2017, ps. 49-62; disponible en <https://doi.org/10.15366/riejs2017.6.2.003>.
- PEZZETTA, Silvina, “Los discursos de los docentes de la Facultad de Derecho de la UNR sobre el plan de estudios. Entre la ‘necesidad’ jurídica y lo político”, en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 15 (núm. 29), Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2017.
- RODRÍGUEZ, Marcela, “Algunas notas sobre la palabra de los jueces”, en ROLDÁN, Santiago (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- SCOTT, Joan, “El género, una categoría útil para el análisis histórico” (1985), en LAMAS, Marta (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Porrúa, UNAM, PUEG, 1996.

LA ARGENTINA MODERNA FRENTE A EPIDEMIAS Y PANDEMIAS

por MARCELO LUIS MARCHIONATTI¹

SUMARIO: I. Nociones iniciales. II. Antecedentes en la historia mundial. III. Antecedentes en Argentina. 1. El cólera. 2. La fiebre amarilla. 3. La gripe española. 4 La poliomielitis. IV. Pandemias del siglo XXI. V. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En este trabajo se rememoran epidemias y pandemias que afectaron a nuestro país cuando ya era una Nación organizada, esto es, desde 1862. El cólera, la fiebre amarilla, la gripe española, la poliomielitis, la gripe A y la COVID-19 fueron enfermedades que trajeron aparejadas una gran mortalidad, cambios sanitarios y hasta institucionales.

El objetivo es realizar un análisis histórico de las consecuencias que dichas pandemias y epidemias ocasionaron sobre la población y las medidas que tomaron los distintos gobiernos para intentar contenerlas, así como las similitudes y diferencias que genera el paso de los años entre una y otra de las enfermedades abordadas.

De entre las numerosas causas que podrían explicar el porqué de dichas reacciones, en este trabajo analizaremos algunas de ellas. En particular, las acciones gubernamentales, las disputas entre médicos sanitaristas y biologicistas, la autosuficiencia nacional, las soluciones que poco tenían que ver con ciencia, la desigualdad entre Buenos Aires y el resto del país, así como entre sectores pudientes y humildes.

¹ Abogado. Profesor adjunto de Historia Constitucional Argentina.

Se observa cómo, a pesar del paso de los años entre unas y otras, las reacciones del poder político han sido siempre resultados similares, destacándose una gran impotencia para combatirlas.

Abstract

The idea of this work is to reminisce the epidemics or pandemics that affected our country when it already was an organized Nation, this being since 1862. These diseases were the ones who brought with them a high mortality rate, health changes and institutional transformations. Cholera, Yellow Fever, Spanish flu, Polio, Influenza A and COVID-19 are going to be the diseases this work will be focusing on.

The goal is to make a historical analysis about the consequences the epidemics and pandemics had among the society and the measures taken by different governments to try keep them under control.

We will see how, despite the passing of the years between one and the other, the reactions of the political power have always been similar, showing helpless they felt when it came down to deal with these diseases.

Therefore, the causes that could explain the reason behind these reactions are numerous, and in this paper we will be analyzing some of them. Among other things, we are not only going to be talking about the government's actions but also about the fight between sanitarians and biologists, the national self-sufficiency, the solutions that have nothing to do with science, the inequity between Buenos Aires, the rest of the country and those in need.

All in all, not only this will help us understand the different actions and their consequences clearly but also the similarities and differences created by the passing of the years between the diseases addressed.

Palabras clave

Pandemia. Epidemia. Argentina.

Keywords

Pandemic. Epidemic. Argentina.

I. Nociones iniciales

Para la Real Academia Española (en adelante RAE)², la epidemia es una enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas, y para la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS)³ es la extensión de una enfermedad cuarentenable por multiplicación de los casos en un área local.

En tanto la RAE⁴ define a la pandemia como una enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región, la definición de la OMS⁵ incluye a la de epidemia, en virtud de ser la aparición repentina de una enfermedad que afecta a gran parte de la población, pero extendida a muchos países independientemente de la letalidad.

II. Antecedentes en la historia mundial

En primer lugar, debemos tener en cuenta que mencionaremos sólo aquellas enfermedades de las que se tiene registro, ya que, desde el comienzo de la vida en sociedad, se han reiterado las muertes de poblaciones casi completas a causa de enfermedades, pero se atribuía en muchos casos a castigos divinos y, obviamente, no se llevaba un detalle de la evolución de la enfermedad ni de la cantidad de víctimas.

En segundo lugar, y para tener un punto de referencia para comprender la gravedad de dichas pandemias/epidemias, debemos tener en cuenta los muertos que produjo la mayor catástrofe bélica de la historia de la humanidad: la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, dicha conflagración bélica produjo, según distintas fuentes, entre 80.000.000 y 100.000.000 de muertos. En tanto, la viruela, desde que se tiene registro, causó 300.000.000 víctimas y el sarampión 200.000.000.

La gripe española, sobre la que haremos referencia por su impacto

² Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

³ Organización Mundial de la Salud, <https://www.who.int/es>.

⁴ Real Academia Española, op. cit.

⁵ Organización Mundial de la Salud, op. cit.

en nuestro país, mató en 7 meses, de septiembre de 1918 a abril de 1919, a cinco veces más personas que los combates de la Primera Guerra Mundial, con unos 50.000.000 de fallecidos.

La peste bubónica produjo 12.000.000 muertos; el tifus 4.000.000; la gripe asiática (H2N2), de 1957, 1.1000.000 y la gripe de Hong Kong (H3N2), de 1968, 1.000.000.

A ellos debemos sumarles el VIH, el SARS, la gripe aviar, la gripe A, el ébola, el dengue, y por supuesto la COVID-19, entre otras.

III. Antecedentes en Argentina

Más allá de las denominadas pandemias, nuestro país fue azotado por duras epidemias, ya que desde 1580 sufrió periódicamente devastadoras enfermedades que la gente llamaba “pestes”. La viruela y el tifus fueron las que más castigaron a la población del Río de la Plata, potenciadas por el tráfico de esclavos que trajo consigo la peste bubónica y el cólera durante el siglo XVIII.

De todos modos, es intención del presente destacar cuatro grandes epidemias y/o pandemias que asolaron nuestro país, y que podemos considerar como grandes antecedentes de las pandemias del siglo XXI. Así, hablaremos del cólera (1867-1868), la fiebre amarilla (1870-1971), la gripe española (1918-1919) y la epidemia de la poliomielitis (1957), para finalizar haciendo un breve desarrollo comparativo con las pandemias del siglo XXI.

1. *El cólera*

En 1865, el cólera se inició en Asia y llegó a Brasil, que en ese momento libraba, junto a Argentina y Uruguay, la guerra de la Triple Alianza enfrentando a Paraguay.

A fines de febrero de 1867 una nave brasileña de transporte de tropas llevó el cólera al campo de batalla, donde afectó primero a los aliados y luego a los paraguayos. En los hospitales militares, la letalidad llegó al 78%⁶.

⁶ SCENNA, M. Á., “Diario de la gran epidemia. Fiebre amarilla en Buenos Aires”, en *Todo es Historia*, núm. 8, Honegger SAIC, Buenos Aires, 1967, p. 13.

En las riberas del Paraná resultaron prontamente afectadas las ciudades de Corrientes y Rosario. Así, en nuestra ciudad, según relataba el profesor Oscar Luis Ensínck: “Los brasileros tienen hospitales flotantes y los cadáveres son arrojados al río. Las inundaciones del Itapirú y Yatay Curuzú han barrido para el río con los cadáveres insepultos, los animales muertos y los desperdicios de los animales que se matan para alimentar a las tropas. Los paraguayos también arrojan cadáveres al río. Don Juan Carlos Gómez calcula los cadáveres de la guerra en 30.000, más 10.000 caballos, algunos cientos de miles de animales resultantes del carneo [...] la atmósfera saturada de veneno es traída a nuestras ciudades por los vientos del Norte que han reinado”⁷.

Es entonces que las localidades situadas río abajo, y al beber agua del río a falta de potabilizadoras de agua, se afectaron gravemente. Así, las ciudades de Rosario y San Lorenzo fueron gravemente afectadas. En Rosario se calcula una letalidad del 58% de los enfermos. En tanto, en Buenos Aires, que no había sido afectada en forma considerable, a partir del otoño de 1867 los casos se multiplicaron. Aparecieron muchos enfermos en San Nicolás (420 fallecidos), Córdoba (2.000 fallecidos), Río Cuarto, Catamarca, Mendoza, San Juan y San Luis.

La publicación médica más prestigiosa de la época, la “Revista Médico-Quirúrgica” se expresaba así en su primera aparición: “La principal novedad de esta quincena es la aparición de una nueva enfermedad, desconocida antes en nuestro país, que hace algún tiempo reina en varios puertos del Brasil [...] El cólera morbus ha empezado a desarrollarse en Buenos Aires desde los últimos días de marzo: los primeros casos han sido violentos y su terminación fatal en pocas horas”⁸.

Los consejos que se daban para combatir la enfermedad eran, por ejemplo, los siguientes: “Parece haberse probado el contagio por aguas contaminadas con evacuaciones coléricas. Se propone cambiar el origen

⁷ ENSÍNCK, O. L., “Las epidemias de cólera en Rosario”, en *Segundo Congreso Nacional de Historia de la Medicina Argentina*, La Semana Médica, Buenos Aires, 1971, p. 62.

⁸ PÉRGOLA, F., “El cólera en el Buenos Aires del siglo XIX”, en *Revista Argentina de Salud Pública*, vol. 1, núm. 5, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, ps. 48-49.

del abasto de agua durante la epidemia y si esto no pudiera hacerse, hervir y filtrar el agua, por carbón o permanganato de potasio antes de hervirla [...] Se aconseja también atender con el mayor cuidado las evacuaciones de los enfermos, las cuales se enterrarán mezcladas con percloruro de hierro o sulfato de zinc”⁹.

Ya se discutía sobre las cuarentenas y cordones sanitarios, en virtud que algunos médicos sostenían que “El agente morbosos circula con el aire que respiramos y cuando, por otra parte, ningún resultado dieron jamás semejantes medidas”¹⁰.

Las medidas aislacionistas convivían con medidas de saneamiento. Es que nadie, o muy pocos, sabía a ciencia cierta cómo combatir la enfermedad. Así, algunos sostenían que la enfermedad se adquiría por el contacto con el enfermo o con sus vestidos y pertenencias y, por lo tanto, proponían soluciones tales como las cuarentenas de los buques, los lazaretos para aislar a los pacientes, la desinfección y aun la quema de las ropas y pertenencias de estos infelices, etcétera. En tanto, otros afirmaban que las condiciones atmosféricas y los vientos transmitían de un lugar a otro los “miasmas”, que en ciertas condiciones locales e individuales eran capaces de favorecer el desarrollo de la enfermedad¹¹.

La epidemia de cólera generó una ruptura total en los lazos de solidaridad que existían hasta ese momento. No se conocía bien de qué se trataba esta enfermedad y eso llevaba a que la gente se alejara de los enfermos y abandonara a los muertos.

A su vez, la enfermedad generó una crisis política e institucional sin precedentes ya que, mientras el presidente Mitre se encontraba al frente de las tropas de la Triple Alianza, el cólera produjo la muerte del vicepresidente argentino que en aquel entonces oficiaba de presidente en funciones: Marcos Paz, quien, asistido por Guillermo Rawson, murió en enero de 1868.

⁹ VERONELLI, J. C. y VERONELLI CORRECH, M., “Los orígenes institucionales de la Salud Pública en la Argentina”, Gráfica Laf, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2004, p. 158.

¹⁰ *Íd.*, p. 157.

¹¹ ÁLVAREZ CARDOZO, A., “La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996”, en *HiSTOReLo (Revista de Historia Regional y Local)*, UNLP, La Plata, 2012, p. 180.

Para Mitre fue un duro golpe, había caído un leal amigo, pero a su vez abría una brecha institucional interna y otra con respecto a las cuestiones internacionales, ya que temía que al abandonar el frente de batalla, Brasil tomaría la conducción y llevaría a realizar rápidos combates para terminar con una victoria total¹².

Tal lo dicho, la muerte de Marcos Paz y la lejanía de Bartolomé Mitre produjo que el gobierno nacional quedara acéfalo (situación hasta entonces inédita) y ante lo novedoso y complejo de la situación el Congreso nacional sancionó la llamada Ley de Acefalía (ley 252).

Esta ley establecía el orden sucesorio para el caso de producirse algunas de las hipótesis contempladas en la segunda parte del artículo 75 de la Constitución (CN de 1853/1860). En primer término, debía asumir el presidente provisional (*pro tempore*) del Senado; en su defecto, el presidente de la Cámara de Diputados; y en último término, el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso de tratarse de una acefalía de carácter permanente (destitución, muerte, dimisión o inhabilidad perpetua del presidente y vicepresidente) los funcionarios antes mencionados debían, dentro de los treinta días de haber asumido el ejercicio de la presidencia, convocar a elecciones para elegir un nuevo presidente y vicepresidente, esto es que la norma determinaba que ninguno de ellos terminaría el período presidencial en curso¹³.

La ley establecía, asimismo, que los funcionarios llamados a ejercer la función ejecutiva debían prestar el juramento prescripto en el artículo 80 de la Constitución Nacional (CN de 1853/1860) ante ambas Cámaras del Congreso, y en la hipótesis de que éste se encontrase en receso, el juramento debía prestarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es interesante destacar que la ley 252 fue “invocada” en el año 1962 al ser derrocado el presidente Arturo Frondizi para que asumiese el presidente provisional del Senado doctor José María Guido, y “aplicada” en el año 1973 al presentar sus renunciaciones al Congreso el presidente Héctor José Cámpora y el vicepresidente Vicente Solano Lima¹⁴.

¹² DE MARCO, M. Á., “Bartolomé Mitre”, Emecé, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2004, p. 352.

¹³ LORENZO, C., “Historia constitucional argentina”, UNR, Buenos Aires, 2005, t. V, ps. 46-47.

¹⁴ Íd., p. 47.

Por último, cabe señalar que dicha ley estuvo vigente hasta el año 1975, ya que durante la presidencia de María Estela Martínez de Perón se sancionó la ley 20.972, que derogó la anterior y estableció un nuevo sistema sucesorio para el caso de falta de presidente y vicepresidente de la Nación¹⁵.

En definitiva, y volviendo a la gravedad de la enfermedad, diremos que el cólera en 1867-1868 habría afectado, en total, a unas 8.000 personas y provocado unas 1.600 defunciones¹⁶.

Ante la epidemia, el Congreso de la Nación, en 1880, creó el Departamento Nacional de Higiene, y para 1886, cuando ya habían pasado años de la desaparición de la epidemia, ésta volvió a sorprender cuando se detectó un caso “sospechoso”. La Dirección de la Asistencia Pública de la Ciudad de Buenos Aires puso entonces en marcha una serie de medidas sanitarias; en tanto, el Departamento Nacional de Higiene negó la existencia de la enfermedad. La consecuencia de ello será terrible para el interior del país.

En efecto, un buque que partió en esos días hacia Rosario trasladó aparentemente el cólera a ese puerto, causando en esa ciudad más de 1.000 víctimas en ese año y 155 el año siguiente, sobre una población de casi 50.000 habitantes. De allí se expandió rápidamente mostrando la indefensión de las ciudades del interior, mientras Buenos Aires la superó casi sin problemas por el desarrollo que había hecho en materia de provisión de agua potable y de alcantarillado¹⁷.

En 1894 se repitió la epidemia, volviendo a afectar a la ciudad de Rosario (991 casos con 596 defunciones). En toda la Provincia de Santa Fe se produjeron más de dos mil casos de cólera, con altísima letalidad. Luego llegó a San Nicolás y Buenos Aires, entre otras localidades.

2. *La fiebre amarilla*

La epidemia que marcó un antes y un después en la política sanitaria de nuestro país fue la de la fiebre amarilla en Buenos Aires, especialmente en 1870 y 1871.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ RECALDE, H., “Las epidemias de cólera. 1856-1895”, Corregidor, Buenos Aires, 1993, p. 68.

¹⁷ BORDI DE RAGUCCI, O., “Cólera e inmigración”, Leviatán, Buenos Aires, 1992, p. 53.

A comienzos de 1870 se tuvo noticias de que se habían registrado en Corrientes los primeros casos de fiebre amarilla. La epidemia se había iniciado en Paraguay, donde llegó a través de prisioneros de la guerra de la Triple Alianza y devueltos por Brasil. La letalidad de la enfermedad en Corrientes fue enorme: fallecieron 2.000 de sus 11.000 habitantes. Sin embargo, poco se hablará de ello porque la situación en Buenos Aires lo taparía.

A principios de ese año se produjeron los primeros casos en esta última ciudad. Se había establecido una cuarentena de 10 días para los barcos procedentes de la zona afectada, pero en marzo se levantó el aislamiento de dos naves para que desembarquen mercaderías.

En ese mes se registró el primer caso de fiebre amarilla en un hotel (tripulante de uno de los barcos) y poco después murió otro alojado en el mismo hotel. Rápidamente aparecieron casos en un inquilinato vecino. En junio, cuando se declaró oficialmente terminada la epidemia, se habían registrado un centenar de casos y cuarenta y ocho defunciones.

Buenos Aires consideraba que su capacidad médica y su mejor infraestructura la hacían inmune a la enfermedad. Grave error: en febrero de 1871 se produjeron nuevos casos, pero se los mantuvo ocultos para no sembrar pánico ante lo que consideraba un brote controlable, más aún cuando se acercaban las fiestas de Carnaval, que en esa época se festejaban de una forma multitudinaria.

De todos modos, la información se filtró y comenzó una polémica sobre si era o no fiebre amarilla. De dicha discusión participaron hasta médicos internacionales sin siquiera haber visto un paciente. Allí aparecería la figura de un médico joven que afirmó en los diarios que él atendía en el barrio de San Telmo numerosos enfermos de fiebre amarilla, poniendo fin a la discusión. Era Eduardo Wilde¹⁸.

El ritmo de las muertes comenzó a aumentar y se decidió suspender el carnaval el día 2 de marzo, cuando ya había casi terminado.

Dado que en un comienzo se centralizaron los focos en los conventillos, 5.000 italianos se presentaron en su Consulado para pedir que se les permitiera regresar a su país.

¹⁸ SCENNA, op. cit., p. 10.

De inmediato los hospitales se llenaron y hubo que crear “lazaretos” (establecimientos sanitarios para aislar a los infectados o sospechosos de ser portadores de enfermedades contagiosas) por toda la ciudad, pero no alcanzaban.

El puerto se paralizó: los países vecinos y las provincias cerraron sus fronteras a la ciudad.

Ante esta situación se aconsejaban las siguientes medidas higiénicas: fogatas sin humos nocivos, limpieza de las letrinas y blanqueo del interior de las casas. A las personas, se les recomendaba que durante la espera de la atención médica bebieran infusión de manzanilla y aceite de oliva, pero no en exagerada cantidad¹⁹.

Nadie estaba a salvo. Hasta el propio Bartolomé Mitre sufrió la enfermedad con su familia, pero pudo sortearla y se integró a la Comisión de Salubridad que permaneció en Buenos Aires²⁰.

En efecto, el 10 de marzo se creó la llamada Comisión Popular de Salubridad, integrada, entre otros, por Carlos Guido Spano, José María Cantilo, Evaristo Carriego, Manuel Argerich, Bartolomé Mitre, Lucio Mansilla, Aristóbulo del Valle y presidida por el abogado Roque Pérez²¹.

Esta Comisión debía encargarse de proponer medidas, realizar actividades de limpieza y desinfección de viviendas, prestar servicios médicos y medicamentos gratuitos, denunciar focos de infecciones, etcétera.

Decía, por ejemplo: “No basta con darle agua suficiente a la población, es necesario también sacar los focos de infección que rodean nuestras habitaciones y aumentan día a día [...] Sería un error sólo dar el líquido elemento sin darle salida a las aguas servidas y esto sólo se obtiene con cloacas”²².

En esos días se habilitó el Cementerio de la Chacarita, que estaba lejos de la ciudad. Estaba prohibido inhumar en otro cementerio que

¹⁹ PÉRGOLA, op. cit., ps. 48-49.

²⁰ DE MARCO, op. cit., p. 385.

²¹ SCENNA, op. cit., p. 14.

²² LUNA, F., “Historia integral de la Argentina”, Planeta, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1996, t. VII, p. 145.

éste, y las exhumaciones no se iban a poder efectuar antes de los cinco años. Familiares que tenían su bóveda en la Recoleta no pudieron llevar allí a sus muertos, pues la orden se cumplió con rigor.

Mientras la peste hacía sus estragos en la población, las escuelas, oficinas públicas, templos, teatros, etcétera, fueron clausurados. El gobierno decretó un prolongado feriado, que terminó el 14 de mayo. El Congreso nacional inició su período con más de dos meses de atraso.

En aquella época residían en la ciudad el presidente y vicepresidente de la Nación (Domingo Sarmiento y Adolfo Alsina), el gobernador de la Provincia de Buenos Aires (Emilio Castro) y el presidente de la Comisión Municipal (Narciso Martínez de Hoz). Todos debieron abandonar la ciudad.

Buenos Aires contaba con 40 coches fúnebres; al no alcanzar, los cocheros privados comenzaron a llevar cadáveres a un costo altísimo, luego se recurrió a los carros de basura y el 14 de abril se habilitó un servicio ferroviario de dos vagones tirados por la locomotora La Porteña (puesta en funcionamiento para esta misión) a fin de llevar muertos a la Chacarita en dos viajes diarios.

Tal nos cuenta Mardoqueo Navarro a través de su famoso diario (recordemos que se encontraba en Buenos Aires durante la epidemia), en los cementerios no se conseguía dar sepultura a todos los cadáveres, que llegaban continuamente en grandes cantidades. Un día del mes de abril eran seiscientos los muertos que permanecían insepultos. Ante el terror y la imposibilidad médica de ver a todos los enfermos, se llegó a enterrar personas vivas en fosas comunes con cal (varios lograron salir de su sopor y hacer notar que estaban vivos)²³.

Comenzó entonces a verse lo peor del ser humano: saqueos a propiedades abandonadas o de dueños fallecidos, asaltos a comercios y personas en las calles, se agotaron los medicamentos y se especulaba con ello, los escribanos se ofrecían a hacer testamentos durante las 24 horas y muchos médicos abandonaron la ciudad dejando librados a su suerte a los enfermos. En efecto, de 160 médicos que vivían en Buenos Aires, sólo unos 50 permanecieron en ella²⁴.

²³ SCENNA, op. cit., p. 14.

²⁴ *Íd.*, p. 21.

El médico Guillermo Rawson diría: “Yo he visto al hijo abandonado por el padre; he visto a la esposa abandonada por el esposo y he visto al hermano moribundo abandonado por su hermano sano, pero también he visto en altas horas de la noche en medio de aquella pavorosa y aterradora soledad a un hombre de negro, caminando por aquellas desiertas calles. Era un sacerdote que iba a llevar la última palabra de consuelo al moribundo”. De hecho murieron más de 50 sacerdotes víctimas de la fiebre²⁵.

Sin embargo, diremos que aquellos médicos que se quedaron en Buenos Aires y lucharon contra la epidemia fueron suficiente motivo para que se avergonzasen aquellos que desertaron²⁶.

Tal como lo relata Mardoqueo Navarro, el 8 de abril hubo 430 muertos, el 9 de abril 501 y el día siguiente 563²⁷.

La Comisión decidió entonces tomar una medida extraordinaria: evacuar la ciudad. Por primera vez en 400 años se ordenaba oficialmente abandonar Buenos Aires. La Comisión, sin embargo, se quedaría allí. En tanto, el sacerdote Eduardo O’Gorman, ante la infinidad de huérfanos, creó el Asilo de Huérfanos para dar refugio a los niños desamparados.

Económicamente se produjo un colapso total: las ventas de los comercios cayeron a cero, nadie cumplía con sus pagos, se produjo una avalancha de quiebras, aumentaron los suicidios, el alcoholismo y la mayoría de los diarios dejaron de salir.

Todo indicaba que ya nada se podía hacer para detener la enfermedad. Sin embargo, todo empezó a cambiar sin motivo aparente alguno. Así, el día 11 de abril hubo 361 fallecidos, el 23 de ese mes 89 y el 2 de junio no hubo ningún fallecido por fiebre amarilla. Ante esta nueva situación, la Comisión se disolvió.

Sin embargo, surgió ahora otro problema: estallaron los tribunales con demandas por deudas, quiebras, testamentos falsos, delincuentes que vendían objetos robados, etcétera.

Finalmente, la epidemia, en una ciudad de alrededor de 200.000

²⁵ *Íd.*, p. 17.

²⁶ GALASSO, N., “Historia de la Argentina”, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, t. III, p. 94.

²⁷ SCENNA, *op. cit.*, p. 20.

habitantes, de los cuales casi la tercera parte la había abandonado, provocó la muerte de 13.600 personas.

Los sobrevivientes de las epidemias del cólera y la fiebre amarilla exigían que se tomaran urgentes medidas para evitar que algo así se repitiera.

Así, en 1873 la Facultad de Medicina decidió crear una cátedra de Higiene Pública, a cuyo frente quedó el doctor Guillermo Rawson, quien se había dedicado a estudiar las epidemias y su relación con la higiene. Con él se iniciaron los estudios de esta disciplina, en especial con carácter social y vinculado con el aspecto demográfico. Asimismo, el 10 de junio de 1880, Rawson y Toribio Ayerza fundaron la Cruz Roja Argentina. En tanto, el doctor Eduardo Wilde fue nombrado al frente del Departamento de Higiene²⁸.

En Buenos Aires avanzaron rápidamente obras de la planta potabilizadora de La Recoleta y una ley del año siguiente organizó la administración de las aguas corrientes, incluyéndose los desagües, las cloacas y el adoquinado de las calles, y fue creciendo paulatinamente el número de las conexiones domiciliarias.

Finalmente, debemos destacar que entre los miles de fallecidos por fiebre amarilla se encontraban el doctor Roque Pérez (presidente de la Comisión de Salubridad), los médicos Adolfo Argerich, Francisco Muñiz, Caupolicán Molina, Vicente Ruiz Moreno, Guillermo Zapiola, Ventura Bosch, Gil José Méndez, Aurelio French, José Pereyra Lucena, Francisco Riva, entre muchos otros.

3. *La gripe española*

Tuvo lugar en el final de la Primera Guerra Mundial, entre 1918 y 1919. La gripe española tuvo efectos devastadores sobre la población mundial: 500 millones de infectados y 50 millones de muertos.

Se diseminó rápidamente en Europa, donde contribuyó el contexto de la Primera Guerra Mundial. En mayo y junio de 1918, los periódicos argentinos comenzaron a dar noticias sobre una extraña enfermedad que estaba haciendo estragos en España²⁹.

²⁸ VERONELLI y VERONELLI CORRECH, op. cit., p. 200.

²⁹ La Nación, del 6-6-1918.

Sin embargo, en nuestro país había una especie de creencia de que esta epidemia no iba a llegar, y que si llegaba, íbamos a ser más inmunes por las mejoras sanitarias y de higiene realizadas. Sin embargo, la realidad es que no fue así.

En octubre de 1918 la enfermedad, finalmente, llegó a nuestro país. Fueron dos oleadas: la primera afectó a las provincias del litoral y la segunda (en 1819) afectó a todo el país y con gran letalidad.

Los medios, de todos modos, insistían y aconsejaban no temer a la enfermedad, sosteniendo que nuestro país estaba en buenas condiciones sanitarias y alimentarias³⁰.

Así las cosas, hacia fines de octubre la calma empezó a tornarse en miedo. Se pasó de ignorar la enfermedad a tomarse todo tipo de medidas para tratar de evitar contagios. Así, se dispuso la limpieza del Riachuelo, el examen de los inmigrantes europeos, internando a quienes tenían síntomas en un lazareto en la Isla Martín García, se ordenó evitar las reuniones en lugares cerrados, se dispuso el riego de calles, el cierre de escuelas y de los lugares de diversión como cines y circos en todo el país.

En noviembre aumentaron las restricciones. Así, se prohibió la asistencia a los cementerios en el día de todos los muertos (mucha gente lo hacía para esa fecha), concurrir a velorios salvo para los deudos y se cerraron los templos religiosos.

Finalmente, otra vez el Estado argentino y sus habitantes fueron sorprendidos mal preparados para resistir a una enfermedad y las consecuencias de la subestimación de la misma trajo como consecuencia la muerte de más de 15.000 personas³¹.

4. *La poliomiélitis*

El Ministerio de Salud de nuestro país fue creado en 1949, y estaba a cargo del doctor Ramón Carrillo. A raíz del trabajo realizado, se logró disminuir drásticamente la mortalidad infantil, erradicar el paludismo, la sífilis, el tifus y la brucelosis. Asimismo, se había logrado

³⁰ La Nación, del 18-10-1918.

³¹ CARBONETTI, A., "La pandemia de gripe española en la Argentina, 1918-1919", en *Revista Desacatos*, núm. 32, UNC, Córdoba, 2010, p. 173.

contener la expansión de la poliomielitis en nuestro país, manteniendo los casos en un promedio de 500 casos durante los años 1954 y 1955 (con una continua baja de los mismos). Al producirse el golpe militar encabezado por el general Lonardi, se dio la situación de que los casos comenzaron a crecer notablemente para descontrolarse durante 1956. Ese año hubo 6.496 casos. El 10% de esos afectados moriría, y un 25% quedaría con alguna discapacidad permanente³².

La enfermedad atacaba fundamentalmente a los niños lactantes y hasta los 3 años, por lo que la gente desesperaba y hacía lo que creía podía evitar el contagio de sus hijos. Se pintaban veredas y troncos con cal, los médicos prescribían gammaglobulina intentando reforzar el sistema inmunológico, se dejaba encerrados a los niños por meses, se les hacían vapores de eucalipto, o se les colgaban bolsitas de alcanfor al cuello, entre otras medidas que no daban resultado.

Las familias ricas llevaban sus hijos a estancias o a lugares alejados de las ciudades, en tanto las familias pobres debían enfrentar la tragedia sin herramientas. Duras imágenes, como los niños en pulmotores instalados uno al lado de otro, serían imborrables.

Ante la crisis, el general Aramburu (ahora al frente de la dictadura gobernante) destinó 40 millones de pesos a la contingencia y a la par se realizaban colectas entre la gente que lograron reunir una suma similar a la destinada por el gobierno.

Los hospitales estaban desbordados, nadie sabía en que forma detener la epidemia. Sin embargo, en 1955 llegaron noticias sobre el descubrimiento de una vacuna y esto alentaba una esperanza entre las familias argentinas. Su descubridor fue el médico Jonas Salk, quien en un enorme gesto liberó la patente de la misma. Sin embargo, la elaboración de la vacuna era compleja y de un alto costo de producción, lo que dificultaba su adquisición (sólo se fabricaba en EE. UU., Canadá y el Reino Unido).

De todos modos, la crisis argentina presagiaba que se podía desatar una pandemia sin control, por lo que comenzaron a intervenir líderes de distintos países. Así, las Naciones Unidas y la OMS presionaron

³² SÁNCHEZ SORONDO, G., “La otra pandemia, la otra gran campaña de vacunación”, en *La Nación* del 12-4-2021.

enormemente y las vacunas comenzaron a llegar. El esfuerzo de todas las partes involucradas fue reconocido por el Correo con una estampilla de un peso en la que se leía: “Gratitud de los niños argentinos a los pueblos del mundo”.

Así, en septiembre de 1956 comenzaron las aplicaciones en Capital Federal y luego se extendieron por el resto del país. A todo esto, Albert Bruce Sabin descubrió otra vacuna, siguiendo un método diferente al de Salk, logrando su aplicación vía oral; esto provocó una vacunación a gran escala, no sólo en Argentina y en países con baja infraestructura como para acceder a la versión hipodérmica. Sabin, al igual que Salk, también donó la patente de su vacuna.

Ya para 1960, durante la presidencia de Arturo Frondizi, se habían establecido programas de vacunación antipoliomielítica obligatoria para niños argentinos entre dos meses y 14 años, medida que se extendió a las embarazadas.

La vacunación provocó que en Argentina no se produzcan casos desde 1984.

IV. Pandemias del siglo XXI

En la Argentina del siglo XXI, dos pandemias azotaron nuestro territorio: la primera fue la gripe A y la segunda la COVID-19.

Con respecto a la primera, diremos que, a principios del mes de abril de 2009, se comunicó la aparición de un caso en la Ciudad de México, lo que motivó que en nuestro país se creara un Comité de Crisis y Evaluación para el seguimiento de la enfermedad. Así las cosas, en mayo se informó del primer caso de gripe A en nuestro territorio y en junio se produjo el primer fallecimiento como consecuencia de la enfermedad. Ante ello el Comité y el Gobierno nacional tomaron medidas de control en los aeropuertos y fronteras, se suspendieron los vuelos desde y hacia México y el 29 de junio se dispuso el cierre de las escuelas en todo el territorio nacional durante el mes de julio. Finalmente, a partir de mediados de ese mes, los casos comenzaron a disminuir.

Si bien la enfermedad tuvo un contagio explosivo, la mortalidad no fue alta en nuestro país (cerca de 700 personas según la OMS).

Sin embargo, y pese a que la misma OMS considera que el número fue manipulado, las muertes fueron mayores que en países como Chile o México, por ejemplo.

Evidentemente, el gobierno no creyó que pudiese existir una rápida expansión de la enfermedad y se confió en la capacidad del sistema de salud para dar respuesta, cometiéndose el error de no fijar una política unificada para tratar pacientes con gripe A y mantener una deficiente y contradictoria política informativa y comunicacional para con la población.

Más allá de ello, insistimos en que cuando en agosto de 2010 se anunció el fin de la pandemia en nuestro país, los fallecidos fueron pocos en relación con los infectados.

Por otra parte, el 30 de enero de 2020 la OMS declaró el brote epidémico de una enfermedad causada por un nuevo coronavirus (COVID-19), como una emergencia de salud pública de importancia internacional, a raíz de numerosos casos aparecidos en China, y el 11 de marzo de 2020 el brote fue caracterizado como pandemia y se llamó a todos los países a tomar medidas urgentes.

Sin embargo, unos días antes, el ministro de Salud de Argentina, doctor Ginés González García, decía que el riesgo de que el coronavirus llegase a nuestro país era muy bajo³³, y el 3 de febrero manifestaba estar más preocupado por el dengue que por el coronavirus³⁴.

El 8 de marzo los diarios informaron la primera muerte por coronavirus en la Ciudad de Buenos Aires, siendo la primera muerte en América Latina³⁵.

A partir de allí comienzan a dictarse una serie de decretos de necesidad y urgencia para tratar de contener el avance del virus. Así, los más importantes disponían, entre otras cosas, lo siguiente: el 12 de marzo de 2020 se establecía el aislamiento obligatorio por 14 días de aquellas personas que fuesen “casos sospechosos” y se dispuso la suspensión de vuelos desde “zonas afectadas”. El 16 de marzo de 2020 se prohibió el ingreso de extranjeros no residentes, salvo excepciones,

³³ www.lanacion.com.ar, del 28-1-2020.

³⁴ www.lanacion.com.ar, del 3-2-2020.

³⁵ www.clarin.com.ar, del 8-3-2020.

y finalmente, cuando se percibió que se trataba de un hecho tan inusual y profundo que iba a impactar todas las dimensiones de la sociedad³⁶, el 20 de marzo del 2020, mediante DNU 297/2020, se estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio con vigencia desde el 20 de marzo al 31 de marzo inclusive. Allí se disponía que las personas debían permanecer en sus residencias habituales y sólo podrían realizar desplazamientos mínimos para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos. Se suspendieron las clases, se prohibieron los eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos y cualquier otra actividad que implicase concurrencia de personas y se suspendió la apertura de locales que requieran presencia de personas. El 24 de marzo se creó el ingreso familiar de emergencia (IFE), que era una ayuda económica para desocupados, trabajadores informales, pequeños monotributistas y amas de casa. El 27 de marzo se prohibió la entrada al país de argentinos y extranjeros residentes.

El aislamiento fue sucesivamente prorrogado hasta el 12 de abril, luego hasta el 26 de abril y hasta el 10 de mayo. Luego se volvió a prorrogar en AMBA y aglomerados urbanos de más de 500.000 habitantes hasta el 24 de mayo, reiterándose la prórroga hasta el 7 de junio. El 8 de junio se estableció el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (esto es, distancia personal de dos metros), hasta el 29 de junio; se autorizó al Ministerio de Educación a evaluar y habilitar la vuelta a clases presenciales y se mantuvo la prohibición absoluta de realizar eventos que agrupasen a más de 10 personas, así como el funcionamiento de cines, teatros, clubes, turismo y transporte público interurbano e internacional. Estas medidas se prorrogaron sucesivamente hasta el 9 de abril del año 2021. El 8 de abril se dispuso la suspensión y/o limitación de actividades sociales y la restricción a la circulación nocturna en la franja horaria de cero horas y las seis horas, dependiendo del riesgo epidemiológico y sanitario en cada jurisdicción, hasta el 30 de abril. Éstas fueron las medidas más importantes, agregando que se estableció el uso obligatorio del tapabocas, se recomendó el cambio de ropa cuando se hubiese estado en contacto con otras

³⁶ GARCÍA DELGADO, D., “Estado, sociedad y pandemia: ya nada va a ser igual”, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, p. 21.

personas, el uso obligatorio de alcohol en gel, el lavado con lavandina de zapatos al entrar en un domicilio y de alimentos comprados por entrega domiciliaria, etcétera.

Diremos que la pandemia encontró a un país afectado por elevados niveles de pobreza y desempleo, alta inflación combinada con recesión, inestabilidad cambiaria, etcétera. Más aún, la pandemia exacerbó vulnerabilidades estructurales preexistentes.

En efecto, si bien se fortalecieron diversos aspectos del sistema de salud, no se superaron brechas entre las diferentes provincias, lo que llevó a profundizar las desigualdades de grupos sistemáticamente dejados atrás. La estrategia de atención primaria de la salud se vio resentida sobre todo en las fases iniciales, cuando muchos centros de salud cerraron sus puertas o redujeron al mínimo los servicios, lo que dificultó el acceso a cuidados esenciales por diversas causas. Asimismo, gran parte de la población, por temor a enfermarse, no asistía a los centros de salud.

Por otro lado, “La desigualdad, las personas que viven en condición de pobreza y en pobreza extrema, generan un sinnúmero de vulnerabilidades y asimetrías que nos conminan a trabajar para hacer realidad todos los derechos humanos desde una perspectiva incluyente y solidaria que se apunte en la indivisibilidad, interdependencia y no regresividad de los derechos humanos. Y si bien es cierto que la COVID-19 no hace diferencias entre clases sociales, es evidente que la población que soporta la mayor pobreza tiene limitado el acceso al agua potable, a la salud, a la alimentación, a la vivienda e, incluso, al trabajo, de manera que las medidas de prevención contra la enfermedad están fuera de su alcance”³⁷.

La gestión de la vacunación contra la enfermedad se realizó de manera centralizada desde el Ministerio de Salud, que se encargó de la negociación, adquisición, asignación y distribución a las provincias, quedando en las 24 jurisdicciones la operatividad de la vacunación, y a fines del año 2020 comenzó la campaña de vacunación masiva contra la enfermedad.

³⁷ GARCÍA MUÑOZ, S., en JIMÉNEZ GUANIPA, H. y ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. (coords.), *La emergencia sanitaria COVID-19 a la luz de la emergencia climática. Retos y oportunidades*, Heinrich Böll Stiftung, Bogotá, 2020, p. 15.

Finalmente, debemos resaltar que la COVID-19, al día 1° de noviembre de 2021, ha contagiado, en el mundo y hasta el momento, a 247.250.663 personas y ha causado 5.008.683 muertes según la Universidad Johns Hopkins de los EE. UU.³⁸, en tanto en nuestro país las cifras son de 5.289.945 y 115.989 respectivamente³⁹.

V. Conclusiones

Como hemos podido observar con los datos expuestos en los apartados anteriores, algunos lejanos en el tiempo y otros recientes, nuestro país, desde que es una Nación jurídicamente organizada, fue asolada por numerosas enfermedades pandémicas o epidémicas.

Las reacciones siempre han sido muy similares, y las consecuencias, pese al desarrollo del sanitarismo, han sido siempre gravosas, destacándose la incapacidad del Estado argentino para afrontarlas.

Entre las causas de esto último, es importante destacar que existió improvisación, subestimación de las enfermedades y sobreestimación del sistema sanitario para poder afrontarlas, una muy ineficiente y contradictoria política de difusión hacia la población, una falta de cohesión en todo el territorio nacional sobre las medidas a tomar, y sobre todo gran falta de preparación para combatir estas enfermedades que “sorprendieron” a los diferentes gobiernos y al sistema sanitario.

Se puso en evidencia, además, la absoluta desigualdad entre una Buenos Aires que crecía, contaba (y cuenta) con medios muy superiores para combatir estos flagelos que el resto del país, como así también la enorme inequidad entre sectores pudientes con acceso a salud privada y sectores humildes que debieron refugiarse en una salud pública que en muchos casos resultó insuficiente.

No obstante, se produjeron cambios institucionales como consecuencia de las enfermedades, a saber, y a modo de ejemplo, cambios en la estructura de los organismos gubernamentales de salud, cambios en la educación universitaria y cambios tales como la necesidad de dictar una Ley de Acefalía, ante la falta de presidente y vicepresidente de la Nación, entre otros.

³⁸ <https://us.marca.com/>, del 2-11-2021.

³⁹ <https://www.infobae.com/coronavirus/argentina>, del 1-11-2021.

Asimismo, y pese a todas las falencias señaladas, es justo y merecido destacar a aquellos héroes anónimos que entregaron todo (hasta su vida) en cada una de ellas, pero lamentablemente, reiteramos, el Estado siempre fue “sorprendido” o reaccionó tardíamente y con respuestas poco eficaces.

Los diagnósticos y las medidas que se tomaban no siempre fueron correctas, fueron mal difundidas y en muchos casos contradictorias, generando confusión, no sólo en la población, sino también en el propio sistema sanitario.

Así entonces, como hemos visto, la pandemia de la COVID-19 no es la excepción que la podría diferenciar de los antecedentes citados. Con respecto a ésta, y más allá de lo expuesto en el presente trabajo, los análisis profundos quedarán para el futuro, pero la cantidad de familias destrozadas clamarán por respuestas que en algún momento deberán recibir.

Bibliografía

- ADAMOVSKY, Ezequiel, “Historia de la Argentina. Biografía de un país”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Crítica, 2020.
- ÁLVAREZ CARDOZO, Adriana, “La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996”, en HiSTORELo (Revista de Historia Regional y Local), La Plata, UNLP, 2012.
- BELMARTINO, Susana, “La atención médica argentina en el siglo XX, instituciones y procesos”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- BORDI DE RAGUCCI, Olga, “Cólera e inmigración”, Buenos Aires, Leviatán, 1992.
- BOTANA, Natalio, “Domingo Faustino Sarmiento. Una aventura republicana”, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BRITOS, Marcelo, “A dónde van los caballos cuando mueren”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Aurelia Rivera, 2015.
- CAMUS, Albert, “La Peste”, Buenos Aires, Hyspamérica, 1983.
- CARBONETTI, Adrián, “La pandemia de gripe española en la Argentina, 1918-1919”, en Revista Desacatos (núm. 32), Córdoba, UNC, 2010.

- CASTRO, Nelson, “La sorprendente historia de los vicepresidentes argentinos”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Vergara, 2009.
- DE MARCO, Miguel Ángel, “Bartolomé Mitre”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Emecé, 2004.
- ENSINCK, Oscar Luis, “Las epidemias de cólera en Rosario”, en Segundo Congreso Nacional de Historia de la Medicina Argentina, Buenos Aires, La Semana Médica, 1971.
- GALASSO, Norberto, “Historia de la Argentina”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colihue, 2014, t. III.
- GARCÍA DELGADO, Daniel, “Estado, sociedad y pandemia: ya nada va a ser igual”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), 2020.
- GARCÍA MUÑOZ, Soledad, en JIMÉNEZ GUANIPA, Henry y ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol (coords.), *La emergencia sanitaria COVID-19 a la luz de la emergencia climática. Retos y oportunidades*, Bogotá, Heinrich Böll Stiftung, 2020.
- LORENZO, Celso, “Historia constitucional argentina”, Rosario, UNR, 2005, t. V.
- LUNA, Félix, “Historia integral de la Argentina”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Planeta, 1996, t. VII.
- MAGLIONI, Carolina y STRATTA, Fernando, “Impresiones profundas. Una mirada sobre la epidemia de fiebre amarilla en Buenos Aires”, en Población de Buenos Aires, vol. 6 (núm. 9), Buenos Aires, Dirección General de Estadística y Censos, abril de 2009.
- Organización Mundial de la Salud, <https://www.who.int/es>.
- PÉRGOLA, Federico, “El cólera en el Buenos Aires del siglo XIX”, en Revista Argentina de Salud Pública, vol. 1 (núm. 5), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.
- “La epidemia de fiebre amarilla en Buenos Aires”, en Revista Argentina de Salud Pública, 2014.
- Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Madrid, Espasa Calpe, 1992.
- RECALDE, Héctor, “Las epidemias de cólera. 1856-1895”, Buenos Aires, Corregidor, 1993.
- RUIZ MORENO, Leandro, “La peste histórica de 1871. Fiebre amarilla en Buenos Aires y Corrientes”, Paraná, Nueva Impresora, 1949.

- SÁNCHEZ SORONDO, Gabriel, “La otra pandemia, la otra gran campaña de vacunación”, en *La Nación* del 12-4-2021.
- SCENNA, Miguel Ángel, “Diario de la gran epidemia. Fiebre amarilla en Buenos Aires”, en *Todo es Historia* (núm. 8), Buenos Aires, Honegger SAIC, 1967, p. 13.
- TORRADO, Susana (comp.), “Población y bienestar en la Argentina del primero al segundo centenario. Una historia social del siglo XX”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edhasa, 2007.
- VERONELLI, Juan Carlos y VERONELLI CORRECH, Magalí, “Los orígenes institucionales de la Salud Pública en la Argentina”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Gráfica Laf, 2004.
- ZIGIOTTO, Diego, “Las mil y una curiosidades del Cementerio de la Recoleta”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Grupo Editorial Norma, 2008.

SELLOS: EL IMPUESTO SIN FECHA DE VENCIMIENTO

por **SERGIO H. MÁS VARELA, JUAN P. MARTÍNEZ,
FEDERICO ÁVILA y LIONEL ORSO**

SUMARIO: 1. Antecedentes y naturaleza. 1.1. Antecedentes históricos en Argentina. 1.2. Naturaleza del impuesto. 2. El impuesto de sellos en la distribución de potestades tributarias en el período constituyente 1853-1860. 3. El impuesto de sellos en regímenes de coparticipación. 4. El impuesto de sellos y la reforma constitucional de 1994. 5. El impuesto de sellos en el Derecho Tributario intrafederal. 5.1. Pacto Federal I. 5.2. Pacto Federal II. 5.3. Prórrogas del Pacto Federal II. 5.4. Consenso Fiscal I. 5.5. La Adenda al Consenso Fiscal o Consenso Fiscal 2018. 5.6. Consenso Fiscal 2019. 5.7. Consenso Fiscal 2020. 6. Conclusiones y comentarios finales. Bibliografía.

Resumen

El impuesto de sellos ha atravesado distintas etapas en los más de 150 años de su existencia a nivel nacional, siendo comparativamente de exigua recaudación. Su intrincada y diversa casuística para definir sus hechos imponible producto de su desarrollo multijurisdiccional ha contribuido a que este tributo presente a nivel doctrinal y jurisprudencial un menor desarrollo entre los impuestos “históricos” a nivel nacional y provincial.

La presencia del tributo en nuestro país actualmente sólo en las jurisdicciones locales, sin límites constitucionales expresos en cuanto a sus características y alcances, trae aparejada una diversidad en su tratamiento legislativo, acotada a partir de la ley 23.548 con la finalidad de evitar la regulación dispar del impuesto en las diversas jurisdicciones, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia del máximo tribunal de nuestro país.

La adhesión de las provincias a ciertos regímenes legales de Derecho intrafederal, como los Pactos Fiscales en los '90 y los Consensos Fiscales de los últimos años, condicionó y hasta pareció condenar la suerte del impuesto. Pero las sucesivas crisis económicas lo fueron prorrogando, con base en la necesidad de los gobiernos locales de mantener la recaudación con tributos relativamente simples de liquidar y de fiscalizar, como el impuesto de sellos.

Abstract

The Stamp Tax has gone through different stages for over 150 years of existence at the national level, being comparatively meager in collection. Its intricate and diverse casuistry to define its taxable events as a result of its multi-jurisdictional development has contributed to the fact that this tax presents, at the doctrinal and jurisprudential level, less development among the “historical” taxes at the national and provincial levels.

The presence of the tax in our country currently only in local jurisdictions, without express constitutional limits in terms of its characteristics and scope, brings with it a diversity in its legislative treatment, limited from Law 23,548 in order to avoid disparate regulation of the tax in the various jurisdictions, as has been recognized by the jurisprudence of the Highest Court of our country.

The adherence of the provinces to certain legal regimes of intra-federal Law, such as the Fiscal Agreements in the 1990s and the Fiscal Consensus of recent years, conditioned and even seemed to condemn the fate of the tax. But the successive economic crises were extending it, based on the need of local governments to maintain the collection with taxes that are relatively simple to liquidate and control, such as the Stamp Tax.

Palabras clave

Finanzas públicas. Federalismo fiscal. Impuesto de sellos.

Keywords

Public Finances. Fiscal Federalism. Stamp Tax.

1. Antecedentes y naturaleza

Como el sumerio protagonista del poema de Gilgamesh que busca la inmortalidad, el impuesto de sellos ha atravesado distintas etapas en los más de ciento cincuenta años de su existencia a nivel nacional, a pesar de su comparativamente exigua recaudación y de los embates científicos y legislativos que propiciaban su desaparición. La intrincada y diversa casuística utilizada para definir sus hechos imposables, producto de su desarrollo multijurisdiccional, ha contribuido a que este tributo presente a nivel doctrinal y jurisprudencial un menor desarrollo entre los impuestos “tradicionales” nacionales y provinciales.

1.1. *Antecedentes históricos en Argentina*

Fue el monarca Felipe IV, en el trono de Castilla desde 1621 a 1665, quien el 15 de diciembre de 1636 emite la Real Pragmática Sanción que estableció desde el 1º de enero siguiente el uso obligatorio del papel sellado en Castilla para la redacción de escrituras públicas.

En 1640 se ordenó la aplicación del papel sellado en las posesiones en América, imprimiéndose en la Península y remitiéndose anualmente a nuestro continente. El sistema persistió hasta la Independencia de nuestro país y, luego de ella, por la ley del 5 de diciembre de 1821 se establece el primer impuesto de sellos para la Provincia de Buenos Aires. Posteriormente, la ley 44 del 15 de septiembre de 1855 resolvió aplicar dicho gravamen en todo el territorio de la entonces Confederación Argentina.

Durante el segundo gobierno de Julio A. Roca se dicta la ley 3880 del 5 de diciembre de 1899, que ordenó que “la fiscalización y recaudación de los Impuestos a los Sellos, Patentes y Contribución Territorial estarán bajo el control de la Administración General de Contribución Territorial, Patente y Sellos”¹.

En el gobierno de Marcelo T. de Alvear se sanciona la Ley de Impuesto de Sellos 11.290 (B. O. del 14-12-1923), que gravaba “los actos, contratos, documentos y obligaciones que versaren sobre asuntos o negocios sujetos a la jurisdicción nacional, exclusivamente por razón

¹ Instituto Administración Federal de Ingresos Públicos, “Memoria Histórica AFIP: Dirección General Impositiva”, en *Separatas Temáticas del Instituto AFIP*, 2011.

del lugar o de la naturaleza del acto”. Luego de sucesivas modificaciones mediante leyes 11.582, 11.584, 11.585, 11.586, 11.679, 11.824, 11.924, 12.151 y 12.345, entre otras, con su último texto ordenado en 1968, la ley 11.290 es derogada por la ley 18.524.

Así, la última Ley nacional de Impuesto de Sellos 18.524 fue sancionada por el gobierno de facto el 31 de diciembre de 1969 (B. O. del 19-1-70). La misma gravaba los actos expresamente indicados, otorgados en jurisdicción de la Capital Federal, así como también los otorgados fuera de ella, en los casos especialmente previstos en la ley, y que se hubieran formalizado en instrumentos públicos o privados o por correspondencia, así como los que se efectúen con intervención de las bolsas o mercados.

La ley 24.073 del 2 de abril de 1992 facultó al Poder Ejecutivo nacional (PEN) a dejar sin efecto, total o parcialmente, al impuesto de sellos o a disminuir las respectivas alícuotas vigentes, en la medida en que estimara que los ingresos provenientes de los restantes tributos así lo permitieran. En virtud de ello, el PEN dictó el decreto 114/93, por el cual dispuso la derogación del impuesto de sellos para todos los hechos imponible contenidos en la Ley nacional de Impuesto de Sellos.

1.2. *Naturaleza del impuesto*

El impuesto de sellos es un tributo indirecto, que grava la circulación de la riqueza expresada en instrumentos públicos y privados que acreditan actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, en virtud de los cuales se constituyen, reconocen o modifican derechos u obligaciones.

Según Vicente Díaz, en este impuesto “lo que realmente se grava es una exteriorización de la capacidad económica objetiva, no obstante que ello no presuponga una real capacidad contributiva”².

En razón de esta última característica “...se plantean con frecuencia muchos argumentos a favor de su reducción o supresión, entre los que se puede citar su carácter no neutral y no equitativo, ya que al recaer sobre la instrumentación de un contrato no toma en cuenta la capacidad

² DÍAZ, V. O., “Impuesto de sellos”, 3ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2009.

contributiva de los agentes que intervienen sino la mera mecánica de las transacciones. Se lo suele tildar de ‘resabio feudal’ del sistema tributario argentino; sin embargo, en Europa se lo conserva en muchos países por su valiosa contribución en información relevante para su control administrativo de otros tributos más importantes (a las rentas y patrimonios)”³.

El disfavor doctrinal se ha verificado también en otros autores: “El impuesto de sellos [...] es una clara reminiscencia de épocas pretéritas, que no tiene justificación práctica, pues presenta altos costos administrativos con mengua de su rendimiento efectivo, provoca distorsiones en los negocios y causa innumerables inconvenientes a los contribuyentes [...] Grava por igual disímiles capacidades económicas, no teniendo en cuenta la situación personal y familiar del contribuyente. A menudo el tributo no está siquiera en conexión con una manifestación de capacidad económica, sino con una carencia de poder económico, como cuando se hipoteca una casa con el fin de garantizar un mutuo solicitado para atender apremiantes urgencias financieras”⁴.

A pesar de las críticas de la doctrina jurídica y económica, que observa el incremento que produce en el costo de las transacciones, los sucesivos intentos de eliminar el impuesto de los recursos propios provinciales, pactos fiscales mediante, han resultado a la fecha infructuosos. Y esto así considerando que constituye un tributo que para los Fiscos locales resulta de relativamente fácil liquidación y control, y que contribuye a financiar con recursos propios el incremento constante del gasto de las jurisdicciones provinciales.

2. El impuesto de sellos en la distribución de potestades tributarias en el período constituyente 1853-1860

En la Constitución de 1853-1860 se fijó en el artículo 107 la regla máxima de distribución de competencias entre el gobierno federal y las provincias: el primero, con las facultades delegadas expresa o im-

³ GAGGERO, J. y GRASSO, F., “La cuestión tributaria en Argentina”, en *Documento de Trabajo*, núm. 5, Cefidar, 2005.

⁴ SPISSO, R., “Derecho Constitucional Tributario”, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 371.

plícitamente por las provincias y por medio de la Constitución; y las segundas, conservando todo el poder no delegado.

Establecida esta primera regla fundamental, los constituyentes de 1853-1860 utilizaron un sistema de separación de fuentes para la distribución de potestades tributarias, según el cual cada nivel de gobierno se reserva o comparte con otro la creación de distintos impuestos, aunque dicha modalidad no fue acompañada de una enumeración taxativa de los gravámenes correspondientes a cada uno de esos niveles.

Así, sólo se mencionaron de forma expresa los derechos de exportación e importación (arts. 4º y 67, inc. 1º), que se atribuyeron de forma permanente y exclusiva al gobierno federal.

Para la separación de fuentes se utilizó como criterio general la clasificación de contribuciones directas e indirectas, tratando las mismas en general en el artículo 4º (integración del Tesoro nacional), con el requisito de que deben ser equitativas y proporcionalmente a la población, y a las directas en particular en el artículo 67, inciso 2º, como facultad excepcional y temporaria de la Nación siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. De esta manera, y por aplicación de la reserva del artículo 107, las provincias conservaron de manera permanente la potestad de crear impuestos directos.

Esta distribución dejaba a las contribuciones indirectas sin tratamiento específico expreso en el texto constitucional, indefinición que provocó, luego de la creación en 1891 de los impuestos internos por ley de la Nación, una situación de doble imposición, cuya constitucionalidad fue objeto de tratamiento en el fallo “Sociedad Anónima Simón Mataldi Limitada c/Provincia de Buenos Aires”, del 28 de septiembre de 1927. En él, la Corte afirma en un voto unánime que “los tributos indirectos al consumo interno [...] pueden ser constitucionalmente establecidos por la Nación y por las provincias, en ejercicio de facultades concurrentes y sin óbice alguno determinado por incompatibilidad de orden institucional” (*Fallos*: 149:260).

En este marco conceptual, conforme el criterio de exteriorización de capacidad contributiva, podemos catalogar al impuesto de sellos como una contribución indirecta, que grava la circulación de la riqueza instrumentada mediante actos, contratos y operaciones onerosas for-

malizadas, y que, en virtud del esquema de separación de fuentes, quedaba así incluido en la categoría de contribuciones que las provincias podían crear de manera permanente, coexistiendo en ambos niveles estatales.

3. El impuesto de sellos en regímenes de coparticipación

Como se ha dicho, el máximo tribunal en “Sociedad Anónima Simón Mataldi Limitada” sentó el criterio de la constitucionalidad de la coexistencia de tributos indirectos en ambos niveles, pero también expresó un contundente llamado de atención a los perjuicios de la doble imposición.

Haciéndose eco de dichas advertencias, en 1934 se dicta la ley 12.139, primera ley convenio de unificación de impuestos internos al consumo y la producción de ciertos bienes (requiriendo la adhesión de las provincias, exigiendo como contrapartida la obligación de las adheridas de derogar los impuestos existentes de carácter similar), así como también se dictan en simultáneo las leyes 12.147, que determinó unilateralmente coparticipar a las provincias el impuesto a los réditos creado en 1932, y 12.143, que hizo lo propio con el impuesto a las ventas. Todas estas leyes iniciaron su vigencia el 1° de enero de 1935.

Con la ley 12.956 se dispuso a partir del 1° de enero de 1947 y hasta el año 1955 inclusive la distribución primaria de la recaudación del impuesto a los réditos, a las ventas, a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios (que inicialmente no se coparticipaba), mientras que en materia de impuestos internos continuó en vigencia hasta 1955 el sistema de la ley 12.139.

Ante el vencimiento del sistema de la ley 12.139 el 31 de diciembre de 1954 se dicta la ley 14.390, que estableció a partir del 1° de enero de 1955, y por el término de 10 años, la distribución de la recaudación de todos los impuestos internos nacionales, y la obligación asumida por las provincias de no gravar las materias imponibles sujetas a impuesto interno nacional, las materias primas utilizadas en su elaboración y los productos alimenticios en estado natural o manufacturado. Por primera vez se fijan de manera taxativa los impuestos que pueden aplicar las provincias, entre los que se encuentra el impuesto de sellos.

La ley 20.221 de 1973 estableció un sistema de coparticipación de impuestos nacionales entre la Nación y las provincias, sustituyendo y unificando por primera vez a los tres regímenes por ese entonces vigentes (leyes 14.788, 14.390 y 14.060). Los impuestos coparticipables son detallados en su artículo 1º, mientras que su artículo 7º amplía dicha enumeración incluyendo a los “...que en el futuro establezca como impuestos indirectos que graven consumos o actos, o conforme a la facultad del artículo 67, inciso 2º, de la Constitución Nacional”.

El impuesto de sellos, al igual que en los sistemas de coparticipación anteriores, no se encontraba incluido expresamente, aunque en esta oportunidad sí lo fue de manera residual, al mencionar impuestos indirectos que graven consumos o actos, sin mencionar la instrumentalidad como característica necesaria.

Cabe mencionar que en forma aparente tampoco pareciera haber sido incluido este gravamen expresamente entre los mencionados en el artículo 9º, inciso b, como los autorizados para ser aplicados por las provincias, a saber: sobre la propiedad inmobiliaria, el ejercicio de actividades lucrativas, las transmisiones gratuitas de bienes, los automotores y los “...actos, contratos y operaciones a título oneroso”. El 24 de mayo de 1979, mediante ley 22.006, el gobierno de facto aclara su redacción, sustituyendo esta última expresión por la de “sellos”.

Con estas modificaciones y aclaraciones, la ley 20.221, vigente desde el 1º de enero de 1974, caducó el 31 de diciembre de 1983 y fue prorrogada por un año, hasta el 31 de diciembre de 1984, luego de lo cual, y por primera vez en cincuenta años, como refiere Porto, “la Argentina no tuvo una norma institucional que regulara las relaciones financieras entre el Gobierno nacional y los gobiernos provinciales”⁵.

Esta precaria situación institucional, con una evidente debilidad política del gobierno central y consecuente fortaleza de los gobiernos provinciales, culminó con la sanción de un régimen que pretendía ser transitorio para los años 1988 y 1989 y que, de la mano de la posibilidad de prórroga automática (a diferencia de su antecedente legal 20.221), se extiende hasta nuestros días, al menos como régimen formal vigente.

⁵ PORTO, A., “Etapas de la coparticipación federal de impuestos”, UNLP, La Plata, 2003.

De esta manera, el 7 de enero de 1988 se sanciona la ley 23.548, denominada Régimen Transitorio de Distribución de la Coparticipación Federal de Impuestos Nacionales, actual régimen general en la materia.

En su artículo 2º determina la conformación de la masa de impuestos coparticipables, considerando como tales al conjunto de impuestos nacionales, con la excepción de aquellos que por disposición constitucional resulten de potestad exclusiva de la Nación (derechos de importación y exportación, art. 4º, CN), o que por disposiciones legales resulten específicamente afectados a propósitos o destinos determinados, o que por acuerdo entre la Nación y las provincias se afecten a la realización de inversiones, servicios, obras o al fomento de actividades que por ese medio se declaren de interés nacional, y aquellas cuya distribución entre la Nación y las provincias esté prevista o se prevea en otros regímenes especiales de coparticipación.

Queda incluido así en la masa coparticipable primaria del régimen de coparticipación el impuesto de sellos recaudado en virtud de la ley 18.524.

Pero además, de manera similar a su antecesora, impone a las provincias la obligación de no aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por la ley (art. 9º, inc. b), ni gravar por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias imponibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos ni las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos a que se refiere esta ley (art. 9º, inc. b, 2º párr.), a derogar los gravámenes provinciales y a promover la derogación de los municipales que resulten en pugna con el régimen. De dicha obligación quedan excluidos ciertos impuestos provinciales, incluido el de sellos.

Puntualmente, en materia de impuesto de sellos, la ley federal de coparticipación de impuestos establece, en su artículo 9º, inciso b, que "...recaerá sobre actos, contratos y operaciones de carácter oneroso instrumentados, sobre contratos a título oneroso formalizados por correspondencia, y sobre operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero que devenguen interés, efectuadas por entidades financieras regidas por la Ley 21.526".

Este objetivo, de dotar de uniformidad a las legislaciones en materia

de impuesto de sellos y así evitar una regulación diferente o contradictoria entre diversas provincias y una eventual superposición tributaria entre las distintas jurisdicciones provinciales, se ratifica cuando a continuación define: “Se entenderá por *instrumento* toda escrituras, papel o documento del que surja el perfeccionamiento de los actos, contratos y operaciones mencionados en la primera parte del párrafo anterior, de manera que revista los caracteres exteriores de un título jurídico por el cual pueda ser exigido el cumplimiento de las obligaciones sin necesidad de otro documento y con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes”, para luego ampliar que “La imposición será procedente, tanto en el caso de concertaciones efectuadas en la respectiva jurisdicción, como en el de las que, efectuadas en otras, deban cumplir efectos en ella, sean lugares de dominio privado o público, incluidos puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimientos, y demás lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a la jurisdicción del Estado Nacional, en tanto esa imposición no interfiera con tal interés o utilidad”.

Finalmente, a fin de evitar la doble imposición, el mismo inciso dispone: “Cuando se trate de operaciones concertadas en una jurisdicción que deban cumplimentarse en otra u otras, la nación y las provincias incorporarán a sus legislaciones respectivas *cláusulas que contemplen y eviten la doble imposición interna*”.

De esta manera se imponen fuertes restricciones al poder tributario provincial, uniformando el alcance de la instrumentalidad y del elemento territorial, componentes tradicionalmente conflictivos del impuesto de sellos.

4. El impuesto de sellos y las reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 introduce transcendentales disposiciones en materia tributaria, despejando dudas sobre el alcance del artículo 4º en materia de contribuciones, de tal manera que se le asigna al gobierno federal:

- De manera exclusiva y permanente los derechos de importación y exportación y tasas postales (arts. 4º, 9º y 75, inc. 1º).

- De manera permanente y concurrente con las provincias las contribuciones indirectas (arts. 4º, 17, 75, inc. 2º, y 121).
- De manera transitoria, bajo circunstancias excepcionales y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, impuestos directos.

Por su parte, las provincias cuentan con facultades para crear de manera permanente impuestos directos e indirectos, excepto los derechos de exportación e importación.

En la sanción del artículo 75, inciso 2º, la reforma introdujo modificaciones sustanciales en el tratamiento de la coparticipación federal de impuestos, entre las que adquiere relevancia la asignación de rango constitucional a dicha materia, pasando a regular tanto sus aspectos sustanciales como los instrumentales, a la vez que delega en el Congreso de la Nación la determinación de las pautas para su distribución.

La constitucionalización de la coparticipación no dio inicio precisamente a un proceso pacífico. Cabe reconocer, como lo han hecho los propios protagonistas de la Convención Constituyente, que “luego de intensas negociaciones, se llegó a la redacción del artículo 75, inciso 2º, de la CN, el cual impone una ley convenio que trasunta una difícil implementación y cumplimiento”⁶. Y esta dificultad ha quedado demostrada con el sucesivo incumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta que ordenaba la sanción de un régimen de coparticipación en los términos del artículo 75, inciso 2º, antes de la finalización del año 1996.

Producida entonces la reforma, la Constitución Nacional continúa habilitando la coexistencia de un impuesto como el de sellos de carácter indirecto, en ambos niveles, nacional y provincial, siendo coparticipable en el primer caso a menos que cuente con afectación específica, conforme el primer párrafo del inciso 2º del artículo 75.

Esta coexistencia no alcanzó a producirse en la realidad legislativa porque en el marco de la autorización dispuesta por ley 24.073 del 2 de abril de 1992, al momento de la reforma el PEN ya había dictado el decreto 114/93, por el cual dispuso la *derogación del impuesto de sellos*.

⁶ CABALLERO MARTÍN, C., “Aspectos federales en la reforma constitucional argentina de 1994”, en ASENSIO, M. Á. (coord.), *El federalismo en Argentina y Canadá*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2020, p. 147.

No obstante la falta de un impuesto de sellos nacional, la introducción del régimen de coparticipación de impuestos en el texto constitucional habilitó a que las disposiciones contenidas en la ley 23.548 referidas a los impuestos de sellos provinciales sean objeto del control del organismo especializado responsable (la Comisión Federal de Impuestos) así como de la competencia originaria de la Corte Suprema Justicia de la Nación, tal como lo entendió el supremo tribunal en autos “Volskwagen SA de Ahorro para Fines Determinados c/Salta, Provincia de”, del 24 de junio de 2003.

5. El impuesto de sellos en el Derecho Tributario intrafederal

Durante la década de los '90 se produjeron sustanciales cambios en el régimen de la ley 23.548, en todos los casos sin recurrir al dictado de una nueva ley de coparticipación. Dichos cambios asumieron la forma de leyes convenio y que en distintos casos influyeron (o al menos, lo intentaron) en la vigencia, modalidad y contenido del impuesto de sellos en la Nación y las provincias.

5.1. Pacto Federal I

Por ley 24.049 del 2 de enero de 1992 la Nación transfirió a las provincias y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires los servicios educativos administrados por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y por el Consejo Nacional de Educación Técnica, así como también las facultades y funciones sobre los establecimientos privados reconocidos.

Ante el seguro de desfinanciamiento provincial, el 12 de agosto de 1992 se suscribe el Pacto Federal, el cual es ratificado por ley 24.130. De acuerdo a la cláusula primera del acuerdo, el Gobierno nacional queda facultado a retener el 15% de la masa coparticipable primaria con destino al sistema previsional y la suma de \$ 43.800.000 para ser distribuida entre los gobiernos provinciales con el objeto de cubrir desequilibrios fiscales. En su cláusula tercera la Nación asume el compromiso de garantizar a las provincias ingresos mensuales mínimos.

5.2. Pacto Federal II

El 12 de agosto de 1993 el Gobierno nacional y los gobiernos de provincia suscriben el Acuerdo Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (ratificado por ley 24.307, art. 33, y el decreto 14/94) o Pacto Federal II, en virtud del cual se introducen modificaciones al Pacto Federal I.

En particular, con respecto al impuesto de sellos, las provincias acuerdan *derogar* el mismo en sus jurisdicciones. La derogación debería incluir de inmediato la eliminación del impuesto de sellos a toda operatoria financiera y de seguros institucionalizada destinada a los sectores agropecuario, industrial, minero y de la construcción e ir abarcando gradualmente al resto de las operaciones y sectores de la forma que determine cada provincia, y *debería completarse antes del 30 de junio de 1995*.

Éste y otros compromisos en materia tributaria constituían una condición para que el Estado nacional suspendiera respecto de la masa de impuestos coparticipables la retención de los montos excedentes de coparticipación federal por arriba del mínimo establecido como garantía del Pacto Federal I.

En el caso del Estado nacional, se obligó a reformular los tributos que percibía la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en el mismo sentido y plazos en que se comprometieron las provincias.

5.3. Prórrogas del Pacto Federal II

A partir de allí comienza una sucesión de prórrogas unilaterales por parte del Estado nacional, mediante las leyes 24.468 (dispuso prorrogar hasta el 1-4-96 el plazo para el cumplimiento de las cláusulas del Pacto relacionadas exclusivamente con la materia tributaria, y cuyo vencimiento hubiera operado u operase con anterioridad a dicha fecha, que estuvieren pendientes de implementación), 24.699 (se prorroga hasta el 31-12-98 el plazo para el cumplimiento de las cláusulas del Pacto Federal), 24.919 (se posterga la aplicación del Convenio hasta el 31-12-99), 25.063 (nueva prórroga por 2 años, o hasta la sanción de la nueva ley de coparticipación federal, lo que sucediera primero) y 25.239 (dispuso prorrogar los plazos hasta el 31-12-2001 o hasta

que entre en vigencia el Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, que reemplace al instituido por la ley 23.548, lo que ocurra primero). Posteriormente se dicta la ley 26.078 del 22 de diciembre de 2005, que dispuso prorrogar por cinco años los plazos establecidos en el artículo 17 de la ley 25.239. Luego, el Poder Ejecutivo nacional dicta el decreto de necesidad y urgencia 2054/2010, que dispuso *prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2015* los plazos establecidos en el artículo 17 de la ley 25.239, y la Cámara de Diputados de la Nación por resolución s/n del 24 de octubre de 2012 declaró la validez del decreto 2054/2010. Los efectos de este DNU en relación con el Pacto Federal II fueron ratificados por la Comisión Federal de Impuestos, mediante la resolución 35/2014.

La doctrina especializada⁷ ha cuestionado la constitucionalidad de dicha prórroga, al recordar la naturaleza de Derecho intrafederal de dicho Pacto reconocida por la Corte Suprema de la Nación en sentencia del 19 de agosto de 1999, dictada en los autos “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*: 322:1781).

La citada doctrina entiende que el decreto 2054/2010, en cuanto prorroga el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el Pacto Federal referidas a la materia tributaria y ubicándose dicho Pacto en un grado jerárquico superior, “contraría la previsión constitucional (art. 99, inc. 3º, del Cód. Civ.) y por ende deviene inconstitucional. La aprobación otorgada por la Cámara de Diputados al decreto 2054/2010 carece de efectos convalidantes, en razón de que un acto insanablemente nulo a la luz de la Constitución Nacional no puede legitimarse por vía de su aprobación o ratificación por el Poder Legislativo (CSJN, *Fallos*: 321:366)”⁸.

Finalmente, la ley 27.199 dispuso prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2017 los plazos establecidos en el artículo 17 de la ley 25.239. Cabe consignar que en dicha oportunidad la Comisión Federal de Impuestos mediante la resolución general 36/2017 ratificó la vigencia de la prórroga del Pacto a ese momento, tal como lo había hecho mediante

⁷ SPISSO, R., “Pacto Federal de Armonización Tributaria en estado de ilegal suspensión”, en *La Ley* del 31-12-2014, p. 1; *La Ley* 2015-A-1112.

⁸ *Ibíd.*

la resolución 35/2014. Antes del vencimiento del plazo indicado, se acuerda entre Nación y provincias el llamado Consenso Fiscal, que veremos a continuación.

5.4. *Consenso Fiscal I*

El 16 de noviembre de 2017, entre el Estado nacional, 22 provincias y la CABA se suscribe el llamado Consenso Fiscal (a la postre “Consenso Fiscal I”), con el objeto de acordar entre la Nación y los gobiernos locales lineamientos para armonizar las estructuras tributarias de las distintas jurisdicciones de forma tal de promover el empleo, la inversión y el crecimiento económico y promover políticas uniformes que posibiliten el logro de esa finalidad común, e implementar políticas tributarias destinadas a promover el aumento de la tasa de inversión y de empleo privado, que alivianen la carga tributaria de aquellos impuestos que presentan mayores efectos distorsivos sobre la actividad económica, estableciendo niveles de imposición acordes con el desarrollo competitivo de las diversas actividades económicas y con la capacidad contributiva de los actores.

En dicho Consenso se acuerda la prórroga del plazo para el cumplimiento de las cláusulas del Pacto Fiscal II (cuya vigencia fue hasta el 31-12-2017). El acuerdo sobre este punto demostraría que las partes firmantes suspendieron dicho plazo ya no de manera unilateral por el Estado nacional (como hasta ese momento), sino mediante “...otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes”, en consonancia con el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Provincia de Santa Fe c/Estado nacional”, en el que declaró la inconstitucionalidad de la deducción del 15% de la masa de impuestos coparticipables que realiza el Estado nacional, sin el acuerdo de las provincias, para financiar a la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses), en virtud de haber prorrogado el Estado nacional a partir del 1º de enero de 2006 el plazo de esa deducción, de manera unilateral, mediante el dictado de la ley 26.078, cuyo artículo 76 se declaró inconstitucional.

En relación con las obligaciones asumidas por las provincias y la CABA, en materia de impuesto de sellos, se fijaron las siguientes:

1. Inciso i: “Eliminar inmediatamente tratamientos diferenciales basados en el domicilio de las partes, en el lugar del cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente”.

Vale la pena recordar que, con anterioridad, la Corte Suprema, en la sentencia recaída en la causa “Bolsa de Cereales de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires”, se expidió declarando inconstitucional la aplicación de alícuotas diferenciales en razón del domicilio del contribuyente en el impuesto de sellos.

2. Inciso j: “No incrementar las alícuotas del impuesto a los sellos correspondientes a la transferencia de inmuebles y automotores y a actividades hidrocarburíferas y sus servicios complementarios”.
3. Inciso k: “Establecer, para el resto de los actos y contratos, una alícuota máxima de impuesto a los sellos del 0,75% a partir del 1-1-2019; 0,5% a partir del 1-1-2020; 0,25% a partir del 1-1-2021 y eliminarlo a partir del 1-1-2022”.

Conforme este inciso, a partir del 1º de enero de 2022 el impuesto de sellos en las jurisdicciones provinciales sólo podrá gravar la transferencia de inmuebles y automotores y actividades hidrocarburíferas y sus servicios complementarios, previstos en el inciso j, y sin que se incrementen sus alícuotas.

La Nación adhirió al Consenso Fiscal mediante la sanción de la ley 27.429 el 21 de diciembre de 2017, mientras que la Provincia de Santa Fe hizo lo propio por medio de la ley 13.748 del 8 de febrero de 2018.

5.5. La Adenda al Consenso Fiscal o Consenso Fiscal 2018

A menos de un año de haberse aprobado el texto del Consenso Fiscal se procedió a la firma de un documento denominado “Adenda al Consenso Fiscal” o “Consenso Fiscal 2018”, el que fue firmado por el presidente de la Nación junto con gobernadores de 18 provincias y el jefe de Gobierno de la CABA. Su texto fue ratificado por el

Congreso de la Nación el 15 de noviembre de 2018 mediante la sanción de la ley 27.469. La Provincia de Santa Fe no suscribió esta Adenda.

Con relación al impuesto a los sellos se aprobó “Posponer por un año calendario el cronograma establecido en la cláusula III.k, del Consenso Fiscal para las jurisdicciones que aprueben el Consenso Fiscal 2018”, lo que implicó posponer por un año el cronograma de reducción de alícuotas previsto en el “Consenso Fiscal”.

5.6. Consenso Fiscal 2019

El 17 de diciembre de 2019, pocos días después de iniciada una nueva gestión presidencial, el presidente de la Nación junto con gobernadores de las provincias suscriben el llamado Consenso Fiscal 2019, ratificado por ley nacional 27.542 (del 29-1-2020), introduciendo modificaciones a los compromisos asumidos por las partes. En materia de impuesto de sellos, se suspendió, hasta el 31 de diciembre de 2020, la vigencia de la cláusula III.k, del Consenso Fiscal 2017 y su modificatorio del 2018, por lo que se pospone un año más el cronograma de reducción de alícuotas en el impuesto de sellos. La Provincia de Santa Fe mediante ley 13.975 (B. O. del 24-1-2020) adhirió al Consenso Fiscal 2019.

5.7. Consenso Fiscal 2020

El 4 de diciembre de 2020 las provincias y el Estado nacional suscriben un nuevo Consenso Fiscal por el cual se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2021 el compromiso asumido en el Consenso Fiscal 2017 de reducir las alícuotas del impuesto de sellos. Santa Fe adhirió mediante el dictado de la ley 14.024 (B. O. del 25-1-2021).

6. Conclusiones y comentarios finales

La temática de los tributos locales en general, y en particular la correspondiente al impuesto de sellos de jurisdicción provincial, no suele presentar un desarrollo sistemático específico, siendo escasas las referencias doctrinales, en comparación con otros tributos nacionales y de mayor relevancia recaudatoria y desarrollo conceptual y normativo.

El origen hispánico colonial de este impuesto trajo como conse-

cuencia necesaria su introducción a estas tierras bajo la forma de papel sellado. No obstante, pocos son los países de Sudamérica que al día de hoy sostienen su vigencia. En el ámbito del Mercosur, por ejemplo, sólo se encuentra en Argentina, aunque a nivel local. Esta escasa presencia en los sistemas tributarios de la región, sumado a su poco prestigio en los ámbitos económicos por sus potenciales efectos distorsivos, hace que no existan demasiadas referencias externas que permitan una optimización en su diseño y aplicación, o inclusive la necesidad de su armonización.

La presencia del tributo en nuestro país actualmente sólo en las jurisdicciones locales (el impuesto de sellos nacional fue derogado en 1993), sin límites constitucionales expresos en cuanto a sus características y alcances, trae aparejada una diversidad en su tratamiento legislativo, acotada a partir de la ley 23.548, con la finalidad de evitar la regulación dispar del impuesto en las diversas jurisdicciones, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia del máximo tribunal de nuestro país.

La adhesión de las provincias a ciertos regímenes legales de Derecho intrafederal, como los Pactos Fiscales en los '90 y los Consensos Fiscales de los últimos años, condicionó y hasta pareció condenar la suerte del impuesto. Pero las sucesivas crisis económicas lo fueron prorrogando, con base en la necesidad de los gobiernos locales de mantener la recaudación con tributos relativamente simples de liquidar y de fiscalizar, como el impuesto de sellos.

Bibliografía

- ALTAVILLA, Cristian, “El sistema tributario argentino. Breve consideración sobre su evolución y situación actual”, en *Revista de la Facultad*, vol. X (núm. 2), Nueva Serie II, Córdoba, Facultad de Derecho, UNC, 2019.
- CABALLERO MARTÍN, Carlos, “Aspectos federales en la reforma constitucional argentina de 1994”, en ASENSIO, Miguel Ángel (coord.), *El federalismo en Argentina y Canadá*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2020.
- DÍAZ, Vicente O., “Impuesto de sellos”, 3ª ed., Buenos Aires, Errepar, 2009.
- GAGGERO, Jorge y GRASSO, Federico, “La cuestión tributaria en Argentina”, en *Documento de Trabajo* (núm. 5), Cefidar, 2005.

- Instituto Administración Federal de Ingresos Públicos, “Memoria Histórica AFIP: Dirección General Impositiva”, en Separatas Temáticas del Instituto AFIP, 2011.
- MALVITANO, Rubén, “El impuesto de sellos”, Buenos Aires, Errepar, 2013.
- PORTO, Alberto, “Etapas de la coparticipación federal de impuestos”, La Plata, UNLP, 2003.
- SOLER, Osvaldo, “El impuesto de sellos”, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- SPISSO, Rodolfo, “Derecho Constitucional Tributario”, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- “Pacto Federal de Armonización Tributaria en estado de ilegal suspensión”, en La Ley del 31-12-2014, p. 1; La Ley 2015-A-1112.

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

por MANDRA A. OCHOTECO¹

SUMARIO: 1. Evolución normativa. 2. El artículo 1767 del Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Establecimientos educativos incluidos y excluidos del artículo 1767 del Código Civil y Comercial de la Nación. 4. El titular del establecimiento como legitimado pasivo. 5. Naturaleza y fundamento. 6. Requisitos de procedencia. 7. Las eximentes de responsabilidad: el caso fortuito. 8. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. 9. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo se propone analizar la responsabilidad del prestador del servicio educativo por los daños causados y sufridos durante el desarrollo de la actividad escolar. Ello reviste importancia, atento el crecimiento que se ha visto en los últimos años de la actividad educativa privada.

Si bien el proceso de enseñanza-aprendizaje no es esencialmente una actividad riesgosa o peligrosa, lo cierto es que en el desarrollo de la actividad educativa los riesgos y los daños se multiplican. Es frecuente observar en las noticias hechos de violencia en el ámbito educativo que tienen como protagonistas a jóvenes entre los 11 y 17 años. Es por ello que resulta imperioso brindar amparo a los niños, niñas y adolescentes concediéndoles la protección que necesitan en el proceso de educación.

¹ Abogada, especializada en Derecho de Seguros, Curso de Posgrado, UCA. Profesora en Derecho. Adscripta a la Cátedra de Obligaciones y de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de Rosario, Universidad Nacional de Rosario.

Haremos, entonces, un repaso de la normativa anterior a la reforma, para luego adentrarnos en el análisis de la responsabilidad civil de los establecimientos educativos a la luz de la normativa vigente en el Código Civil y Comercial, describiendo su metodología, ámbito de aplicación, fundamento, requisitos de procedencia y eximentes. Finalmente nos referimos a la aplicación del régimen de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240.

A modo de conclusión, entendemos que el régimen del Código Civil y Comercial debe ser interpretado en este aspecto a la luz de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por eso, la responsabilidad por los daños sufridos por los niños, niñas y adolescentes no debería restringirse exclusivamente a la normativa establecida por el Código, sino que debería compaginarse con la protección que merece el niño, en la Convención sobre los Derechos del Niño y, por otro lado, también con la normativa protectora del Derecho de los Consumidores, máxime si se considera al niño como consumidor hipervulnerable, como lo ha desarrollado la doctrina en razón del mayor grado de vulnerabilidad en comparación con las personas de plena capacidad. Resulta preciso, entonces, el diálogo de fuentes para que entre ellas se integren, y poder dar una respuesta más justa a la víctima.

Abstract

The responsibility of the provider of educational services for damages caused and suffered during the development of school activities is crucial, especially given the increase in private educational activity in recent years. Private educational institutions have become increasingly popular, and with that comes the need for clear and comprehensive understanding of their legal obligations to their students. Is correct that the teaching-learning process itself may not be inherently dangerous, but there are still risks and potential damages associated with the development of educational activities. As we mentioned, incidents of violence in schools involving children and teenagers have unfortunately become more common in recent years.

We will analyze the responsibility of educational establishments under the Civil Code. Once we have a clear understanding of the original regula-

tion, we will can then analyze how it fits within the current legal framework of the Civil and Commercial Code. This may involve examining the specific provisions of the Code related to educational establishments, as well as any relevant legal precedents or interpretations.

The Consumer Defense Law 24,240 is a piece of legislation in Argentina that seeks to protect consumers against abusive and unfair business practices. The Law applies to a wide range of consumer goods and services, including educational services provided by private institutions.

In conclusion, when analyzing the responsibility of educational establishments for damages suffered by childrens and teenagers, it is essential to take into account not only the provisions of the Civil and Commercial Code but also the principles and protections provided by Child's Rights and consumer's rights.

As hypervulnerable users, children and teenagers are entitled to special protection and consideration under the Law, and it is important to ensure that their rights and interests are fully taken into account when determining liability for damages.

Palabras clave

Responsabilidad. Establecimientos educativos.

Keywords

Responsibility. Educational establishments.

1. Evolución normativa

En un primer momento, el legislador se preocupó por dar respuesta frente a los daños sufridos por terceros, que se originaban en la conducta de los menores de edad; a ello se abocó el artículo 1117 del texto original del Código Civil de Vélez Sársfield. En dicha norma² se estableció la responsabilidad civil de tipo subjetiva del director y los maestros artesanos, fundándose en que tenían el deber de vigilancia de la conducta de los menores. A su vez, se requería que el menor

² Esta norma se encontraba unificada tanto para establecimientos públicos como privados.

fuere mayor de diez años, puesto que, si era menor, la responsabilidad podía recaer sobre los padres³.

Con el correr de los años, la enseñanza fue adoptando sucesivos cambios, y esta disposición quedó desajustada, por lo que se fue tornando muy gravosa. La doctrina entendía que el mundo posmoderno y la realidad estudiantil no les brindaba a los docentes la posibilidad de ejercer una vigilancia eficaz que se correspondiera con la carga que se les imponía. En virtud de ello, el sistema de responsabilidad sufrió modificaciones normativas, lo cual lo sacó del esquema de la culpa y lo llevó a una responsabilidad objetiva⁴.

Esta circunstancia llevó a la necesidad de una reforma, en el año 1997, mediante la ley 24.830, que modificó el artículo 1117 del Código Civil, adecuándolo más a la realidad de la práctica de enseñanza. La responsabilidad pesaba ahora sobre el “propietario” del establecimiento educativo y el factor de atribución era objetivo. Más aún, se trataba de una responsabilidad agravada pues el responsable se liberaba únicamente con la prueba del caso fortuito. Además, esta norma amplió la responsabilidad no sólo a los daños causados por los alumnos a terceros, sino también a los sufridos por ellos.

De esta manera, los directores y maestros artesanos sólo podían resultar responsables si se acreditaba su culpa por parte de quien reclamaba ser indemnizado. En ese caso, se establecía la responsabilidad concurrente con la del propietario del establecimiento educativo.

Luego de la reforma de 1997, el texto del artículo 1117 expresaba: “Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito.

”Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de res-

³ Esta cuestión, sin embargo, estaba debatida en doctrina y existían distintas opiniones.

⁴ PARELLADA, C. A., “La responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos”, en *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*; disponible en <https://blog.erreius.com/2017/09/29/la-responsabilidad-de-los-titulares-de-establecimientos-educativos/>, consulta del 11-2-2022.

ponsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.

”La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario”.

En cuanto a la edad del menor, quedarían comprendidos en la norma los daños causados o sufridos por cualquier menor, aun los menores de 10 años y hasta 21 años, edad donde se adquiriría en su tiempo la mayoría de edad.

En cuanto el ámbito de aplicación de la norma, el daño debía producirse mientras el menor se encontrare “bajo control de la autoridad educativa”, por lo que comprendía toda actividad estrictamente curricular, por el hecho de encontrarse organizadas y controladas por la autoridad educativa –o a través de sus dependientes, directores, docentes en general, preceptores, etcétera–; no se limitaba a actividades desarrolladas en aulas; por ende, las deportivas, viajes de estudio o recreación también quedaban comprendidas.

2. El artículo 1767 del Código Civil y Comercial de la Nación

En la actualidad la responsabilidad civil de los establecimientos educativos está regulada específicamente en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) en el artículo 1767, incluido en la Sección 9ª, titulada *Supuestos especiales de responsabilidad*.

Su texto expresa: “*Responsabilidad de los establecimientos educativos*. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exige sólo con la prueba del caso fortuito.

”El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

“Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria”.

Esta norma contempla una variedad de supuestos que es preciso diferenciar:

– *Caso del daño causado por un alumno*. En este caso el alumno

reviste una responsabilidad directa, y el establecimiento responde indirectamente.

- *Caso del daño sufrido por un alumno*. En este caso se tratará siempre de una responsabilidad contractual, en virtud de la obligación de seguridad que pesa sobre el establecimiento educativo.

El alcance temporal-espacial es más amplio, puesto que abarca los daños que sufren cuando *se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar*, de modo que se les exige mantener el cuidado y control del alumno desde que ingresa hasta que egresa en el horario previsto. Abarca, de este modo, los daños que el alumno sufre u ocasionare si se escapa del establecimiento, o si sale del mismo sin la debida autorización, en alguna hora libre o por ausencia del profesor, los perjuicios producidos en el recreo, clases de educación física, mientras practica deportes, o en partidos en los que representa a la institución, aunque se desarrollen fuera del establecimiento, en excursiones y campamentos. La víctima deberá demostrar en todos los casos que los daños se produjeron dentro del marco fáctico descripto. No comprendería, sin embargo, los casos en que el alumno “se ratea”, puesto que en ese caso no llegó a ingresar al establecimiento.

La legitimación pasiva recae exclusivamente sobre el titular del establecimiento educativo, en lugar del “propietario”, como enunciaba el anterior artículo 1117 del Código Civil. Esto pues si bien con el artículo 1117 del Código Civil no había duda de que al mencionarse a los “propietarios” se entendía que el legitimado pasivo era quien estaba a cargo de la organización del colegio y no quien tenía el dominio del inmueble⁵, para una mejor redacción de la norma se eligió la locución “titular”, puesto que expresa con mayor precisión quién resulta el legitimado pasivo de la norma, en fin, quién está a cargo de ese deber de seguridad de resultado frente a los alumnos y a terceros por daños causados por éstos⁶.

Se mantiene expresamente el criterio de imputación objetiva, cuya base se encuentra en el riesgo-garantía, manteniendo como única causal

⁵ Para ellos rigen los arts. 1757 y 1758 del CCC.

⁶ SAGARNA, F. A., “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial”, en *Revista de Contratos y Seguros* 2015-IV-255; cita online: AR/DOC/901/2015, p. 4.

liberatoria el caso fortuito. También tiene el deber de contratar un seguro de responsabilidad civil y se excluyen expresamente los establecimientos de educación superior o universitaria, que comprenden toda aquella instrucción que se brindare después del secundario.

Respecto de los directores, maestros, profesores y otros auxiliares (como serían, por ejemplo, preceptores, bibliotecarios, etc.), reciben en la nueva normativa un tratamiento legal más benévolo que los titulares del establecimiento educativo, ya que no se encuentran comprendidos por este artículo, sino que su responsabilidad se encuentra regida por las normas generales de la responsabilidad civil (arts. 1749 y concs., CCC).

3. Establecimientos educativos incluidos y excluidos del artículo 1767 del Código Civil y Comercial de la Nación

En este punto tenemos distintas posiciones. Para un sector de la doctrina⁷, la nueva norma abarca a los establecimientos educativos que se reglan mediante la Ley de Educación 26.206. Es decir que la norma engloba a todos aquellos centros de enseñanza que imparten la educación mínima regulada mediante la normativa educativa específica, sean de gestión privada o estatales.

De modo que a los otros establecimientos educativos, como centros de idiomas⁸, colonias de vacaciones, academias de música, gimnasios, academias de artes⁹, etcétera, se les aplica la norma que surge del artículo 1723 del CCC, no teniendo así estos institutos la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil (tal como lo impone el art. 1767 del CCC), salvo que la normativa jurisdiccional de habilitación así lo exija y adjudicándoseles más eximentes para liberarse total o parcialmente de responsabilidad civil, es decir, pudiendo además invocar cualquiera de las causas ajenas al evento (hecho de la víctima –art. 1729 del CCC–, caso fortuito –art. 1730, Cód. cit.– o hecho del tercero por quien no se debe responder –art. 1731, Cód. cit.–).

⁷ Íd., p. 3.

⁸ Se aclara que el centro de idiomas no comprende los colegios bilingües, los cuales se encuentran naturalmente incluidos en la norma.

⁹ Salvo aquellas que imparten también educación del sistema educativo.

Existe, sin embargo, otro sector doctrinal¹⁰ que adopta una interpretación más amplia y extiende la responsabilidad del artículo 1767 del CCC a otros supuestos en los que se imparta educación de cualquier tipo, aunque no se encuentre enmarcada en la Ley de Educación, siempre que la prestación se desarrolle bajo una organización de tipo empresarial, por lo que se incluye a los establecimientos en los que se enseñan idiomas, deportes, computación, conducción de un vehículo, etcétera. De modo que quedarían contemplados todos los supuestos en los cuales la enseñanza sea impartida a menores a través de una organización privada, de índole empresarial o estatal, caracterizada por el control de una autoridad, estén o no encuadradas dentro de la Ley de Educación Nacional 26.206. Los establecimientos educativos comprenden a todo los de esa naturaleza, sin distinciones, con la sola excepción de aquellos excluidos expresamente por la ley (educación superior o universitaria).

La jurisprudencia ha seguido esta posición amplia considerando incluidos bajo el viejo artículo 1117 del Código Civil los casos en que los daños sufridos por alumnos se produjeron en un “centro de día” especial para personas discapacitadas, en un centro de scouts, en un jardín maternal, durante una “colonia de vacaciones”, en el dictado de “catequesis” en una parroquia, durante la práctica de gimnasia artística en un club deportivo, o mientras se desarrollaba la enseñanza de equitación en un club, entre otros supuestos¹¹.

Los establecimientos públicos nacionales quedarían, en principio, excluidos por la aplicación de la Ley especial de Responsabilidad Estatal (ley 26.944).

En general hay consenso en la doctrina de que quedan excluidos aquellos casos en los que la prestación de servicios no se produce mediante una organización empresarial (por ejemplo, la “maestra particular”, o el profesor de música que enseña en privado).

Asimismo, como se detalla expresamente en la norma, se encuentran

¹⁰ PIZARRO, R. y VALLESPINOS, C., “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 78.

¹¹ GALDÓS, J. M. y VALICENTI, E., “Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa”, en *La Ley* 2016-E-727; cita online: AR/DOC/2367/2016, p. 6.

excluidos los institutos de educación “superior” (establecimientos de educación superior o universitaria).

4. El titular del establecimiento como legitimado pasivo

El artículo 1767 del CCC indica un legitimado pasivo común para los daños causados y sufridos por alumnos menores de edad: el “titular” del establecimiento educativo, es decir, quien posee facultades de dirección y organización de la “empresa” educativa. El titular, según la doctrina, es el organizador de la educación, quien emprende el servicio educativo. El supuesto normativo está emparentado con el artículo 1758 del CCC, que responsabiliza por el daño causado por la actividad riesgosa o peligrosa a quien “...la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros...”, por lo que la noción es cercana a la de “titular de la actividad riesgosa” que causa daños (art. 1758, Cód. cit.)¹².

Cabe aclarar que el titular no necesariamente debe coincidir con el “director” académico y administrativo de la escuela, ni con quien es el propietario del inmueble en el que se desarrolla la actividad. Ello no quita que las responsabilidades del director o del propietario del inmueble puedan concurrir con la del titular del establecimiento¹³.

5. Naturaleza y fundamento

La responsabilidad civil del establecimiento educativo es de naturaleza legal, puesto que deriva de la ley, es *ex lege*, haya o no contrato de enseñanza de por medio. El deber de seguridad al alumno no surge del contrato educacional sino de la norma que así lo impone, esto es que esa obligación se apoya más allá del acuerdo entre las partes. Lo mismo ocurre si el perjuicio lo sufre alguien distinto al propio alumno, pero fue causado por éste.

La norma se funda en un factor de atribución objetivo de la responsabilidad civil. Esto implica que no reviste importancia alguna la conducta que el establecimiento educativo haya aportado en el evento,

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

obviamente a través de su personal (o sus titulares), pues deberá responder ante el daño causado o sufrido por el alumno.

Cuando se trata de daños sufridos por el estudiante, el titular del establecimiento educativo garantiza que si un alumno menor de edad que se halla o deba hallarse bajo el control de su autoridad escolar sufre el perjuicio, responderá de las consecuencias y resarcirá al damnificado por el evento ilícito¹⁴. En este caso, es evidente que el sujeto protegido es el estudiante. En cambio, cuando se trata de daños causados por el estudiante a terceros la responsabilidad se encuentra más próxima al riesgo de empresa. Lo cierto es que en la actualidad la actividad educativa se realiza con una dinámica que no es ajena a la producción de daños, tanto para quienes participan en ella (alumnos, docentes, preceptores y dependientes en general), como para quienes normal o casualmente resultan alcanzados por sus efectos (por ej., el proveedor que ingresa al establecimiento; el padre que visita el colegio; el transeúnte que pasa por la calle y es agredido desde el interior). Quien organiza la empresa y obtiene provecho de ella debe responder por los daños que normalmente se generan (art. 1758, CCC).

6. Requisitos de procedencia

A continuación nos referimos a las condiciones que deben presentarse en el caso concreto para que se mecanice la responsabilidad civil del titular del establecimiento educativo que dimana del artículo 1767 del CCC.

Hecho del alumno que causa un daño o daño sufrido por alumno.

En el primer supuesto –hecho del alumno que causa un daño–, el daño puede ser causado a otro alumno de la misma institución (aunque este supuesto estaría comprendido en la responsabilidad civil del titular por el daño sufrido por el alumno –que también responde–). Pero también puede ser producido a un docente, al personal del colegio o a extraños a la institución que se encuentren dentro o fuera de la misma, como por ejemplo el daño causado por el alumno a otro alumno que está de visita en el colegio o a un progenitor que se encuentra en la

¹⁴ SAGARNA, op. cit., p. 4.

escuela o a un extraño que se encuentra en la calle, sea porque el perjuicio lo provocó el alumno desde adentro hacia afuera de la escuela o fuera de la misma, debiendo hallarse bajo el control de la autoridad escolar.

En el segundo supuesto –daño sufrido por alumno– el perjuicio puede tener causa en: a) el hecho de otro alumno; b) el hecho de un tercero perteneciente a la institución; c) el hecho de un tercero ajeno al establecimiento; d) el riesgo o vicio de las cosas empleadas en las actividades educativas, o el hecho de las cosas que se encuentran en el establecimiento educativo; e) la participación en actividades riesgosas desarrolladas como parte de las prácticas educativas o recreativas.

Además, el menor podría ser autor de su propio daño (alumno autodañado), caso en el cual cobra especial relevancia el debate sobre si el hecho del damnificado puede o no ser una eximente que libere de responsabilidad al titular del establecimiento¹⁵.

Si el perjuicio es sufrido por un alumno por una actividad riesgosa pueden aplicarse los artículos 1757 y 1758 del CCC, pero en este caso la legitimación pasiva es contra quien realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, siendo tres en este supuesto las eximentes –artículos 1729, 1730 y 1731–.

Si con motivo del hecho el alumno menor de edad fallece, sus damnificados indirectos también podrán reclamar bajo esta norma.

Alumno menor de edad.

El alumno causante del daño debe ser menor de edad para que se responsabilice objetivamente al titular del establecimiento educativo.

No interesa si la víctima es menor o mayor de edad o alumno o no del colegio.

La edad del menor agente se computa al momento del hecho ilícito que produce el daño.

La razón de la norma se encuentra en que se garantiza que si un alumno del colegio produce un daño se responderá por ese perjuicio sin importar quién es el damnificado, sea del mismo colegio o un tercero, mayor o menor de edad, o se trate de un daño a la propiedad.

La cuestión que se presenta en los casos de menores emancipados

¹⁵ GALDÓS y VALICENTI, op. cit., p. 4.

por matrimonio divide a la doctrina en dos posturas. En una de ellas equiparan la emancipación por matrimonio a la mayoría de edad, produciendo el cese de la incapacidad de los menores, por lo que en consecuencia se los excluye del régimen del artículo 1767, CCC¹⁶. Sin embargo, para otro sector¹⁷ la emancipación no tendría incidencia en el régimen de responsabilidad civil que pesa sobre los titulares de establecimientos educativos, puesto que tal diferencia no se encuentra establecida por la ley, y la minoridad no desaparece por la emancipación. Además, una solución contraria importaría una violación a la garantía de igualdad prevista en el artículo 16 de la CN, tanto en el caso de que el/la menor resultare dañado o dañada, o bien ocasionare daño a un tercero. De modo que, para este sector, las soluciones proyectadas para la responsabilidad de los padres (art. 699, CCC) no resultarían aplicables al presente supuesto atento a que obedecen a presupuestos y fundamentos distintos.

Control de la autoridad educativa.

El artículo 1767 del CCC también exige para responsabilizar al titular del establecimiento educativo que el alumno menor causante o sufriente del daño se halle o deba hallarse bajo el control de la autoridad escolar.

La adición de la expresión “deban hallarse” ha expandido el alcance de la referida norma. La expresión requiere identificar su extensión material (¿qué personas ejercen la autoridad escolar?), su extensión temporal (¿cuándo empieza y cuándo acaba el control ejercido por la autoridad?) y su extensión espacial (¿en qué sitios puede ejercerse el control de los estudiantes por la autoridad?)¹⁸.

Respecto del ámbito material, constituyen autoridad escolar los dependientes del titular (directivos, maestras, profesores, porteros, preceptores, bibliotecarios, empleados administrativos en general) porque cualquiera de ellos puede impartir directivas a los educandos en los ámbitos que les conciernen, controlar su conducta, cuidarlos si es ne-

¹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., “Resarcimiento de daños 4. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 695.

¹⁷ PIZARRO y VALLESPINOS, op. cit., p. 89.

¹⁸ GALDÓS y VALICENTI, op. cit., p. 5.

cesario e informar a los directores ante situaciones de riesgo. Asimismo, todos ellos son auxiliares de los que se vale el titular del establecimiento para cumplir con sus funciones, y son sus dependientes, en el sentido del artículo 1753, CCC. Excepcionalmente, pueden también constituir “autoridad escolar” ciertos terceros (generalmente padres) que asumen en determinados casos facultades de dirección y autoridad sobre los alumnos¹⁹. Es decir, los estudiantes “deben encontrarse sujetos a las instrucciones ya sea de sus maestros o de personas designadas por el establecimiento educativo con motivo de actividades extraescolares, como podría ser una excursión.

El ámbito temporal y espacial son demarcados por cada situación fáctica y ha sido considerado con criterios amplios por la jurisprudencia, extendiendo la responsabilidad del establecimiento aun cuando los daños sufridos o causados por alumnos se producen fuera de establecimiento o en horarios previos o posteriores a los fijados por la autoridad para el desarrollo de las actividades educativas. Por ejemplo, se aplicó la responsabilidad especial del artículo 1117 del Código Civil (ahora art. 1767, CCC) a los daños sufridos por un alumno que fue embestido por un transporte escolar al salir del establecimiento al que asistía (en el caso se ponderó además que el alumno había egresado antes del horario habitual sin haber notificado la circunstancia a los padres). Asimismo, en otro precedente de la Suprema Corte de Buenos Aires se otorgó indemnización por daños y perjuicios a una alumna que sufrió lesiones en un ojo a raíz de una piedra que le arrojó un compañero cinco minutos antes de comenzar la clase de educación física y de que se abrieran las puertas del colegio²⁰.

También quedan comprendidos los supuestos en que el alumno se escapa de la escuela o se sustrae al control de la autoridad (por ejemplo, durante un paseo escolar).

Esta interpretación amplia y flexible se justifica si tenemos presente que el fundamento actual de la responsabilidad no radica en el deber de vigilancia del docente o del director –como en el régimen por culpa

¹⁹ El ejemplo típico es el padre que acompaña al docente en una “salida escolar” de visita a otra institución.

²⁰ PIZARRO y VALLESPINOS, op. cit., p. 94.

original del Código velezano– sino que se trata de una garantía de indemnidad de origen legal que presupone el poder de control que debe ejercer la autoridad educativa, en el que no importa si efectivamente pudo o no controlar, sino si debía hacerlo²¹.

No obstante, el “hallarse bajo el control de la autoridad escolar” significa la posibilidad material de controlar al alumno; así, no podrá ejercer esa vigilancia hacia aquellos alumnos ausentes, por lo que mal podría atribuirse una responsabilidad y menos objetiva como la del artículo 1767 del CCC²².

En el caso del viaje de estudios, o viaje de egresados, que se contrate una empresa y no sea el propio establecimiento educativo el que organiza, para que pueda imputarse la responsabilidad de referencia habrá que determinar el grado de colaboración y apoyo prestado por la institución educativa, en el desarrollo de las reuniones, si viajare algún profesor, si computaren o no las faltas, son todas circunstancias que podrían influir en la atribución de su responsabilidad. En todos estos casos se tratará de una responsabilidad concurrente con la empresa contratada para el viaje, por lo que tendrá acción de regreso contra esta última en caso de que se abonare la indemnización por parte del establecimiento²³. Pero si se tratare de viajes de estudio o esparcimiento que se realizan sin la supervisión, organización o control por parte de la autoridad educativa, en tal caso ninguna responsabilidad pesará sobre esta última, estando este supuesto al margen del artículo 1767 del CCC²⁴.

Otra cuestión que se presta a interpretaciones es la relativa al horario en que el daño es ocasionado o sufrido. En principio, no cabe duda de que hay que atenerse al horario establecido para las actividades escolares, pero la circunstancia de que el establecimiento se encuentre abierto y se permita la permanencia de los alumnos para actividades extracurriculares, organizadas por ellos mismos, u otras veces incentivadas por las propias autoridades con la loable intención de sustraerlos

²¹ GALDÓS y VALICENTI, op. cit., p. 5.

²² SAGARNA, op. cit., p. 6.

²³ UBIRÍA, F., “Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 515.

²⁴ PIZARRO y VALLESPINOS, op. cit., p. 96.

de la deambulaci3n callejera y mantenerlos en un 3mbito bajo control del personal aunque no sea docente, puede justificar que pese la responsabilidad sobre el titular del establecimiento. La doctrina ha entendido que la interpretaci3n del horario debe estar inspirada en un criterio de flexibilidad y ajuste a las circunstancias particulares del hecho da±oso.

7. Las eximentes de responsabilidad: el caso fortuito

El art3culo 1767 del CCC, en su primer p3rrafo, 3ltima parte, de manera coherente con un factor de atribuci3n objetivo, norma: “La responsabilidad es objetiva y se exime s3lo con la prueba del caso fortuito”.

En relaci3n con este punto, respecto al art3culo 1117 del C3digo Civil se hab3a establecido un debate acerca de la extensi3n de las eximentes si liberaba s3lo el caso fortuito o tambi3n la culpa de la v3ctima o la de un tercero por quien no se deb3a responder, siempre y cuando estas dos 3ltimas causas ajenas reunieran los caracteres de la primera, es decir, del caso fortuito.

La mayor3a de la jurisprudencia se mostr3 partidaria de liberar s3lo si demostraba el protagonismo causal en el evento del caso fortuito y por m3s que ese organizador de la educaci3n probase la intervenci3n f3ctica total o parcial de la culpa de la v3ctima o de un tercero por quien no deb3a responder, no se lo liberaba de responsabilidad civil²⁵.

Siguiendo a esta postura, un sector de la doctrina considera que es la l3nea a seguir, toda vez que si el legislador hubiera pensado que todas las eximentes liberaban, pudo haberlo aclarado en las posteriores modificaciones realizadas a la norma. A diferencia del legislador de la ley 24.830, que conclu3a el primer p3rrafo del art3culo 1117 del C3digo Civil prescribiendo que se responsabilizaba al titular (dec3a “propietario”) del establecimiento educativo “...salvo que probaren el caso fortuito”, el legislador luego de ello opt3 por agregar el adverbio “s3lo” a la frase referida a la liberaci3n de responsabilidad, es decir

²⁵ Por eso Pizarro y Vallespinos la calificaron a esta responsabilidad especial como “agravada” o “ultraobjetiva”.

que ese titular se exonera “...sólo con la prueba del caso fortuito”. El adverbio agregado “sólo” despeja todas las posibles interpretaciones intentadas para incluir otras eximentes en la liberación de la responsabilidad civil²⁶.

En otra línea interpretativa²⁷, el debate se aclara si se distinguen los supuestos comprendidos en el texto normativo: daños sufridos o daños causados por el alumno.

En el primer caso, en principio, la única eximente será el caso fortuito. El alumno es la víctima y por lo tanto el sujeto protegido por la norma. Ello explica la responsabilidad agravada.

En el segundo caso, las eximentes deben regirse por las reglas generales, puesto que la *ratio* del sistema procura facilitarle a la víctima el acceso a la indemnización. De esta manera, se debe admitir que el titular del establecimiento se libere probando el hecho del damnificado (art. 1729, CCC), el hecho del tercero por el que no se debe responder²⁸ (art. 1731) y la imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable (arts. 1732 y 1733).

Es importante señalar que sólo en circunstancias excepcionales y que revistan el carácter extraordinario podrá considerarse el hecho del menor víctima. Se advierte una finalidad claramente tuitiva del damnificado. Así, se descarta la configuración de la eximente en los casos de cotidianidad de las conductas, como son los empujones, discusiones que se tornan violentas entre los alumnos, golpes y caídas durante el recreo, las lesiones producidas durante las clases de educación física, o experimentando en el laboratorio, aunque provinieran de actos de indisciplinas, como arrojar cosas al aire o proyectiles.

8. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor

Hay consenso en la doctrina de que a los establecimientos educativos se les aplica la Ley de Defensa del Consumidor 24.240. Por un lado, el alumno será un consumidor en virtud de utilizar como destinatario final el servicio de enseñanza, aun cuando no sea parte con-

²⁶ SAGARNA, op. cit., p. 7.

²⁷ GALDÓS y VALICENTI, op. cit., p. 8.

²⁸ Que deberá reunir los caracteres del caso fortuito.

tratante del servicio, sino el tercero beneficiado con la prestación (art. 1092, CCC; art. 1º, LDC). Por otra parte, no caben dudas de que los establecimientos educativos alcanzados por el artículo 1767 del CCC quedan comprendidos en la noción de proveedor, pues se trata de una empresa educativa, que ofrece y presta servicios de forma profesional (art. 1093, CCC; art. 2º, LDC)²⁹.

Por lo tanto, cuando se trata de daños sufridos por el alumno las reglas de la responsabilidad civil deben dialogar con las propias del microsistema de consumo. La solución del artículo 1767 del CCC debe ser vista como una solución especial que prevalece frente a las reglas generales que integran el microsistema (arts. 5º y 40, LDC; art. 42, CN).

9. Conclusión

Como se puede ver, en materia de responsabilidad civil en establecimientos educativos el CCC mantiene un régimen especial de responsabilidad objetiva con fuertes restricciones a la posibilidad de evadirse de él. Sin embargo, por esa misma especialidad se trata de un régimen de interpretación estricta. No cabe aplicarlo a situaciones ajenas a las expresamente previstas en la norma, ni siquiera por analogía.

Se ha señalado y con razón que a los titulares de establecimientos educativos se los carga con una responsabilidad desmesurada en relación con la que pesa sobre los propietarios de cualquier otro establecimiento o empresarios de cualquier otra actividad³⁰.

Es por ello que para los responsables de establecimientos educativos la nueva legislación viene necesariamente acompañada por la prevención de los daños (incorporada expresamente en el art. 1710, CCC), no solamente como un deber genérico sino principalmente en interés propio por la responsabilidad agravada que pesa sobre esta actividad. Asimismo, la prevención del daño va estrechamente de la mano de la

²⁹ GALDÓS y VALICENTI, op. cit., p. 7.

³⁰ NAVARRO FLORIA, J. G., "Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el nuevo Código Civil y Comercial", en *El Derecho* 272-756, 2017; disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8439/1/responsabilidad-civil-establecimientos-educativos.pdf>, consultado el 12-2-2022.

función propia de las escuelas, que es educar: también en ese cuidado de sí mismo, del otro y de las cosas deben ser educados los alumnos, como parte de su proceso formativo integral.

El deber de prevención del daño en las escuelas debe concretarse en el cuidado respecto de la seguridad de las instalaciones y los útiles, la atención a los riesgos propios de la actividad escolar, el cuidado y vigilancia de los alumnos en clase y fuera de ella.

Bibliografía

- GALDÓS, Jorge M. y VALICENTI, Ezequiel, “Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa”, en La Ley 2016-E-727; cita online: AR/DOC/2367/2016.
- NAVARRO FLORIA, Juan G., “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en El Derecho 272-756, 2017; disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8439/1/responsabilidad-civil-establecimientos-educativos.pdf>, consultado el 12-2-2022.
- PARELLADA, Carlos A., “La responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos”, en Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio; disponible en <https://blog.erreius.com/2017/09/29/la-responsabilidad-de-los-titulares-de-establecimientos-educativos/>, consulta del 11-2-2022.
- PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, “Tratado de responsabilidad civil”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018.
- SAGARNA, Fernando Alfredo, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial”, en Revista de Contratos y Seguros 2015-IV-255; cita online: AR/DOC/901/2015.
- UBIRÍA, Fernando, “Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños 4. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

**“THE ORIGINALIST COMEBACK”:
UNA RESPUESTA ORIGINALISTA A LA
SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN
NACIONAL TRAS LA REFORMA DE 1994¹**

por JUAN SEBASTIÁN ORSO²

SUMARIO: Introducción. 1. El originalismo como punto de partida teórico. 1.1. ¿Qué es el originalismo? 1.2. “Nuestra ley”. 2. Historia y control sobre la propia CN. 2.1. ¿Por qué se reformó el artículo 67, inciso 19, de la CN original? 2.2. El resultado de la Comisión de Negocios Constitucionales: el artículo 75, inciso 22, de la CN. 2.3. El atasco crítico entre la CSJN y la Corte IDH por la última palabra: el fallo “Derecho”. 3. Un análisis de la CN. 3.1. Estados Unidos en suelo argentino: el artículo 31, la influencia estadounidense y el principio de supremacía constitucional. 3.2. “Confórmate”: las demandas hacia los tratados por el artículo 27 de la CN. 3.3. El artículo 75, inciso 22: el test de complementariedad con la CN. 3.4. El artículo 116 y la palabra final de la CSJN como principio de Derecho Público Constitucional. 4. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Desde la reforma constitucional de 1994, los conflictos de prevalencia entre la Constitución Nacional (CN) y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional han llegado a un punto crítico

¹ Muchas gracias a Andrés Rosler, Federico Morgenstern, Jorge Resegue, Gustavo Franceschetti, Adolfo Prunotto, Silvia Gamba, Tomás Orso y Maillén Obaid por haber recibido una versión mucho más extensa del presente comentario.

² Abogado de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho. Aspirante adscripto de la asignatura Derecho Penal I, y cursante de la Especialización en Derecho Penal, UNR, y Doctorado en Derecho Penal, UBA. Contacto: orsojuanse@gmail.com.

de colisión. La presente investigación propone aportar una herramienta para resolverlos: tomar como punto de partida el significado público original de nuestra CN. Para lograr este objetivo, se estudiarán los artículos 27, 30, 31, 75, inciso 22, 116 y 118 y concluiremos que una interpretación originalista coloca a los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional un escalón más abajo que la CN, hecho que no significa malas noticias.

Abstract

Since the constitutional reform of 1994, the prevailing conflicts between the National Constitution (NC) and the International Instruments with Constitutional Hierarchy have reached a critical point of collision. This research proposes to provide a tool to solve them: take as a starting point the original public meaning of our NC. To achieve this objective, articles 27, 30, 31, 75, subsection 22, 116 and 118 will be studied and we will conclude that an originalist interpretation places the International Instruments with Constitutional Hierarchy a step lower than the NC, a fact that does not mean bad news.

Palabras clave

Supremacía. Originalismo. Control de constitucionalidad. Significado público.

Keywords

Supremacy. Originalism. Control of Constitutionality. Public Meaning.

Introducción

“En tales condiciones, una decisión como la que se pretende no sólo implicaría una afectación al derecho de defensa del imputado (que no ha estado presente ni ha sido escuchado en el proceso ante la Corte Interamericana) sino que además colocaría al Estado argentino en la paradójica situación de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de una nueva afectación de derechos y garantías indivi-

duales reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que la integran”³.

Éstas fueron las palabras pronunciadas por Fayt y Argibay en su voto disidente del fallo “Derecho” dictado el 29 de noviembre de 2011. Por el voto mayoritario, la CSJN revocó su fallo anterior del año 2007, cumpliendo con lo ordenado por la Corte IDH.

El objetivo de este comentario es resolver la paradójica situación descripta por Fayt y Argibay a través de un parámetro de primacía entre la CN y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional⁴. ¿Cuáles son los “principios de Derecho Público” con los que los IJC deben guardar conformidad según los artículos 27 y 31? ¿Acaso la reforma constitucional de 1994 cambió la jerarquía de la CN?

Para responder a estas preguntas, el primer capítulo estará dedicado a nuestra herramienta teórica de interpretación constitucional: el originalismo de significado público con los aditamentos del originalismo inclusivo y del “giro positivo”. Abordaremos esta teoría desde los postulados de Solum, Scalia, Wurman y Baude.

El segundo capítulo hará un recorrido histórico-constitucional: ¿qué sucedía antes de la reforma constitucional de 1994? ¿Qué sucedió después? Las consecuencias de la reforma de 1994 se apreciarán en la causa “Derecho”, con los conflictos entre la CSJN y la Corte IDH.

Por último, el tercer capítulo será nuestra respuesta constitucional propiamente dicha. Demostraremos que el principio de supremacía clamado en el artículo 31 es plenamente coherente con lo que los artículos 27, 30 y 75, inciso 22, de la CN demandan de los IJC: conformidad, rigidez y complementariedad.

³ CSJN, 29-11-2011, “Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción de la acción penal”, causa 24.079, *Fallos*: 334:1504, consid. 8º (voto mayoritario).

⁴ Es conveniente explicar por qué el presente comentario habla de “instrumentos internacionales con jerarquía constitucional” (en adelante, IJC) y no de “tratados internacionales de derechos humanos”. El segundo párrafo del art. 75, inc. 22, no contiene exclusivamente tratados, tampoco exige que se trate de tratados, ni todo lo que prevé consagra derechos humanos sustantivos. La rigurosidad propia del Derecho Internacional y del segundo párrafo del art. 75, inc. 22, nos demanda englobarlos en una categoría genérica antes que imprecisa, más allá de que esta precisión terminológica nada dice sobre su obligatoriedad. En oportunidades, ambos términos se utilizarán de manera intercambiable para mantener la coherencia de las citas del texto.

Concluiremos que la CN tiene primacía por sobre los IJC, pero este hecho no supone ninguna mala noticia. Por el contrario, aportará la claridad necesaria para presentar líneas de progresividad de derechos más sólidos y elevará el texto constitucional que todo habitante del suelo argentino debe respetar.

1. El originalismo como punto de partida teórico

1.1. *¿Qué es el originalismo?*

El originalismo es la teoría según la cual el significado de la CN permanece fijo al momento en que la misma es sancionada, porque es este significado y no otro el que tiene fuerza de ley⁵. Como sostienen Solum y Bennet: “el significado lingüístico del texto (fijado en el tiempo en que cada artículo fue sancionado y ratificado) es la ley suprema de la Nación”⁶.

Alguien podría decirnos: ¿Por qué deberíamos ser originalistas? ¿Acaso los convencionales constituyentes de 1853 previeron el avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH)? La respuesta es no, pero la cuestión no es tan sencilla.

Una distinción fundamental que realiza el originalismo refiere a que no es lo mismo cómo interpretamos la Constitución a sí, una vez que conocemos su significado, merece nuestra obediencia. La primera es una razón conceptual, la segunda es una razón normativa. No obstante, las razones conceptuales son en sí mismas razones normativas porque no podríamos decidir si algo es legítimo sin antes conocer su significado.

⁵ La historia del originalismo puede rastrearse a debates del siglo XVIII y XIX. Sin embargo, la discusión contemporánea comenzó a partir de la década de 1970, cuando los candidatos a la Corte Suprema de Estados Unidos apuntados por Reagan mantenían su escepticismo hacia el activismo judicial exhibido por la Warren Court. En su inicio, los precursores del originalismo argumentaban que era la intención de los convencionales constituyentes la que determinaba el significado de la Constitución. Esta primera versión no estaba sin sus defectos: ¿Cuáles son las intenciones que deberíamos rescatar?, ¿qué ocurre con la intención cuando exige aplicar otros criterios de interpretación que no la involucren? En definitiva, ¿por qué no la ley y sí la intención debe regirnos?

⁶ SOLUM, L. y BENNET, R., “Constitutional Originalism: A Debate”, Cornell University, Nueva York, 2011, p. 3.

Ante esta situación, al originalismo le basta con ser una teoría de interpretación superior a las demás. Esta realidad del originalismo ha sido apodada por Scalia como el *bear principle*, según el cual el originalismo no debe correr más rápido que el oso sino que le basta ser más rápido que otras teorías de interpretación⁷.

1.2. “Nuestra ley”

Lo cierto es que la comprensión de la relación entre la CN y los IJC ha sufrido enormemente con la distinción entre teorías de interpretación conceptuales o normativas⁸. En realidad, lo que debemos preguntarnos es: ¿Cuál es nuestra ley de interpretación? Dos herramientas del nuevo originalismo responderán preliminarmente a esta pregunta.

El originalismo inclusivo.

Aunque el originalismo contemporáneo se identifica con el originalismo de significado público original, casi todo originalista debe reconocer que existen precedentes de la CSJN que nadie podría desconocer y que no surgen necesariamente de la letra expresa de la CN. Una respuesta a esta aparente contradicción es la posición del originalismo inclusivo.

El originalismo inclusivo sostiene que el significado público original de la Constitución es el máximo criterio de validez. En otras palabras: “los jueces pueden observar precedentes, políticas o prácticas, pero sólo en la medida que el significado original lo incorpore o permita”⁹.

Este fenómeno puede observarse fácilmente en la jurisprudencia de la CSJN sobre el control de constitucionalidad. El artículo 116 le concede al

⁷ Scalia solía decir: “Así que no ames la Constitución viviente porque te aporte flexibilidad y elección; ámala porque te aporte rigidez, que es precisamente para lo que está diseñada”. Véase SUTTON, J. y WHELAN, E., “The essential Scalia”, Crown Forum, New York, 2020, p. 19.

⁸ Mientras que las teorías de interpretación conceptuales se inclinan a favor de definir qué significan los términos “en las condiciones de su vigencia”, las teorías de interpretación normativas sostienen que la interpretación correcta es aquella que encierra obligatoriedad por promover valores de justicia y democracia, entre otros.

⁹ BAUDE, W., “Is Originalism Our Law”, en *Columbia Law Review*, vol. 115, núm. 2349, 2015, ps. 2349-2408.

PJN “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”, pero no existe nada que establezca expresamente la doctrina de *stare decisis* para resolver un caso.

Sin embargo, ya en 1863 con la instalación de la CSJN y el dictado de las leyes 27 y 48, el PJN asumió el rol de guardián de la CN en el caso “Ministerio Fiscal c/Benjamín Calvete”¹⁰, lo que reiteró muchos años después en el conocido caso “Municipalidad de la Capital c/Isabel A. Elortondo”, tomando como base la conocida sentencia estadounidense “Marbury vs. Madison”¹¹. Podemos arriesgar que ningún juez en la actualidad desconoce este rol de control¹².

El giro positivo.

Otra herramienta es el giro positivo. El giro positivo es una manera de asesorar las teorías de interpretación –en este caso, el originalismo– observando qué dicen la ley y los hechos al respecto. Recordemos que el positivismo es una teoría sobre la naturaleza del Derecho que postula que es en virtud de su facticidad, antes que de su mérito moral, que una ley es ley y no otra cosa: “La existencia del Derecho es una cosa, su mérito y demérito otra”¹³.

Ahora bien, ¿el reconocimiento del significado original es una legitimación a prueba de balas de todo lo que la CN prevé? Sí y no. Como dice Rosler: “[toda] convención social sólo indica la existencia de cierta regularidad observada por un número significativo de personas, pero no dice nada sobre sus ventajas o desventajas, bondades o defectos”¹⁴.

¹⁰ CSJN, 17-10-1865, “Ministerio Fiscal c/Benjamín Calvete”, *Fallos*: 1:340.

¹¹ CSJN, 31-10-1888, “Municipalidad de la Capital c/Isabel A. Elortondo, por inconstitucionalidad de la ley del 21 de octubre de 1884”, *Fallos*: 33:162.

¹² Sachs incluso considera que el originalismo debe ser visto como un *standard*. No supone que todas las decisiones judiciales se sustenten únicamente en el originalismo: “si los precedentes, las construcciones doctrinarias, test específicos y similares tienen un limitado pero legítimo papel originalista a jugar, entonces su presencia en las opiniones judiciales no es necesariamente evidencia del rechazo del originalismo”.

Véase SACHS, S., “Originalism: Standard and Procedure”, en *Harvard Law Review*, vol. 135, núm. 3, 2022, ps. 777-830.

¹³ AUSTIN, J., “The province of Jurisprudence Determined”, Cambridge University Press, New York, 1995, p. 157.

¹⁴ ROSLER, A., “La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho”, Katz, Buenos Aires, 2019, p. 74.

De estos defectos adolece cualquier convención (no tiene por qué ser jurídica) y la objeción de que la Asamblea Nacional Constituyente de 1853 podría haber sido diferente es un hecho incontestable. No obstante, si el asesoramiento del giro positivo es exitoso, entonces el originalismo es verdaderamente nuestra ley y nunca se ha ido.

2. Historia y control sobre la propia CN

La validez de los IJC que los convencionales de 1994 incorporaron en la CN dependerá del cumplimiento de las formas estatuidas para su concertación en el artículo 30. Como sostienen García-Mansilla y Ramírez Calvo, el control también “constituye un elemento inseparable del concepto de Constitución”¹⁵.

Es de fundamental importancia comprender la importancia que el artículo 30 tiene para el imperio de la CN. Gelli destaca que una norma no resulta inconstitucional sólo por violar lo que la Constitución prevé, sino precisamente porque “si las normas inferiores contradicen lo establecido en la Constitución y ello es aceptado, se vulnera la división entre poder constituyente reformador y poderes constituidos y, desde luego, si así ocurre se destruye la supremacía constitucional”¹⁶.

La ley 24.309 y la declaración de necesidad de la reforma constitucional.

Siguiendo el artículo 30, el 29 de diciembre de 1993 el Congreso dictó la ley 24.309, declarando la necesidad de reforma parcial de la CN. Como la reforma declarada había sido “parcial”, el artículo 3º,

¹⁵ RAMÍREZ CALVO, R. y GARCÍA-MANSILLA, M., “Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 222. Un ejemplo del control sobre la Comisión de Negocios Constitucionales lo encontramos en el caso “Fayt”. La CSJN ejerció por primera vez un control sustantivo sobre la normativa modificada por la Comisión de Negocios Constitucionales de 1994, declarando inconstitucional uno de sus puntos (*Fallos*: 322:1609). En “Schiffrin”, más allá de que practicó un *overruling* sobre lo decidido en “Fayt” con un mayor nivel de deferencia hacia la Comisión de Negocios Constitucionales, también ejerció control de constitucionalidad considerando que obró con arreglo al art. 30 (*Fallos*: 340:257).

¹⁶ GELLI, M.ª, “Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada”, 4ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 467.

inciso a, habilitó a modificar el artículo 67 de la CN sólo para el debate de “institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales”.

La parcialidad de la reforma también significó que el artículo 6° fulminara de nulidad absoluta “...todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida...” Asimismo, el artículo 7° le prohibió “...introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”¹⁷.

2.1. *¿Por qué se reformó el artículo 67, inciso 19, de la CN original?*

Como la reforma sobre “la integración y jerarquía de los tratados internacionales” del artículo 67, inciso 19, no podía implicar modificación alguna sobre la Primera Parte de la CN, es claro que los artículos 27, 30 y 31 de la misma permanecieron incólumes. Y ello porque la CN ya establecía una relación jerárquica con las leyes en el artículo 31, con los decretos del PEN en el artículo 99 y con el Derecho Público local en el artículo 27. Lo que faltaba era la relación entre las leyes y los tratados.

Badeni señala que la incertidumbre jerárquica entre tratados y leyes provocaba su mutua frustración: “el Congreso, en forma expresa o implícita y con la intervención del Poder Ejecutivo, podía dejar sin efecto una ley mediante la aprobación de un tratado. Asimismo, con la sanción de una ley podían ser dejadas sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un tratado internacional”¹⁸.

Por ende, lo que por lógica se debía aclarar era la relación jerárquica

¹⁷ El objeto de reforma de la ley 24.309 limitó el debate a la integración y jerarquía de los “tratados”, pero no de la costumbre internacional general o de aquella que reviste específico carácter *ius cogens*. Este hecho de modo alguno significa que la costumbre internacional –*ius cogens* o no– no se haya podido receptor positivamente en los tratados que finalmente se incorporaron, pero sólo en el nivel jerárquico que los constituyentes decidieron incorporar como superior a la ley (mas no a la CN).

¹⁸ BADENI, G., “Tratado de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 263.

entre los tratados y las leyes, pero no la relación jerárquica de los IJC con la CN. Si hubiese sido la relación de los IJC y la CN la que requería clarificación, entonces la ley 24.309 debió permitir la reforma de la Primera Parte de la CN, cuestión que por el contrario fulminó de nulidad.

2.2. *El resultado de la Comisión de Negocios Constitucionales: el artículo 75, inciso 22, de la CN*

Ahora bien, se ha sostenido que la incorporación de IJC con organismos de gran alcance competencial –como la Corte IDH– requiere de “cláusulas constitucionales puente”¹⁹. Estas cláusulas serían normas que, como dice Amaya, “integran los sistemas jurídicos nacionales con los regionales e internacionales a través de modificaciones en los principios de supremacía constitucional”²⁰.

En primer lugar, la Comisión de Negocios Constitucionales (CNC) de 1994 no tuvo competencia para modificar la supremacía de la CN ni es ello lo que surge del artículo 75, inciso 22. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, instrumento de integración por excelencia, demanda control sobre los tratados por sus artículos 31 y 46. Los organismos internacionales poseen competencia limitada de acuerdo a lo prescripto en los instrumentos que los han constituido, y un Estado puede revocar su consentimiento a un tratado cuando viole una norma fundamental de su Derecho interno²¹.

¹⁹ En materia de cláusulas de articulación, es interesante lo que señala Acosta Alvarado: “pese a lo que digan las normas internacionales [...] son las normas constitucionales las que determinan el uso del Derecho Internacional en el Derecho interno y, con él, su validez y sus alcances a nivel nacional”. Véase ACOSTA ALVARADO, P., “Zombies versus Frankenstein: sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, ps. 15-60.

²⁰ AMAYA, J., “El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad”, en *Lex*, vol. 16, núm. 21, 2018, p. 100.

²¹ Al analizar el fallo “Fontevicchia”, se ha invocado el principio *Kompetenz Kompetenz* para indicar que la CSJN no tenía competencia para dejar sin efecto la sentencia de la Corte IDH. Es difícil observar cómo el principio *Kompetenz Kompetenz* –que significa que el propio tribunal es el único habilitado para decidir sobre su competencia– es hoy invocado como una carta de imposición internacional acrílica hacia los Estados.

En segundo lugar, la práctica de la integración no condice con los precedentes de “subordinación” de la Corte IDH. Esta confusión provocó que la CSJN exhiba un vaivén de fallos contradictorios después de la reforma de 1994, lo que amerita el siguiente interrogante: si ninguno de los órganos supremos cede, ¿quién tiene la última palabra?

2.3. *El atasco crítico entre la CSJN y la Corte IDH por la última palabra: el fallo “Derecho”*

Una situación increíblemente dilemática ocurrió en la causa “Derecho”, en la que se investigan delitos ordinarios cometidos contra Buenos Alves en el año 1988. El 11 de julio de 2007 la CSJN hizo suyas las conclusiones del procurador general de la Nación y declaró prescripto el delito²².

Sin embargo, el 11 de mayo de 2007 la Corte IDH dictó el fallo “Buenos Alves”, exigiendo al Estado argentino la investigación y sanción de los responsables²³. Esta sentencia fue comunicada al Estado cuando la resolución de la CSJN ya había sido dictada, generándose una situación de grave desprolijidad que le llevó 4 años a la Corte IDH supervisar hasta el 5 de julio de 2011.

La CSJN finalmente accedió a revocar su fallo anterior el 29 de noviembre de 2011, con el voto mayoritario de cuatro jueces que habían declarado prescripta la acción en el año 2007²⁴. El voto, argumentativamente muy pobre, constó de 2 páginas invocando que se trataba de un remedio “excepcional”.

²² CSJN, 11-7-2007, “Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción de la acción penal”, causa 24.079, *Fallos*: 330:3074. En su dictamen el procurador Righi destacó que “la autolimitación en el tiempo del poder punitivo estatal, la irretroactividad de la ley penal y tantos otros institutos jurídicos más son igualmente valiosos y poseen rango de derecho fundamental”.

Véase Dictamen PGN de Esteban Righi, del 1-9-2006, “Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción”, SCD 1682, L. XL, Parte VI. A diferencia del fallo “Espósito”, en “Derecho” se había configurado un verdadero *non bis in idem* porque la prescripción había sido declarada en todas las instancias.

²³ Corte IDH, 11-5-2007, “Caso Buenos Alves vs. Argentina”, Serie C, núm. 164, párr. 90.

²⁴ CSJN, “Derecho”, cit., consid. 1°.

En disidencia, Fayt y Argibay presentaron argumentos que al día de la fecha no se han contestado. Indicaron que el fallo de la Corte IDH viola la cosa juzgada y ello colocaría al Estado argentino en la paradójica situación de cumplir con derechos humanos violándolos sin posibilidad de defensa del imputado²⁵.

Es verdaderamente sorprendente que el 30 de mayo de 2018, 30 años después del hecho, la Corte IDH haya insistido con la obligación de castigo por encima de cualquier plazo razonable²⁶. Y así fue que el 10 de septiembre de 2019, tras su absolución en primera instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional condenó por primera vez a René Jesús Derecho a 9 años de prisión²⁷.

La historia del caso “Derecho” es dramática y sigue latente, ya que a la fecha de este comentario han pasado 35 años del hecho y todavía no hay firmeza de sentencia. De hecho, no se ha resuelto la apelación horizontal presentada por la defensa, por lo que ni siquiera se ha satisfecho el doble conforme ordinario²⁸.

3. Un análisis de la CN

3.1. *Estados Unidos en suelo argentino: el artículo 31, la influencia estadounidense y el principio de supremacía constitucional*

Toda cuestión constitucional empieza con el artículo 31, porque

²⁵ Ídem, consids. 7º y 8º (voto en disidencia de Fayt y Argibay).

²⁶ Malarino ha escrito un brillante comentario criticando las construcciones jurisprudenciales de la Corte IDH en materia penal desde la propia CADH y sus precedentes: “los derechos humanos, reconocidos desde siempre exclusivamente como límites al poder punitivo estatal, son vistos ahora también como justificaciones de ese poder punitivo. Con esto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha dado un vuelco copernicano. El objetivo, absolutamente legítimo, de brindar una protección amplia a la víctima de violaciones a los derechos humanos ha desembocado en una amplia desprotección de los acusados frente al poder punitivo del Estado”.

Véase MALARINO, E., “Violar derechos humanos para protegerlos: un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el cambio de siglo”, en *Revista de la Facultad*, vol. IX, núm. 2, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2018, ps. 247 a 268.

²⁷ CNCCorr., sala V, expte. 36.466/96, del 10-9-2019.

²⁸ CNCas.CCcorr., sala de turno, expte. 36.466/96, del 5-12-2019.

de él emana el principio de supremacía constitucional. La supremacía constitucional es un pilar esencial de nuestro gobierno que postula que la CN es la ley suprema de la Nación y todo acto u omisión de la legislación que la contradiga ha de considerarse inválido.

Nuestro principio de supremacía se inspiró en el modelo constitucional de Estados Unidos. De hecho, a tal punto existió esta influencia que es casi una copia de la misma. La semejanza fue muy bien expuesta por González Calderón: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia (*‘which shall be made in pursuance thereof’*, se lee en la de Estados Unidos) se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales (*‘any thing in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding’*)”²⁹.

Esta semejanza demuestra que los convencionales constituyentes se apartaron de la fórmula de supremacía alberdiana prevista en el artículo 15 de su proyecto –quien planteaba una fórmula según la cual las leyes del Congreso tendrían la misma jerarquía que la CN– y optaron por el de Gorostiaga. La identidad literal entre nuestro artículo 31 y el texto estadounidense es evidente; la diferencia entre ellos y el proyectado por Alberdi es enorme.

Asimismo, García-Mansilla y Ramírez Calvo destacan que la CNC, a cargo de la elaboración del proyecto de 1853, tuvo como principal fuente a la Constitución de los Estados Unidos: “Las obras de destacados publicistas del país del norte utilizadas por los constituyentes de Santa Fe, fueron conocidas en diversos idiomas desde antiguo en el Río de la Plata”³⁰.

²⁹ GONZÁLEZ CALDERÓN, J., “Cómo se hizo la Constitución argentina de 1853”, en *Boletín de la Junta de Historia y Numismática Americana*, vol. VI, Buenos Aires, 1929, p. 65.

³⁰ RAMÍREZ CALVO y GARCÍA-MANSILLA, op. cit., p. 150. Cabe decir, sin embargo, que Alberdi no ignoraba, ni mucho menos despreciaba, la influencia de la Constitución estadounidense en nuestro Derecho interno. En su libro cita la Constitución de California como “la aplicación simple y fácil al gobierno del nuevo Estado de Derecho Constitucional dominante en los Estados de la Unión de Norteamérica”.

La CN: ley suprema de la Nación.

Son interesantes las observaciones efectuadas por Carrió en el seno de la CNC de 1994, quien consideró que del artículo 31 de la CN se desprende la supremacía constitucional por sobre el Derecho Público local, pero no sobre los tratados. También cita a Bidart Campos, quien sostenía que “la doctrina clásica de la supremacía de la Constitución necesita traducirse a un concepto y vocabulario que sea actualmente compatible con el Derecho Internacional”³¹.

Al respecto podemos señalar dos cuestiones. Si bien es cierto que la CN clama supremacía sobre el Derecho Público local, no se comprende por qué limita la supremacía sobre los tratados. Tampoco entendemos por qué la supremacía constitucional necesita de la actualización que Bidart Campos pretendió demandarle. Este permiso de actualización no fue otorgado a la CNC en la ley declaratoria de la reforma constitucional de 1994³².

Una simple lectura del artículo 31 demuestra que está dividido en dos a partir de la proyección de supremacía de “Esta Constitución”. Mientras que la Primera Parte del artículo 31 establece la supremacía por sobre las leyes del Congreso y los tratados con potencias extranjeras (éste es el Derecho Público nacional), en la Segunda Parte establece la supremacía por sobre el Derecho provincial (y éste es el Derecho Público local).

3.2. “Confórmate”: las demandas hacia los tratados por el artículo 27 de la CN

La doctrina no ha señalado lo suficiente que el artículo 27 es un artículo de remisión: exige de los tratados conformidad con los principios que el resto de la CN consagra. Y si exige conformidad con el

Véase ALBERDI, J., “Bases y puntos de partida para la organización política de la República”, Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2017, ps. 80 y 81.

³¹ CARRIÓ, E., “Solicitada 6 por la señora convencional Carrió”, en *Diario de Sesiones*, Convención Nacional Constituyente, Santa Fe, versión taquigráfica, 1994. Véase también BIDART CAMPOS, G., “Manual de la Constitución reformada”, La Ley, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 334.

³² Lo expuesto se ve reforzado cuando observamos que los IIJC no fueron publicados junto a la CN en la ley 24.430, sancionada el 15 de diciembre de 1994 y promulgada el 3 enero de 1995.

resto de la CN, el principio de Derecho Público que el artículo 27 presupone por excelencia es la supremacía constitucional. Lo contrario significaría que el artículo 27 se contrapone con el artículo 31, a pesar de que el artículo 27 exige lo que exige por el artículo 31.

La función de los artículos 27 y 31 en relación con los tratados fue discutida en la Convención Constituyente de 1860. Al momento de debatir el principio de igualdad y la abolición de esclavitud, se debió decidir sobre un tratado de extradición de esclavos que la Confederación suscribió con el Imperio del Brasil en 1857.

En el marco de esa discusión el convencional Esteban Seguí se refirió al artículo 27 de la siguiente manera: “cuando la Constitución sostiene un principio tan absoluto, impide que puedan hacerse tratados, impide que puedan hacerse reclamaciones, que sean no sólo contrarias a ese principio absoluto [referido a la igualdad prevista en ese entonces en el artículo 15], sino contrarias al artículo 27 de la Constitución”³³.

Este sentido del principio era muy común en cuestiones de arbitraje o tratados territoriales de Argentina, que como Barberis reseña consistía en que el instrumento internacional contenga cláusulas que excluyan asuntos “que afectaban el ‘honor de las naciones’ o sus «intereses esenciales»”³⁴.

Otros puntos de debate sobre el artículo 27.

Otros argumentos se concentran en la evolución del Derecho Internacional. Volvamos entonces a los ejes del originalismo inclusivo: es un error confundir que el significado de la CN cambia con las circunstancias que la rodean. Concebir que el paso del tiempo puede derogar la CN desafía completamente el propósito de tenerla: no sería una receta de gobierno si el tiempo siempre cambiase sus ingredientes³⁵.

³³ RAVIGNANI, E., “Asambleas Constituyentes Argentinas”, Casa Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1937, t. IV, p. 834.

³⁴ BARBERIS, J., “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución argentina”, en *Prudentia Iuris*, núms. 17-18, 1985-1986, ps. 159-197.

³⁵ Sobre este punto mucho pueden aportar las observaciones de Rosenkrantz en su intercambio con Filippini. La práctica judicial consistente en sustentar sentencias en Derecho extranjero o en jurisprudencia extranjera puede encontrar reparos en lo dispuesto por el Derecho nacional, o resultar indebida por la heterogeneidad de circunstancias. En definitiva, “cuando un tribunal ‘toma prestada’ una norma constitu-

A esto también refiere la distinción de significado con las expectativas de aplicación (*expected applications*): no porque los constituyentes de 1853 esperasen que el artículo 27 se aplique a tratados bilaterales entre Estados quiere decir que los términos del artículo 27 sólo puedan aplicarse a esos tratados. Ciertamente sirven de evidencia de su significado original, pero el artículo 27 también cumple una función de reenvío y conformidad con el resto de la CN que perfectamente puede trasladarse al hoy de los DIDH (*sense-reference distinction*)³⁶.

Esta función del artículo 27 nos demuestra que conceptos como el “margen de apreciación nacional” o el “*exequatur*” son teorías que no deben extraerse del mismo. E incluso torna irrelevante la discutida dicotomía dualismo-monismo, ya que la Constitución es consciente de que no es posible transformar un tratado por medio de una ley, pero a la inversa todo tratado deberá gozar siempre de *pedigree* constitucional³⁷.

3.3. *El artículo 75, inciso 22: el test de complementariedad con la CN*

Tal como lo afirmamos al tratar el artículo 27, el artículo 75, inciso 22, también es un artículo de remisión. El orden de los términos que el artículo emplea de ningún modo es casual: sólo en la medida que en las condiciones de su vigencia ningún IJC derogue artículo alguno de la CN es que podrán entenderse complementarios.

cional o una interpretación constitucional determinada, no somos nosotros –el pueblo– quienes «tomamos prestado». Véase ROSENKRANTZ, C., “En contra de los ‘pres-tamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del Derecho extranjero”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 6, núm. 1, 2005, p. 87.

³⁶ Wurman considera que, en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, “la distinción sentido-referencia, o la distinción entre significado y aplicación, es al menos una forma de justificar el resultado de «Brown vs. Board of Education»”. Véase WURMAN, I., “A Debt against the Living: An Introduction to Originalism”, Cambridge University Press, New York, 2017, p. 40.

³⁷ El hecho de que el art. 118 aluda al Derecho de Gentes de ningún modo supone dar cabida a un criterio monista-iusnaturalista. Para evitar los posibles riesgos que podría traer un difuso criterio naturalista no apto para el juzgamiento penal, los constituyentes de 1853 exigieron la sanción de una ley especial para que actúe como barrera previa, estricta y clara de legalidad. No es otro el alcance que cabe asignarle a la mención que hace la CN.

“En las condiciones de su vigencia”.

¿Qué significa “en las condiciones de su vigencia”? Mientras que una postura entiende que rigen junto a su aplicación jurisprudencial (postulando incluso que así sea con los dictámenes de la CIDH)³⁸, otra postura se limita a que sólo rija el articulado y las reservas pertinentes al momento en que dichos instrumentos fueron incorporados³⁹.

La respuesta a esta discusión la brinda la propia CADH, por el artículo 68, inciso 1º: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Si la Corte IDH invoca estos artículos para sostener su competencia, todo lo que esté por fuera de su claro significado constituye una desviación de dudosa constitucionalidad.

“No derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”.

¿Qué significa la “no derogación”? Los IJC no pueden afectar a la Primera Parte de la Constitución. Sin embargo, podría interpretarse que sí afectan la Segunda Parte. Ante esa situación, Ramírez Calvo recuerda que el artículo 27 no hace distinción entre las dos partes de la Constitución y que “si la Convención hubiera querido reformar alguna disposición de la Segunda Parte, lo hubiera hecho (siempre que estuviera habilitada al efecto) como lo hizo con numerosos artículos”⁴⁰.

Recordemos que por el artículo 28 los derechos de la Primera Parte “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. La CN no nos está informando de un hecho ni pidiendo favores, sino que es una norma que impone comprobar si los IJC o su interpretación están afectando o no el sentido de su articulado.

³⁸ Así, Amaya afirma que a partir de la reforma de 1994 hay una “doble fuente normativa [...] generándose además la necesidad de integrar la jurisprudencia nacional a la jurisprudencia internacional emanada de los órganos creados por la CADH”. Véase AMAYA, op. cit., p. 103.

³⁹ Rosatti, al recordar su actuación como convencional constituyente, sostiene que “Lo que se debatía antes de la reforma era si los tratados, siempre por debajo de la Constitución, tenían menor, igual o mayor jerarquía que las leyes”. Véase ROSATTI, H., “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, en *La Ley Supl. de Derecho Constitucional*, 2012, ps. 1-9, y 3.

⁴⁰ RAMÍREZ CALVO, R., “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, en *La Ley*, núm. 56, 1995, ps. 1-7.

“Deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

¿Qué significa que los IJC deban ser “complementarios”? Si lo que se complementa no es un texto en el vacío sino una receta constitucional de gobierno dotada de sentido –que además es anterior y vigente– es lógico que los IJC sean accesorios a la CN⁴¹.

Consecuentemente, si lo accesorio sigue la suerte de lo principal, quien determina si está siendo complementada o transformada no puede ser otra que la Constitución y la CSJN encargada de interpretarla.

Extrañamente, en “Monges”, la CSJN interpretó que el test de complementariedad fue una suerte de “juicio constituyente” elaborado por los convencionales en 1994 que sella de forma definitiva cualquier tipo de disputa futura sobre la contraposición entre los IJC y la CN⁴². Pero los problemas con la postura de “Monges” son serios.

Desvirtúa la tarea que los constituyentes de 1994 realizaron, ya que no modificaron –ni hubiesen podido hacerlo– la potestad del Poder Judicial de controlar la constitucionalidad de las normas. Y es contradictorio, porque paradójicamente la CSJN realizó el control que supuestamente el constituyente vedó y es más que dudable si la CNC realizó el test de complementariedad que la CSJN dice que realizó.

3.4. El artículo 116 y la palabra final de la CSJN como principio de Derecho Público Constitucional

Al reseñar la historia del Poder Judicial argentino, Fayt destaca

⁴¹ Abramovich sostiene un punto interesante referido al principio del previo agotamiento de los recursos internos que define el papel subsidiario de la Corte IDH. Argumenta: “Sería absurdo que la Convención por un lado disponga que las víctimas deben agotar los procesos judiciales nacionales [...] y luego inhibiera a los órganos del sistema de revisar el alcance de esas decisiones judiciales. Si así fuera las víctimas quedarían en medio de una trampa”.

Véase ABRAMOVICH, V., “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de Derecho Público argentino”, en *Pensar en Derecho*, núm. 10, Eudeba, Buenos Aires, 2017, p. 14. El problema de este argumento reside en que no hay correlación entre el carácter subsidiario de la Corte IDH y que su decisorio no resulte violatorio del significado público original de un derecho, garantía o principio constitucional.

⁴² CSJN, 26-12-96, “Monges, Analía M. c/UBA”, resolución 2314/95, *Fallos*: 339:32, consid. 21.

que la influencia de los Estados Unidos “fue tardía pero indudablemente poderosa”⁴³. No es ninguna casualidad, por ende, que los constituyentes hayan erigido al Poder Judicial como tercera autoridad de la Nación, muñendo a sus integrantes de garantías. Su función es un principio fundamental, como ocurre con la Constitución de Estados Unidos.

Ahora bien, Saba considera que esta función podría llevar a un juego de suma cero: o todo decisorio de la CSJN es final a toda costa, o se concibe que la Corte IDH pueda corregirla cuando sus pronunciamientos lesionen derechos. En el primer caso, habrá tutela de la supremacía judicial sacrificando derechos, y en el segundo caso a la inversa.

Una salida a este dilema puede encontrarse en el fallo “Plaut vs. Spendthrift Farm” de la Supreme Court of the United States. De acuerdo a lo previsto por los *framers*, la Constitución estadounidense establece que los pronunciamientos del Poder Judicial son realmente finales. Los judiciarios no sólo tienen el poder de “conocer” los casos, sino por sobre todo “de decidirlos, sujetos a revisión por las Cortes superiores”⁴⁴.

Ésta es la lógica republicana que nuestra CN reproduce al establecer que la CSJN preside el PJN en el artículo 108. No tendría sentido colocar a la Corte como cabeza del Poder Judicial si no fuese un órgano final, ni que el artículo 116 le otorgue el poder de “decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. Este poder de decisión no sería de decisión si fuese entendido como un poder de mera disposición.

Además los pronunciamientos finales de la CSJN no surten efectos en el vacío: son una herramienta indispensable para la garantía de cosa juzgada del artículo 18. Este efecto no obsta a que la CSJN se pueda equivocar, ni que revoque sus precedentes de acuerdo a pautas de *pedigree* original, o que sus fallos puedan ser criticados bajo la idea de “cosa juzgada írrita”⁴⁵. Ello siempre que mantenga el imperio que el artículo 31 le ordena resguardar.

⁴³ FAYT, C., “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia, *leading cases* y holdings. Casos trascendentes”, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 8.

⁴⁴ 514 U. S. 211 (1995).

⁴⁵ Como sostiene Morgenstern: “Plantear que la cosa juzgada írrita se limita a la opinión diversa de los jueces con relación a decisiones pasadas es reducirla al absurdo

4. Conclusión

Hemos observado que el originalismo sirvió de base para entender el significado de las funciones que prevé la CN. Su artículo 31 clama supremacía por sobre los tratados, las leyes y el Derecho Público local y dota de sentido la conformidad que deben resguardar los IJC enumerados en el artículo 75, inciso 22, a partir de 1994.

Esta conformidad constitucional no es sólo un pedido de deseo hacia el Derecho Internacional. Por el contrario, constituye el máximo marco normativo previo, vigente y habilitante de la puerta nacional por la que entraron los IJC.

¿Qué significa esta puerta? Ninguna mala noticia. Nada puede ser mejor para resolver los atascos críticos de nuestra CSJN y la Corte IDH que un orden de primacía y progresividad. Este orden nos aclara el panorama, un objetivo que el positivismo y el originalismo siempre buscaron tutelar con el debido respeto al texto constitucional.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de Derecho Público argentino”, en Pensar en Derecho (núm. 10), Buenos Aires, Eudeba, 2017, ps. 9-25.
- ACOSTA ALVARADO, Paola, “Zombies versus Frankenstein: sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno”, en Estudios Constitucionales, vol. 14 (núm. 1), 2016, ps. 15-60.
- ALBERDI, Juan, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República”, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017.
- AMAYA, Jorge, “El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad”, en Lex, vol. 16 (núm. 21), 2018, ps. 93-114.
- AUSTIN, John, “The province of Jurisprudence Determined”, Londres, Cambridge University Press, 1995.
- BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I.

para abatirla con facilidad”. Véase MORGENSTERN, F., “Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita”, B de F, Buenos Aires, 2019, p. 155.

- BARBERIS, Julio, “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución argentina”, en Prudentia Iuris (núms. 17-18), 1985-1986, ps. 159-197.
- BAUDE, William, “Is Originalism Our Law”, en Columbia Law Review, vol. 115 (núm. 2349), 2015, ps. 2349-2408.
- BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, La Ley, 1998, t. I.
- CARRIÓ, Elisa, “Solicitada 6 por la señora convencional Carrió”, en Diario de Sesiones, Santa Fe, Convención Nacional Constituyente, versión taquígráfica, 1994.
- FAYT, Carlos, “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia, *leading cases* y holdings. Casos trascendentes”, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- GELLI, María, “Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada”, 4ª ampl. y act., Buenos Aires, La Ley, 2009.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan, “Cómo se hizo la Constitución argentina de 1853”, en Boletín de la Junta de Historia y Numismática Americana, vol. VI, Buenos Aires, 1929.
- MALARINO, Ezequiel, “Violar derechos humanos para protegerlos: un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el cambio de siglo”, en Revista de la Facultad, vol. IX (núm. 2), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018, ps. 247-268.
- MORGENSTERN, Federico, “Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita”, Buenos Aires, B de F, 2019.
- RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, en La Ley (núm. 56), 1995, ps. 1-7.
- RAMÍREZ CALVO, Ricardo y GARCÍA-MANSILLA, Manuel, “Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino”, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- RAVIGNANI, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, Buenos Aires, Casa Jacobo Peuser, 1937, t. IV.
- ROSATTI, Horacio, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, en La Ley Supl. de Derecho Constitucional, 2012, ps. 1-9.
- ROSENKRANTZ, Carlos, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del Derecho extranjero”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, vol. 6 (núm. 1), 2005, ps. 72-96.

- ROSLER, Andrés, “La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho”, Buenos Aires, Katz, 2019.
- SABA, Roberto, “No huir de los tratados”, en Pensar en Derecho, vol. 10, Buenos Aires, Eudeba, 2017, ps. 111-161.
- SACHS, Stephen, “Originalism: Standard and Procedure”, en Harvard Law Review, vol. 135 (núm. 3), 2022, ps. 777-830.
- SOLUM, Lawrence y BENNET, Robert, “Constitutional Originalism: A Debate”, New York, Cornell University, 2011.
- SUTTON, Jeffrey y WHELAN, Edward, “The essential Scalia”, New York, Crown Forum, 2020.
- WURMAN, Ilan, “A Debt against the Living: An Introduction to Originalism”, New York, Cambridge University Press, 2017.

EL ACCESO AL CRÉDITO COMO VÍA PARA EL DESARROLLO: ALTERNATIVAS PARA EL FINANCIAMIENTO EN LA REGULACIÓN ARGENTINA ACTUAL

por JOSEFINA PACHECO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El quid de la cuestión en Argentina: la falta de acceso al crédito para inversión productiva. III. Los títulos valores como medio de acceso al crédito. IV. Cómo protege la normativa al inversor. V. Cómo incentiva la normativa la circulación de valores. VI. Los riesgos posibles de la transformación del sistema. VII. Formas alternativas de circulación de la riqueza para el desarrollo. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Este trabajo se propone analizar el escenario actual de los instrumentos de crédito emergentes en la Argentina, tanto desde la perspectiva de las personas físicas y jurídicas que requieren de financiación externa para desarrollar sus proyectos de inversión productiva como desde la de los pequeños inversores-personas particulares que canalizan sus ahorros a través de ellos con el fin de obtener de los mismos una renta.

Se intentará descubrir si estos instrumentos y su regulación son verdaderamente conducentes a un mayor desarrollo económico y si lo

¹ Abogada (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario). Es adscripta de la Cátedra de Títulos Valores de la Facultad de Derecho y ha participado en proyectos de investigación sobre nuevas formas de acceso a los mercados de capitales y políticas públicas para la transparencia electoral.

hacen en condiciones que protejan a todos los integrantes de la cadena productiva, además de hablar de formas alternativas de circulación de la riqueza que han funcionado con éxito y que podrían ser implementadas a escala en nuestro país con gran valor agregado para las economías regionales y el medio ambiente.

Asimismo, se reseña el panorama de otros tipos de activos emergentes, nacidos de la digitalización y desmaterialización de los títulos de crédito. Estos instrumentos se analizan en sus características propias, que si bien no son asimilables a los títulos de crédito tradicionales representan una disrupción en los mercados de capitales lo suficientemente novedosa y potencialmente influyente como para ser tenida en cuenta dentro de futuras regulaciones.

Abstract

This paper aims to analyze the current situation in the field of emerging credit instruments in Argentina, from the perspective of both entrepreneurs and companies that require external financing to develop their productive investment projects, as well as that of the so called *small investors*: individuals who channel their savings into securities in order to obtain a side income from them.

In this paper an attempt will be made to discover whether these instruments and their regulation are truly efficient in their quest for greater economic development and whether they do so in terms that protect all members of the production chain, in addition to pondering about alternative forms of wealth circulation that have proved themselves to be successful and that could be implemented in our country with great added value for both regional economies and the environment.

Likewise, this paper will review the scenario of other types of emerging assets, born from the digitization and dematerialization of credit instruments. These instruments are analyzed through their own characteristics (which, although not entirely assimilable to traditional securities, represent a disruption in the capital markets that has the potential to be influential enough to be taken into account in future regulations).

Palabras clave

Títulos valores. Desarrollo humano. Acceso al crédito.

Keywords

Securities. Human development. Access to credit.

I. Introducción

Este trabajo se propone analizar los instrumentos de crédito emergentes en la Argentina, tanto desde la perspectiva de las personas humanas y jurídicas que requieren de financiación externa para sus proyectos de inversión productiva como desde la de los pequeños inversores que canalizan sus ahorros a través de ellos.

Se intentará analizar si estos instrumentos y su regulación son verdaderamente conducentes a un mayor desarrollo económico en condiciones que protejan a todos los integrantes de la cadena productiva.

II. El quid de la cuestión en Argentina: la falta de acceso al crédito para inversión productiva

La financiación bancaria (sin perjuicio de la eventual presencia –marginal– de líneas de crédito especiales o subsidiadas) no llega en nuestro país a cumplir la función que los emprendedores esperarían de ella: principalmente, porque la incertidumbre acerca de la generación de ingresos futuros resulta un obstáculo muchas veces inexpugnable según las prácticas bancarias de otorgamiento de créditos. Es por esto que las pequeñas y medianas empresas en Argentina deben buscar medios alternativos para financiarse.

III. Los títulos valores como medio de acceso al crédito

Es clave para fomentar la inclusión financiera que las empresas de micro, pequeña y mediana envergadura puedan acceder al mercado colocando deuda para suplir la falta de capital que encuentran por

parte de los bancos tradicionales (o que solamente se les otorga en condiciones de imposible rentabilidad para sus emprendimientos).

Resulta fundamental frente a esta carencia revalorizar y reformular a los títulos valores, que ya desde su definición se revelan aptos para la democratización del financiamiento de empresas productivas: se trata de títulos de crédito, representativos de una suma de dinero, que por ser naturalmente negociables facilitan la circulación del crédito y de la riqueza².

Este concepto de ser *naturalmente negociables* significa que pueden ser transmitidos sucesivamente hasta el momento de hacerse efectivos mediante operaciones sencillas tanto desde un punto de vista jurídico como desde sus costos de implementación. Esta característica permite que su negociación en mercados secundarios autorizados por la Comisión Nacional de Valores (CNV) no solamente sea posible sino que también sea provechosa para las partes involucradas en su operatoria.

La sanción de la ley 26.831 significó una reforma estructural del mercado de capitales al incorporar algunos títulos valores que tradicionalmente quedaban fuera del tráfico de estos mercados, como los certificados de plazo fijo, facturas de crédito, pagarés, letras de cambio y cheques de pago diferido. Esto deja abierta la puerta a la aparición de nuevos títulos al incorporarse una cláusula abierta que incluye en el concepto de valor negociable “todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en los mercados”.

Esta reforma significa que esta capacidad de negociación, que se asociaba clásicamente a las emisiones en serie, hoy también se puede aplicar a los títulos emitidos de manera individual que las leyes incluyen como ejemplos de valores negociables. Como lo entiende Paolantonio, el propio sistema crea ahora las bases para pasar de la rigidez de la emisión en serie hacia la flexibilidad de la creación de títulos valores individuales que permite su uso como recurso financiero sin perder su calificación como valor negociable³.

Así, hoy en día las MiPymes pueden acceder a la colocación de

² GÓMEZ LEO, O., “Nuevo manual de Derecho Cambiario”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 49.

³ PAOLANTONIO, M., “El pagaré y el cheque en el mercado de capitales”, en *Revista Enfoques*, vol. 110, 2016, ps. 110 y ss.

deuda propia en el mercado de capitales mediante la emisión de diversos instrumentos que pueden ser calificados jurídicamente como “valores negociables”⁴.

Esto –conjugado con la posibilidad de recurrir al apoyo de una sociedad de garantía recíproca u otros medios de aseguramiento de pago– da a los inversionistas una opción de inversión con doble garantía que facilita la colocación de su deuda y se vuelve más atractiva y segura.

IV. Cómo protege la normativa al inversor

El sentido de la intervención estatal en materia de oferta pública es proteger a los inversores que canalizan sus ahorros hacia otros sujetos que necesitan financiamiento para diferentes emprendimientos y que pueden darle un uso productivo a largo plazo, tras el cual los inversores idealmente percibirán una ganancia sobre el dinero invertido.

A diferencia de lo que ocurre en otro tipo de mercados, el comprador no hace un “consumo” inmediato del valor que se intercambia sino que hay un retraso de ese consumo en el tiempo. Tampoco hay por lo general un contacto inmediato entre el inversor y el librador, quienes en virtud de “la aptitud de negociación masificada y despersonalizada del activo financiero”⁵ pueden incluso no conocerse a lo largo de toda su relación comercial.

Esto se suma al hecho de que quienes invierten en muchos casos no tienen –y tampoco tienen por qué tener– una formación específica que les permita detectar antes de perfeccionar la inversión que la empresa en la que están desembolsando sus ahorros no cuenta con la solidez necesaria para darle un destino seguro y productivo al ahorro público que está captando⁶.

⁴ BERTAZZI, J. C.; DE OCAÑA, M. D. de y MATUS, M.^a C., “El mercado de capitales como medio para el financiamiento de las MiPymes”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 295, 2019, p. 559.

⁵ PAOLANTONIO, op. cit., p. 112.

⁶ GUASTAVINO, E., “Tratado de la ‘jurisdicción’ administrativa y su revisión judicial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1989, ps. 349 y ss., citado por la CNCom., sala C, 17-6-2005, “Comisión Nacional de Valores c/Aeropuertos Argentina 2000 SA”, *La Ley Online*, AR/JUR/4118/2005.

Es decir, si el público al que se dirige la oferta tuviera relación estrecha con el emisor y/o colocador y además su educación financiera le permitiera solicitar, recibir y analizar por sí mismo toda información sobre la oferta, no sería necesaria la tutela del Estado expresada como la autorización de la CNV para hacer una oferta pública⁷. Pero esto no se verifica siempre en la realidad.

Es por esto que si bien como principio general cualquier persona puede crear y emitir títulos valores (art. 1820 del CCyC), sólo se pueden emitir títulos valores abstractos “no regulados por la ley” (esto es, aquellos títulos cuyas características no están reguladas taxativamente en una ley especial, como el pagaré, el cheque y la letra de cambio) cuando se destinan a oferta pública y los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante la CNV.

En este sentido parecen sensatas estas limitaciones a la emisión: por un lado, para que los títulos emitidos no se presten a confusión con los títulos valores previstos expresamente en la ley; por otro lado, porque se presume que la autorización de oferta pública dada por la CNV implica haber alcanzado los estándares de seguridad jurídica y transparencia que garantizan el pleno acceso a la información por parte del inversor.

V. Cómo incentiva la normativa la circulación de valores

Otro punto a analizar es la facilitación que hace la normativa del intercambio de estos títulos cuando se negocian de manera secundaria. Siguiendo la solución habitual para la transferencia de valores negociables de deuda en los mercados de capitales, las transferencias intermedias –las que se dan no entre quien los vende y quien los adquiere, sino en el espacio liminar entre esas transferencias principales– no generan responsabilidad por el pago. Esto significa que ni los mercados ni las entidades depositarias que actúan para acercar a las partes quedan sujetas a la solidaridad cambiaria, que alcanzará solamente al creador del valor negociable y a sus avalistas⁸.

⁷ MALUMIÁN, N., “Oferta pública y privada de valores negociables: De los cartulares a los criptoactivos”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 305, 2020, p. 214.

⁸ PAOLANTONIO, op. cit., p. 116.

Esta exención de responsabilidad resulta buena para el intercambio en este contexto: sin descartar los lineamientos generales de la responsabilidad cambiaria, este esquema incentiva a los actores intermedios a tomar parte de estos intercambios sin temor a tener que cargar eventualmente con una responsabilidad que debería multiplicarse por cada una de las operaciones en las que intervienen –lo cual haría muy raro que los actores intermedios quisieran participar en este tipo de actividades–.

VI. Los riesgos posibles de la transformación del sistema

Estos nuevos instrumentos que hemos descrito nacen porque “los soportes materiales del crédito han evolucionado”⁹, y hoy trascienden la llamada *economía de papel*¹⁰: en estas operaciones no solamente se puede eliminar el soporte papel, sino que se facilitan las comunicaciones, el acceso a la información, la circulación de datos y el registro y archivo de las manifestaciones de voluntad requeridas para concertar estos negocios jurídicos.

Algunas voces hablan de este fenómeno como una “tecnodemocratización”¹¹ del tráfico de valores. En este punto es que nos preguntamos qué significa en este contexto hablar de democratización, so riesgo de estar recurriendo a un significativo vacío.

¿Democratización es la apertura de los mercados de valores a un público que históricamente no invirtió allí sus ahorros, por desconocimiento de su manera de funcionar? ¿Es mayor acceso a la información bursátil? ¿Es un fenómeno cuantitativo o cualitativo?

Estos cambios radicales que permiten horizontalizar el acceso al crédito y crear nuevas riquezas hacen también que estemos presenciando otros fenómenos.

⁹ BENELBAZ, H., “Títulos de ahorro vitivinícolas de Mendoza”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1990, p. 1; *La Ley Online*, 0021/000344.

¹⁰ BAZELON, D., “The paper economy”, Random House, New York, 1962, citado en ALEGRIA, H., “La desmaterialización de los títulos-valores”, en *Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones*, núm. 126, 1988, ps. 898 y ss.

¹¹ HEREDIA QUERRO, S., “Token economics y corporate finance. Tensiones entre regulaciones bursátiles del siglo XX y la tecnodemocratización del acceso al financiamiento en el siglo XXI”, en *La Ley* 2019-C-1; *La Ley Online*, AR/DOC/1774/2019.

Uno de ellos es la aparición de productos que se presentan como algo que no son: vemos por ejemplo a empresas de servicios financieros ofrecer plazos fijos que en realidad son cuotas partes en fondos comunes de inversión, y a emprendedores digitales llamar criptomonedas a otro tipo de activos que no son precisamente monedas.

¿A quién beneficia este ecosistema de instrumentos? ¿Le permite a un emprendedor progresar y profundizar su matriz productiva? ¿O solamente atrae a un público *gullible* a gastar sus ahorros sin ninguna red de protección?

Si antes los contratos servían sólo para hacer circular las cosas, al parecer hoy también sirven para inventarlas, para crear bienes que no son producto de una industria productiva sino “de la fantasía jurídica”, y que existen desde el momento en el que se acepta la idea de que “la deuda es una mercancía vendible”¹² –idea en la que se apoya todo el escenario de los criptoactivos, por ejemplo–.

Todo esto debe además ser analizado a la luz de las características propias del mercado latinoamericano: el desconocimiento financiero por gran parte de los consumidores, la pobreza, la fragilidad de quienes concurren al mercado a satisfacer sus necesidades, la concentración empresaria¹³.

Durante el año 2021 El Salvador adoptó al bitcoin como moneda de curso legal. El resultado fue aciago: la aplicación desarrollada por el gobierno no logró absorber la demanda de nuevos usuarios, la mayoría de los comercios siguió operando solamente en dólares y las fallas de seguridad informática del sistema permitieron que se multiplicaran los casos de fraude. ¿Cuántas personas sin educación financiera, deslumbradas por la posibilidad de multiplicar su capital, invirtieron en algo cuyas expectativas reales de rendimiento desconocían? ¿Está nivelado el campo de juego en los nuevos inventos que prometen crear riqueza desde un bit?

¹² MARTORELL, E., “Empresas: el abuelo las funda, el hijo las agranda y el nieto las funde. Perfil del Derecho Societario en la Argentina de hoy”, en MÉNDEZ, H. y MÉNDEZ, A. M., “Globalización y justicia”, en *Jurisprudencia Argentina* 2011-III-21; *La Ley Online*, 0003/015567.

¹³ MOSSET ITURRASPE, J., “Cómo contratar en una economía de mercado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, ps. 11 y ss.

Máxima de los Países Bajos dijo en alguna oportunidad que es caro ser pobre. La frase en su momento pareció absurda y hasta risible, pero enuncia una verdad: la falta de educación financiera y de acceso a la información puede tener consecuencias mucho más gravosas en el patrimonio del pequeño emprendedor y de los pequeños inversores. Algunos autores hablan incluso de la necesidad de extrapolar nociones del Derecho del Consumidor al mundo bursátil, usando la idea del “inversor no experto”¹⁴, que hace negocios por otros andariveles que no son los de la figura del inversor clásico y podría llegar a ser sujeto de una tutela más exhaustiva.

Por eso con buen tino –a juicio de quien escribe– la CNV prescribe requisitos de información al inversor y limita el endeudamiento en el que pueden incurrir las Pymes –como por ejemplo ocurre con la circulación de deuda mediante la negociación de cheques de pago diferido, la que está circunscripta solamente a cheques librados para el pago a proveedores y cuyo monto sea hasta el 50% del patrimonio del librador–.

Lo fundamental es que estos instrumentos estén ordenados no únicamente a la especulación financiera –con lo que terminarían siendo sólo una nueva forma de generar riquezas que no se traducen en un desarrollo más profundo y transversal a la sociedad– sino a conectar la necesidad de financiamiento con el deseo de inversión.

El norte a no perder es entonces privilegiar las inversiones productivas sobre la creación de riquezas a corto plazo por medios especulativos no productivos¹⁵.

VII. Formas alternativas de circulación de la riqueza para el desarrollo

Para lograr una inclusión financiera en términos de una nueva economía más justa, más equitativa, existen títulos valores alternativos muy dignos de ser explorados para incorporar a nuestro sistema productivo.

¹⁴ ARIAS, M.^a P., “Mecanismos de tutela del consumidor de servicios financieros y bursátiles en el mercado actual”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 281, 2016, ps. 647 y ss.

¹⁵ MÉNDEZ y MÉNDEZ, op. cit., p. 4.

Desde la perspectiva que venimos planteando en este trabajo, sería valioso apuntar a captar inversiones que trasciendan el mero fin de lucro (el cual obviamente y de manera válida estará presente en cualquier empresa productiva) para también tomar un cariz de responsabilidad social –entendida ésta como “una concientización pública que fomenta, entre otros, el empleo, el cuidado del medioambiente y la reconstrucción de sectores económicos de la sociedad”¹⁶–.

En primer lugar podemos mencionar a algunos de los títulos “atípicos” que han sido usados en las economías regionales¹⁷.

Se pueden encontrar figuras parecidas en otros ordenamientos: por ejemplo, en el Derecho italiano la “orden sobre frutos”, una cambial parecida a la letra de cambio pero que en lugar de una suma de dinero, contiene la promesa de entregar o de hacer entregar una cantidad determinada de *frutos*; o en el Derecho escocés los certificados de añejamiento de whisky, un título representativo de una cantidad determinada de ese producto típico que sirve como instrumento de capitalización y ahorro para la industria que lo elabora.

En San Juan y en Mendoza surgió el certificado de añejamiento de vinos en los años '60: se trataba de un título valor, representativo de mercaderías (en este caso vinos de distintos tipos), que se negociaban y transmitían sin movilización del producto que representaban hasta que éste hubiera alcanzado su madurez. Sus tenedores podían transmitirlos en cualquier momento y eran negociables en los mercados de valores con autorización de la CNV. Al finalizar el proceso productivo el tenedor tenía la opción de vender la mercadería a la misma bodega o venderla por su cuenta.

Sería muy interesante ver la implementación de este tipo de títulos en los diferentes mercados del país, ya que con ellos en una misma inversión se pueden dar varios procesos que favorecen a todos los involucrados: las pequeñas y medianas empresas pueden alcanzar su propósito específico de producción, el inversor obtiene un beneficio financiero y la economía regional se fortalece.

¹⁶ PAPA, H. y BUSTILLO, M.^a del R., “Los nuevos instrumentos SVS y la inclusión financiera”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 306, 2021, p. 19.

¹⁷ BENELBAZ, op. cit., ps. 2 y ss.

También podemos hablar de los llamados bonos SVS (“bonos verdes, sociales y sustentables”): valores negociables que se destinan a financiar obras y proyectos que se gestionan de manera que el resultado final incluya también beneficios sociales, ambientales o una combinación de ambos (siendo esto lo que les da la denominación de sustentables).

El objetivo detrás de la implementación de estos bonos verdes fue mostrar a los inversionistas la viabilidad de utilizar instrumentos líquidos para apoyar inversiones *climáticamente inteligentes* que a su vez les permitieran obtener una rentabilidad financiera¹⁸. Estos bonos abarcan objetos como proyectos de energía renovable y eficiencia energética, transporte limpio, agricultura, abastecimiento de agua y aguas residuales, infraestructura resiliente y gestión de desechos sólidos.

Para comprobar su éxito podemos contar que desde la primera emisión en el año 2008 hasta principios del 2020 el Banco Mundial recaudó más de US\$ 13.000 millones por parte de inversionistas de todo el mundo (tanto institucionales como minoristas) a través de casi 150 bonos verdes en 20 monedas diferentes¹⁹.

En nuestro país la resolución 788/2019 de la CNV planteó los lineamientos orientativos para la emisión de este tipo de bonos, reconociendo que este tipo de instrumento financiero contribuye a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y proponiendo que los mercados creen segmentos o paneles de negociación específicamente “SVS”.

Más adelante, por medio de la resolución general 885/2021, la CNV incorporó en abril del 2021 una serie de disposiciones sobre productos de inversión colectiva (fondos comunes de inversión) que deben tener como objeto especial de inversión valores negociables con impacto ambiental, social y de gobernanza (ASG).

Para estar caracterizado como fondo verde de inversión, el 75% –como mínimo– del haber del fondo deberá invertirse en activos de esa naturaleza. Un 45% –como mínimo– en valores negociables listados

¹⁸ PAPA y BUSTILLO, op. cit., p. 21.

¹⁹ <https://www.bancomundial.org/es/news/immersive-story/2019/03/18/10-years-of-green-bonds-creating-the-blueprint-for-sustainability-across-capital-markets>, consultado el 10-11-2021.

en esos segmentos y/o paneles de negociación SVS, o cuyas emisoras cumplan con ciertos estándares de sustentabilidad, o que sean parte de fideicomisos financieros solidarios. El otro 30% debe invertirse en valores destinados al financiamiento de Pymes.

Las primeras experiencias en nuestro país se dieron en Neuquén, con la emisión de bonos destinados al financiamiento de un parque eólico; y en La Rioja y Jujuy, provincias que en el 2017 emitieron bonos subsoberanos, centrados en energías renovables.

Creemos que esta normativa puede ser sumamente propicia para el acceso al crédito por parte de Pymes que se beneficiarán de un mayor flujo de inversores que quieran apostar a productos financieros con un valor agregado que trasciende lo económico.

Por último, si bien excede el alcance de este trabajo por no tratarse de valores negociables, cabe mencionar a los métodos de *crowdfunding* como modo alternativo de financiamiento para el desarrollo de emprendimientos productivos. La diferencia entre el contenido que se observa en este tipo de campañas en Argentina respecto de las que se ven en otros países es verdaderamente y a pesar de todo un testamento al sistema de seguridad social que nuestro país sostiene: es raro ver campañas de recaudación relacionadas con temas de salud o de educación. Sí, por otro lado, se ven iniciativas de emprendimientos que buscan financiación, lo cual evidencia una vez más la falta de acceso al crédito por parte de pequeños emprendedores.

VIII. Conclusiones

El hecho económico antecede a la regulación²⁰, y en muchos casos termina por excederla. Si acudir a las vías tradicionales de acceso al crédito no es viable para quienes lo necesitan, necesariamente habrá que desarrollar modos seguros de colocación de deuda para suplir esa falta y permitir la expansión de la matriz productiva de nuestro país.

Una buena medida es la que funciona para los objetivos que se tuvieron en cuenta al crearla. Más allá de las adhesiones personales a una u otra manera de resolver los asuntos planteados en este trabajo,

²⁰ HEREDIA QUERRO, op. cit., p. 1.

la pregunta fundamental es qué anclaje en la realidad tienen estas ideas: ¿Se verifican en la vida de las personas y de las empresas los supuestos sobre los cuales se crean estas regulaciones? ¿Mejoran concretamente el acceso al crédito y establecen reglas de juego transparentes? Si la respuesta es afirmativa, probablemente se trate de buenas medidas para el mercado de capitales, para las empresas y para los inversionistas.

Entre las medidas que pueden analizarse según estos parámetros están, por ejemplo, la citada exención de responsabilidad cambiaria a los actores intermedios durante la transmisión de títulos valores desmaterializados, o las exigencias sobre la información mínima que debe brindarse al posible inversor cuando se realiza oferta pública.

Con respecto a las nuevas formas posibles de circulación de la riqueza, parece evidente que la existencia y éxito de los instrumentos alternativos de financiación nos invitan a dejar de pensar que lo que se sale de las estructuras tradicionales de intercambio de valores no puede ser rentable, cuando en realidad su implementación ayuda a expandir el acceso al crédito a sectores con mucho valor para aportar.

Pareciera existir un cierto prejuicio que les asigna a las iniciativas ambientales o a las empresas de la economía social un cariz de inviabilidad y hasta de precariedad, como si no pudieran ser capaces de generar dividendos mediante productos de calidad –sean éstos físicos o financieros–.

Las experiencias citadas en este trabajo, respaldadas por instituciones de innegable prestigio, pueden ser ejemplo a seguir para implementar la emisión e intercambio de títulos valores alternativos con un contenido de valor local y ambiental.

Sabemos que la libertad es “el motor de la creatividad necesaria para generar personas y pueblos emprendedores”²¹, pero como lo sigue demostrando cada nuevo hecho que atraviesa a la sociedad, es innegable que en algún punto es imprescindible la función estatal de regulación normativa y control para evitar abusos que afecten el interés general.

La clave de este equilibrio parece ser entonces encontrar el punto en el que la regulación sea eficaz para fomentar la actividad económica

²¹ MÉNDEZ y MÉNDEZ, op. cit., p. 4.

respetando la libertad de comercio, sin dejar de tener en cuenta el bien común y la protección a quienes de buena fe se lanzan al mercado de capitales en busca de cierta seguridad económica.

Bibliografía

- ALEGRIA, Héctor, “La desmaterialización de los títulos-valores”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (núm. 126), 1988.
- ARIAS, María Paula, “Mecanismos de tutela del consumidor de servicios financieros y bursátiles en el mercado actual”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (núm. 281), 2016.
- Banco Mundial, “Los bonos verdes cumplen 10 años: un modelo para fomentar la sostenibilidad en los mercados de capital”, The World Bank Group, 2019; disponible en <https://www.bancomundial.org/es/news/immersive-story/2019/03/18/10-years-of-green-bonds-creating-the-blueprint-for-sustainability-across-capital-markets>, consultado el 10-11-2021.
- BENELBAZ, Héctor, “Títulos de ahorro vitivinícolas de Mendoza”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1990; La Ley Online, 0021/000344.
- BERTAZZI, Juan Carlos; DE OCAÑA, Marcia Daniela de y MATUS, María Cristina, “El mercado de capitales como medio para el financiamiento de las MiPymes”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (núm. 295), 2019.
- GÓMEZ LEO, Osvaldo, “Nuevo manual de Derecho Cambiario”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.
- GUASTAVINO, Elías, “Tratado de la ‘jurisdicción’ administrativa y su revisión judicial”, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1989.
- HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Token economics y corporate finance*. Tensiones entre regulaciones bursátiles del siglo XX y la tecnodemocratización del acceso al financiamiento en el siglo XXI”, en La Ley 2019-C; La Ley Online, AR/DOC/1774/2019.
- MALUMIÁN, Nicolás, “Oferta pública y privada de valores negociables: De los cartulares a los criptoactivos”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (núm. 305), 2020.
- MÉNDEZ, Héctor y MÉNDEZ, Agustina Mercedes, “Globalización y justicia”, en Jurisprudencia Argentina 2011-III; La Ley Online, 0003/015567.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Cómo contratar en una economía de mercado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996.

PAOLANTONIO, Martín, “El pagaré y el cheque en el mercado de capitales”, en Revista Enfoques, vol. 110, 2016.

PAPA, Hernán y BUSTILLO, María del Rosario, “Los nuevos instrumentos SVS y la inclusión financiera”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (núm. 306), 2021.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN TEMAS DE COMPLEJIDAD TÉCNICA

LA EXCUSA DE LA PANDEMIA DEL VIRUS SARS-COV-2
PARA RETOMAR (O PROFUNDIZAR) VIEJOS MODELOS
DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

por ARIEL DAMIÁN STRAPPA¹

SUMARIO: 1. Planteo introductorio. 2. Democracia y pandemia. 3. Decisiones técnicas al margen de la discusión democrática. 4. La participación ciudadana como instituto central en el Estado Social y Democrático de Derecho. 5. Algunas conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La pandemia del virus SARS-CoV-2 vino a impactar fuertemente en el funcionamiento del sistema democrático. La actividad estatal se recostó fundamentalmente en el Poder Ejecutivo, que asumió una posición centrada en el ejercicio de sus potestades, en detrimento del Órgano Legislativo, y de la activación de instancias de participación de la ciudadanía. Este formato se extendió a todas las administraciones públicas, y fue más allá de los requerimientos de la situación sanitaria. Para su justificación, además de las razones de emergencia, tomó fuerza

¹ Abogado (FDER-UNR). Docente de Derecho Administrativo, Administración Pública y Derecho Administrativo I y Derecho Administrativo II (FDER-UNR). Docente de Derecho Constitucional del Poder y Derecho Público Provincial y Municipal (FCJyS-UCEL). Maestrando en Derecho Público (FDER-UNR). Miembro del Centro de Investigaciones en Derecho Administrativo (CIDeA-FDER-UNR). Presidente del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Rosario (2021-2022).

el argumento de que ciertas cuestiones son esencialmente complejas y de matriz técnica, lo que implica la participación exclusiva de científicos especializados en la toma de decisiones, en detrimento de una ciudadanía no formada ni informada. Esta posición se deriva de ideas propias del primer Estado de Bienestar, donde todos los problemas políticos se reducen a la técnica. La negación de la participación ciudadana pierde de vista la importancia de la legitimación social de las decisiones públicas, sus efectos movilizados respecto de la sociedad, además del reconocimiento de la dimensión social del individuo. La postura, que no reduce su vigencia en tiempos de crisis, choca con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, positivizado en nuestro país en la reforma constitucional de 1994, refrendado por la importante jurisprudencia nacional e internacional, y que impone, aun en tiempos de emergencia, la obligación de garantizar los derechos humanos, así como un funcionamiento institucional acorde a los principios democráticos.

Abstract

The SARS-CoV-2 virus pandemic had a strong impact on the functioning of the democratic system. State activity relied mainly on the Executive Branch, which assumed a position focused on the exercise of its powers, to the detriment of the Legislative Branch, and the activation of citizen participation instances. This format was extended to all public administrations, and went beyond the requirements of the health situation. For its justification, in addition to the emergency reasons, the argument that certain issues are essentially complex and technical in nature, which implies the exclusive participation of specialized scientists in decision-making, to the detriment of a citizenry neither trained nor informed. This position derives from ideas typical of the first Welfare State, where all political problems are reduced to technique. The denial of citizen participation loses sight of the importance of the social legitimacy of public decisions, their mobilizing effects on society, as well as the recognition of the social dimension of the individual. The position, which does not reduce its validity in times of crisis, clashes with the postulates of the Social and Democratic State of Law, positivized in our country in the constitutional reform

of 1994, endorsed by important national and international jurisprudence, and which still imposes in times of emergency the obligation to guarantee human rights, as well as institutional functioning in accordance with democratic principles.

Palabras clave

Participación ciudadana. Pandemia del virus SARS-CoV-2. Complejidad.

Keywords

Citizen participation. SARS-CoV-2 pandemic. Complexity.

1. Planteo introductorio

En este breve trabajo pretendemos abordar, con el objetivo principal de generar algunos interrogantes y alertas, cómo el funcionamiento de los diferentes niveles del Estado, implementado a partir del advenimiento de la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2, se direcciona en el sentido de desandar el camino que nos marca el Estado Social y Democrático de Derecho, modelo consolidado jurídicamente en nuestro país en la reforma constitucional de 1994. Todo ello especialmente en relación con la apertura democrática y la participación ciudadana en los asuntos comunes.

Puntualmente nos interesa referirnos a un discurso que volvió a tomar fuerza, y plantea, a veces de manera más clara o a veces subrepticia, que determinadas decisiones de gobierno o administrativas deben quedar absolutamente subordinadas a criterios técnicos o científicos y exceptuadas de la discusión democrática. Poco tiene que aportar el común de la sociedad en temas que no comprende por no contar con la formación específica.

En este sentido y a modo de disparador nos preguntamos: ¿Se ha visto afectada la democracia durante la pandemia? ¿Cómo han actuado los gobiernos y las administraciones públicas? ¿Al menos se han sostenido los mecanismos de participación ciudadana previos? ¿Es la complejidad de los asuntos a enfrentar argumento suficiente para soslayar

la opinión de la ciudadanía? ¿Cuáles son las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho en este sentido?

A partir de estos interrogantes, comenzaremos haciendo referencia a algunos efectos de la pandemia sobre el sistema democrático, y en el funcionamiento institucional, para pasar luego al núcleo del trabajo, la participación ciudadana en temas que presentan aristas técnicas muy marcadas y el argumento de la complejidad para excluirla. Finalizamos resaltando la importancia de tomar en cuenta la opinión ciudadana en todos los casos, por resultar ello imperativo del Estado Social y Democrático de Derecho, legitimador de las decisiones públicas y factor determinante de la realización de los individuos en el marco de la sociedad actual.

2. Democracia y pandemia

La pandemia del SARS-CoV-2 vino a poner a prueba la fortaleza de todas las instituciones públicas, y en especial del sistema democrático. Esto fue una constante en todo el mundo occidental. En el caso de nuestro país, la gobernabilidad durante todo este tiempo se materializó en una profundización de la concentración del poder en el Órgano Ejecutivo, quien tomó las principales definiciones mediante reglamentos de necesidad y urgencia, con sustento en las sugerencias de un “Comité de especialistas” en materia sanitaria. Como expresa Roberto Gargarella, si bien resultan claros los esfuerzos (con muchos aciertos, agregamos nosotros) que se han realizado para enfrentar la pandemia, también es innegable que, institucionalmente, el gobierno quedó básicamente reducido al accionar del Ejecutivo; y que se cometieron faltas y errores importantísimos (desde compras con sobreprecios a intentos ilegales de controlar a la población, como en el caso del “ciberpatrullaje”); o que su política durante tiempo se mostró “estancada” en la inercia de una estrategia de cuarentena². El Congreso de la Nación no funcionó durante algún tiempo y luego de retomar tareas no reasumió las competencias constitucionales propias de regu-

² GARGARELLA, R., “Ni infectadura ni concentración de poder: sólo más democracia”, en Clarín, https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/infectadura-concentracion-poder-solo-democracia_0_whBNmXnKo.html, consultado en fecha: 25-1-2021.

lación de materias vinculadas a la restricción de derechos, limitándose a la convalidación de los DNU oportunamente sancionados.

Lo que sucedió en las máximas decisiones gubernamentales tuvo su reflejo en toda la actividad de la Administración Pública Nacional y de las administraciones locales. Con el objetivo de sortear las dificultades que impone la pandemia se solidificó el funcionamiento verticalista y cerrado de la Administración Pública, obturando el involucramiento de la comunidad en las decisiones de la administración. Se retomó un concepto viejo de la Administración (aunque de vigencia material plena en muchos de sus estratos), centrado en sus potestades, alejado de la sociedad civil, y ya dejado atrás hace tiempo por la doctrina especializada.

De esta forma también fuimos observando que lo excepcional y transitorio de algunas prácticas, fundamentado en la coyuntura sanitaria, se fue convirtiendo en la regla permanente. Los horarios limitados de atención, la necesidad de contar con turnos previos para trámites presenciales, las prórrogas automáticas y sin control de autorizaciones vencidas, la paralización de procedimientos administrativos, la suspensión de audiencias y plazos, persisten en muchos casos, sin que los ciudadanos tengan herramientas eficaces para que se garanticen sus derechos.

Tan extendida es la preocupación por la salud del sistema democrático, ante las formas de funcionamiento asumidas por los Estados, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expresó en el sentido de asegurar su plena vigencia, con cumplimiento de competencias de los distintos órganos decisionales y de control, así como asegurar los espacios de participación colectiva. “En particular, la CIDH recuerda que los Estados miembros de la OEA, al adoptar la Carta Democrática Interamericana, reconocieron que la democracia representativa constituye el sistema esencial para lograr el pleno ejercicio de los derechos. En ese marco, la Comisión destaca que el Estado de Derecho en un sistema democrático implica una división de las funciones estatales y, a la vez, un sistema de controles para el ejercicio de dichas funciones. Por otra parte, en cuanto a los espacios de participación social, aun en situaciones excepcionales, es posible incluir diversas estrategias que permitan que las personas intervengan en el proceso de formación e implementación de las medidas que se adopten

en este contexto y de este modo legitimar la gestión institucional en el marco de la democracia representativa. Respecto del trabajo de las organizaciones de la sociedad para la promoción y la vigencia de los derechos humanos, la Comisión resalta que debe ser respetado y reconocido por los Estados desde sus más altas autoridades”³.

3. Decisiones técnicas al margen de la discusión democrática

A partir del contexto descripto, y casi como su lógica consecuencia, tampoco se favoreció la participación de la ciudadanía. Ello quedó bien expuesto en los temas que hacen directamente a la gestión de la situación excepcional que nos toca atravesar. Tanto el Órgano Ejecutivo nacional como sus pares provinciales desarrollaron las competencias sin apertura a la sociedad civil; y en algunos casos sin siquiera brindar la información pública indispensable⁴. Se ejerció el poder de policía para evitar la circulación y aglomeración de personas; se fijaron restricciones o prohibiciones para el ingreso al territorio nacional desde el extranjero; se determinaron cambios de modalidad en la prestación de servicios públicos (educación, salud, transporte); se realizaron procesos directos de contratación pública para la adquisición de vacunas y otros insumos, entre otras acciones.

A la par de argumentarse que la situación de emergencia exigía una actuación rápida y eficaz por parte de los organismos públicos⁵, se construyó un discurso en el sentido de que se trataba de temas extremadamente complejos, de carácter técnico, que no admiten otras

³ CIDH, “CIDH llama a garantizar la vigencia de la democracia y el Estado de Derecho en el contexto de la pandemia de COVID-19”, comunicado de prensa del 9-6-2020, en OAS, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/130.asp>, consultado en fecha: 25-1-2022.

⁴ Tal el caso de las negociaciones del Gobierno nacional con la empresa farmacéutica estadounidense Pfizer para la compra de las vacunas contra el coronavirus desarrolladas por la firma en conjunto con la compañía de biotecnología alemana BioNTech.

⁵ La cuestión entre las emergencias y los “límites” constitucionales es un tema recurrente en la historia argentina, y su análisis excede el objeto del presente trabajo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido, por ej., en el fallo “Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional, Ministerio de Economía y BCRA”, el 20-4-89, *Fallos*: 313:513.

opciones que las brindadas por los científicos especialistas en la materia sanitaria. No cabe la más mínima discusión ni crítica sobre las decisiones asumidas, en tanto en cuanto son el resultado de un proceso determinado por el método científico. Dicho esto, y en referencia a procesos que son de actualidad, podemos preguntarnos: ¿Corresponde someter a la participación ciudadana temas como por ejemplo la aprobación de un medicamento o la autorización de un estudio de investigación clínica? ¿Qué aporta la participación de la comunidad en el proceso de adquisición de vacunas? ¿Estas decisiones deben quedar reservadas a quienes posean la aptitud científica o técnica? ¿O deben abrirse también a la participación de la comunidad?

El argumento central en contra de la participación en estos casos está dado porque ésta no es posible o al menos conveniente en los temas que tienen una marcada sustancia técnica, por la falta de información o formación en la ciudadanía. Esta posición se sostiene en la teoría que plantea que en la moderna sociedad industrial todos los problemas políticos son en definitiva problemas técnicos, y quienes no dominan esa técnica no pueden opinar y no les interesa hacerlo⁶. Se trata, en los términos de Elías Díaz, de los cimientos mismos del modelo del Estado de Bienestar, caracterizado por un predominio de la administración sobre la política, un predominio de la técnica sobre la ideología, no siendo infrecuente la tesis de que la administración y la técnica son perfectamente suficientes para lograr el objetivo del desarrollo económico y el bienestar social general⁷.

⁶ Esta idea se desprende de la teoría desarrollada por Ernst Forsthoff, cuyas tesis pueden expresarse de la siguiente forma: a) el hombre contemporáneo depende de las prestaciones estatales, independientemente de su posición económica y social; b) al hombre contemporáneo no le interesan las libertades ni los derechos individuales, sin las prestaciones del Estado que le aseguren su existencia; c) la garantía jurídica que debe ofrecer el Estado es la de la participación en las prestaciones, en reemplazo de las libertades individuales que caracterizan al siglo XIX; d) los problemas que puede suscitar el cumplimiento, por parte del Estado, de esa finalidad son de naturaleza técnica y no política, y e) la sociedad industrial es capaz de funcionar como un todo racionalizable, independiente del Estado. Citado por GROISMAN, E. I., "Función administrativa y legitimación democrática", Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración (CISEA), Buenos Aires, 1981, p. 15.

⁷ DÍAZ, E., "Estado de Derecho y sociedad democrática", Taurus, Madrid, 2010, ps. 92 y 93.

Especialmente se han señalado las dificultades para la realización plena del principio participativo en el campo de la salud, por estar firmemente arraigados dos elementos. El primero está ligado a la ideología dominante que tiende a reducir la salud a la medicina. El segundo elemento tiene estrecha vinculación con lo que estamos tratando y está dado por el logro de los médicos en obtener el monopolio de la actividad terapéutica legítima, constituyendo un poder sustentado en la complejidad del saber⁸. Con algunos ajustes, este razonamiento puede extenderse a otros ámbitos dominados por la ciencia y la técnica, y donde el conocimiento está concentrado en ciertos grupos.

Ésta es una reflexión que excede al ámbito de la salud, y a la situación de pandemia. Ante los nudos problemáticos que presenta el proceso democrático, una propuesta ha sido aislar ciertos ámbitos de intervención pública, consideramos como materia sensible, de las formas tradicionales de debate e intervención política. Una solución bastante difundida en Europa está dada por la creación de autoridades independientes, agencias u organismos⁹ que legitimasen su actuación y capacidad de decisión a partir de criterios de autoridad o representatividad profesional o técnica¹⁰. La propuesta plantea sustraer estas decisiones a las instituciones políticas clásicas, por lo que sus efectos van más allá de ser una crítica sólo a la participación ciudadana. De todos modos, aparece claramente la idea de que los ciudadanos no son capaces de tomar parte en decisiones políticas complejas. Se presenta a la técnica como portadora de una solución única, indiscutible, de modo tal que se elimina la opción política. Esto es generador de otros interrogantes: ¿Quién controla a los técnicos? ¿A quiénes representan? ¿Cómo trasladar a la esfera social el consenso técnico alcan-

⁸ FASSIN, D., "Entre ideología y pragmatismo. Ambigüedades y contradicciones de la participación comunitaria en salud", en MENÉNDEZ, E. L. y SPINELLI, H. G. (coords.), *Participación social. ¿Para qué?*, 1ª ed., Lugar, Buenos Aires, 2006, ps. 117-143.

⁹ En este sentido pueden mencionarse, además del ejemplo paradigmático de los bancos centrales, las entidades surgidas en materia bursátil, de regulación eléctrica, medioambiental, nuclear, de control de la competencia o de la disciplina deportiva.

¹⁰ SUBIRATS, J., "Nuevos mecanismos participativos y democracia. Promesas y amenazas", en FONT, J. (coord.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona, 2001, ps. 33-42.

zado?¹¹ Todo ello sumado a la falta de certezas que la ciencia tiene para dar respuesta a los problemas que se le presentan.

4. La participación ciudadana como instituto central en el Estado Social y Democrático de Derecho

Con el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, surgido en el plano de la teoría política y luego plasmado constitucionalmente, se plantea, además de la garantización de los derechos sociales, la democratización del Poder Ejecutivo, que no sólo se construye a partir del voto para la elección de las autoridades, sino con la incorporación de técnicas de participación en el propio seno de dicho poder. A partir de la década de los 60 del siglo pasado se empezó a poner fuertemente en crisis la concepción de la democracia representativa, y la necesidad de incorporar otras instancias para la expresión de la sociedad civil en las decisiones de los distintos niveles del gobierno y la Administración¹².

En nuestro país el Estado Social y Democrático de Derecho ha tenido su consagración constitucional con la reforma de 1994. En este sentido se ha reconocido puntualmente a la participación de la sociedad en los asuntos públicos, más allá de la emisión del sufragio, por ejemplo, con la incorporación de los instrumentos de democracia semidirecta como son la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40). En similar sentido el artículo 41 recepta la participación de consumidores y usuarios en los asuntos de su interés. A esto hay que sumarle la consagración del amparo, ampliado a los derechos de incidencia colectiva y la participación de los usuarios en el Consejo de la Magistratura, lo que aparece como una modificación de las formas tradicionales del Poder Judicial¹³. Este mandato constitucional es un valor que predica la democratización de la gestión pública mediante la participación directa de los interesados¹⁴.

¹¹ *Ibíd.*

¹² BALBÍN, C., “Crisis del Derecho Administrativo”, Astrea, Buenos Aires, 2020, ps. 36 y 37.

¹³ PÉREZ, H., “Gobierno abierto, nuevas tecnologías y participación ciudadana: ¿Hacia un nuevo paradigma del procedimiento administrativo?”, en *RDA* del 27-6-2019, ps. 123 y 439; cita online: AR/DOC/1338/2019.

¹⁴ *Ibíd.*

La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal también ha reconocido la importancia de la participación ciudadana en las políticas públicas, por ejemplo, en los fallos “Martínez”¹⁵, “Mamani”¹⁶ y “Cepis”¹⁷. En “Martínez” la CSJN, refiriéndose a la relevancia de la participación ciudadana, en el caso vinculado a temas ambientales, expresó: “...la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana”. Por su parte, en “Cepis” sostuvo que “...la participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información adecuada y veraz [...] y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno”. Además, agregó que “...ello es consistente con la noción de democracia deliberativa...” Y que “...el debate público mejora la legitimidad de las decisiones...” Los pronunciamientos refieren al abordaje de temas complejos, como son el estudio de impacto ambiental previo a un emprendimiento y las tarifas de los servicios públicos, por lo que no puede inferirse que, en la interpretación de nuestra jurisprudencia, existan ámbitos vedados a la participación ciudadana.

La posición negadora de la participación ciudadana pierde de vista la importancia de la legitimación social de las decisiones públicas, además de sus efectos movilizadores respecto de la sociedad. Todo

¹⁵ CSJN, “Martínez, Sergio Raúl c/Agua Rica L. L. C. Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/Acción de amparo”, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=728552&interno=4>, consultado en fecha: 10-2-2022.

¹⁶ CSJN, “Mamani, Agustín Pío y otros c/Estado provincial. Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram SA s/Recurso”, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7392782&cache=1506816015000>, consultado en fecha: 10-2-2022.

¹⁷ CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo”, <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7327882>, consultado en fecha: 10-2-2022.

ello en cuanto una decisión legitimada socialmente encuentra un mayor grado de contención de los intereses particulares en juego, contribuye a la construcción colectiva del interés general y consecuentemente permite un mayor acatamiento voluntario de las políticas públicas. En estos tiempos de pandemia, la falta de legitimación de muchas de las decisiones de los Ejecutivos se vio reflejada en el desigual grado de cumplimiento de las restricciones dispuestas, las que fueron marcando un progresivo desgaste de las instituciones. Así las cosas, participación y eficacia se constituyen en elementos complementarios indispensables.

La participación supone, además, el reconocimiento de la dimensión social del individuo, la constatación de que sus intereses, sus aspiraciones, sus preocupaciones, trascienden el ámbito individual o familiar, y se extienden a toda la sociedad en su conjunto¹⁸. Si bien los factores socioeconómicos son importantes, la clave de la cohesión social, la clave de la vida democrática, está en la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos¹⁹.

Según señala Rodríguez Arana: “En modo alguno, como se ha entendido la versión estática del Estado Social, se puede justificar la acción pública orientándola a la dependencia de los ciudadanos, a quienes el espacio público, regido por lo unilateral y el pensamiento único, termina por narcotizar hasta ser convertidos en marionetas al servicio de la tecnoestructura política, financiera y mediática, que sutilmente ha conseguido que la democracia esté dejando de ser el gobierno del pueblo, por el pueblo, convirtiéndose sencillamente en el gobierno de los que mandan”²⁰.

Tener por válida la solución única, impuesta por la técnica, implica la aceptación acrítica de la situación existente y renunciar a discutir los fundamentos y a elaborar opciones²¹. Esta idea que parece retomar fuerza en tiempos de crisis es la regla en ciertos ámbitos de la administración que son impenetrables para la ciudadanía.

Por otro lado, las tecnologías de la información y la comunicación

¹⁸ RODRÍGUEZ ARANA, J., “Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar”, Iustel, Madrid, 2012, p. 136.

¹⁹ Íd., p. 137.

²⁰ Íd., p. 111.

²¹ GROISMAN, op. cit., p. 16.

(TIC), que han adquirido una utilidad fundamental en estos tiempos para el gobierno de los diferentes niveles del Estado, transformando procedimientos en tiempo récord y permitiendo la gestión a distancia, no tuvieron un impacto proporcional en la participación de la comunidad en las decisiones colectivas. No se verifica, salvo algunas excepciones dadas fundamentalmente a nivel local²², la utilización de herramientas tecnológicas para favorecer el involucramiento colectivo en los temas comunes. Lo dicho es revelador de que no es la ausencia de tecnologías sino la decisión política la que no permitió la ampliación o al menos el sostenimiento de los canales participativos. Ésta es una conclusión que vale tanto para los tiempos ordinarios como los de crisis.

De esta forma, nos parece que echar mano a viejos modelos de Estado y de administración no es una opción para afrontar los desafíos de estos nuevos tiempos. Más bien todo lo contrario. Es indispensable profundizar el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho que nos exige garantizar los derechos fundamentales de todos los habitantes, con plena participación de la ciudadanía en las decisiones colectivas, aun cuando éstas presenten cierto grado de complejidad o tecnicismo. Como reiteradamente manifiesta Jaime Rodríguez Arana, en un Estado Social y Democrático los ciudadanos no son sujetos inertes: son los principales protagonistas de los asuntos del interés general.

5. Algunas conclusiones

De todo lo expuesto, podemos concluir lo siguiente.

A partir de la necesidad de enfrentar las consecuencias de la pandemia del virus del SARS-Cov-2, los Estados occidentales en general y Argentina (en sus diferentes niveles) en particular han llevado adelante acciones, muchas veces prescindiendo de la importancia del buen funcionamiento del sistema democrático. Esto implicó un recueste sobre las facultades de los Órganos Ejecutivos, en detrimento de los Legislativos, y la retracción de mecanismos de participación ciudadana, ya sean éstos formales o informales, cerrándose los gobiernos y la Administración a la permeabilidad de la opinión de la sociedad.

²² Tal es el caso de los Consejos Barriales en la ciudad de Rosario, que sostuvieron la realización de los encuentros con la utilización de programas como Zoom.

Se sacó a relucir como novedoso un viejo argumento. Las decisiones políticas o administrativas sobre temas sanitarios y científicos en general no admiten discusión, porque son el resultado de un método validado en el campo de la ciencia. Si la resolución es producto de la opinión de un Comité de especialistas en materia sanitaria, nadie puede objetarla válidamente por carecer de la formación técnica indispensable sobre el tema a abordar. La implementación de este razonamiento excede la coyuntura. En las distintas esferas de la Administración Pública existen espacios impermeables a la participación, donde se continúa esgrimiendo la carencia del saber técnico como un obstáculo para participar.

Las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho, plasmadas jurídicamente en la Constitución Nacional y en la gran mayoría de las Cartas Provinciales, imponen, aún en tiempos de emergencia, la obligación de garantizar los derechos humanos, así como un funcionamiento institucional acorde al sistema democrático, tanto en su faz representativa, con división de funciones de acuerdo a las competencias constitucionales, así como en su aspecto participativo, garantizando los mecanismos de participación ciudadana en las decisiones sobre temas comunes.

Bibliografía

- BALBÍN, Carlos F., “Crisis del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- CIDH, “CIDH llama a garantizar la vigencia de la democracia y el Estado de Derecho en el contexto de la pandemia de COVID-19”, comunicado de prensa del 9-6-2020, en OAS, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/130.asp>, consultado en fecha: 25-1-2022.
- DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, Madrid, Taurus, 2010.
- FASSIN, Didier, “Entre ideología y pragmatismo. Ambigüedades y contradicciones de la participación comunitaria en salud”, en MENÉNDEZ, Eduardo L. y SPINELLI, Hugo G. (coords.), *Participación social. ¿Para qué?*, 1ª ed., Buenos Aires, Lugar, 2006, ps. 117-143.
- GARGARELLA, Roberto, “Ni infectadura ni concentración de poder: sólo más democracia”, en Clarín, https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/infectadura-concentracion-poder-solo-democracia_0_whBNmXnKo.html, consultado en fecha: 25-1-2021.

- GROISMAN, Enrique I., “Función administrativa y legitimación democrática”, Buenos Aires, Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración (CISEA), 1981.
- PÉREZ, Héctor, “Gobierno abierto, nuevas tecnologías y participación ciudadana: ¿Hacia un nuevo paradigma del procedimiento administrativo?”, en RDA del 27-6-2019, p. 123; cita online: AR/DOC/1338/2019.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar”, Madrid, Iustel, 2012.
- SUBIRATS, Joan, “Nuevos mecanismos participativos y democracia. Promesas y amenazas”, en FONT, Joan (coord.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Barcelona, Ariel, 2001.

DIMENSIONES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA EMISIÓN DE NORMAS INTERNAS

por MARCELO TRUCCO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El control de convencionalidad como garantía de efecto útil de las obligaciones internacionales. III. El control latinoamericano de convencionalidad en materia de derechos humanos. 1. El control de convencionalidad a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. El control interno de convencionalidad. 1. Material controlado y controlante. V. El control legiferante de convencionalidad. 1. El control legislativo de convencionalidad. Dimensiones y efectos. VI. Control de convencionalidad a cargo de la Administración Pública cuando emite normas. VII. El control preventivo de convencionalidad y sus efectos. VIII. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

El control de convencionalidad primario a cargo de los tres poderes del Estado debe ejercerse tanto en la aplicación como en la emisión de las normas internas. Este test implica, en materia de derechos humanos y en el ámbito del sistema interamericano, verificar que las leyes y cualquier regla jurídica resulte compatible con la Convención

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor adjunto de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario). Docente del Doctorado en Derecho y de la Maestría en Derecho Público en la Facultad de Derecho de la UNR. Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Católica Argentina. Docente de Derecho Internacional Público en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Docente de posgrado en diversas universidades nacionales y del extranjero. Autor de libros y distintas publicaciones sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos.

Americana sobre Derechos Humanos y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtica y final de aquella Convención. En la emisión de normas es muy importante la función del Poder Legislativo, del Ejecutivo y de la Administración Pública en general. En esa dimensión, los órganos del Estado con capacidad “legiferante” asumen el compromiso de compatibilizar las disposiciones internas con los derechos reconocidos a nivel internacional. Ese desafío implica adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para dotar de operatividad y concreción real a aquellos derechos. El presente trabajo pretende contribuir a analizar las principales características, alcances y dimensiones que adquiere el control de convencionalidad al momento de elaborar y sancionar normas internas, indagando sobre los obstáculos presentes en dicha tarea. En las conclusiones se abordarán los desafíos pendientes en pos de aportar herramientas concretas para optimizar la emisión de normas domésticas “en clave convencional”.

Abstract

The primary control of conventionality in charge of the three powers of the State must be exercised both in the application and in the issuance of internal regulations. This test implies, in the matter of human rights, specially in the inter-American system, verifying that the laws and any legal rule are compatible with the American Convention on Human Rights and with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, authentic and final interpreter of that Convention. In the issuance of internal norms, the role of the Legislative and Executive Powers and the Public Administration is very important. In this dimension, the State bodies with “legiferant” capacity assume the commitment to make internal provisions compatible with internationally recognized rights. This challenge implies adopting the necessary legislative measures to make those rights operational and real effect. The present work tries to contribute to analyze the main characteristics, scope and dimensions that the conventionality control acquires at the moment of elaborating and sanctioning internal norms, inquiring about the obstacles presents. The conclusions will address the pending challenges in order to provide concrete tools to optimize the issuance of domestic standards “in a conventional key”.

Palabras clave

Tratados internacionales. Control de convencionalidad. Reglas domésticas.

Keywords

International treaties. Conventionality control. Domestic rules.

I. Introducción

El cumplimiento a nivel interno de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados constituye uno de los grandes desafíos al momento de hacer efectiva de buena fe la protección de derechos y libertades fundamentales de todas las personas.

Si bien los Estados deben cumplir todas las convenciones que han ratificado sin importar la materia a la que éstas se refieran, en el ámbito de los derechos humanos adquiere una trascendencia mayor, debido a la especial característica que asumen dichos tratados: son convenciones adoptadas por los Estados pero que tienen como destinatarias de la protección a las personas, consecuencia del enorme valor e impacto que generó el reconocimiento del individuo en el plano internacional operado a partir de la segunda mitad del siglo XX.

La recepción del Derecho Internacional a partir de estos nuevos paradigmas centrados en la persona y su dignidad motivó la necesidad de definir el valor que los ordenamientos jurídicos domésticos debían dar a aquellos compromisos internacionales. En este sentido, la mayoría de las Constituciones latinoamericanas en las reformas operadas a partir de las décadas de los 80 y 90 optaron por consagrar la jerarquía de los tratados por sobre las leyes internas, otorgando, como en el caso de Argentina, la misma cotización constitucional a aquellos instrumentos que en materia de derechos humanos había ratificado hasta ese momento nuestro país, dejando generosamente abierta la posibilidad de que en el futuro nuevos compromisos puedan adquirir dicha jerarquía constitucional a través de una mayoría determinada de ambas Cámaras Legislativas.

Este “proceso de internalización” trajo a su vez como consecuencia

la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para adecuar las normas internas a los mandatos convencionales. En el mismo sentido, implicó en adelante la obligación para los tres poderes del Estado de velar por que, al momento de emitir y aplicar normas y demás disposiciones de Derecho interno, las mismas resulten conformes a las obligaciones convencionales previamente asumidas. Esta obligación de practicar el “control de convencionalidad” se presenta en la actualidad como la herramienta para garantizar de manera concreta la obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales. Si bien este control resulta importante al momento de aplicar las normas, en este breve trabajo pretendemos concentrar el estudio en analizar las características y efectos que asume el control de convencionalidad al momento de la emisión o elaboración de normas internas, aspecto pocas veces profundizado y que adquiere significativa importancia como herramienta de eficaz cumplimiento de los instrumentos internacionales y demás estándares emanados de los órganos con competencia para interpretar de manera auténtica y final aquellas convenciones.

II. El control de convencionalidad como garantía de efecto útil de las obligaciones internacionales

Más allá de la importancia que implica ratificar convenciones internacionales, también es cierto que dichos compromisos pueden resultar insuficientes si luego ello no va acompañado de medidas concretas que garanticen su efectivo cumplimiento a nivel interno.

La disposición contenida en el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) resulta muy clara cuando establece que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1° no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Aquí nos encontramos con la expresión concreta de uno de los

principios rectores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el principio del efecto útil (*effet utile*) de los tratados, que implica el compromiso de los Estados de realizar todos los actos y medidas necesarias para cumplir con un tratado internacional. En el “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) explicó que “la efectividad de las normas es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica”, para luego agregar “que las medidas de Derecho interno han de ser *efectivas* [...] significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella”². En el marco de estas obligaciones, las normas jurídicas domésticas se erigen como principal fuente de garantía. Desde el momento que nuestro país ratifica una convención internacional no sólo debe adecuar su ordenamiento a lo establecido en dichos instrumentos, sino que además se obliga a que, al momento de adoptar y/o emitir normas o reglas jurídicas domésticas, las mismas sean respetuosas de las obligaciones internacionales³.

En este sentido, podemos definir al control de convencionalidad de manera amplia como “la acción o ejercicio por medio del cual se verifica o analiza si las normas, reglas jurídicas en general a nivel interno y las decisiones adoptadas por los órganos de un Estado resultan compatibles con los instrumentos y convenciones internacionales ratificados por el país”⁴. Este concepto resulta amplio porque comprende

² Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, reparaciones y costas, sent. de 27-8-98, Serie C, núm. 39, párrs. 69 y 70.

³ Recordemos en este sentido lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en vigencia a partir de 1980) en cuanto impide a los Estados poder invocar normas internas para justiciar el incumplimiento de tratados.

⁴ Ver TRUCCO, M., “Control de convencionalidad (en pocas palabras). Herramientas para su aplicación en el Derecho interno de los Estados”, Dunken, Buenos Aires, 2021, p. 23.

a cualquier convención o instrumento internacional ratificado por el país, independientemente de la materia a la que se refieran los tratados (no exclusivos de la temática de derechos humanos).

Sabemos que la gran dificultad del Derecho Internacional es que descansa su eficacia en la voluntad de los Estados, de allí que resulta trascendente esta segunda obligación pues es la que, de cumplirse, permitirá al Estado atender el respeto de los derechos a través de sus órganos e instituciones domésticas y no tener que enfrentar responsabilidad, en caso de violación, ante instancias internacionales.

III. El control latinoamericano de convencionalidad en materia de derechos humanos

Si bien en el punto anterior referimos un concepto amplio de control de convencionalidad, en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos dicho test adquiere un aspecto particular referido en forma especial “al control de convencionalidad a la luz de su formulación por la Corte IDH y a la clara intención de todo el sistema interamericano de protección de velar por el efectivo cumplimiento a nivel interno de las obligaciones asumidas por los Estados. Es en este sentido en que podemos concretar y “afinar” aún más el concepto, ahora aplicado de manera particular al ámbito regional de los derechos humanos. Entonces, en este ámbito, llamaremos control de convencionalidad a “la acción o ejercicio por medio del cual se verifica o analiza si las normas, reglas jurídicas en general a nivel interno y las decisiones adoptadas por los órganos de un Estado resultan compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) o con otros instrumentos y convenciones vigentes en el sistema interamericano de derechos humanos ratificados por el país y con las interpretaciones y estándares que, respecto a dichas convenciones, han sido dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁵.

Para Sagüés, el control de convencionalidad constituye “un mecanismo que asegura el funcionamiento eficaz y operativo del sistema

⁵ Íd., ps. 23 y 24.

internacional de derechos humanos frente a los eventuales obstáculos que plantee a su protección el ámbito nacional”⁶. En el mismo sentido, reflexiona Gozaíni que “en la CADH el deber de respeto y acatamiento no se formuló como un programa de anhelos a cumplir; verdaderamente era una garantía para la eficacia intrínseca del sistema”⁷. Por su parte, Bazán, avizorando la necesaria vinculación entre el sistema internacional de protección y los ordenamientos internos, opina que “el control de convencionalidad es un mecanismo que, razonablemente utilizado, puede coadyuvar a la aplicación ordenada y coherente del Derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales”⁸.

1. *El control de convencionalidad a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Podemos hablar de un control de convencionalidad externo o practicado en sede internacional que está a cargo de la Corte IDH. La tarea principal que cumple el tribunal regional es analizar si las normas, decisiones o políticas públicas adoptadas por un Estado resultan compatibles con la CADH y con la jurisprudencia del propio tribunal. Este control que realiza la Corte IDH, en caso de confirmar una violación por el Estado de las obligaciones convencionales, habilitará el dictado de una serie de medidas de reparación que el Estado declarado responsable deberá obligatoriamente cumplir para reparar económicamente a las víctimas y/o a sus familias, adecuar su legislación, adoptar políticas públicas, publicar la sentencia, entre otras medidas orientadas a evitar la repetición de los hechos que motivaron la violación.

Este control en sede internacional resulta secundario al que, como veremos a continuación, deben realizar primeramente los Estados. En

⁶ SAGÜÉS, N., “Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad”, Tirant lo Blanch-Konrad Adenauer, Colombia, 2020, p. 17.

⁷ GOZAÍNI, O., “Conflictos constitucionales y procesales del sistema interamericano de derechos humanos”, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 28.

⁸ BAZÁN, V., “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado”, en BAZÁN, V. (dir.), *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 15.

este sentido conviene remarcar el carácter subsidiario y complementario del sistema interamericano de derechos humanos, dado que son los Estados los primeros responsables en dotar de efectividad a las obligaciones comprometidas, garantía que en caso de ejercerse con prontitud y diligencia, no debería implicar para presuntas víctimas el tránsito engorroso de atravesar instancias internacionales. Muchas veces la intervención de la Corte IDH se puede evitar si los poderes del Estado realizan un correcto control de convencionalidad.

IV. El control interno de convencionalidad

La obligación de respetar las convenciones internacionales reside en los Estados. Son ellos los que deben hacer efectivas dichas obligaciones predisponiendo todo el aparato gubernamental y todas las acciones a través de las cuales se expresa la voluntad del Estado para garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales. Con toda claridad ha remarcado la Corte IDH que “el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales, como el sistema interamericano...”⁹

En materia de derechos humanos y en el ámbito específico del sistema interamericano, la obligación de cotejar las disposiciones internas con la CADH y con la jurisprudencia de la Corte IDH asoma como una responsabilidad primaria que debe ser ejercida con eficacia por los órganos estatales. Este control se presenta entonces no sólo como el primer control que debe ser realizado por los Estados para garantizar los derechos a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sino también, como adelantamos, como manera de dotar de significado práctico al carácter subsidiario y complementario que ostenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La obligación de practicar el control interno de convencionalidad resultó la gran “novedad” marcada con contundencia por la Corte IDH

⁹ Corte IDH, “Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sent. de 30-11-2012, Serie C, núm. 259, párr. 142.

en el célebre “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” del año 2006. En aquella ocasión, señaló el tribunal interamericano que “La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁰.

Según lo transcripto y teniendo en cuenta los alcances que a lo largo del tiempo ha tenido el control primario de convencionalidad a cargo de los Estados en la jurisprudencia de la Corte IDH, podemos anticipar algunas de sus manifestaciones. En primer lugar, si bien en sus primeras decisiones sobre el tema la Corte IDH parece orientar su énfasis en que el control sea realizado por los “jueces” y en general por toda la administración de justicia, más adelante va a ampliar sus alcances y establecer que todas las autoridades estatales¹¹ (incluyendo el Poder Ejecutivo y el Legislativo) están obligadas a ejercer el control de convencionalidad. Así lo confirma Sergio García Ramírez al sostener que “en principio –y en términos muy generales–, el proceso lógico de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre sólo a cargo de las autoridades jurisdiccionales sino que puede y debe ser cumplido igualmente por cualquier persona, y ciertamente por cualesquiera autoridades llamadas a promover, respetar, proteger y garan-

¹⁰ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26-9-2006, Serie C, núm. 154, ap. 124.

¹¹ “Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, de 20-3-2013, párrs. 66 y 69.

tizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos”¹². Así, “El control a cargo de los tres poderes reafirma la convicción de que el Estado es uno solo, lo que implica que si bien por el principio republicano de división de poderes las competencias son distribuidas y ejercidas por poderes distintos e independientes, ello no implica que al momento de asumir la responsabilidad internacional la obligación sea ejercida por todos los que expresan la voluntad del Estado, ya sea en el ámbito ejecutivo, legislativo o judicial”¹³. En segundo lugar, el control debe realizarse de oficio por los órganos estatales pero en el marco de las respectivas competencias. Esta última aclaración resulta importante especialmente al momento de determinar los efectos del control y qué órganos pueden decidir inaplicar normas internas por su manifiesta incompatibilidad con las convenciones internacionales y qué otros órganos no tienen habilitada dicha facultad, no obstante tengan el deber de, al momento de emitir o aplicar normas domésticas, procurar que las mismas resulten conformes con las obligaciones internacionales asumidas.

1. *Material controlado y controlante*

Respecto a las disposiciones internas que deberían ser controladas, en “Almonacid” se hace referencia a las “leyes”. No obstante, el material controlado resulta mucho más amplio abarcando no sólo a las leyes en el sentido formal, sino en general a cualquier regla jurídica doméstica, incluyendo así a los decretos, reglamentos, resoluciones, estatutos, directivas, etcétera, quedando dentro la propia Constitución Nacional. En relación con esto último, surge en algunos autores el interrogante sobre la procedencia de practicar el control de convencionalidad sobre normas constitucionales. La respuesta afirmativa puede fundamentarse especialmente en que la Constitución Nacional es parte del Derecho interno de un Estado que no podrá invocarse para justificar el incumplimiento de los tratados internacionales (conforme el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)¹⁴.

¹² GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, núm. 29, México, julio-diciembre de 2011, ps. 123-159.

¹³ TRUCCO, op. cit., p. 68.

¹⁴ La Corte IDH avaló el carácter de la Constitución Nacional como material

Por otra parte y en relación con el material controlado, en el control de convencionalidad en el ámbito del sistema interamericano queda claro que el cotejo debe realizarse teniendo en cuenta las obligaciones que emanan de la CADH (y demás instrumentos del sistema regional), pero también respetando las interpretaciones formuladas por la Corte IDH. Respecto a esto último, bien sostiene Ferrer Mac-Gregor¹⁵ que “las ‘interpretaciones’ a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los ‘casos contenciosos’, sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita. Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre ‘medidas provisionales’, sobre ‘supervisión de cumplimiento de sentencias’ o, incluso, sobre la instancia de solicitud de ‘interpretación de la sentencia’ en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las ‘opiniones consultivas’ a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto”¹⁶. Debe siempre tenerse presente que la Corte IDH es la intérprete auténtica y final de la CADH y por lo tanto dicho instrumento debe aplicarse a nivel interno, conforme al alcance que el tribunal regional dio a su contenido en diversos fallos y opiniones consultivas.

V. El control legiferante de convencionalidad

Resulta un error pensar que el control de convencionalidad sólo

controlado en el caso “La última tentación de Cristo” (“Olmedo Bustos vs. Chile”), en donde analizó la convencionalidad de una disposición de la Constitución de Chile y entendió que una cláusula de la misma era incompatible con el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Convención Americana.

¹⁵ FERRER MAC-GERGOR, E., “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”, voto razonado como juez ad hoc en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Corte IDH, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>.

¹⁶ Sobre el valor vinculante de las opiniones consultivas y su inclusión como material controlante sostuvo la Corte IDH que “estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos»” (Opinión Consultiva OC-21/2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, del 19-8-2014, Serie A, núm. 21, párr. 31).

debe practicarse en ocasión de aplicar reglas jurídicas internas. Si bien en ese momento el control resulta de enorme trascendencia, no es menos la importancia que debe darse al control al momento de emitir normas o reglas domésticas. Este último control “legiferante” puede (y debe) ser realizado por los tres poderes del Estado cuando precisamente emitan o dicten disposiciones internas. Al respecto señaló la Corte IDH que “el control de convencionalidad que deben hacer los operadores nacionales versa tanto sobre la aplicación como respecto de la emisión de normas”¹⁷. En el mismo sentido, Nogueira Alcalá sostiene que “la adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el Derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado-Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH”¹⁸.

1. *El control legislativo de convencionalidad. Dimensiones y efectos*

La mayor expresión del control legiferante de convencionalidad se da en relación con el control que deben practicar los Órganos Legislativos. Aclaremos que cuando nos referimos al Poder Legislativo lo hacemos en un sentido amplio, contemplando por ejemplo los Concejos Deliberantes al momento de discutir y emitir ordenanzas o aprobar normas municipales. Entonces resulta clave que dichos Órganos Legislativos al momento de aprobar y sancionar leyes, ordenanzas y demás resoluciones verifiquen si dichas normas resultan compatibles con la CADH y con la jurisprudencia de la Corte IDH. Debe recordarse al respecto que el fundamento del control de convencionalidad a cargo del Poder Legislativo reside en la propia CADH, cuando en el ya

¹⁷ “Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, de 20-3-2013.

¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013.

citado artículo 2º señala que “...los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Puede apreciarse que la obligación que recae en la tarea legislativa entraña una profunda responsabilidad, pues la aprobación de las leyes debe sujetarse a las obligaciones convencionales previamente asumidas por el Estado, recordando en todo momento que las disposiciones de la Convención no pueden verse mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin¹⁹, razón por la cual los Estados se obligan a no dictar normas opuestas al bloque de convencionalidad de ese Estado o a la jurisprudencia de la Corte IDH. Coincidimos con Midón cuando sostiene que “el autor de normas debe ser cuidadoso en su elaboración para evitar que, con su acción u omisión, descalifique los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos asumidos como obligación por el Estado”²⁰.

En otro sentido, también podemos encontrar ejemplos en donde la emisión de normas tiene un efecto, a decir de Sagüés²¹, “reparador” a fin de “autoabolir” las normas que el órgano materialmente legiferante ha pronunciado y después constata que son incompatibles con las referida Convención y doctrina judicial interamericana²². A su vez, el Poder Legislativo asume también la obligación de modificar o adaptar las normas contrarias a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH. En varios casos contenciosos el tribunal interamericano ha ordenado a los Estados como medida de reparación adaptar o modificar normas internas a la CADH o bien dejarlas sin efecto cuando resulten claramente violatorias de dicho instrumento internacional.

¹⁹ “Caso Gelman vs. Uruguay”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 2011.

²⁰ MIDÓN, M., “Control de convencionalidad”, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 111.

²¹ SAGÜÉS, N., “La inconventionalidad por omisión. Niveles y perspectivas”, en *Revista Jurídica del Noroeste Argentino*, núm. 1, diciembre de 2019; cita: IJ-CMVIII-874.

²² En el caso argentino, la derogación por el Congreso de las Leyes de “Obediencia Debida” y de “Punto Final”, que de hecho importaban una suerte de amnistía respecto de delitos castigados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos perpetrados durante el régimen militar de 1976/1983, es una muestra de tal escrutinio de convencionalidad reparador”.

Ahora bien, no obstante la importancia de las dimensiones expuestas, el aspecto más importante del control legislativo de convencionalidad reside al momento de la emisión de normas. La obligación de adoptar leyes compatibles con la CADH resulta uno de los escenarios de mayor concreción de este tipo de control. Es aquí donde podemos preguntarnos: al momento de elaborarse las leyes o proyectar su discusión, ¿los/as legisladores/as realizan un adecuado control de convencionalidad? ¿Está presente en esa discusión la necesidad de cotejar los preceptos locales con las obligaciones surgidas de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH?

Resulta importante dejar en claro que no sólo hay que adaptar o modificar las leyes para que resulten conformes a la CADH; el control legislativo de convencionalidad implica también la obligación de sancionar las leyes que resulten necesarias para el efectivo cumplimiento de aquellas obligaciones convencionales. Con esto queremos decir que la responsabilidad del Estado puede surgir también por omitir, es decir, por no sancionar o demorar la adopción de aquellas leyes que deberían sancionarse por mandato convencional. Al respecto, “no hay duda de que en este caso nos encontramos frente a un supuesto de inconvencionalidad por omisión (en este caso del Poder legislativo) o como llama Sagüés de ‘mora legislativa inconvencional’, que haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional”²³. En este sentido, sostuvo la Corte IDH que “[e]n el Derecho de Gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su Derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”²⁴, agregando en otro caso que “el Estado incumple esta obligación omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2º”²⁵.

Un tema controversial en relación con el control legislativo de convencionalidad radica en determinar si la Corte IDH puede expedirse y, en su caso, obligar a un Estado a abandonar o retirar de la discusión

²³ TRUCCO, op. cit., p. 71.

²⁴ Corte IDH, “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 2003.

²⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-13/93, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, del 16-7-93.

legislativa proyectos de leyes que aún no han obtenido concreta aprobación pero que, a pesar de su manifiesta inconventionalidad, se encaminan a obtener la mayoría parlamentaria respectiva para su efectiva aprobación. Coincidimos con la mayoría de la Corte IDH cuando señaló que el tribunal interamericano puede expedirse y decidir el retiro del proyecto aun cuando no se ha aprobado la norma discutida dado el carácter preventivo que asume el control legiferante de convencionalidad. ¿Para qué esperar que el Estado “concrete” su responsabilidad internacional cuando se desprende que dicha responsabilidad es inminente y que acarreará para el Estado consecuencias jurídicas que pueden evitarse? Así ha dicho el tribunal regional que “[l]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”²⁶.

VI. Control de convencionalidad a cargo de la Administración Pública cuando emite normas

La responsabilidad de los entes administrativos al momento de emitir normas adquiere en la actualidad suma importancia. Pueden enumerarse variadas decisiones de la Administración Pública (nacional, provincial y municipal) que deben sujetarse a los compromisos internacionales previamente asumidos por el Estado. Podríamos así citar, entre otros, decretos de necesidad y urgencia, decretos reglamentarios, resoluciones, dictámenes, directivas, protocolos de actuación, sanciones disciplinarias y demás actos administrativos en general, normativas que pueden ser emitidas ya sea por autoridades ejecutivas de mayor jerarquía, tales como el presidente de la Nación, gobernadores, ministros, intendentes, presidentes comunales, etcétera, hasta por otros de menor rango, tales como secretarios o directores de algún organismo administrativo, rectores de universidades públicas, entre otros. Suele desconocerse aún que el Poder Ejecutivo y la Administración Pública

²⁶ Corte IDH, “Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia”, de 12-3-2019, párr. 37. Véase también “Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo”, sent. de 3-9-2001, Serie C, núm. 83, párr. 18.

en general están llamados a ejercer el control de convencionalidad²⁷, lo cual conlleva especialmente que las resoluciones antes mencionadas deben emitirse verificando el alegado test de convencionalidad. Esta consideración resulta relevante pues implica poner en crisis el clásico principio de discrecionalidad de los actos administrativos. Al respecto sostuvo la Corte IDH que “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados”²⁸.

Debe remarcarse que el control debe efectuarse cumpliendo los recaudos señalados por la Corte IDH. Concretamente, debe practicarse de oficio recayendo, como señalamos, sobre cualquier regla jurídica que emane de la administración y, por supuesto, teniendo como material controlante a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Nótese que, de igual forma, la puesta en marcha de medidas o políticas públicas decididas por la Administración debe llevarse adelante de manera compatible con las obligaciones plasmadas en sede internacional.

VII. El control preventivo de convencionalidad y sus efectos

El ejercicio del control de convencionalidad en la emisión de normas enfatiza el carácter preventivo que ostenta el control en la referida elaboración de leyes y demás reglas jurídicas domésticas. Prevenir implica anticiparse a las consecuencias, tenerlas en cuenta, “avizorarlas en sus posibles proyecciones”, imaginar los efectos posibles. De allí que la realización de un análisis pormenorizado, serio, constructivo, a conciencia, antes de aprobar una legislación o emitir una norma o resolución administrativa no sólo resulta una obligación exigible del Estado, sino que, en el efecto práctico, conlleva la posibilidad de evitar

²⁷ “El control de convencionalidad [...] que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, sent. de 24-2-2011, Serie C, núm. 221, párr. 239).

²⁸ Corte IDH, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, fondo, reparaciones y costas, de 2-2-2001, Serie C, núm. 72, párr. 126.

responsabilidades ulteriores que deberá asumir el Estado si avanza con la puesta en marcha de una disposición contraria a la CADH y a la jurisprudencia del tribunal regional.

A su vez, el control preventivo implica aprovechar la oportunidad al momento de elaborar leyes o emitir cualquier normativa, para que tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo y los entes administrativos en general puedan ampliar y enriquecer la protección dada por las convenciones internacionales. Recordemos que los tratados de derechos humanos son pisos y no techos. Ello significa que los Estados asumen en dichas convenciones obligaciones mínimas de respeto y garantía a derechos y libertades fundamentales de las personas, pero de ningún modo ello implica que luego los Estados, teniendo en especial consideración el principio pro persona, puedan elaborar disposiciones que resulten más favorables a los derechos y garantías de los seres humanos destinatarios de la protección²⁹.

En el caso específico de la Administración Pública, este rol preventivo que asume el control de convencionalidad exige para la propia Administración tomar conciencia de que debe satisfacer el respeto y garantía de derechos por sí misma, evitando el inicio de acciones judiciales posteriores que dilatan y postergan la solución del problema, y que obliga en muchos casos a los ciudadanos a diligenciar mecanismos engorrosos y costosos cuando la respuesta efectiva debería haber llegado desde un primer momento desde la propia Administración.

Asimismo, efectuar un control preventivo permite la posibilidad de realizar “ajustes convencionales”. No siempre toda la normativa proyectada resulta contraria a parámetros convencionales. Por eso, preventivamente, puede pensarse qué “correcciones o ajustes” podrían realizarse a las normas para adecuarlas o adaptarlas a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

²⁹ Puede señalarse a modo de ejemplo que la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (2009) no sólo contempla las formas de violencia consagradas en la Convención de Belém do Pará (física, psicológica y sexual), sino que incluye otras formas de violencia, tales como la violencia económica y patrimonial y la violencia simbólica (art. 5°).

VIII. Reflexiones finales

Pudimos apreciar a lo largo de este breve aporte cómo el control de convencionalidad representa la manera más práctica de concretar el efecto útil de las convenciones internacionales en el Derecho interno de los Estados. Podemos apreciar cómo a lo largo de la última década se van perfilando nuevas dimensiones y alcances de dicho control, sea a partir de la ampliación de los agentes encargados de llevarlo adelante, de los efectos que puede generar su ejercicio, como así también los nuevos contornos que se suscitan al momento de pensar la mejor armonización de las obligaciones internacionales (de manera especial en materia de derechos humanos) con las normas, prácticas y decisiones judiciales domésticas.

En adelante, cabe insistir en la gran responsabilidad que recae en los legisladores/as y demás funcionarios/as de la Administración Pública al momento de practicar el control, resultando en ese sentido absolutamente necesario profundizar la adecuada capacitación de quienes integran los cuerpos legislativos, secretarios y asesores, como así también la adecuada formación de quienes trabajan en la Administración Pública. Todos/as deben ser conscientes de que cuando emiten normas o cualquier disposición con contenido jurídico, expresan la voluntad del Estado en cuyo nombre actúan. Esa responsabilidad y compromiso redundará en la mejor protección de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas.

Bibliografía

- BAZÁN, Víctor, “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado”, en BAZÁN, Víctor (dir.), *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- FERRER MAC-GERGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”, voto razonado como juez ad hoc en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Corte IDH, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V (núm. 29), México, julio-diciembre de 2011, ps. 123-159.

- GOZAÍN, Osvaldo, “Conflictos constitucionales y procesales del sistema interamericano de derechos humanos”, Buenos Aires, Ediar, 2019.
- MIDÓN, Mario, “Control de convencionalidad”, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano, Año XIX, Bogotá, 2013.
- SAGÜÉS, Néstor, “Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad”, Colombia, Tirant lo Blanch-Konrad Adenauer, 2020.
- “La inconventionalidad por omisión. Niveles y perspectivas”, en Revista Jurídica del Noroeste Argentino (núm. 1), diciembre de 2019; cita: IJ-CMVIII-874.
- TRUCCO, Marcelo, “Control de convencionalidad (en pocas palabras). Herramientas para su aplicación en el Derecho interno de los Estados”, Buenos Aires, Dunken, 2021.

LA PUBLICIDAD SEXISTA COMO EXPRESIÓN DE ODIOS HACIA LAS MUJERES

por LILIANA AÍDA BEATRIZ URRUTIA¹

Las “nadies” que no son, aunque sean [...] Como si fuera cosa de sentido común y justo de toda justicia el derecho de propiedad privada que hace al hombre dueño de la mujer.

EDUARDO GALEANO

SUMARIO: I. Introducción. II. Discurso(s) de odio. III. El discurso de odio sexista. IV. La publicidad discriminatoria por sexismo. V. Las publicidades sexistas seleccionadas. a) Las que incitan o promueven la violencia física. b) Las que incitan o promueven la violencia sexual. c) Las que reproducen estereotipos de género donde la mujer es la única responsable de las tareas del hogar o de cuidado. d) Análisis comparativo. VI. Acciones que se pueden ejercer. VII. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Los discursos de odio sexista constituyen una forma de violencia simbólica, que refleja la problemática de la violencia estructural hacia las mujeres; y las publicidades discriminatorias por sexismo son expresiones sociales que reproducen estereotipos patriarcales de dominación y subordinación. Es por eso que el objeto de este trabajo consiste en analizar si las publicidades sexistas son una expresión de odio hacia las mujeres. Para ello, en primer lugar, determinamos qué entendemos por discurso de odio sexista o misógino y por publicidad sexista. Luego,

¹ Abogada egresada de la UNR. Carrera de Especialización en Derecho de Daños de la UCA. Actualización en Derecho de Daños por la Universidad de Salamanca, España (2020). Profesora de Obligaciones, Derecho de Daños y del Ciclo de Formación Especial de la Facultad de Derecho de la UNR.

seleccionamos, analizamos y clasificamos un grupo de publicidades, que reflejarán distintas manifestaciones de la violencia contra las mujeres a través del tiempo. Si bien existe una deconstrucción de los estereotipos patriarcales reproducidos en los anuncios publicitarios, el sexismo se vuelve más sutil y, por tanto, aún se produce publicidad sexista. Asimismo, realizamos un estudio comparativo entre las publicidades sexistas seleccionadas y los tipos de discurso(s) de odio, y arribamos a la conclusión de que las publicidades sexistas son expresiones de odio hacia las mujeres. Por último, identificamos cuáles son las acciones judiciales que se pueden entablar y quiénes son los legitimados para actuar con el fin de obtener el cese de la publicidad ilícita, y su reparación en especie.

Abstract

Sexist hate speech is a form of symbolic violence, which reflects the problem of structural violence against women; and gender discriminatory advertising is social expression that depicts patriarchal stereotypes of domination and subordination. Thus, the aim of this paper is to analyze whether sexist advertisements are an expression of hate against women. For that, first, we determine what we understand by sexist hate speech or misogynistic discourse and sexist advertising. Then, we selected, analyzed and classed a group of sexist advertisements over time. While there is a de-construction of patriarchal stereotypes in advertisements, sexism becomes more subtle and, therefore, sexist advertising still occurs. Moreover, we made a comparative study with the selected sexist advertisements and the types of hate speech, and we conclude that sexist advertisements are expressions of hatred against women. Finally, we identify legal actions may be taken to cease unlawful advertising, and to have in-kind compensation.

Palabras clave

Discurso de odio. Publicidad sexista. Acciones judiciales.

Keywords

Hate speech. Sexist advertising. Legal actions.

I. Introducción

El discurso de odio sexista o misógino es un modo de violencia simbólica contra las mujeres, que reproduce otras formas de violencia y discriminación, perpetuando así las desigualdades estructurales². En cuanto a las publicidades discriminatorias por sexismo, las mismas son expresiones sociales que reproducen estereotipos patriarcales, reificando a las mujeres cual mercancía consumible y desechable. Las “nadies” (de-subjetivadas) de “propiedad privada” (cosificadas) de Eduardo Galeano³. Esto nos llevó a preguntarnos si esta clase de publicidad discriminatoria por razones de sexo o género es una manifestación de odio.

Es por eso que el objetivo del presente trabajo es determinar si las publicidades sexistas son expresiones de odio hacia las mujeres. Para ello hicimos un estudio y análisis comparativo de los discursos de odio y de las publicidades sexistas.

En primer lugar, determinamos qué entendemos por discurso(s) de odio sexista y por publicidad sexista. Luego seleccionamos un grupo de publicidades, que reflejaron distintas situaciones de violencia contra las mujeres a través del tiempo. Así, analizamos las publicidades escogidas y procedimos a subclasificarlas en tres grupos: a) las que incitan o promueven la violencia física; b) las que incitan o promueven la violencia sexual, reificando a las mujeres, como objeto sexual, y c) las que reproducen estereotipos de género donde la mujer es la única responsable de las tareas del hogar o de cuidado.

Posteriormente, comparamos estos grupos seleccionados con los distintos tipos de discursos de odio para concluir en una clasificación, que nos permite inferir que las publicidades sexistas constituyen una forma de expresión de odio hacia las mujeres.

² El discurso de odio sexista es una forma de violencia contra las mujeres, y, por tanto, un tema de derechos humanos. En consecuencia, los Estados partes de los tratados de derechos humanos, entre ellos, la Cedaw, están obligados a introducir e implementar sanciones legales (SEKOWSKA-KOZLOWSKA, K.; BARANOWSKA, G. y GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, A., “Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe”, *Int. J. Semiot. Law*, 2022; disponible en <https://doi.org/10.1007/s11196-022-09884-8>, fecha de consulta: 21-2-2022.

³ Libre interpretación de los poemas de Eduardo Galeano “Los nadies” y “La mujer sin miedo”.

Por último, identificamos cuáles son las acciones judiciales que se pueden entablar y quiénes son los legitimados para actuar con la finalidad de contar con herramientas útiles para deconstruir estos discursos de odio reproducidos en las publicidades discriminatorias por sexismo.

II. Discurso(s) de odio

Discurso(s) de odio son manifestaciones de intolerancia y violencia hacia grupos o personas, cuyas condiciones o concepciones del mundo son diferentes a lo que se considera aceptable y normal para una sociedad. Así, pues, son ataques dirigidos a personas o grupos de personas cuya forma de entender y habitar el mundo se visualiza como amenazante de un ordenamiento social (pre)existente idealizado⁴.

Cueva Fernández define el discurso de odio como cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, religión u orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él⁵.

En Europa, la Recomendación General N° 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, concibe al discurso de odio como el fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de

⁴ TORRES, N. y TARICCO, V., “Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos”, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2019.

⁵ CUEVA FERNÁNDEZ, R., “A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, marzo-agosto de 2012; disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2066/1000>, fecha de consulta: 8-2-2022.

esas manifestaciones –basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados– que incluyen la raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales⁶. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende también a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas⁷.

Así, Torres y Taricco sostienen que el concepto de discursos de odio (en plural) refiere a un género discursivo compuesto por distintos tipos de discursos violentos o agresivos hacia grupos sociales que se intenta segregar. Este género discursivo comprende: a) el “discurso de odio” (en singular); b) los “discursos discriminatorios”, y c) el “discurso hostigador”⁸.

Por su parte, Guadalupe Vásquez⁹ da una noción de discurso(s) de odio basándose en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)¹⁰; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13, inc. 5º), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 20, inc. 2º).

La ICERD establece que los Estados deberán castigar toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación

⁶ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Recomendación General N° 15 sobre Líneas de Actuación para Combatir el Discurso de Odio, 2015, en MSCBS, <https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/PoblacionGitana/docs/Re-5ECRI-traducida-ES.pdf>.

⁷ Unesco, “Combatiendo el discurso de odio en línea”, 2015, en Unesdoc, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>, 2015.

⁸ Vide TORRES y TARICCO, op. cit.

⁹ VÁSQUEZ, G., “Los discursos de odio en la doctrina de la Corte Suprema argentina”, en ABRAMOVICH, V. (coord.) *et al.*, *El límite democrático de las expresiones de odio*, Teseo, Buenos Aires, 2021, ps. 189-228.

¹⁰ Siglas en inglés de International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico (art. 4º, inc. a).

De este modo, se considera discurso de odio no solamente la incitación a la violencia o la discriminación, sino también la mera difusión de cualquier expresión que esté apoyada en el odio o la superioridad racial¹¹.

En suma, siguiendo a los autores citados, podríamos concluir –sin perjuicio de otras clasificaciones– que el concepto de discursos de odio (en plural) refiere a un género discursivo compuesto por distintos tipos de discursos violentos o discriminatorios hacia grupos sociales que se intenta marginar.

Este género discursivo comprende:

- a) El “discurso de odio” (en singular), que atenta contra la vida de una persona o grupo de personas, y se corresponde con los mensajes de incitación al odio o la violencia¹².
- b) Los “discursos discriminatorios” que amenazan la dignidad ciudadana de una persona, o grupo de personas, y pretenden segregarse, discriminar o impedir el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones¹³.
- c) La “mera difusión de cualquier expresión” que esté apoyada en el odio o la superioridad racial¹⁴ o por razones de edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales.
- d) Por último, el “discurso hostigador” que busca limitar la libertad de expresión de una persona, o grupo de personas, obturando su participación en el espacio público a través del acoso o el amedrentamiento¹⁵.

¹¹ VÁSQUEZ, op. cit.

¹² TORRES y TARICCO, op. cit.

¹³ Íd.

¹⁴ VÁSQUEZ, op. cit.

¹⁵ TORRES y TARICCO, op. cit.

III. El discurso de odio sexista

En cuanto a las causas o razones de los discursos de odio, Álvarez Rodríguez afirma que se está abriendo paso a un nuevo discurso del odio, el llamado discurso de odio sexista, a partir de ampliarse las *causas odiosas*¹⁶.

Los discursos de odio sexista o misóginos son aquellas expresiones o manifestaciones de odio, menosprecio o discriminación hacia las mujeres.

El vocablo “misoginia” tiene su origen etimológico en la lengua griega, *μισο-miso* (que odia), *gyne* (mujer), que significa “aversión a las mujeres”; y aversión, el “rechazo o repugnancia frente a alguien o algo”¹⁷.

Así, la misoginia no es sólo el odio a la mujer por el hecho de ser mujer, sino que comprende los prejuicios arraigados contra la mujer y, como tal, es base para la opresión de las mujeres en las sociedades patriarcales. La misoginia puede manifestarse de diversas maneras, como la denigración, discriminación, violencia y cosificación sexual de la mujer. Cuando el contenido de ciertas expresiones machistas –incluso de publicidades sexistas– incita o provoca que las mujeres sean reificadas, apropiadas, violentadas o violadas, sin lugar a dudas estamos frente a un discurso misógino.

Conforme el Informe del Consejo de Europa “Combating Sexist Hate Speech”, el discurso de odio sexista es una de las expresiones del sexismo, que puede definirse como cualquier suposición, creencia, aseveración, gesto o acto dirigido a expresar desprecio hacia una persona, basado en su sexo o género, o considerar esa persona como inferior o esencialmente reducida a su dimensión sexual. El discurso de odio sexista incluye expresiones que propagan, incitan, promueven o justifican el odio basado en el sexo¹⁸.

¹⁶ ALVÁREZ RODRÍGUEZ, I., “El discurso del odio sexista (en construcción)”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 48, mayo de 2019.

Puede ampliarse sobre el tema en SEKOWSKA-KOZLOWSKA, BARANOWSKA y GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, op. cit.

¹⁷ Conforme el “Diccionario” de la Real Academia Española.

¹⁸ “Combating Sexist Hate Speech”, Informe del Consejo de Europa, Gender Equality Strategy, 2016, p. 2; disponible en su versión en inglés en <file:///D:/6%20de%20oc->

IV. La publicidad discriminatoria por sexismo

La publicidad discriminatoria es la que vulnera el derecho de igualdad constitucional. Debe considerarse que mediante este tipo de publicidad se crean y perpetúan estereotipos de grupos históricamente desaventajados, agravándose su estigmatización y silenciamiento, y contribuyendo a una situación de discriminación estructural violatoria de dichos derechos constitucionales (ejemplos típicos son las publicidades que estereotipan al género femenino¹⁹, que estigmatizan por condición social, etc.)²⁰.

El principio antidiscriminatorio²¹, de raigambre constitucional y convencional²², ya se encontraba presente en el artículo 8° bis (trato digno

[tubre%202014/Downloads/069816GBR_Combating%20sexist%20hate%20speech%20\(1\).pdf](#), fecha de consulta: 21-2-2022.

¹⁹ Sobre la publicidad y los estereotipos de género puede verse FRUSTAGLI, S., “La perspectiva de género en el Derecho del Consumidor”, en *Revista de Derecho del Consumidor*, núm. 8, abril de 2020, IJ Editores, IJ-CMXV-239; disponible en https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=b98f321bc966e3324d296163-6ae388fa#indice_3, fecha de consulta: 15-2-2022.

²⁰ RIVERA, J. y MEDINA, G. (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, La Ley, Buenos Aires, 2014, comentario al artículo 1101.

²¹ SAHIÁN, J., “El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo”, en *La Ley* del 18-9-2019, p. 59; cita online: AR/DOC/2635/2019.

El Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores –cuya Comisión redactora estuvo integrada por los prestigiosos juristas Hernández (coord.), Blanco Muíño, D’Archivio, Japaze, Lepíscopo, Ossola, Picasso, Sozzo, Stiglitz, Tambussi, Vázquez Ferreyra y Wajtraub– reconoce expresamente el principio antidiscriminatorio, estableciendo que el sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes con el objetivo de que en el mercado no existan actos, omisiones o situaciones discriminatorias. Se consideran especialmente comprendidas en esta prohibición las fundadas en razones de identidad, género, raza, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, nacionalidad, edad, condición social o caracteres físicos de la persona humana (art. 5°); y, cuando regula sobre las prácticas abusivas incluye a las conductas que de modo directo o indirecto estereotipen, promuevan o estimulen patrones socioculturales sustentados sobre la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (art. 26, inc. 2°). Puede ampliarse en SANTARELLI, F. y CHAMATROPULOS, D. (dirs.), “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en *La Ley Supl. Esp.* 2019 (marzo).

²² Constitución Nacional (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) y su Protocolo Facultativo; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención de Belém do Pará, entre otros.

y equitativo) de la Ley de Defensa del Consumidor, y a partir del nuevo Código Civil y Comercial se halla expresamente incorporado en el artículo 1098 (trato equitativo y no discriminatorio) cuando se regula el tema de la información y publicidad dirigidas a los consumidores²³.

Así, el Código identifica dos tipos de publicidad abusiva²⁴: a) la discriminatoria, y b) la que induzca al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad (art. 1101, inc. c), y prevé herramientas procesales para el cese y reparación de los daños ocasionados por la publicidad ilícita (art. 1102).

Núñez Sacaluga define a la publicidad sexista como aquella que representa a las mujeres de forma indigna, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como un objeto, sin relación directa con el producto que se pretende promocionar, o bien utilizando su imagen asociada a comportamientos tradicionalmente asignados a la mujer de forma discriminatoria y que pueda generar violencia contra ellas²⁵.

La violencia de género²⁶ como, así también, el mito de la belleza²⁷

²³ Puede verse sobre información y publicidad ARIAS, M.^a P., ponencia “Perspectiva constitucional de la información y la publicidad dirigida a consumidores. Mecanismos de tutela (Comisión 3)”, en XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor, UNS, 2018; disponible en <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/03-Arias-Informaci%C3%B3n-y-publicidad.pdf>, fecha de consulta: 15-2-2022.

²⁴ Puede verse el tema de las prácticas y publicidades abusivas en NICOLAU, N. y HERNÁNDEZ, C. (dirs.), “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley, Buenos Aires, 2016.

²⁵ NÚÑEZ SACALUGA, C., “Publicidad. Simbología de masas”, Planeta Alvi, España, 2013.

²⁶ “Publicidad antigua que utilizaba la violencia de género para vender productos”, en El feminismo, <https://elfeminismo.com/publicidad-antigua-que-utilizaba-la-violencia-de-genero-para-vender-productos/>, fecha de consulta: 21-2-2022.

²⁷ Puede verse sobre el tema WOLF, N., “El mito de la belleza”, ed. original: “The Beauty Myth”, William Morrow and Co., New York, 1991; disponible en <http://www.kubernetica.com/campus/documentos/bibliografia/WOLF-El-mito-de-la-belleza.pdf>, fecha de consulta: 21-2-2022. En la era actual se habla de la estética *cyborg*: ¿nuevos mitos de belleza o su rediseño a través de la tecnología? (OVIEDO, D., “Cibercuerpos: ideales de belleza en el mundo ciborg”, en *Revista Kubernética*; disponible en

son recursos publicitarios que vienen siendo utilizados desde hace años –ya que son el reflejo de la sociedad patriarcal dominante–; sin embargo, y aun cuando se ha avanzado notoriamente en el reconocimiento de derechos, seguimos encontrándonos con avisos publicitarios sexistas.

El sexismo se vuelve más sutil²⁸ pero los anuncios con sesgos machistas o violentos aún persisten²⁹; es por ello que este estudio analiza los avisos publicitarios que reproducen las manifestaciones de violencia contra las mujeres a través del tiempo, aun cuando muchos de ellos han sido superados por publicidades más igualitarias e inclusivas.

V. Las publicidades sexistas seleccionadas

El análisis que efectuamos de las publicidades seleccionadas se realizó a partir de tres indicadores –los que no son excluyentes entre sí–, y, por el contrario, muchas veces se yuxtaponen. Se clasificaron, entonces, en: a) aquellos anuncios donde aparecen situaciones de violencia o de dominación del varón sobre la mujer; b) aquellos anuncios con mensajes denigrantes o vejatorios, con connotaciones sexuales, donde el cuerpo de la mujer es un mero objeto de deseo (reificación de la mujer), y c) aquellos que reproducen estereotipos de género donde la mujer es la responsable exclusiva de las tareas domésticas (domesticar-domesticadas) o de cuidado.

a) *Las que incitan o promueven la violencia física*

En este caso seleccionamos algunas publicidades que manifiestamente reproducen, incitan o promueven la violencia física contra las mujeres.

<https://www.kubernetica.com/2011/12/20/cibercuerpos-ideales-de-belleza-en-el-mundo-ciborg/>, fecha de consulta: 21-2-2022).

²⁸ VERDE, N., “El sexismo se vuelve más sutil pero los anuncios con sesgo machista persisten”, en *Objetivo Igualdad*, RTVE, del 28-5-2022; disponible en *El sexismo se vuelve más sutil pero los anuncios con sesgo machista persisten* (rtve.es), fecha de consulta: 30-11-2022.

²⁹ V. gr., la publicidad de seguros para el hogar HSBC Life (2020) comentada infra en el acápite V, a, o la publicidad del seminario sobre “Introducción a la teoría del porno”, que se iba dictar en la Universidad Complutense de Madrid (2020), el cual fue cancelado (“Cancelado un seminario en la Complutense sobre el porno por un polémico cartel”, en La Vanguardia, lavanguardia.com, fecha de consulta: 30-11-2022).

La campaña publicitaria del desodorante Axe: “Garrotazo de amor”³⁰ (2009) consistía en un videojuego, cuyo único fin era sumar puntos por golpear con un garrote a las mujeres, mientras que por golpear a un varón, el participante era multado con la pérdida de puntos. El propio nombre de la campaña alude a la violencia física “garrotazo”, y como consecuencia de esa violencia había premios o castigos. Además, el anuncio no sólo naturalizaba la violencia física contra las mujeres, sino que la justificaba aludiendo al “amor” romántico. Era un “golpe de amor”, “hay amores que matan”, “porque te quiero te aporreo”³¹, y, así, la simbiosis entre violencia y amor.

En otra campaña publicitaria del desodorante Axe: “La donna é mobile”³² (2013) se vuelven a reproducir los estereotipos sexistas. Se presenta a las mujeres como impredecibles (*mobile*) con reacciones impulsivas, naturalizando la violencia familiar.

La publicidad muestra a las mujeres como seres violentos capaces de golpear y violentar a los varones (a sartenazos, rompiéndoles la nariz, o clavándoles tacos aguja en el cráneo). Este tipo de mensajes resulta doblemente peligroso. Por un lado, la violencia aparece no sólo naturalizada sino incluso como expresión del amor romántico, omitiendo cualquier referencia al carácter reprochable de esta índole de prácticas. Por otro lado, al representar de forma tan violenta a las mujeres se minimiza el hecho de que la enorme mayoría de víctimas de la violencia son mujeres³³.

³⁰ Puede verse <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-123337-2009-04-16.html>, fecha de consulta: 21-2-2022.

³¹ Refrán popular utilizado para legitimar el maltrato conyugal. Puede ampliarse sobre el análisis crítico del discurso como estrategia para legitimar la violencia contra las mujeres en TOLTON, L., “«Porque te quiero te aporreo»: los refranes como estrategia discursiva para la legitimación del maltrato conyugal”, en *Revista “Discurso y Sociedad”*, vol. 7, núm. 2, 2013, ps. 310-337; disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4648985>, fecha de consulta: 23-2-2022.

³² Puede verse: <https://www.youtube.com/watch?v=t5rKGY1YNig><https://www.youtube.com/watch?v=t5rKGY1YNig>, fecha de consulta: 21-2-2022.

³³ Puede verse el “Informe del Observatorio de Discriminación en Radio y Televisión sobre AXE «Random-La donna é mobile»”, 2013, en *Obserdiscriminacion*, <http://www.obserdiscriminacion.gob.ar/wp-content/uploads/2013/11/Axe-Random.pdf>, fecha de consulta: 21-2-2022.

Otra de las publicidades analizadas fue la campaña gráfica de la obra de teatro “Criatura emocional”³⁴ (2014), que se exhibió en la Ciudad de Buenos Aires, mediante un cartel gigante en la calle Corrientes, donde se podía leer: “¿Qué preferís un novio que te pegue o que nadie te invite a salir?” La pregunta, dirigida a un público joven, es altamente peligrosa, ya que tiene una fuerte carga de violencia simbólica y física. El mensaje reproduce estereotipos machistas: “en una sociedad machista, si quieres tener novio –un hombre– debes tolerar que te pegue”.

Por último, analizamos la publicidad de seguros para el hogar de HSBC Life (2020)³⁵, donde se muestra una casa con los cristales de la ventana, el picaporte de una puerta, fotos, un florero y un aparato electrónico destruidos por una situación de violencia de género; y si bien al finalizar el anuncio se hace referencia a la colaboración con la ONG Mujeres en Igualdad (MEI), el mensaje del aviso es: “asegura tus bienes” en caso de violencia familiar. Este anuncio publicitario ha sido cuestionado y repudiado por su contenido inadecuado para abordar la problemática de la violencia de género³⁶.

b) *Las que incitan o promueven la violencia sexual*

En estas publicidades el cuerpo de la mujer aparece como objeto de deseo. De manera indirecta, es el cuerpo de la mujer el objetivo final de utilización del producto. Además, como podrá advertirse de

³⁴ Puede verse: CARBAJAL, M., “Cuando el aviso contradice al producto”, del 24-5-2014, en Página/12, <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-246966-2014-05-24.html>, fecha de consulta: 21-2-2022; ALCARAZ, M.ª F., “Afiches sexistas. Cuando el debate se termina con el gesto”, del 26-5-2014, en Archivo Infojus Noticias, <http://www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/afiches-sexistas-cuando-el-debate-se-termina-con-el-gesto-4241.html>, fecha de consulta: 21-2-2022.

³⁵ Puede verse el aviso publicitario en https://www.youtube.com/watch?v=B_y3X-yK2TUU, fecha de consulta: 23-2-2022.

³⁶ La ministra de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires Estela Díaz repudió la publicidad por violencia simbólica contra la mujer al abordar la problemática de la violencia de género sin el contenido adecuado. Puede verse en Telam digital, nota del 21-10-2020, <https://www.telam.com.ar/notas/202010/527367-ministra-bonaerense-repudio-una-publicidad-por-violencia-simbolica-contra-la-mujer.html>, fecha de consulta: 23-2-2022.

la observación directa de los anuncios seleccionados, existe un claro mensaje de incitación a la violencia sexual.

Así, podemos observar las publicidades de Dolce & Gabbana³⁷ (2007) y de Suitsupply³⁸ (2014), en las cuales se muestra a la mujer en posición de sumisión, hipersexualizadas y cosificadas, como objeto de deseo del consumidor (objeto consumible).

En el primer caso, el anuncio mostraba a una mujer postrada en el suelo y sujeta de las muñecas por un hombre con el torso desnudo sobre ella mientras otros cuatro varones la observaban, en una clara actitud de sometimiento, como asimismo de incitación a la violencia sexual contra la mujer (violación en manada). La publicidad de la ropa masculina Suitsupply consistía en una campaña gráfica, donde las mujeres aparecían con partes de su cuerpo desnudo y en posiciones de sumisión sexual frente al hombre que las seducía con la ropa de la marca publicitada.

Otro supuesto de publicidad sexista que naturaliza la violencia sexual hacia las mujeres es el anuncio de la cerveza Schneider: “# Perdón por buscar el roce arriba del bondi”³⁹ (2013), aludiendo al acoso sexual en el transporte público. Claramente se banaliza el tema del acoso callejero a las mujeres⁴⁰.

³⁷ Puede verse en https://elpais.com/sociedad/2007/03/07/actualidad/1173222001_850215.html, fecha de consulta: 23-3-2022.

³⁸ Puede verse en <https://www.infobae.com/2014/09/11/1594080-fotos-campana-sexista-prohibida-alemania-llega-londres/>, fecha de consulta: 23-3-2022.

³⁹ Puede verse en <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-216326-2013-03-22.html> y <https://www.telam.com.ar/notas/201303/11118-una-marca-de-cerveza-debera-retirar-una-publicidad-de-la-calle-por-considerarse-sexista.html>, fecha de consultas: 23-2-2022.

⁴⁰ En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 5742/2016 sobre Prevención del Acoso Sexual en Espacios Públicos regula la problemática, e, incluso, dispone la modificación del Código Contravencional, pudiendo el agresor recibir pena de multa, trabajos de utilidad pública o arresto (ley 1472, arts. 52 y 53, inc. 5º). A nivel nacional, la ley 27.501 introduce la violencia contra las mujeres en el espacio público como aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo (ley 26.485, art. 6º, inc. g).

En el anuncio publicitario de la cerveza Guinness: “Comparte”⁴¹ (2008), subtitulada “Comparte una con un amigo, o dos”, se ve parte del cuerpo desnudo de una mujer “usado” como mesa para apoyar la botella de cerveza publicitada mientras beben y “comparten” el producto –léase, la cerveza y la mujer– con otros dos amigos. Se muestra a una mujer en posición sexual, teniendo relaciones con tres amigos “hombres”, mientras les sirve de mesa para apoyar la cerveza que “comparten”.

En España, la publicidad de la empresa aérea Ryan Air: “Tarifas al rojo vivo. ¡Y la tripulación!”, muestra a las azafatas integrantes de la tripulación que también estaban “al rojo vivo”, con la evidente connotación sexual inherente a las gráficas imágenes de dichas azafatas con distintos bikinis de vivos y llamativos colores. Este caso se judicializó y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de baja instancia, que declaró que la publicidad desarrollada por la demandada era ilícita y desleal, y ordenó el cese de la campaña publicitaria y de su reiteración futura, como asimismo la publicación del fallo en los dos periódicos de mayor difusión nacional (*El País* y *El Mundo*) con caracteres tipográficos que garanticen la legibilidad y notoriedad del anuncio⁴².

c) *Las que reproducen estereotipos de género donde la mujer es la única responsable de las tareas del hogar o de cuidado*

En estos casos la publicidad está dirigida sólo a las mujeres, aunque el producto pueda ser usado tanto por mujeres como por varones, verbigracia, artículos de limpieza, de cuidado del hogar o de alimentación familiar.

Así, pudimos observar la publicidad del limpiador Cif Active Gel, que se inicia con un libro cuyo título es “La suavidad que conquistó al caballero” (2013), donde la encargada de eliminar la grasa de los

⁴¹ Puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=Lus-0Sg210k>, fecha de consulta: 23-2-2022.

⁴² SAP MA 2285/2016, Audiencia Provincial N° 6, Málaga, del 22-12-2016, N° de Recurso: 344/2014, N° de Sentencia: 894/2016, Id. Cendoj: 29067370062016100-558.

platos, mantener la suavidad de sus manos y conquistar al caballero es la doncella, quien conoce el poder de Cif con Hydra Active⁴³.

El detergente, como producto de limpieza, se asocia de forma unívoca con el rol estereotipado de la mujer en tanto única responsable de las tareas domésticas, al igual que en el siguiente caso que comentamos, el detergente para lavar la ropa Perlan.

En la campaña publicitaria de Perlan (2017)⁴⁴ aparecen cinco tipos de detergentes de la marca promocionada junto a cinco mujeres vestidas de diferentes colores. En todos los envases del detergente aparece el mensaje de que “Cuida” la ropa, el color, etcétera. Como vemos, nuevamente, el mensaje que surge del anuncio publicitario es que lavar la ropa es labor femenina, reforzando la idea de que las tareas de cuidado sólo están a cargo de las mujeres.

Un caso particular es el perfume “Fresh Couture”⁴⁵ de la marca Moschino (2016). Se trata de una fragancia para mujeres cuyo frasco tiene la forma de envase de limpiacristales, el cual a simple vista es igual que el producto de limpieza. Nuevamente la mujer se presenta a cargo de las tareas del hogar con un mensaje de “aunque te perfumes, tu tarea sigue siendo la de ama de casa”, o “no te olvides de tu deber de limpiar”.

El diseño del *packaging* busca competir en el mercado, por lo que su finalidad es impactar, atraer y lograr la venta; es decir, el *packaging* o envoltorio cumple, a su vez, una función publicitaria.

Ahora bien, nos encontramos que la mercancía que se comercializa reproduce en su *packaging* la ideología sexista; y, por tanto, nos formulamos las siguientes preguntas: ¿Es posible solicitar el cese de la publicidad discriminatoria explícita en el producto que se vende? ¿Se podría ver afectada la libertad de comercio? ¿Qué acciones podríamos entablar?

⁴³ Puede verse <https://www.domestika.org/es/projects/387174-cif-el-caballero>, fecha de consulta: 23-2-2022.

⁴⁴ Puede verse en <https://www.elmundo.es/f5/comparte/2017/10/24/59ef29a8ca47-4122168b4591.html> y <https://www.rtve.es/noticias/20171024/facua-pide-retirada-anuncio-perlan-considerarlo-retrogrado-rancio-sexista/1630156.shtml>, fecha de consultas: 23-2-2022.

⁴⁵ La publicidad “Fresh Couture” de Moschino actualmente se comercializa en las perfumerías argentinas. Puede verse en https://www.abc.es/sociedad/abci-fragancia-para-mujeres-forma-limpiacristales-machismo-o-estrategia-publicitaria-20160930-1712_noticia.html, fecha de consulta: 23-2-2022.

Como la publicidad misógina es el propio envase del perfume, pedir el cese de la misma implicaría retirar el producto del mercado. No obstante, entendemos que debería aplicarse la normativa sobre publicidad ilícita o discriminatoria, ya sea ordenándose el cese –retiro del producto– o, en su defecto, la realización de una publicidad rectificatoria o no sexista como compensación, pedido de disculpas, o asumir el compromiso de no repetición y de buenas prácticas por parte los distribuidores y responsables de su comercialización.

En el orden local, observamos la publicidad de una línea de cocinas “Lady Pink” (2020)⁴⁶ de Usman Equipamientos, donde se promociona un nuevo modelo de cocina de color rosa, con una joven parada a su lado. Se identifica el color “rosa” con la mujer y la cosificación o mujer objeto al incluir en la misma una joven mujer mostrando partes de su cuerpo, como son sus piernas, en pose sensual (hecho reafirmado por la voz masculina en off, cuando alude a la “seducción en tu cocina”); además de un doble mensaje, por una parte incluir a una mujer “cosificada”, que evidentemente no tiene que ver con el producto que se promociona, pero, a su vez, la relación entre la mujer y el color rosa vinculados a las tareas del hogar y lo femenino.

Este caso fue presentado ante la Fiscalía para la Protección de Intereses Generales de Rosario, obteniendo el dictado de una Instrucción General de la Procuración de la Corte Suprema de Santa Fe, y con dicha instrucción la fiscal actuante inició la acción judicial ante el Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 4ª Nominación de Rosario.

d) *Análisis comparativo*

Una vez agrupadas las publicidades seleccionadas de acuerdo a los indicadores de violencia hacia las mujeres, procedimos a comparar y encuadrar cada grupo según la noción de discurso(s) de odio adoptada.

⁴⁶ Esta publicidad salió al aire en el programa “Hacelo dulce”, y se encontraba en el canal de YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=1RdOyR9GfjI&t=1033s>. Actualmente ya no está disponible en ese medio, pero aún puede verse en la página oficial de Equipamientos Usman SRL, <http://www.usmansrl.com/cocinas/pink-lady/>, fecha de consulta: 23-2-2022.

Así, obtuvimos los siguientes resultados:

- a) Del primer y segundo grupo, la naturalización y la incitación a la violencia física y sexual (“discurso de odio”, que se corresponde con los mensajes de incitación al odio o la violencia).
- b) Del tercer grupo, la naturalización de los roles de género y la violencia simbólica, representada por la discriminación de las tareas domésticas a cargo de las mujeres (“discursos discriminatorios”, que pretenden segregar, discriminar o impedir el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones).

Además, adviértase que de conformidad a la noción amplia de discurso(s) de odio⁴⁷, cualquier publicidad sexista es una expresión de odio.

VI. Acciones que se pueden ejercer

El marco jurídico protectorio encuentra sus bases no sólo en la fuente constitucional y convencional (principios de igualdad y no discriminación, y de trato digno de las y los consumidores), sino, además, en otras fuentes del sistema tutelar como la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240 y modif.), la Ley contra Actos Discriminatorios (ley 23.592), la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (ley 26.485), el *corpus iuris* de Derecho Privado.

Así, el Código Civil y Comercial argentino expresamente prohíbe la publicidad sexista o discriminatoria (art. 1101). En estos casos, las y los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita; la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (art. 1102). Asimismo, y en diálogo con otras normas del *corpus*, la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (art. 1711), y la acción resarcitoria cuando se vulnera el deber genérico de no dañar a otro (arts. 1716 y 1737).

⁴⁷ Es discurso de odio sexista la mera difusión de cualquier expresión basada en la superioridad o en el odio por razones de sexo o género (VÁSQUEZ, op. cit.).

Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240 y modif.) establece que el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al defensor del pueblo y al Ministerio Público Fiscal (art. 52).

Es importante destacar en este tema la legitimación de las Fiscalías para la Protección de Intereses Generales en Santa Fe (Fiscalías Extrapenales) para accionar en supuestos de publicidades sexistas o discriminatorias.

La referida legitimación encuentra respaldo en nuestra Carta Magna, en la Ley de Defensa del Consumidor, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe y en la reciente Instrucción General (IG 001/2021), dictada por la Procuración de la Corte Justicia de Santa Fe, que instruye a estas Fiscalías a disponer las medidas judiciales a fin de investigar y determinar de manera proactiva la existencia de publicidad con contenido sexista y/o discriminatorio hacia las mujeres y/o que reproduzca estereotipos de género, cualquiera sea el medio de publicación y reproducción de la misma.

Un tema para reflexionar es el quid de la competencia, ya que la IG se refiere a los límites de su competencia, por lo que nos preguntamos: si estuviéramos frente a una publicidad ilícita con alcance nacional, ¿sólo se limitará su accionar a la territorialidad provincial o podrá hacerse extensiva su actuación? ¿Sería posible una sentencia con efectos expansivos?

Sin lugar a dudas no existen muchos antecedentes judicializados –sí encontramos algunos en el Derecho Comparado⁴⁸– ya que las in-

⁴⁸ Puede consultarse: CARRETERO GARCÍA, A., “Publicidad sexista y medios de comunicación”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, UCLM, España, 2014, p. 135; disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/544/467>, fecha de consulta: 24-2-2022. Un caso de publicidad sexista de “VR6 Definitive Hair” (puede verse en: <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=11330>, fecha de consulta: 24-2-2022) fue presentado a juicio por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), ante el Juzgado Mercantil N° 4 de Barcelona, Roj: SJM B 11/2017, el 15-1-2017, N° de Recurso: 366/2016, Id Cendoj: 08019470042017100001. En otro caso se trataba de la publicidad de una empresa de cemento, que tramitó ante

tervenciones de organismos públicos⁴⁹ o de la sociedad civil procuran la deconstrucción de los estereotipos a través de la concientización y el compromiso de buenas prácticas por parte de las agencias publicitarias y de los medios reproductores de contenidos.

VII. Conclusiones

A modo de colofón, podemos concluir que las publicidades analizadas se corresponden con alguno de los tipos de expresiones de odio conceptualizados, a saber:

- a) Del primer y segundo grupo, la naturalización y la incitación a la violencia física y sexual (“discurso de odio” que se corresponde con los mensajes de incitación al odio o la violencia).
- b) Del tercer grupo, la naturalización de los roles de género y la violencia simbólica, representada por la discriminación de las tareas domésticas a cargo de las mujeres (“discursos discriminatorios” que pretenden segregar, discriminar o impedir el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones).

Además, si adoptamos la noción amplia de discurso(s) de odio, cualquier publicidad sexista es un discurso de odio por razones de sexo o género.

Por último, concluimos que existen expresamente reguladas las acciones que se pueden ejercer para obtener el cese (prevención del daño) y la rectificación de la publicidad discriminatoria por sexismo, o la publicación de la sentencia o cualquier otro medio de compensación (reparación del daño).

Bibliografía

ALCARAZ, María F., “Afiches sexistas. Cuando el debate se termina con el gesto”, del 26-5-2014, en Archivo Infojus Noticias, <http://www.archivoinfojus.gov.ar/nacionales/afiches-sexistas-cuando-el-debate-se-termina-con-el-gesto-4241.html>, fecha de consulta: 21-2-2022.

el Juzgado Mercantil Nº 2 de Valencia. La demanda incoada por el abogado del Estado fue finalmente desestimada; Roj: SJM V 3711/2015, del 22-12-2015, Nº de Recurso: 1225/2014, Nº de Resolución: 391/2015, Id Cendoj: 46250470022015100001.

⁴⁹ Como ser la Defensoría del Público, el Inadi o el Observatorio de la Discriminación en Radio y Televisión, entre otros.

- ALVÁREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, “El discurso del odio sexista (en construcción)”, en Revista Jurídica de Castilla y León (núm. 48), mayo de 2019.
- ARIAS, María P., ponencia “Perspectiva constitucional de la información y la publicidad dirigida a consumidores. Mecanismos de tutela (Comisión 3)”, en XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor, UNS, 2018; disponible en <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/03-Arias-Informaci%C3%B3n-y-publicidad.pdf>, fecha de consulta: 15-2-2022.
- CARBAJAL, Mariana, “Cuando el aviso contradice al producto”, del 24-5-2014, en Página/12, <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-246-966-2014-05-24.html>, fecha de consulta: 21-2-2022.
- CARRETERO GARCÍA, Ana, “Publicidad sexista y medios de comunicación”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo (núm. 10), España, UCLM, 2014, ps. 130-142; disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/544/467>, fecha de consulta: 24-2-2022.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Recomendación General N° 15 sobre Líneas de Actuación para Combatir el Discurso del Odio, 2015, en MSCBS, <https://www.msrebs.gob.es/ssi/familiasInfancia/PoblacionGitana/docs/Re5ECRI-traducida-ES.pdf>.
- Council of Europe, Gender Equality Strategy, “Combating Sexist Hate Speech”, en COE, www.coe.int/equality_gender.equality@coe.int.
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, “A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?”, en Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad (núm. 2), marzo-agosto de 2012; disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2066/1000>, fecha de consulta: 8-2-2022.
- FRUSTAGLI, Sandra, “La perspectiva de género en el Derecho del Consumidor”, en Revista de Derecho del Consumidor (núm. 8), abril de 2020, IJ Editores, IJ-CMXV-239; disponible en https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=b98f321bc966e3324d2961636ae388fa#indice_3, fecha de consulta: 15-2-2022.
- NICOLAU, Noemí y HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- NÚÑEZ SACALUGA, Cristián, “Publicidad. Simbología de masas”, España, Planeta Alvi, 2013.

- OVIEDO, Daniela, “Cibercuerpos: ideales de belleza en el mundo ciborg”, en *Revista Kubernética*; disponible en <https://www.kubernetica.com/2011/12/20/cibercuerpos-ideales-de-belleza-en-el-mundociborg/>, fecha de consulta: 21-2-2022.
- RIVERA Julio y MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- SAHIÁN, José, “El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo”, en *La Ley* del 18-9-2019, p. 59; cita online: AR/DOC/2635/2019.
- SANTARELLI, Fulvio y CHAMATROPULOS, Demetrio (dirs.), “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en *La Ley Supl. Esp.* 2019 (marzo).
- SEKOWSKA-KOZLOWSKA, Katarzyna; BARANOWSKA, Grażyna y GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra, “Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe”, *Int. J. Semiot. Law*, 2022; disponible en <https://doi.org/10.1007/s11196-022-09884-8>, fecha de consulta: 21-2-2022.
- TOLTON, Laura, “«Porque te quiero te aporreo»: los refranes como estrategia discursiva para la legitimación del maltrato conyugal”, en *Revista “Discurso y Sociedad”*, vol. 7 (núm. 2), 2013, ps. 310-337; disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4648985>, fecha de consulta: 23-2-2022.
- TORRES, Natalia y TARICCO, Víctor, “Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos”, Buenos Aires, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), Universidad de Palermo, 2019.
- Unesco, “Combatiendo el discurso de odio en línea”, en Unesdoc, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>, 2015.
- VÁSQUEZ, Guadalupe, “Los discursos de odio en la doctrina de la Corte Suprema argentina”, en ABRAMOVICH, Víctor (coord.) *et al.*, *El límite democrático de las expresiones de odio*, Buenos Aires, Teseo, 2021.
- VERDE, Nuria, “El sexismo se vuelve más sutil pero los anuncios con sesgo machista persisten”, en *Objetivo Igualdad, RTVE*, del 28-5-2022; disponible en *El sexismo se vuelve más sutil pero los anuncios con sesgo machista persisten (rtve.es)*, fecha de consulta: 30-11-2022.
- WOLF, Naomi, “El mito de la belleza”, ed. original: “The Beauty Myth”, New York, William Morrow and Co., 1991; disponible en <http://www.kubernetica.com/campus/documentos/bibliografia/WOLF-El-mito-de-la-belleza.pdf>, fecha de consulta: 21-2-2022.

APORTES DE ESTUDIANTES

ROTULACIÓN Y ETIQUETADO DE ALIMENTOS Y EL DERECHO A LA SALUD DE LOS CONSUMIDORES

por YAMILA MILAGROS ALEGRANSA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El alimento como producto elaborado: vinculación con el derecho a la salud y a la alimentación adecuada. a) Alimento, derecho a la alimentación adecuada y seguridad alimentaria. b) La seguridad alimentaria como expresión del deber de seguridad en las relaciones de consumo y los despliegues de la información. c) Etiquetado y rotulado de alimentos: herramientas de comunicación del proveedor versus seguridad alimentaria y deber de informar. d) La publicidad abusiva o engañosa en el etiquetado y rotulado de alimentos. III. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

El estudio de los alimentos en el marco de la ciencia jurídica plantea una problemática transversal que puede ser analizada desde diversas ramas. En el campo del Derecho del Consumidor la temática del alimento se conecta con el derecho a la salud y a la alimentación adecuada y encuentra derivaciones concretas en materia de derecho a la información. Las etiquetas y rotulado de alimentos funcionan como medios de comunicación del proveedor hacia el consumidor, por lo que la información allí contenida cumple también una función de advertencia destinada a garantizar la salud, la seguridad alimentaria y la libertad de elección de los consumidores. El derecho a acceder a una información clara,

¹ Estudiante de la Carrera de Abogacía en la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Becaria del Programa Becas de Estímulo a la Investigación Científica para Estudiantes de Grado en la Facultad de Derecho de la UNR y del Programa Becas de Estímulo a las Vocaciones Científicas en el Centro Interuniversitario Nacional, convocatorias 2020, bajo dirección de la Prof. Sandra Frustagli.

veraz y simplificada, en materia alimentaria, no sólo posibilita a los consumidores la elección de alimentos afines a sus preferencias, sino que primordialmente se orienta a evitar el consumo de aquellos perjudiciales para la salud, en especial cuando se trata de consumidores hipervulnerables. La información deficiente o engañosa contenida en etiquetas y rótulos no sólo constituye un supuesto de publicidad engañosa o abusiva, sino también implica una infracción al deber de informar por parte de los proveedores, convirtiendo al alimento en inseguro por defecto de información, con proyecciones negativas en la salud de los consumidores y, por ende, en el plano de la responsabilidad civil del proveedor.

Abstract

The study of food in the framework of legal science poses a cross-cutting problem that can be analyzed from various branches. In the field of Consumer Law, the theme of food is connected with the right to health and adequate food and finds concrete derivations in terms of the right to information. Food labels function as means of communication from the supplier to the consumer, so the information contained therein also fulfills a warning function aimed at guaranteeing health, food safety and the freedom of choice of consumers. The right to access clear, truthful and simplified information on food not only enables consumers to choose foods that are in line with their preferences, but is primarily aimed at avoiding the consumption of those harmful to health, especially when it comes to hypervulnerable consumers. Deficient or misleading information contained in labels and labels not only constitutes an assumption of misleading or abusive advertising, but also implies a violation of the duty to inform by suppliers, making the food unsafe due to lack of information, with negative projections in the health of consumers and, therefore, at the level of the provider's civil liability.

Palabras clave

Alimentos. Información. Salud.

Keywords

Food. Information. Health.

I. Introducción

El estudio de los alimentos en el marco de la ciencia jurídica plantea una problemática transversal que puede ser analizada desde diversas ramas. Específicamente, la temática de los alimentos desde la perspectiva del Derecho del Consumidor, en general, ha sido poco explorada en nuestro país².

En esta oportunidad se analiza el alimento en el campo del Derecho del Consumidor, desde una perspectiva que lo vincula con el derecho humano a la alimentación en convergencia con el derecho a la salud. Se habla de un derecho a la alimentación adecuada, que exige la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes, accesibilidad y utilización de esos alimentos en formas sostenibles³, y del cual deriva la seguridad alimentaria.

En este contexto, la noción de alimento tiene implicancias en temáticas propias de la protección al consumidor, como sucede por ejemplo en materia de información, aunque no se agota allí. Las etiquetas y el rotulado de los alimentos funcionan como medios de comunicación del proveedor hacia el consumidor, y es por lo que la información allí contenida cumple una función de advertencia destinada a garantizar la seguridad alimentaria y también la libertad de elección de los consumidores.

El objetivo de este trabajo es dar cuenta de la importancia que la información contenida en la rotulación y el etiquetado de los alimentos, junto a otros factores, tiene en la protección del derecho a la salud de los consumidores.

II. El alimento como producto elaborado: vinculación con el derecho a la salud y a la alimentación adecuada

En el sentido corriente, el “Diccionario” de la Real Academia Española define al alimento como un conjunto de sustancias que los seres vivos comen o beben para subsistir, o que toman o reciben para su nutrición.

² CIURO CALDANI, M. Á., “El derecho de la alimentación, despliegue relevante del derecho de la salud”, en *La Ley*, 2016; *La Ley Online*, AR/DOC/4337/2016.

³ Es posible ampliar en JUSIDMAN-RAPOPORT, C., “El derecho a la alimentación como derecho humano”, en *Salud Pública*, vol. 56, México, 2014, p. 88.

Desde el plano de lo jurídico, resulta necesaria la delimitación del concepto de alimento. En el ámbito nacional, el Código Alimentario Argentino (en adelante CAA), ley 18.284 y sus modificaciones, brinda una definición en su artículo 6º, considerando alimento a “...toda sustancia o mezcla de sustancias naturales o elaboradas que ingeridas por el hombre aporten a su organismo los materiales y la energía necesarios para el desarrollo de sus procesos biológicos. La designación ‘alimento’ incluye además las sustancias o mezclas de sustancias que se ingieren por hábito, costumbres, o como coadyuvantes, tengan o no valor nutritivo”. Como puede observarse, la definición se asocia a la finalidad con la cual los productos son ingeridos.

Una definición más acertada, en función de los objetivos de este trabajo, contiene el Reglamento 178/2002 de la Unión Europea⁴ que sigue los lineamientos del Codex Alimentarius⁵, poniendo la nota central en el alimento como un producto destinado a ser ingerido por el ser humano. Definición receptada también por el “Diccionario panhispánico del español jurídico” de la Real Academia Española⁶.

En el ámbito del Derecho del Consumidor, el estudio de la problemática alimentaria requiere dejar de lado la concepción del alimento como una mera cosa obtenida de la naturaleza por medio de la actividad

⁴ Se establece allí que “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por ‘alimento’ (o ‘producto alimenticio’) cualquier sustancia o producto destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no. ‘Alimento’ incluye las bebidas, la goma de mascar y cualquier sustancia, incluida el agua, incorporada voluntariamente al alimento durante su fabricación, preparación o tratamiento...” (art. 2º).

⁵ El Codex Alimentarius, creado en el seno de la “Food and Agriculture Organization” (FAO) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a fin de desarrollar y uniformar un cuerpo de estándares internacionales en materia alimentaria, reconoce entre sus objetivos a la tutela de la salud de los consumidores. Al respecto puede verse: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y Organización Mundial de la Salud, “¿Qué es el Codex?”, 5ª ed., Roma, 2018; disponible en <http://www.fao.org/3/CA1176ES/ca1176es.pdf> (consultado el 30-9-2020).

⁶ El “Diccionario panhispánico del español jurídico” ha sido preparado por un equipo de más de cuatrocientos juristas y filólogos, de América y España; es una herramienta de gran utilidad que abarca el lenguaje jurídico de la comunidad hispanoamericana, y que enlaza directamente con las legislaciones de los distintos países que la conforman.

del hombre, para emplazarlo como un producto elaborado. Ese enfoque da cuenta de una actividad industrial que interviene en su elaboración y procesamiento según reglas científicas y técnicas, como así también de la sujeción a reglas del mercado. El mismo se explica, en parte, desde los derechos humanos económicos, sociales y culturales de segunda generación que permitieron considerar al alimento como un bien social, objetivarlo como un producto destinado a ser consumido y convertirlo en un complejo específico que afecta al consumidor y que compromete sus derechos fundamentales⁷.

Como producto elaborado el alimento es especial, no sólo porque está destinado a ingresar al cuerpo humano, sino también porque expresa una relación entre el cuerpo y el ambiente⁸. Esta característica da cuenta de la íntima vinculación entre salud y alimentación, y permite pensar la problemática alimentaria desde los principios del Derecho del Consumidor, entre ellos, el principio de acceso al consumo, de protección de la vulnerabilidad agravada, de consumo sustentable, de información, de seguridad, etcétera⁹; y entender que el alimento también es una fuente de riesgos que requiere un tratamiento particularizado desde la prevención del daño.

Esa conexión con el cuerpo humano expresa la íntima vinculación del alimento con el derecho a la salud del consumidor, reconocido de modo expreso en el artículo 42 de la Constitución Nacional (en adelante CN) y en tratados internacionales de derechos humanos¹⁰, a los cuales nuestra Carta Magna les confirió jerarquía constitucional en el artículo

⁷ SOZZO, G., “La prevención de los daños al consumidor”, en STIGLITZ, G. y HERNÁNDEZ, C. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 160 y ss.

⁸ Íd., ps. 160 y ss.

⁹ Mediante resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior se aprobó la incorporación al ordenamiento jurídico nacional la Resolución 36/2019 del Grupo Mercado Común del Mercado Común del Sur (Mercosur), relativa al reconocimiento de los principios que tienen por objeto tutelar al consumidor. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/342131/norma.htm> (consultado el 13-11-2021).

¹⁰ Entre otros: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, así como también la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 24 y 27, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Prólogo.

lo 75, inciso 22, estableciendo que debían entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

También, dicha conexión conduce a reconocer el derecho humano a una alimentación adecuada, que según el relator especial sobre el derecho a la alimentación de Naciones Unidas consiste en “...el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida física y psíquica, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”¹¹. En miras a satisfacer ese derecho humano, los individuos nos procuramos alimentos que de alguna forma u otra están sometidos a procedimientos que lo convierten en un producto elaborado.

La visión del alimento como producto elaborado y su abordaje desde el Derecho del Consumidor permiten considerar dos rasgos relevantes que se destacan en la sociología de la alimentación: la artificialización y la desregulación alimentaria.

En virtud de la artificialización, el consumidor ha ido perdiendo los referentes inmediatos de la producción de los alimentos y desconoce los modos de producción y fabricación, lo cual genera un incremento de la desconfianza hacia ellos. Se ha pasado de una sociedad tradicional donde la seguridad y sencillez en la producción de los alimentos generaba consumo, a una situación social nueva, donde es el consumo el que genera inseguridad respecto a la alimentación. Por su parte, la expresión “desregulación alimentaria” ha sido usada para dar cuenta de la diversificación exponencial de los alimentos que están a disposición del consumidor, haciendo más complicado afrontar las elecciones alimentarias; aparecen nuevos factores que influyen en la generación de pautas de consumo, dejan de ser la familia y la escuela los principales generadores de pautas de alimentación, para cobrar relevancia otros nuevos, como la publicidad¹².

¹¹ ONU, Consejo Económico y Social, “El derecho a la alimentación”, E/CN.4/2001/53 (página en internet); disponible en https://digitallibrary.un.org/record/435941/files/E_CN-4_2001_53-ES.pdf (consultado el 31-1-2022).

¹² SANZ PORRAS, J., “Aportaciones de la sociología al estudio de la nutrición

Por otro lado, las representaciones sociales relacionadas con la alimentación que otorga el sistema sociocultural dejan de manifiesto que los alimentos no sólo se componen de nutrientes sino también de significaciones y estas significaciones les otorgan efectos simbólicos y reales, individuales y sociales. En este sentido, se afirma que los alimentos no cumplen únicamente una función biológica sino también social, y no se digieren sólo mediante procesos orgánicos internos, sino también a través de representaciones generadas por el entorno cultural. Hay razones biológicas, psicológicas, contextuales (ecológicas, económicas, políticas o ideológicas) que pueden explicar por qué se eligen determinados alimentos y por qué no se eligen otros¹³; esas elecciones pueden influir en el derecho a la salud y a la alimentación adecuada del consumidor.

a) *Alimento, derecho a la alimentación adecuada y seguridad alimentaria*

El alimento se integra al contenido del derecho a una alimentación adecuada. Así lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ cuando afirma que este derecho protege el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud. En la misma línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Pidesc), relativa al derecho a la alimentación adecuada, entiende que el contenido básico de este derecho implica el

humana: una perspectiva científica emergente en España”, en SciELO, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0212-16112008000800002 (consultado el 9-11-2021).

¹³ BARTHES, R.; FISCHLER, C.; CONTRERAS, J.; GRACIA ARNÁIZ, M.; GUIDONET, A. y AGUIRRE, P., en Ministerio de Salud de la Nación, Dirección Nacional de Abordaje Integral de las Enfermedades No Transmisibles, *Etiquetado Nutricional Frontal. Informe de Resultados*, junio de 2020, p. 11; disponible en <https://fa-gran.org.ar/wp-content/uploads/2020/08/MINSAL-Investigacio%CC%81n-Etiquetado-Frontal-de-Alimentos.pdf> (consultado el 9-11-2021).

¹⁴ CIDH, 6-2-2020, “Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf (consultado el 28-12-2021).

acceso a alimentos seguros y de calidad, para una dieta adecuada y culturalmente aceptable sin comprometer el derecho a la salud ni el goce de otros derechos humanos¹⁵.

En ese marco, como bien puede observarse, la seguridad alimentaria es corolario del derecho a la alimentación. Se ha dicho que ésta existe “...cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana...”¹⁶ Por ello, la seguridad alimentaria funciona como una garantía del derecho humano a la alimentación adecuada, implica el acceso de todas las personas a una alimentación de cierta calidad, apta para cubrir las necesidades fisiológicas humanas y sin sustancias nocivas.

En materia de seguridad alimentaria el *soft law*, en especial la regulación técnica producida por la Comisión del Codex Alimentarius, posee una fuerza normativa muy importante. La aplicación de los códigos de práctica del Codex para la producción de alimentos frescos y procesados determina que los alimentos sean producidos bajo condiciones sanitarias y asegura que el producto sea inocuo, reduciendo los riesgos y las pérdidas a través de toda la cadena alimentaria.

Además, la seguridad alimentaria figura en segundo lugar entre los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Siendo un gran aporte en este sentido, el principio de consumo sustentable reconocido por el artículo 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), dado que el alimento se encuentra –como se dijo– en íntima relación con la salud, el cuerpo y el ambiente; la forma en que producimos, distribuimos y utilizamos los alimentos, en la actualidad, está afectando los ecosistemas y la biodiversidad, creando un círculo vicioso que termina siendo una amenaza para la seguridad alimentaria. En materia de productos agrícolas, la Organización de las

¹⁵ ONU, Consejo Económico y Social, “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”, 1999, en Acnur, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf> (consultado el 14-11-2021).

¹⁶ ONU-FAO, “Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación”, en Cumbre Mundial sobre la Alimentación, Roma, Italia, 1996; disponible en <https://www.fao.org/3/w3613s/w3613s00.htm#PoA> (consultado el 30-9-2020).

Naciones Unidas ha sostenido: “Un mejor uso de la biodiversidad agrícola puede contribuir a dietas más nutritivas”¹⁷.

En nuestro país, la tutela del derecho a la alimentación se encuentra receptada en el Pidesc (arts. 2º, primer párrafo, y 11), que junto a los artículos 41 y 42 de la CN permite afirmar que se encuentra amparado el derecho de los consumidores a acceder a una alimentación saludable, segura y sustentable. La protección de la salud, la seguridad y el ambiente como bienes fundamentales exigen esta hermenéutica¹⁸.

b) *La seguridad alimentaria como expresión del deber de seguridad en las relaciones de consumo y los despliegues de la información*

En el campo del Derecho del Consumidor, la convergencia entre el derecho a la salud y a la alimentación confiere relevancia al derecho del consumidor a la seguridad. En materia de alimentos, la seguridad del producto tiene particularidades propias; por ese motivo se habla de la seguridad alimentaria, noción que comprende los dispositivos legales relativos a la obligación de los proveedores de introducir en el mercado productos inocuos para la salud del consumidor, y a la que se le suman recaudos particulares que surgen de cuerpos normativos ajenos a la Ley de Defensa del Consumidor.

Así, las normas de los artículos 5º, 6º y 40 de la ley 24.240 se redimensionan teniendo en cuenta el carácter especial del alimento como producto elaborado. La obligación de seguridad en intersección con el deber de advertencia (art. 6º) se materializa en el etiquetado de los productos, que de manera preventiva debe referir a los componentes de un alimento, máxime cuando puedan entrañar algún riesgo o peligro para la salud del consumidor¹⁹. Más aún, desde la perspectiva

¹⁷ ONU, “Objetivo 2: poner fin al hambre”, en *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, en UN Org, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/hunger/> (consultado el 8-2-2022).

¹⁸ TRIVISONNO, J., “El derecho a la alimentación saludable: información al consumidor y etiquetado frontal de alimentos”, en *Dossier de Derecho del Consumidor, Jurisprudencia Argentina 2021-III; La Ley Online*, AR/DOC/1655/2021, p. 78.

¹⁹ Es posible ampliar en ARIAS, M.ª P. y TRIVISONNO, J., “La identificación del producto como una manifestación de la obligación de informar”, en *Thomson Reuters 2020* (agosto); cita online: AR/DOC/2843/2019.

del producto elaborado el incumplimiento de esta obligación puede derivar en la responsabilidad prevista en el artículo 40, por defecto de información.

Es claro entonces que un factor que contribuye a alcanzar la seguridad alimentaria viene dado por la información; el consumidor debe contar con la información suficiente al tiempo de consumir un producto alimenticio. El etiquetado de los alimentos es el medio a través del cual el proveedor cumple con el deber de informar; por ende, se trasladan a él los recaudos legales exigidos a la información en orden a claridad, comprensibilidad y veracidad.

En materia alimentaria, el incumplimiento del deber de informar de los proveedores (art. 4º, ley 24.240 y art. 1100, CCCN) puede transformar al producto en inseguro por defecto informativo, tornándolo potencialmente dañoso para la salud de los consumidores. De ahí que la debida identificación de los productos en el mercado mediante el etiquetado o rotulado sea decisiva para la adecuada protección del derecho a la salud y a la alimentación.

c) *Etiquetado y rotulado de alimentos: herramientas de comunicación del proveedor versus seguridad alimentaria y deber de informar*

En un comienzo el envase de los alimentos tenía por función principal contener y proteger el producto, destinado a consumirse dentro de regiones delimitadas naturalmente por las distancias que las separaban. Los consumidores conocían el producto, la publicidad no era necesaria dado que en la mayoría de los casos quien lo fabricaba era un vecino o conocido del pueblo. Con el tiempo, el envase vino a sustituir al vendedor en el supermercado. Se ha dicho que el consumidor evolucionó de hombre económico a hombre psicológico, cambiando paralelamente la caracterología de su demanda²⁰. De ahí que, en la actualidad, existe una competencia vertiginosa en el campo simbólico, de la imagen y de la comunicación para que el potencial consumidor

²⁰ SEPIURKA, M., “Diseño y *packaging* en la captación del consumidor”, en GHERSI, C. (comp.), *La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos*, Eudeba, Buenos Aires, 1998, p. 58.

se identifique con el mensaje inserto en el envoltorio. Es decir, desde la situación inicial del *packaging* como contenedor, se pasó a la necesidad de un *packaging* comunicador²¹.

En la comercialización masiva de productos, el fabricante no se encuentra comunicado de modo directo con el consumidor, sino que difunde sus declaraciones a través del producto y la información inserta en el etiquetado. Con esos mensajes insertos en el envase se crea un ambiente propicio para que el consumidor actúe en consecuencia. Algunos estudios sociológicos dan cuenta de las transformaciones o cambios en los hábitos alimentarios que ello origina; así, se ha sostenido que “en la modernidad alimentaria, la relación cercana y directa entre productor y consumidor se rompe. El consumidor compra productos que son producidos por personas que no conoce y el conocimiento acerca de su origen y calidad procede de las etiquetas o en los establecimientos donde se adquieren”²².

El caudal de información que en la actualidad circula en el mercado y el escaso tiempo que el consumidor dispone para la elección de productos alimenticios tornan casi imposible que él pueda asimilarla. Por ello, el proveedor debe procurar no sobreinformar. Para esto, las normas jurídicas regulatorias del rotulado y etiquetado de los alimentos deben ser claras, precisas y sistemáticamente coherentes.

En nuestro país existe una hiperregulación en materia de rotulado de los alimentos; la normativa más específica en materia alimentaria es el CAA, que en su Capítulo V, *Normas para la Rotulación y Publicidad de los Alimentos*, contiene reglas referentes a los rótulos, etiquetas, a la información que deben incorporar y a la publicidad de los alimentos. Se incorporaron al CAA diversas normas del Mercosur, así: la Resolución Grupo Mercado Común N° 26/2003 (Reglamento Técnico Mercosur para Rotulación de Alimentos Envasados); la Resolución Grupo Mercado Común N° 46/2003 (Reglamento Técnico Mercosur sobre el Rotulado Nutricional de Alimentos Envasados), y la Resolución del Grupo Mercado Común N° 31/2006 (Rotulado Nutricional de Alimentos Envasados, Complementación de la Resolución Grupo Mercado Común N° 46/2003).

²¹ Íd., p. 59.

²² SANZ PORRAS, op. cit.

Por otro lado, el régimen vigente de lealtad comercial, contenido en el DNU 274/2019, dedica el Título III a la “información en el comercio”, y en su Capítulo I contiene las normas relativas a los recaudos de identificación que deben cumplir en sus rotulados, envases, envoltorios o etiquetas los productos que se comercialicen en el país (arts. 16 a 22).

Desde una visión crítica, cabe señalar que la heterogeneidad de productos que circulan en el mercado provoca una complejidad normativa sectorial que puede dificultar el conocimiento de las normas administrativas que regulan los aspectos y particularidades técnicas vinculados al rotulado; no obstante es deber del proveedor autoinformarse para cumplir adecuadamente con su obligación de informar al consumidor. Por otro lado, la multiplicidad de normas y disposiciones relativas al tema, en particular la amplitud de posibilidades que habilita el CAA para rotular los productos alimenticios, no siempre se articula con el contenido de la obligación de informar al que aluden los artículos 4º, ley 24.240 y 1100, CCCN. Por esta razón, resulta sustancial que el operador jurídico, al tiempo de aplicar esos regímenes normativos, los haga dialogar a la luz del principio protectorio del consumidor de raigambre constitucional, a fin de no sacrificar el derecho a la información.

La información que los proveedores deben comunicar es aquella que tienda a garantizar la seguridad alimentaria y la libertad de elección, es decir, aquella que permita el acceso a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias, datos que de conocerse hubieran llevado a no elegir ese alimento o a elegir uno diferente, sea por su composición alimentaria, su procedencia o la falta de sustentabilidad en la elaboración. La información debe permitir al consumidor optar por productos alimenticios afines a sus preferencias y evitar el consumo de aquello que pueda ser perjudicial para la salud, en especial de quienes padecen de algún tipo de enfermedad.

En este sentido, la nueva Ley de Promoción de la Alimentación Saludable (27.642) es innovadora y positiva, dado que regula el etiquetado nutricional en la parte frontal del envase (en adelante ENPFE) de los alimentos y bebidas analcohólicas, bajo un sistema de etiquetado

de advertencia, basado en estudios y recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS)²³ junto a la Organización Panamericana de la Salud (en adelante OPS)²⁴, y en estudios e informes realizados por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de Argentina²⁵.

El ENPFE consiste en un sistema gráfico, sencillo y rápido de localizar y comprender, con información relevante y de utilidad para que los consumidores de todas las edades puedan identificar los alimentos con alto contenido calórico y bajo valor nutricional, facilitando la toma de decisiones conscientes. Se recomienda implementar un ENPFE, para ayudar a los consumidores a elegir dietas saludables y para brindarles información veraz y concreta sobre el contenido de alimentos y bebidas de baja calidad nutricional, a fin de desincentivar su consumo, dado que se ha demostrado que los altos índices de malnutrición y enfermedades no transmisibles (en adelante ENT) afectan sobre todo a sectores vulnerables, con menor acceso a educación e información²⁶. “La información nutricional es esencial para adquirir conocimientos necesarios y efectuar elecciones que reproduzcan hábitos de alimentación saludables”²⁷.

²³ OMS, “Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigidas a los niños”, en Who, <https://www.who.int/dietphysicalactivity/childhood/es/>, 2010; “Informe de la Comisión para acabar con la obesidad infantil”, en Who, <https://www.who.int/end-childhood-obesity/publications/echo-report/es/> (consultados el 21-20-2020).

²⁴ OPS, “El etiquetado frontal como instrumento de política para prevenir enfermedades no transmisibles en la Región de las Américas”, en Iris Paho, https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53013/OPSNMHRF200033_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y, 2020 (consultado el 8-2-2022).

²⁵ Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, Secretaría de Gobierno de Salud, “Etiquetado Nutricional frontal de alimentos”, 2018, en Bancos Salud, https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-01/0000001380cnt-2019-06_etiquetado-nutricional-frontal-alimentos.pdf (consultado el 1-6-2021); Ministerio de Salud de la Nación, Dirección Nacional de Abordaje Integral de las Enfermedades No Transmisibles, op. cit.

²⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la relatora especial sobre el derecho a la alimentación”, 2019, en Huerquen, <http://huerquen.com.ar/wp-content/uploads/2019/02/informe-Hilal-Elver.pdf> (consultado el 21-10-2020).

²⁷ BENDEL, Y., “Introducción”, en Ministerio Público Tutelar, *Jornada derecho a una alimentación adecuada, desafíos pendientes en materia de etiquetado de alimentos*, en *Cuadernillo de exposiciones*, CABA, 2018, p. 17; disponible en <https://>

Se sostiene que el ENPFE contribuye a la prevención del sobrepeso, la obesidad y otras ENT relacionadas con una alimentación inadecuada, como la diabetes, obesidad, hipertensión arterial, las enfermedades cardiovasculares y cerebrovasculares, y otros tipos de enfermedades como la celiaquía, la enfermedad renal crónica y el cáncer, que pueden verse agravadas por el consumo de alimentos perjudiciales.

El etiquetado frontal de alimentos resulta también una herramienta esencial para la tutela de consumidores hipervulnerables²⁸, que en este caso son aquellas personas con necesidades alimentarias especiales, que padecen problemas fisiológicos y que transitoria o permanentemente requieren de una alimentación especial para desarrollar una adecuada calidad de vida. Se trata de consumidores cuya vulnerabilidad estructural se ve acentuada en virtud de patologías o condiciones vinculadas en forma directa o indirecta a la alimentación²⁹.

En esa línea de acentuación de la tutela de ciertos hipervulnerables se ubica la nueva ley 27.642, dado que a lo largo de toda la regulación busca proteger a niños, niñas y adolescentes como grupo vulnerable, en especial frente a toda publicidad de alimentos y bebidas analcohólicas envasados, dirigida a ellos, que contengan al menos un sello de advertencia. Además, dedica todo un capítulo a la promoción de la alimentación saludable en establecimientos educativos, ordenando al Consejo Federal de Educación incluir contenidos mínimos de educación alimentaria nutricional en los establecimientos educativos de nivel inicial, primario y secundario del país; y la prohibición de venta o promoción de alimentos y bebidas analcohólicas que contengan al menos un sello de advertencia o leyendas precautorias en dichos establecimientos.

mptutelar.gob.ar/sites/default/files/2018_Cuadernillo_JornadaAlimentacion_MPT.pdf (consultado el 30-9-2020).

²⁸ El reconocimiento de la categoría de consumidores hipervulnerables tiene un fuerte anclaje constitucional de acuerdo con la doctrina mayoritaria de nuestro país, y posee hoy recepción expresa en la resolución 139/2020.

²⁹ En nuestro país hay numerosas leyes que tienen en consideración estas situaciones. En relación con las personas que padecen celiaquía, la ley 26.588 (reformada en 2015 por medio de la ley 27.196); personas que padecen trastornos alimenticios, la ley 26.396; personas que padecen diabetes, la ley 23.753, modificada por la ley 26.914, normativa a la que Santa Fe adhiere con la ley 12.196.

d) *La publicidad abusiva o engañosa en el etiquetado y rotulado de alimentos*

La información deficiente o engañosa contenida en los etiquetados y rotulados de los alimentos puede derivar en un supuesto de publicidad engañosa o abusiva, además de infringir el deber de informar, e incluso convertir al alimento en inseguro por defecto de información, con proyecciones negativas en la salud de los consumidores.

La cuestión aparece regulada, en parte, en el artículo 11 del DNU 274/2019, que prohíbe “...la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”. Esta norma, al utilizar el término “presentación”, incluye el etiquetado o el rotulado, el envase y el envoltorio del producto.

Un reciente precedente jurisprudencial³⁰ da cuenta de un caso de publicidad engañosa a partir del etiquetado. Se trataba de un pan cuyo envoltorio consignaba que era “100% integral”, cuando en realidad ésa no era su composición³¹. El tribunal de grado juzgó que la referencia a un pan “100% integral” no se ajustaba a la realidad del producto; que no había exactitud entre la descripción habida en el frente del envase del producto y su composición; y señaló que el modo en que se ofertó bien pudo determinar la elección de este producto por sobre otros; no obstante, rechazó el reclamo por daño moral y daño punitivo. Apelada la sentencia, la Cámara resolvió la admisión de los planteos de la actora. Sin embargo, en el voto en disidencia se sostuvo que si bien el fabricante incluyó un término que no se correspondía estrictamente con la real composición del pan, la misma estaba mencionada

³⁰ CNCom., sala F, 9-8-2021, “Louis, Mariela Alejandra c/Compañía de Alimentos Fargo SA y otro s/Ordinario”, *La Ley Online*, AR/JUR/117924/2021.

³¹ El fabricante explicó que de acuerdo con el CAA un pan integral puede ser considerado como tal cuando contiene iguales cantidades de harina triple cero y harina integral (art. 735, CAA). No obstante, señaló que el producto presentaba mayor cantidad de harina integral (57 partes), otorgándole así un mejor perfil nutricional, por lo que no había motivos para que la denominación “pan integral” no fuera aprobada.

en el envase y que el producto había sido sometido a la aprobación de las autoridades competentes, lo que permitía inferir que no hubo peligro para la salud de la actora o de los demás consumidores. Esto demuestra que la normativa alimentaria argentina colisiona con las reglas protectorias del consumidor sobre brindar información clara y veraz, sin dejar de mencionar que algunos jueces no aplican esas normas en diálogo con el régimen de protección al consumidor.

La información suministrada en el rotulado de los alimentos, cuando es usada con fines de marketing, genera en el consumidor la confianza de que el producto tiene un cierto valor nutricional o características determinadas, cuando en realidad no es así.

Además, muchas veces en los etiquetados suelen utilizarse imágenes o representaciones para atraer la atención del consumidor e inducirlo a la adquisición del producto, a menudo en aquellos destinados a niños, niñas o adolescentes. En esos supuestos, también el etiquetado y rotulado constituyen recursos para publicitar el producto y en la medida que incluyan información debe ser veraz, sin perjuicio de los demás recaudos exigidos por la legislación vigente.

Sobre el particular, resultan plausibles las disposiciones de la nueva Ley 27.642 sobre “Promoción de la Alimentación Saludable”, cuyo Capítulo III se ocupa de la publicidad, promoción y patrocinio, estableciendo una serie de prohibiciones y limitaciones dirigidas a no estimular indebidamente el consumo de alimentos y bebidas analcohólicas envasados que contengan nutrientes críticos, en particular cuando los productos alimenticios están dirigidos a niños, niñas y adolescentes.

III. Reflexiones finales

A modo de corolario, observamos que el consumidor no tiene acceso a información cierta, clara y detallada que le permita elegir libremente alimentos seguros y acordes a sus preferencias o exigencias de salud. Esto se debe, en parte, a que la información contenida en las etiquetas o rótulos de los alimentos es de naturaleza técnico-científica, lo cual exige conocimientos específicos para su comprensión. En palabras de Miguel Ángel Recuerda Girela: “Ni toda la regulación alimentaria se

construye al conocimiento técnico-científico, ni la ciencia es el único criterio que han de seguir las normas alimentarias”³².

Por otro lado, el proveedor utiliza las etiquetas como herramienta de publicidad y marketing a fin de atraer al potencial consumidor, sin tener en cuenta las exigencias que desde el Derecho del Consumidor se establecen en los artículos 4º, ley 24.240 y 1100, CCCN, dejando en un segundo plano al derecho a la salud y a la alimentación adecuada. Por ello, es de fundamental importancia que el operador jurídico haga primar las normas de tutela del consumidor en materia de seguridad e información cuando entran en conflicto con la normativa administrativa sectorial.

Para finalizar, las cuestiones brevemente tratadas en este trabajo muestran la necesidad de desarrollar el derecho a la alimentación como rama autónoma, transversal y capaz de abordar la compleja problemática del alimento.

Bibliografía

- ARIAS, María Paula y TRIVISONNO, Julieta, “La identificación del producto como una manifestación de la obligación de informar”, en Thomson Reuters 2020 (agosto); cita online: AR/DOC/2843/2019.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El derecho de la alimentación, despliegue relevante del derecho de la salud”, en La Ley, 2016; La Ley Online, AR/DOC/4337/2016.
- GHERSI, Carlos (comp.), “La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos”, Buenos Aires, Eudeba, 1998.
- JUSIDMAN-RAPOPORT, Clara, “El derecho a la alimentación como derecho humano”, en Salud Pública, vol. 56, México, 2014.
- MUMARE, María, “Consumo, salud e información: una tríada a propósito de la ley 27.642”, en El Derecho del 28-12-2021.
- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, “Los principios generales del Derecho Alimentario europeo”, en Revista de Derecho de la Unión Europea (núm. 26), 2014; disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12612/11813> (consultado el 2-1-2022).

³² RECUERDA GIRELA, M. Á., “Los principios generales del Derecho Alimentario europeo”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, 2014, p. 172; disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12612/11813> (consultado el 2-1-2022).

- SANZ PORRAS, Jordi, “Aportaciones de la sociología al estudio de la nutrición humana: una perspectiva científica emergente en España”, en SciELO, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0212-16112008-000800002 (consultado el 9-11-2021).
- SCHLOTTHAUER, Pablo, “Personas con necesidades alimentarias especiales como consumidores hipervulnerables”, en Revista de Derecho del Consumidor (núm. 5), agosto de 2018; cita online: IJ-DXXXVII-599.
- SOZZO, Gonzalo, “La prevención de los daños al consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. III.
- TRIVISONNO, Julieta, “El derecho a la alimentación saludable: información al consumidor y etiquetado frontal de alimentos”, en Dossier de Derecho del Consumidor, Jurisprudencia Argentina 2021-III; La Ley Online, AR/DOC/1655/2021.

A CIEN AÑOS DE “ERCOLANO C/LANTERI DE RENSHAW”

UNA REVISIÓN DE LAS FUENTES JURISPRUDENCIALES
QUE RESOLVIERON LA EMERGENCIA ECONÓMICA
SIN DESMEDRO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

por LUCAS NAVARRO*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Emergencia económica y Constitución: la incertidumbre ante el silencio. 3. El origen del poder de policía de emergencia: el fallo “Ercolano c/Lanteri”. 3.1. Las circunstancias fácticas antecedentes y el debate por la ley 11.157. 3.2. Los argumentos de la Corte. 3.3. Reflexiones. 4. Volver a las fuentes: la reivindicación de los límites. 5. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El artículo propone un revisionismo histórico de los primeros precedentes en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación incorporó el instituto del poder de policía de emergencia en el Derecho argentino, a fin de reflexionar acerca de las causas que llevaron a modificar la doctrina tradicional del máximo tribunal, cuáles fueron los objetivos buscados y de qué modo se justificó que el Estado interviniera en las relaciones privadas a fin de procurar el bienestar general.

La hipótesis que se desarrolla busca demostrar que el transcurso del tiempo desde la doctrina originaria (alrededor de cien años), un

* Estudiante de grado de la Facultad de Derecho de la UNR; artículo redactado en el marco de la investigación efectuada como becario del programa de “Becas de Estímulo a la Investigación Científica” desarrollado por la Secretaría de Ciencia y Técnica.

deficiente sistema de separación de poderes –y por ende de control– y las presiones de los denominados “poderes políticos” llevaron a que una herramienta útil para cumplir con los objetivos de la Constitución terminara siendo funcional a las necesidades del gobierno de turno, y una válvula de escape a través de la que se avasallaron derechos de índole patrimonial de todo tipo.

En este sentido, cabe poner de resalto que originariamente el tribunal cimero puso límites a este tipo de intervenciones, los cuales fueron difuminados por posteriores integraciones. Atendiendo a ello, se pondrán de resalto las deficiencias evidenciadas en la resolución de las emergencias económicas, que impidieron que la crisis económica pueda conjurarse sin la externalidad de provocar inseguridad jurídica.

Abstract

The article proposes a historical revisionism of the first precedents in which the Supreme Court incorporated the institute of emergency police power in Argentine Law, in order to reflect on the causes that led to modify a doctrine of the highest Court, what were the objectives sought and how it was justified that the State intervene, restricting the rights of a sector in order to procure the general welfare.

The hypothesis that we develop seeks to demonstrate that the passage of time from the original doctrine (around one hundred years), a deficient system of separation of powers –and therefore of control– and the pressures of the so-called “political powers” led to the fact that a tool that, when used properly, allowed the objectives of the Constitution to be met, would end up being functional to the needs of the government in power, and an escape valve through which patrimonial rights could be subjugated. It reflects on the control that can be carried out on the measures adopted by the political powers, which, in the context of an emergency, intervene in relations between individuals. In this direction, we will study the first precedent on the matter, considering the context in which it was dictated and the main arguments given by the Court.

Indeed, originally the Supreme Court set limits to this type of intervention, which were blurred by subsequent integrations. In response

to this, the deficiencies evidenced in the resolution of economic emergencies will be highlighted, which prevented the economic crisis from being averted without the externality of causing legal uncertainty.

Palabras clave

Emergencia económica. Constitución. Seguridad jurídica.

Keywords

Economic emergency. Constitution. Legal security.

1. Introducción

Ha transcurrido un siglo desde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”¹, lo cual otorga cierta perspectiva para reflexionar.

El retorno al pasado nos permite hacernos de herramientas para afrontar el futuro, y no volver a cometer errores de los cuales, se supone, debimos aprender. En este sentido, “Ercolano” y los fallos que le siguieron fueron trascendentes en cuanto a sus enseñanzas, a las cuales corresponde prestarles atención.

El renombrado precedente marca un punto de inflexión, dado que, desde 1922, la facultad del Estado de limitar derechos de modo general ya no estaría restringida a las materias de moralidad, salubridad y seguridad², sino que podría extenderse a la búsqueda del bienestar general a través de la intervención en cuestiones de índole económica. Esa postura había tenido un importante desarrollo en la Corte estadounidense, de la cual nuestro máximo órgano de justicia toma algunos argumentos para fundar su decisorio.

Hay otro motivo elocuente para volcar la vista hacia el fallo aludido: hace cien años también nos encontrábamos ante una emergencia económica (por estos tiempos, la declarada por la ley 27.541, dictada el 21 de diciembre de 2019).

¹ CSJN, 28-4-1922, *Fallos*: 136:161.

² MARIENHOFF, M., “Tratado de Derecho Administrativo”, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. IV, p. 538.

¿Cómo es posible que habiendo transcurrido un siglo la emergencia sea una constante³? ¿Cuáles son las causas del ocaso permanente? ¿Cómo salir del laberinto argentino⁴?

La actividad reflexiva propuesta al comienzo puede llevarse a cabo desde distintas disciplinas, compartiendo todas algo de responsabilidad en nuestra condición actual. Desde cualquier punto de vista, ya sea económico, político, sociológico o jurídico, resultará un ejercicio de honestidad intelectual denunciar errores y déficits. Y es que, si no existieran culpas compartidas, Argentina debería haber recuperado cierto estado de sosiego.

Pero ¿qué responsabilidad cabe, en particular, a nuestra disciplina? Si los abogados detentan el monopolio de uno de los poderes del Estado, por sentido común deberían tener también cierto protagonismo⁵. Corresponderá, en este sentido, identificar qué aportes han efectuado los operadores jurídicos en la causalidad de “la emergencia de los cien años”, y cómo pueden colaborar para salir de ella, enrolándonos siempre entre quienes entienden que el Derecho es un fenómeno complejo, conformado por tres dimensiones⁶.

2. Emergencia económica y Constitución: la incertidumbre ante el silencio

Es muy difícil dar una definición de “emergencia económica” en nuestro país, ya que sus lindes conceptuales se han visto desvirtuados con el correr de los años.

³ Julián Zícari explica que, desde 1860 hasta la actualidad, nuestro país ha vivido dieciséis crisis en ciento sesenta años, lo cual arroja un promedio de una cada diez años; para mayor desarrollo véase ZÍCARI, J., “Crisis económicas argentinas. De Mitre a Macri”, Continente, Buenos Aires, 2020, p. 10.

⁴ El término es tomado de CORTÉS CONDE, R., “El laberinto argentino: reflexiones sobre la construcción de un orden político en la Argentina y la crisis en el mundo”, 1ª ed., Edhasa, Buenos Aires, 2015, ps. 10 y 11.

⁵ En esta dirección, y respecto de los jueces, Vigo observa que, si bien su participación en la resolución de las crisis no ha sido decisiva, “cabe analizar si la responsabilidad de aquel poder, en esas emergencias institucionales, estuvo o no a la altura de las circunstancias y posibilidades”. VIGO, R., “Interpretación constitucional”, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, ps. 200 y 201.

⁶ GOLDSCHMIDT, W., “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 7ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

La doctrina⁷ y la jurisprudencia⁸ han aportado interesantes conceptualizaciones al respecto, valiosas para marcar el rumbo a seguir, pero que solieron ser desatendidas por quienes debían tomar las decisiones. Y ello por cuanto, en líneas generales, todas las definiciones giran en torno a tres elementos, que difícilmente tuvieron correlato en la realidad. En efecto:

- a) Se refiere comúnmente a la existencia de una situación extraordinaria; sin embargo, en Argentina la crisis ha tendido a volverse algo ordinario⁹.
- b) También se habla de la transitoriedad de las medidas. Para advertir cómo se ha desvirtuado este requisito, remitimos a la disidencia de Boffi Boggero en “White de Torrent”¹⁰, hace ya más de cincuenta años. Respecto del mismo tema, Sagüés advierte que el decreto 1380/43, en materia de alquileres, instauró un sistema que duró más de veinte años¹¹.
- c) Finalmente, se alude también a la necesidad de adoptar medidas urgentes¹².

En cierta consonancia con lo dicho por nuestra Corte en “Peralta”,

⁷ Véanse al respecto las citas de Linares Quintana, Bidart Campos y Sagüés traídas por HERNÁNDEZ, A. M.^a, “Emergencias, orden constitucional y COVID-19”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 10 a 13.

⁸ En “Peralta” (Fallos: 313:1513) la Corte define a la emergencia económica como “una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, que origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin”.

⁹ En este sentido, señala Carnota que “El uso recurrente de los estados de emergencias en tal o cual área ha generado una suerte de erosión conceptual, a punto tal de convertir a la emergencia en una de las principales categorías jurídicas indeterminadas de nuestro ordenamiento, en una idea en sí misma en crisis”. CARNOTA, W., “¿Defensa constitucional o control social de constitucionalidad?”, en *El Derecho* 141-369.

¹⁰ CSJN, 13-5-66, Fallos: 264:344.

¹¹ SAGÜÉS, N. P., “Derecho Constitucional 2. Estatuto del poder”, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 705.

¹² En cuanto a la urgencia, se ha observado que el concepto “es repetido en numerosos fallos a lo largo de la historia del máximo tribunal, lo que en cierto modo lo contradice, porque no se puede concebir una ‘urgencia’ que dure tantos años”. LORENZETTI, R. L., “La emergencia económica y los contratos”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 56.

en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se sostuvo que la “emergencia económica es un hecho que provoca una situación de grave riesgo social o peligro colectivo, que afecta el orden económico-social”. Agregando a continuación que las medidas “deben ser” razonables, excepcionales, temporalmente limitadas e ineludibles.

Frente a las definiciones de lo que la emergencia económica “debería ser”, nos atrevemos a dar una definición de lo que –en general– “es”: un instituto de naturaleza jurídica-política, extensamente prolongado en el tiempo, y utilizado a menudo para escapar de la limitación al poder establecida en la Constitución, poniendo en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. A lo que debe agregarse que la validez de las medidas adoptadas en su consecuencia está sujeta a un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio del control por parte de los jueces, que, a veces justificadamente y otras no tanto, se han mostrado deferentes con los medios elegidos por el poder político.

Analizando la cuestión desde la óptica de los valores, se ha dicho con razón que ante el acaecimiento de estas situaciones “se distorsionan notablemente las relaciones entre los valores, prevaleciendo injustificadamente la utilidad por sobre la justicia y otros valores inherentes al desenvolvimiento humano”¹³.

Independientemente de lo expuesto, la emergencia en materia económica existe. Ante ello, bregamos para que las soluciones resulten acordes a la Constitución, que, corresponde decirlo, no tiene pautas precisas para ello.

Si bien se ha dicho que la Constitución “tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún) en momentos de crisis. Sólo hay que empeñarse en encontrarlas”¹⁴, consideramos que, en esta materia, su excesiva laxitud configura un problema. Criticamos que en la reforma de 1994 no se haya buscado regular el tema. Máxime si se tiene en cuenta que para ese entonces

¹³ ARIZA, A. y HERNÁNDEZ, C., “El contrato en la emergencia económica”, en *La Ley* 1993-E-701.

¹⁴ Del voto del Dr. Rosatti en CSJN, 24-4-2020, “Fernández de Kirchner”, *Fallos*: 343:195.

se habían padecido múltiples crisis –disminución de los intereses incluidos en el contrato, prolongación de los desalojos, vulneración de la libertad de contratar de los particulares, ahorro forzoso–. Entendemos que debiera haberse sancionado algún artículo que hiciera referencia a la emergencia económica y los límites para hacerle frente.

No se desconoce que los jueces pueden –y deben– alcanzar una solución a partir del texto constitucional vigente. Pero, atendiendo a lo controvertibles que resultan los alcances de cuestiones tales como los poderes implícitos, el bienestar general, la no afectación del contenido esencial de los derechos –todos argumentos utilizados en la jurisprudencia de la Corte–, y la multiplicidad de soluciones que encontrarían respaldo en el texto constitucional, resultaría plausible explicitar pautas que coadyuven a generar seguridad jurídica.

La palabra “emergencia” es mencionada en la Constitución una sola vez, en el artículo 76 referido a la delegación legislativa; mientras que la expresión “circunstancias excepcionales” es utilizada en el artículo 99, inciso 3º, dedicado a los decretos de necesidad y urgencia. No sólo que no se aportó claridad a la situación, sino que se la agravó. Si antes podía alegarse, con buenos argumentos, que el poder de policía de emergencia sólo se materializaba a través de una ley formal, los institutos incorporados en 1994 permitirían restringir derechos a través de decretos del Poder Ejecutivo.

Respecto de los límites sustanciales, que fueron delineados en la doctrina de la emergencia económica desarrollada por la Corte a lo largo de su historia, continúa el silencio constitucional. La previsión expresa de la problemática en estudio tendría una doble utilidad: sentar las bases para que el poder político pueda sobrepasar el momento crítico sin generar inseguridad jurídica; y en suma a ello, servir de pauta interpretativa clara para los tribunales que deban ejercer el control de las medidas. En este sentido, es muy interesante el estudio de la regulación dada en Colombia, a través del artículo 215 de la Constitución, y la ley reglamentaria 137, publicada el 2 de junio de 1994.

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha discutido si la solución a una situación de emergencia extrema debe encontrar su cauce dentro de la Constitución, o puede hacerlo más allá de ella.

La primera postura es adoptada por la Corte en el fallo “Rinaldi”¹⁵ al señalar que el derecho excepcional habilitado por la emergencia “no nace fuera de la Constitución Nacional sino dentro de ella” (consid. 13). La segunda es expuesta por Sagüés, quien sostiene que las reglas del *Derecho de necesidad* han sido disfrazadas como constitucionales por la jurisprudencia de la Corte, pero que “su hipotético justificativo solamente podría hallarse en *razones supraconstitucionales*”¹⁶. También se pronuncian en este sentido Ariza y Hernández¹⁷.

Por nuestra parte, entendemos que las normas dictadas en el marco de una emergencia deben encontrar su fundamento en la Constitución, y no escapar de sus límites. Sin embargo, reconocemos que esto se dificulta por la falta de pautas claras en su texto. Ante este déficit, ha sido el máximo tribunal nacional el que ha precisado los requisitos a tener en cuenta.

3. El origen del poder de policía de emergencia: el fallo “Ercolano c/Lanteri”

3.1. Las circunstancias fácticas antecedentes y el debate por la ley 11.157

El cambio de paradigma en la concepción del poder de policía se dio en un contexto excepcional, que debe ser tenido en cuenta para analizar el fallo.

Hasta fines de la década de 1920, la ideología dominante en nuestro país era marcadamente liberal, tanto en lo económico como en lo político.

Bajo el lema “gobernar es poblar”, y atendiendo a uno de los mandatos preambulares, desde fines del siglo XIX y, en mayor medida, durante las primeras décadas del siglo XX se sucedieron oleadas mi-

¹⁵ CSJN, 15-3-2007, *Fallos*: 330:855.

¹⁶ SAGÜÉS, op. cit., ps. 707 y ss.

¹⁷ Los autores sostienen lo siguiente: “Admitiéndose, como lo hacen algunos autores, la dispensa de los límites constitucionales de manera restringida y sólo cuando lo impone la propia preservación del Estado, se enfrenta dentro de la pirámide jurídica un fenómeno de paraconstitucionalidad que es presentado bajo la denominación de derecho constitucional implícito”. ARIZA y HERNÁNDEZ, op. cit.

gratorias que aumentaron considerablemente la población de nuestro país. Según señala Romero¹⁸, la población se duplicó entre 1895 y 1914, pasando de 3.995.000 habitantes a 7.885.000. De ese total, un tercio eran extranjeros. A ese fenómeno debía sumarse el de la migración interna¹⁹.

Estos dos acontecimientos demográficos –que por sí solos generaron una importante sobrepoblación en las ciudades²⁰–, sumados a la crisis desatada poco antes de que inicie la Primera Guerra Mundial²¹, y a los denunciados abusos de los propietarios para con sus inquilinos, provocaron una verdadera situación de emergencia en materia habitacional.

Debe tenerse presente que la mayoría de la población vivía hacinada en conventillos faltos de higiene y condiciones dignas de habitabilidad²², con el problema de salud pública que ello generaba. Esta situación apremiante se vio agravada por la conducta de muchos propietarios que, ante la escasez de oferta dada por la paralización de la construcción, y amparándose en las reglas del mercado –con fuerte arraigo, y protección jurídica–, aumentaron desmesuradamente los alquileres²³.

Su forma de proceder era la siguiente²⁴: al ser generalmente verbales los contratos, y por escasos períodos de tiempo, los inquilinos realizaban gastos de mudanza, reparaciones en el inmueble, etcétera. Una vez establecidos en el lugar, se les aumentaba el alquiler. O toleraban el aumento, o buscaban

¹⁸ ROMERO, L. A., “Breve historia de la Argentina”, 6ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016, p. 114.

¹⁹ Del Valle Ibarlucea destacaba que la población rural había disminuido un quince por ciento en veinte años (*Diario de Sesiones*, Cámara de Senadores de la Nación, 23-4-1921).

²⁰ Ello se circunscribía principalmente a Buenos Aires, y en menor medida a Rosario y a Córdoba.

²¹ Véase ZÍCARI, op. cit., p. 59.

²² Del Valle Ibarlucea denunciaba que ochenta de cada cien familias de Buenos Aires vivían en una sola pieza (op. cit.).

²³ Un informe de la *Revista de Economía Argentina*, en cuya dirección destacaba Alejandro Bunge, daba cuenta de que, desde que había empezado el tratamiento de las leyes 11.156 y 11.157 en el año 1920, el alquiler había subido hasta un 100% (DEL VALLE IBARLUCEA, op. cit.).

²⁴ Según denunciaba el diputado Dickman en la sesión del 5 de agosto de 1920 (*Diario de Sesiones*, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 5-8-1920).

un nuevo lugar donde habitar (con los gastos extra que ello conllevaba). La opción más “elegida” era soportar el aumento dispuesto.

En este contexto comienzan a tratarse dos leyes: una que *aggiornaba* la obra de Vélez a las necesidades de los nuevos tiempos, con plazos mínimo de locación, y limitando el precio de los subarriendos; y la otra que suspendía los desalojos y retrotraía el precio de los alquileres a los valores de enero de 1920 (cuando la ley comenzó a debatirse).

Tras arduos y profundos debates, en los cuales se trataron cuestiones tales como la forma más conveniente de dar solución a la crisis según las distintas ideologías políticas²⁵, la desmesurada extensión temporal de algunas leyes de emergencia (como las dictadas en materia cambiaria en 1914) y el tratamiento dado al tema en el Derecho Comparado²⁶, se sancionaron las leyes referidas.

La ley 11.157 fue promulgada el 19 de septiembre de 1921, y mandaba a retrotraer los precios de los alquileres al 1º de enero de 1920 (art. 1º).

En estas circunstancias la Corte dictó sentencia en el caso “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”, en el cual el demandante había consignado la suma de dinero que correspondía según la ley 11.157, que no era aceptada por la locadora, quien consideraba que la norma era inconstitucional. Cabe destacar que se trataba de un contrato verbal, y de renovación mensual.

3.2. *Los argumentos de la Corte*

La Corte resolvió el recurso extraordinario de la demandada siete meses después de promulgada la ley 11.157, confirmando la sentencia anterior²⁷. La mayoría fue conformada por los doctores Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez, con disidencia del doctor Bermejo.

²⁵ Había quienes alentaban la intervención del Estado para solucionar inmediatamente una situación que no admitía dilaciones, y, en la vereda opuesta, quienes consideraban que serían mayores los males que los beneficios que tal intervención provocaría.

²⁶ Se atendió a la regulación dada en Bélgica, Francia, España y Uruguay, país en el cual se había ordenado devolver los aumentos efectuados con posterioridad a determinada fecha fijada por la norma.

²⁷ En ese sentido dictaminó también el procurador Larreta, quien transcribió una controvertida cita de Joseph Story, que decía: “los medios de satisfacer las necesidades del país, de evitar los peligros, de aumentar la prosperidad nacional, son tan sumamente

Principió por circunscribir el estudio de la causa a dos cuestiones: si la limitación impuesta a la renta de la propiedad privada era compatible con el derecho de usar y disponer de la propiedad, y si tal restricción importaba una privación de la misma sin sentencia y sin indemnización, contrariando el artículo 17 de la Ley Suprema.

El primer argumento sostenido fue que no existían derechos absolutos, ya que un "derecho ilimitado sería una concepción antisocial", siendo su reglamentación una necesidad derivada de la convivencia social. La propia Constitución establece límites, y ello es habitual también en el Derecho Civil.

Señaló luego una importante distinción: las restricciones a la propiedad y a las actividades individuales fundadas en el orden, la salud y la moralidad colectivas no pueden discutirse sino en su extensión; en cambio, las que tienden a proteger los intereses económicos "no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución". Vemos que el tribunal cimero seguía teniendo sus reparos respecto de este tipo de intervenciones, que se contraponían con la concepción liberal individualista receptada en nuestra Constitución, enormemente respaldada por aquel entonces.

Advirtió luego que si bien la fijación del precio es un atributo del particular, ante circunstancias muy especiales, "por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada", se justificaba la intervención del Estado para proteger los intereses de la comunidad. Agregando luego que la prosperidad o bienestar esencial no podían quedar "a merced de la avidez o capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad".

El cambio de paradigma se vio definitivamente consolidado al destacarse que, en circunstancias como las del caso, "la protección de los intereses económicos constituye para el Estado *una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la se-*

variados y complejos que debe dejarse una gran latitud para la elección y el empleo de esos medios [...] De aquí resulta la necesidad y la conveniencia de interpretar ampliamente los poderes constitucionales".

guridad, de la salud y de la moralidad” (la cursiva nos pertenece). En este sentido, se reconoció que el tema del alquiler había adquirido un interés público transitorio.

Refutando a quienes señalaban que se estaba beneficiando a un grupo en particular, a costa de otro, sostuvo que “una situación afligente del mayor número tiene que repercutir desfavorablemente sobre la economía general”. Nunca podría verse comprometido en la realidad el bienestar de *todos* los habitantes. Agregando que la objeción de parcialidad tendría asidero si se tratase de una reglamentación permanente.

Destacó luego que no le correspondía decidir sobre el acierto en la elección del medio empleado, ni de sus consecuencias, sino pronunciarse acerca de los poderes constitucionales utilizados, teniendo en cuenta “*la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva*” (la cursiva nos pertenece). En esta dirección se dijo que la medida se convalidaba bajo el carácter de “transitoria y de emergencia”.

Finalmente, respecto de la razonabilidad, explicó que el poder de policía no era omnímodo, ya que el Congreso no podría fijar precios arbitrarios o que no se correspondieran con el valor de la habitación en condiciones normales, porque se pretendería remediar un abuso con otro mayor, y sobre todo “porque importaría la confiscación de la propiedad”. Bajo esta óptica, entendió que no se había acreditado que el alquiler al 1º de enero de 1920 fuese irrazonable.

Cabe poner de resalto que la Corte dejó en claro que no se expedía respecto del “complejo” tema de los derechos adquiridos, por no ser necesario de acuerdo a las circunstancias del caso (al ser el contrato verbal y de renovación mensual, no había ingresado en el patrimonio del locador ningún derecho que haya podido quedar afectado por la aplicación de la nueva ley).

La disidencia del doctor Bermejo –rescatada más de ochenta años después por el ministro Vázquez al emitir su voto en el fallo “San Luis”²⁸– merece su detenida lectura. Destacamos, además de una interesante defensa de los principios liberales –que según su entender justificaban por sí solos la invalidez de la ley–, la siguiente reflexión: si

²⁸ CSJN, 5-3-2003, *Fallos*: 326:417.

el Estado priva al propietario de sus bienes para procurar el bien común, debe indemnizarlo; pero si sólo restringe o limita algún derecho inherente a la propiedad, hay que distinguir si ello es exigido por la preservación de la moralidad, salubridad o seguridad públicas –no habiendo indemnización en tal caso–; o si responde simplemente al beneficio de algunos en detrimento de otros, o, si se quiere, a la conveniencia del mayor número, debiendo indemnizarse en tal caso, ya que según la Constitución la propiedad es inviolable, y dejaría de serlo si pudiera ser cercenada sin compensación para satisfacer la conveniencia de otros (consid. 28).

3.3. Reflexiones

Como fuera adelantado, tanto el voto de la mayoría como la disidencia del doctor Bermejo encontrarían, en principio, respaldo en valores consagrados expresamente en la Constitución. En efecto, la existencia de techos ideológicos múltiples²⁹ se expresa, por ejemplo, en mandatos preambulares de difícil conciliación, tales como “asegurar los beneficios de la libertad”, “promover el bienestar general”, o también “afianzar la justicia”. En no pocas ocasiones –y eso fue lo que ocurrió en “Ercolano”–, la prevalencia de una concepción u otra dependerá en gran medida de la ideología del juez³⁰. Es necesario, sin embargo, intentar armonizar los potenciales conflictos. En este sentido, podría decirse que la postura del doctor Bermejo prácticamente no dejaba lugar a otra concepción, al otorgarle una prevalencia que podría calificarse como incondicionada al paradigma liberal.

No nos parece que la postura adoptada por la mayoría convirtiera

²⁹ En este sentido, Sagüés explica que nuestra Constitución tiene una composición ideológica múltiple dada por el liberal-individualismo, el neotomismo y el constitucionalismo social. SAGÜÉS, op. cit., ps. 47 y ss.

³⁰ Vanossi sostiene que la interpretación constitucional “se traduce en ‘actos de voluntad del juez’, en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general, siendo evidente que consiste también en ‘la determinación del sentido de la norma por aplicar’, es decir, en la determinación del ‘marco’ constituido por la norma y de las diversas maneras posibles de ‘llenarlo’, por lo que el juez constitucional convertirá en Derecho positivo *una* entre las diversas interpretaciones posibles”. VANOSSI, J. R., “Teoría constitucional”, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. 344.

al Estado en “empresario de un inmenso falansterio”, como sostenía el ministro disidente, sino que, con los límites allí establecidos –situación de emergencia debidamente acreditada, transitoriedad, razonabilidad–, le permitía servirse de herramientas para paliar una situación crítica en la cual se veía involucrada la subsistencia de gran parte de la población.

Es menester efectuar una exégesis sistemática de la Constitución³¹, o como la propia Corte diría en “Portillo”³²: “La interpretación del instrumento político que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de las partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental”.

Si aquella doctrina es aplicable a derechos y deberes constitucionales, cuyos alcances se encuentran en mayor medida precisados por el constituyente, con mayor razón debe extenderse a un conflicto entre sus ideologías.

En apoyo de lo expuesto puede citarse a Vigo, quien observa que “los valores a los que sirve y de los que se nutre el Derecho, como también el marco racional de donde surge y se aplica el Derecho, tornan en exigible que el ordenamiento jurídico de una sociedad procure ser descripto e interpretado sin incoherencias ni contradicciones”³³.

Podría concluirse que no ha sido la habilitación del poder de policía de emergencia dada por la Corte en “Ercolano” la causa de nuestros males, sino su desmedida e incondicionada utilización.

4. Volver a las fuentes: la reivindicación de los límites

El amplio panorama aportado por cien años de jurisprudencia de la Corte nos mueve a rescatar los alcances dados al poder de policía

³¹ Un exhaustivo desarrollo del tema puede verse en SAGÚÉS, N. P., “Derecho Constitucional 1. Teoría de la Constitución”, Astrea, Buenos Aires, 2017, ps. 149 a 196.

³² CSJN, 18-4-89, *Fallos*: 312:496.

³³ VIGO, op. cit., ps. 96 a 98.

de emergencia por aquella integración de la década de 1920. Y ello por cuanto la misma mayoría que habilitó tales poderes, también le puso límites claros, dado que su ejercicio:

a) No podía vulnerar derechos adquiridos, definitivamente incorporados al patrimonio. Ello fue resuelto en "Horta c/Harguindeguy"³⁴, a cuatro meses de dictado "Ercolano". Aquí existía un contrato por escrito, celebrado cuatro meses antes de que sancione la ley 11.157 y con vigencia hasta el 1923. El precio había sido aumentado un 36,36% tras casi dos años (a priori, no parecía ser un aumento abusivo).

Para sorpresa de quienes antecedieron a la Corte –tribunales inferiores y procurador–, que aplicaron el criterio de "Ercolano", la misma integración consideró que, en este supuesto, la ley era inconstitucional. Pero esto no fue azaroso, sino que obedeció a la modificación de las circunstancias fácticas (contrato verbal de renovación mensual/contrato por escrito vigente). Según se dijo, ni el legislador ni el juez podían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, "arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior". Agregando que, en tal caso, "el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad". Cuando la aplicación de la ley daba por resultado una privación de la propiedad, su validez ya no resultaba una cuestión de grado³⁵.

Cabe destacar que los efectos expansivos del fallo no pudieron ser considerables, por ser pocos los contratos que se celebraban por escrito y a plazo, antes del dictado de la ley 11.157.

Establecer que los contratos no pueden ser afectados retroactivamente –sin indemnizar–, ni aun en situaciones de emergencia, resulta fundamental para garantizar la seguridad jurídica.

³⁴ CSJN, 21-8-1922, *Fallos*: 137:47.

³⁵ Se advierte que "si algo interesa a una sociedad basada en el reconocimiento y respeto de la propiedad privada, y en el afianzamiento de la justicia, es la estabilidad de los derechos patrimoniales; es que los contratos sean lealmente cumplidos; y es, en fin, que no sea dado siquiera abrigar el temor de que puedan sancionarse y hacerse efectivas leyes excepcionales, que, como aquellas a que aludía Marshall, en el proverbial caso 'Dartmouth College', debilitaron la confianza entre hombre y hombre y dificultaron todas las transacciones particulares, por la dispensa que hacían del fiel cumplimiento de las obligaciones".

b) Las medidas adoptadas no podían mantenerse inalteradas en el tiempo cuando las circunstancias se modificaron favorablemente³⁶. Ello fue resuelto tres años después de “Ercolano”, en la sentencia recaída en “Mango c/Traba”³⁷. La ley 11.157 se había prorrogado hasta el 30 de septiembre de 1925, por la ley 11.318. Para ese entonces, la oferta habitacional había aumentado, y existía una enorme desigualdad entre los propietarios que eran alcanzados por la ley y los que no.

Una sentencia firme ordenaba el desalojo del inmueble ocupado por el señor Traba, pero había sido dejada sin efecto tras el dictado de la ley 11.318.

En un breve fallo la Corte concluyó por unanimidad que se había alterado un derecho patrimonial definitivamente adquirido por el locador, remitiéndose a lo dicho en “Horta”. Pero no conforme con ello, fue más allá, poniéndole un coto a las facultades del poder político, al sostener que el “régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se le convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre los locadores y los locatarios, como es la que han creado las reiteradas prórrogas acordadas a los inquilinos, y mucho menos cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto por cierto de aquel que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes...”

Pese a que con estos fallos ya estaban definidos los supuestos de procedencia y los límites al ejercicio del poder de policía de emergencia, nueve años después –con una integración distinta– la Corte dictó el fallo “Avico c/De la Pesa”³⁸. A partir de allí, lo prohibido y lo permitido dependerían del criterio que adoptaran los ministros de turno, resultando una tarea sumamente difícil prever el resultado de una causa. Entendemos que, por ello, desde 1934 la inseguridad jurídica es moneda corriente en este tema.

³⁶ Es lo que Rosatti menciona como disimilitud diacrónica en el abordaje de la emergencia: lo que en un momento A (de normalidad) puede parecer intolerable, en otro momento B puede resultar razonable, sucediendo en el caso lo contrario (lo que en un momento era razonable, pasó a ser intolerable). ROSATTI, H., “Tratado de Derecho Constitucional”, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 203.

³⁷ CSJN, 26-8-1925, *Fallos*: 144:219.

³⁸ CSJN, 7-12-34, *Fallos*: 172:21.

La Corte se desentendió de lo resuelto en "Horta", y avaló la constitucionalidad de la ley 11.741, no sólo en cuanto establecía una moratoria obligatoria en la devolución de capital e intereses por mutuos hipotecarios, sino en cuanto reducía los intereses de contratos ya celebrados de un 9% a un 6%.

La mayoría, compuesta por los doctores Sagarna, Pera, Linares y Nazar Anchorena, luego de extensas citas de la Corte estadounidense –aplicables sólo parcialmente al caso–, sostuvo que la situación crítica ameritaba retomar el criterio sentado en "Ercolano", que había sido abandonado en "Horta".

Según nuestra perspectiva, ello era a todas luces incorrecto, ya que la distinta solución en "Horta" obedecía a la existencia de un contrato por escrito, no abandonándose la concepción amplia del poder de policía de emergencia, sino estableciéndose un límite a su ejercicio. Puede decirse que es esta integración la que se desentendió del precedente, y modificó la doctrina. Así lo reconoció implícitamente al establecer que, desde el punto de vista constitucional, la ley 11.741 era "idéntica" a la ley 11.157. Atento a que la causa era en mayor medida similar a "Horta" que a "Ercolano" –había contrato por escrito–, cabía aplicar idéntica solución, lo que no hizo el máximo tribunal.

Creemos que la disidencia del doctor Repetto fijó la buena doctrina, avalando la constitucionalidad de la moratoria –que no afectaba sustancialmente al derecho–, pero no de la reducción de intereses. La sanción de una ley en ocasión de una emergencia también debía someterse a los principios y garantías constitucionales, no pudiendo desconocer el derecho de propiedad. En esa línea argumental indicó que la "garantía de la propiedad ampara todo lo constituido por ella. Cuando se tienen cien centavos la misma protección se dispensa a uno solo de los centavos que a los cien; si se tienen cien metros cuadrados de tierra la garantía se aplica tanto a los cien metros como a cada una de las unidades. Adquirido un derecho de préstamo antes de la sanción de una ley que lo afecte, lo mismo se toma la propiedad ajena cuando se rebaja el interés en un tres por ciento que en un nueve, pues como se dijo el precio del uso constituye una propiedad tan definida como el capital mismo".

A modo ilustrativo podría decirse que el criterio de la mayoría

abrió la caja de Pandora. A partir de allí, se permitió: que se reduzca el precio de locaciones celebradas por escrito, por inmuebles destinados al comercio³⁹; que pueda ser suspendida una sentencia de desalojo si todavía no había sido efectivizada⁴⁰; que se suspendan por más de trece meses los desalojos⁴¹; que los dueños de salas de cine sean obligados a contratar artistas de un ramo distinto al suyo⁴²; que un decreto dispusiera que gran parte de los depósitos efectuados en las instituciones financieras se devolvieran en bonos a 10 años⁴³.

Si bien muchas de esas medidas encontraron fundamentos atendibles, implicaron un corrimiento de los límites al poder del Estado que aún no ha podido restablecerse.

En esta impredecible dinámica, también asistimos a un fallo en el cual la Corte dijo que no le correspondía expedirse sobre la constitucionalidad del decreto 1570/2001 –que instauró el denominado corralito–, por haber llegado a sus estrados una cautelar, pero, sin embargo, ordenó que el actor restituyera el dinero que había recibido en virtud de ella⁴⁴. No obstante, un mes después, sí se expidió sobre el fondo, declarando la inconstitucionalidad del régimen, pese a que también se trataba de una cautelar⁴⁵. La adopción de criterios opuestos también puede encontrarse reflejada en la distinta solución alcanzada en “San Luis”⁴⁶, respecto de “Bustos”⁴⁷, con tan sólo un año y medio de diferencia.

Según nuestro parecer, el escaso seguimiento del precedente en esta materia ha llevado a que, lejos de resolverse los conflictos, terminen agravándose frente a la generación de inseguridad jurídica.

5. Conclusiones

El perjuicio que ocasionaría el abuso de las medidas de emergencia

³⁹ CSJN, 21-3-47, “Reynaud c/Martínez y de Fiore”, *Fallos*: 207:182.

⁴⁰ CSJN, 3-12-47, “Roger Balet c/Alonso, Gregorio s/Desalojo”, *Fallos*: 209:405.

⁴¹ CSJN, 15-5-59, “Russo c/Delledone”, *Fallos*: 243:467.

⁴² CSJN, 22-6-60, “Cine Callao”, *Fallos*: 247:121.

⁴³ CSJN, 27-12-90, “Peralta c/Estado nacional”, *Fallos*: 313:1513.

⁴⁴ CSJN, 28-12-2001, “Kiper”, *Fallos*: 324:4520.

⁴⁵ CSJN, 1-2-2002, “Smith”, *Fallos*: 325:28.

⁴⁶ CSJN, 5-3-2003, *Fallos*: 326:417.

⁴⁷ CSJN, 26-10-2004, *Fallos*: 327:4495.

fue premonitoriamente expuesto por el doctor Sebastián Soler en su dictamen en el citado fallo “Cine Callao”. De haber hecho caso a sus advertencias, tal vez estaríamos escribiendo sobre otro tema.

Y en este aspecto ubicamos una de las causas del difícil panorama actual: los tribunales pocas veces le han puesto un límite claro al poder⁴⁸.

Otra de las causas giraría en torno a los silencios de la Constitución. Como fuera visto, la amplitud de sus cláusulas torna dificultoso que los límites al poder no queden a discreción del controlante. Ello está íntimamente ligado a las múltiples ideologías que confluyen en la Ley Suprema, llevando a que la solución dependa de la preferencia de quien toma una decisión, y no de un criterio preestablecido por el constituyente.

Esto da pie a la tercera causa que identificamos: la falta de seguimiento del precedente. En efecto, dado que la solución depende en gran parte de la ideología de quien ejerce el control, la jurisprudencia ha variado conforme ha variado la integración del máximo tribunal. Aquella práctica que objetamos, originada en “Avico”, se reiteró a lo largo de la historia.

Las pautas no nos parecen claras⁴⁹. Si en un primer momento se sentaron las bases que habilitaban al poder de policía de emergencia y sus límites, la cuestión terminó circunscribiéndose, casi exclusivamente, a analizar la razonabilidad de las medidas.

¿Qué es lo razonable? Lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación establezca como tal. Ante tal escenario difícilmente podamos dar con la seguridad jurídica que tanto necesitamos. En esa dirección,

⁴⁸ En este sentido, Bianchi trata la cuestión bajo el título de “Emergencia económica como cuestión política encubierta”, señalando que, en general, “la Corte ha aceptado dogmáticamente la existencia de la emergencia, tal como fue presentada en cada oportunidad por los poderes políticos”, a lo que agrega que “si bien formalmente considerada, no ha sido una cuestión política, la Corte Suprema –de hecho– nunca ha penetrado ni analizado en profundidad sus verdaderas causas, ni la razonabilidad entre ellas y las medidas adoptadas. En realidad, ha hecho un acto de fe ante lo decidido por el poder político y ha optado en general por convalidarlo”. BIANCHI, A., “Control de constitucionalidad”, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. 2, ps. 282 y 284.

⁴⁹ La Comisión N° 3 de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyó que la seguridad jurídica “requiere criterios claros y explícitos frente a la emergencia económica”.

bueno sería recordar las palabras de Recaséns Siches: “Sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase”⁵⁰.

Es cierto, como se ha observado, que la doctrina y la jurisprudencia han convalidado como criterio válido de evaluación la distinción entre la afectación de la sustancia del derecho y la mera limitación de su ejercicio⁵¹. Si bien ello otorga una pauta más clara –y en este sentido parece ir la disidencia del doctor Repetto en “Avico”–, sigue librado a una considerable discreción del juzgador –véase en este sentido lo controvertido de lo resuelto en “Peralta”–.

Para que nuestra disciplina aporte pilares fundamentales en la construcción y efectivización del Estado Social y Democrático de Derecho, proponemos retomar el camino trazado hace casi cien años. No obstante, auspiciamos que, cuando sea posible, y sirviéndose de valiosos institutos del Derecho Privado, sean los particulares quienes recompongan el equilibrio contractual fracturando ante circunstancias extraordinarias. Una solución autocompuesta podría resultar menos nociva que una dispuesta unilateralmente por los poderes políticos.

En el mientras tanto dejamos expuestos los –a nuestro entender– errores, que no debemos reiterar.

Bibliografía

- ARIZA, Ariel y HERNÁNDEZ, Carlos, “El contrato en la emergencia económica”, en *La Ley* 1993-E-701.
- BIANCHI, Alberto, “Control de constitucionalidad”, 2ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. 2.
- CORTÉS CONDE, Roberto, “El laberinto argentino: reflexiones sobre la construcción de un orden político en la Argentina y la crisis en el mundo”, 1ª ed., Buenos Aires, Edhasa, 2015.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 7ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2005.

⁵⁰ Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Emergencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2002-1, *Emergencia y pesificación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 16.

⁵¹ ARIZA y HERNÁNDEZ, op. cit., p. 3.

- HERNÁNDEZ, Antonio M.^a, "Emergencias, orden constitucional y COVID-19", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Emergencia y seguridad jurídica", en Revista de Derecho Privado y Comunitario (núm. 2002-1), Emergencia y pesificación, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 13.
- LORENZETTI, Ricardo L., "La emergencia económica y los contratos", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", 6^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. IV.
- ROMERO, Luis A., "Breve historia de la Argentina", 6^a ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- ROSATTI, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", 2^a ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, t. I.
- SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho constitucional 1. Teoría de la Constitución", Buenos Aires, Astrea, 2017.
- "Derecho constitucional 2. Estatuto del poder", Buenos Aires, Astrea, 2017.
- VANOSSI, Jorge R., "Teoría constitucional", 2^a ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, t. 2.
- VIGO, Rodolfo, "Interpretación constitucional", 2^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- ZÍCARI, Julián, "Crisis económicas argentinas. De Mitre a Macri", Buenos Aires, Continente, 2020.

DEMOCRATIZANDO EL CIBERESPACIO: LA ACCESIBILIDAD EN LA WEB

por MARCOS A. SEREL¹

Resumen

Conforme avanzan las tecnologías de la información y la comunicación, es necesario llevar a cabo un replanteamiento y rerregulación del espacio digital. En los setenta años que el fenómeno de Internet lleva entre nosotros, se ha visto caracterizado por una constante lucha entre quienes tienen acceso al contenido en línea y quienes no.

En miras de que más ciudadanos puedan gozar y ejercer su derecho humano al acceso a Internet es que se torna necesario desarrollar un marco normativo acompañado por políticas públicas efectivas que ayuden a zanjear la brecha digital.

En esta era donde la desmaterialización del contenido es moneda corriente, la previsión y uso de las nuevas tecnologías facilitaron mantener en marcha el aparato estatal puesto en jaque por la pandemia de la COVID-19. Nuestro ordenamiento ha receptado pautas que regulan la forma en la que el contenido debe ser expuesto en la web para que todos podamos disfrutarlo; no obstante queda por ver si las mismas han sido acatadas y en qué forma han sido ejecutadas por las distintas

¹ Estudiante de grado de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ayudante alumno de Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales (UNR). Becario del Programa “Becas de estímulo a la investigación científica” (UNR). Director de investigación: Dr. Juan José Bentolila.

manifestaciones de la Administración Pública. Por lo expuesto, en este trabajo se decidió realizar una auditoría a los principales portales de uso cotidiano por profesionales de la Abogacía y estudiantes de Derecho.

Abstract

As information and communication technologies progress, it has become a necessity to reassess and re-regulate these digital spaces. In the seventy years since the incorporation of the Internet phenomenon to our daily lives, a constant struggle between those who have access to it and those who don't has been predominant.

Taking into account that more citizens should partake and enforce their Human Right to online access, a regulatory framework composed of effective public policies designed to bridge this digital gap has become of paramount importance.

In this era, characterized by the digitalization of content, provision and the usage of said new technologies allowed the state apparatus to maintain its limited functions during the COVID-19 pandemic. Although regulatory guidelines in Domestic Law exist pertaining the way content must be shown online publicly, if they have been enforced and how public administration carried on said task is yet to be inspected. For these reasons, in this work it was decided to carry out an audit of the main portals of daily use by legal professionals and Law students.

Palabras clave

Internet. Accesibilidad. Derechos humanos.

Keywords

Internet. Accessibility. Human Rights.

El proceso de globalización y democratización de la red ha sido lento, constante y plagado de pequeñas revoluciones tecnológicas, a lo largo de los setenta años que han transcurrido desde que dos personas se comunicaron por primera vez vía computadores.

Todo comenzó en el año 1968, cuando el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, a cargo de las tecnologías de uso militar, creó la ARPA (Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados) con el fin de desarrollar avances y aplicaciones para la defensa del país durante la Guerra Fría. Pretendieron crear una red militar que permitiera continuar comunicándose a pesar de recibir ataques de sus enemigos, los cuales comprometían otros medios de comunicación menos fiables como el teléfono o el telégrafo.

Este sistema no era infalible; al centralizarse en un solo lugar, cualquier eventualidad o complicación interrumpía el servicio. Es así que en 1969 nació ARPANET (Red de Agencias de Proyectos de Investigación Avanzada), la cual se utilizó ya no sólo para el ámbito militar, sino también para el académico, y para el año 1972 ya había treinta computadores conectados globalmente².

La demanda por la herramienta fue creciendo con los años. Siendo que sólo aquellas universidades subvencionadas por los programas militares poseían acceso a ARPANET, las Universidades de Duke y Norte de California desarrollaron en el año 1979 Unix, el cual aparece con el fin de simplificar la divulgación de conocimientos académicos de manera expedita y económica.

Posteriormente aparece Usenet, la primera red que se extendió de manera masiva, pudiendo sobrepasar las barreras del uso militar y académico hacia la ciudadanía.

Como se puede apreciar, el proceso de democratización del acceso a Internet llevó años gestándose hasta que finalmente pudo llegar a los hogares particulares.

Ahora cabe preguntarnos: ¿qué entendemos por “acceso a Internet”? La definición que decidimos seguir es la que se plasma en el Informe A/HRC/17/27 de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas por Frank La Rue³.

² HAUBEN, M., “Netizens: On the History and Impact of Usenet and the Internet”, IEEE Computer Society Press, Estados Unidos, 1997.

³ Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue”, UN Doc. A/HRC/17/27, 2011, en UNDOCS, <https://undocs.org/es/A/HRC/17/27>.

En dicho Informe se establece que el “acceso a Internet” corresponde con el acceso irrestricto al contenido en línea, salvo contadas excepciones contempladas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su vez la disponibilidad de infraestructura necesaria y tecnología como cables, módems, computadoras y software para acceder al mismo.

El relator especial enmarca este concepto y lo jerarquiza con el rango de derecho humano, entendiéndolo como un desprendimiento del derecho humano a la libertad de expresión, contemplado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 19, párrafo 2º, que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”⁴.

Al hablar la norma de “cualquier otro procedimiento”, denota previsión legislativa respecto de los futuros adelantos técnicos mediante los cuales las personas pudieran ejercer su derecho a la libertad de expresión. Es en base a esto que el relator especial considera que sigue siendo pertinente al marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y aplicable de la misma manera a las nuevas tecnologías de la comunicación, como lo es Internet.

Ahora bien, además de esta doble arista, existe un tercer factor a ser tenido en cuenta: la accesibilidad. Entendemos, en los términos de Tim Berners-Lee⁵, que la accesibilidad significa asegurar que la información en línea pueda ser usada sin problemas por la mayor cantidad de personas posibles más allá de sus capacidades, habilidades, contextos, plataformas y dispositivos utilizados.

⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, Estados Unidos, 1996.

⁵ BERNERS-LEE, T., “Weaving the web”, Harper Collins Publishers, Estados Unidos, 2000, p. 231.

Para llevar esta meta a la práctica, se elaboran periódicamente las WCAG (*Web Content Accessibility Guidelines*, o Pautas de Accesibilidad al Contenido en la Web)⁶, las cuales promueven la creación a través de la cooperación de individuos y organizaciones alrededor del mundo, con la meta de proveer un estándar para la accesibilidad al contenido web que satisfaga las necesidades de los individuos, las organizaciones y los gobiernos internacionalmente.

El documento WCAG explica cómo crear un contenido web de manera más accesible para personas con discapacidades.

Por contenido se refiere a la información en un portal web o aplicación, incluidos tanto la información, como ser texto, imágenes y sonido, como así también el código que define su estructura o presentación.

Algunos ejemplos de estas pautas son: la posibilidad del portal de ser leído por los programas especiales para personas no videntes, el poder ajustar distintos colores y diseños para quienes sufren de daltonismo, la implementación de subtítulos e intérpretes de señas en el contenido audiovisual, etcétera.

Las WCAG incluyen directivas para que un sitio web sea desarrollado de forma accesible. Algunas de ellas son las siguientes:

- El sitio debe estructurarse de forma ordenada y fácil de comprender.
- Debe ser posible la interacción con la web mediante la voz, el *mouse*, el teclado u otro sistema.
- Debe utilizar el texto alternativo descriptivo para las imágenes y los elementos gráficos.
- Debe subtítular y transcribir los elementos de audio y video.
- No debe utilizar el color como único medio para transmitir la información.
- Debe contar con un contraste suficiente entre el texto y los colores de fondo.

A la hora de evaluar si un portal es considerado accesible o no, se analiza cuántas de estas pautas ha implementado y se lo ordena

⁶ BERNERS-LEE, T., “Web Content Accessibility Guidelines”, en W3C, <https://www.w3.org/WAI/standards-guidelines/wcag/>, consultado el 20-10-2021.

en una escala que comprende desde el contenido más accesible (AAA) hasta el menos accesible (A).

Podemos sostener que la tecnología web brinda accesibilidad cuando las tecnologías de asistencia funcionen con la interfaz del portal y cuando las funciones de accesibilidad del mismo funcionen con las tecnologías generales.

Nuestro país ha sancionado en el año 2000 la ley 25.280, que recepta la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la cual en su artículo 1º entiende como discapacidad: “...El término ‘discriminación’ contra las personas con discapacidad significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”⁷.

Parece pertinente señalar que, siguiendo con la lógica del Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos, no contemplar las especiales necesidades del grupo es excluirlos de su legítimo goce de sus derechos. Tanto es así que en España se sancionó la norma UNE 139803:2012 del año 2012, la cual equivale a las WCAG 2.0 en un gran esfuerzo por sortear las diferencias y poder llevar adelante una política de inclusión en la web.

Nuestro país, por su parte, en el año 2010 sancionó la ley nacional 26.653, la cual receptó en su texto algunos de los lineamientos procedentes de las WCAG. Es en el marco de esta normativa que se pretende que, en un plazo de 2 años, todos los portales se adecuen para mayor accesibilidad del usuario, así como también se da un plazo de 1 año para los portales en proceso de elaboración.

Más de diez años después, los portales web de la Administración Pública continúan en su enorme mayoría sin adoptar dichas pautas.

⁷ Organización de los Estados Americanos, “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, Guatemala, 2000.

Siendo así, en el año 2012 se registró que el 96% de los portales estatales presentaron alguna falla en el nivel A de las pautas, índice que crece conforme se toman en cuenta niveles superiores de conformidad con las mismas⁸.

La tarea de acatar las pautas de accesibilidad al contenido en la web es ardua y técnicamente muy exigente; tanto es así que hoy en día existen empresas especializadas en esa labor. Una de ellas es *accessiBe*, una plataforma web que realiza auditorías a distintos portales, con el objetivo de determinar si los mismos cumplen o no con las WCAG⁹.

Hemos realizado dichas auditorías utilizando diferentes portales de uso cotidiano por profesionales de la Abogacía y estudiantes de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario¹⁰, Colegio de Abogados de Rosario¹¹, Municipalidad de Rosario¹² y Provincia de Santa Fe¹³. Los resultados de dichas auditorías han arrojado que ninguno de dichos portales acata las WCAG 2.1 de manera satisfactoria completamente.

Estas auditorías evalúan docenas de parámetros, pero se focalizan en tres de ellos: la posibilidad de ajustarse a los programas que posibilitan leer el texto para personas con ceguera, la posibilidad de utilizar el teclado en la navegación, para personas con alguna discapacidad motriz y que cuente con un diseño apropiado y ajustable para las personas con algún impedimento visual.

Dentro de los parámetros evaluados, los portales tanto de la Municipalidad de Rosario como de la Provincia de Santa Fe obtuvieron una calificación *semi-compliant*, entendiéndose por la misma que han acatado algunas de las pautas, pero no lo suficiente como para ser determinadas accesibles. Dentro de las irregularidades halladas, po-

⁸ BOTTA, P., “Accesibilidad web Argentina”, 2012, en *Movilizarme*, www.movilizarme.com.ar, consultado el 20-10-2021.

⁹ *AccessiBe*, <https://www.accessibe.com/>, consultado el 2-12-2021.

¹⁰ Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, <https://www.fder.unr.edu.ar/>, consultado el 2-12-2021.

¹¹ Colegio de Abogados de la ciudad de Rosario, <https://www.colabro.org.ar/>, consultado el 2-12-2021.

¹² Municipalidad de Rosario, <https://www.rosario.gob.ar>, consultado el 2-12-2021.

¹³ Provincia de Santa Fe, <https://www.santafe.gov.ar>, consultado el 2-12-2021.

demos mencionar la falta de un código que permita describir las imágenes utilizadas a las personas no videntes y una insuficiencia de contraste entre el texto y fondo de los portales para facilitar su lectura.

Por otra parte, los portales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario y el Colegio de Abogados de Rosario obtuvieron la calificación *non-compliant*, por lo que no han alcanzado los estándares mínimos de accesibilidad. Entre las insuficiencias cabe mencionar la falta de adaptabilidad de sus interfaces para ser leídas por los programas que facilitan la accesibilidad, no contar con la posibilidad de ajustar sus fuentes y fondos para facilitar la lectura y la falta de descripción en imágenes y video para su comprensión, entre otras.

Queda de manifiesto que la accesibilidad web es una necesidad postergada por los ordenamientos políticos y jurídicos, no únicamente en nuestro país sino en el mundo, la cual cobra especial relevancia en el contexto que nos toca vivir, donde la digitalización de la Administración Pública se dio a pasos agigantados producto de la pandemia del COVID-19.

Necesitamos que la accesibilidad web deje de ser una mera declaración cristalizada en una ley y pase finalmente a formar parte de esta no tan nueva manifestación del Estado como es la Administración Pública en la web. La accesibilidad contribuye a la participación de todos, reduciendo las desigualdades en el acceso y uso de la tecnología y achicando la llamada “brecha digital”.

Bibliografía

- BERNERS-LEE, Tim, “Weaving the web”, Estados Unidos, Harper Collins Publishers, 2000.
- “Web Content Accessibility Guidelines”, en W3C, <https://www.w3.org/WAI/standards-guidelines/wcag/>, consultado el 20-10-2021.
- BOTTA, Pablo, “Accesibilidad web Argentina”, 2012, en Movilizarme, www.movilizarme.com.ar, consultado el 20-10-2021.
- HAUBEN, Michael, “Netizens: On the History and Impact of Usenet and the Internet”, Estados Unidos, IEEE Computer Society Press, 1997.

LA RUE, Frank, “A/HRC/17/27. Relatoría Especial Organización de Naciones Unidas”, 2011.

Organización de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, Estados Unidos, 1996.

Organización de los Estados Americanos, “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, Guatemala, 2000.

NORMAS EDITORIALES

RESOLUCIÓN CD 410/2016

Rosario, 13 de junio de 2016

Visto el Expediente N° 2413/16 presentado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho mediante el cual se elevan las normas editoriales para aplicar a la Revista de la Facultad de Derecho.

Considerando que resulta necesario establecer normas editoriales para adecuar la Revista a los estándares de calidad exigidos para las publicaciones científicas y académicas.

Que el Consejo Directivo se constituye en Comisión tratando el tema y aprobándolo en su sesión del día de la fecha.

Por ello,

El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho Resuelve:

Artículo 1° – Aprobar las normas editoriales que como Anexo Único forma parte de la presente Resolución.

Art. 2° – Establecer como función de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad la organización de todo lo referente a la “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, la que aparecerá con periodicidad anual.

Art. 3° – El Consejo Asesor de Investigaciones conjuntamente con la Secretaría de Ciencia y Técnica actuará como Consejo Editorial.

Art. 4° – Inscríbese, comuníquese y archívese.

Anexo Único

NORMAS EDITORIALES

La Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario publica artículos de los docentes, docentes investigadores y becarios de nuestra casa de estudios. Se prevé la participación de los estudiantes en convocatorias a tal efecto.

Los trabajos deberán ser originales, no haber sido publicados previamente y no estar simultáneamente propuestos para tal fin en otra publicación.

Temas: Trabajos inéditos del ámbito del Derecho en todas sus ramas y desde todas las perspectivas.

Estructura del texto (todos los artículos presentados deben incluir)

- Título en español.
- Abstract en castellano e inglés (200 a 250 palabras).
- Tres (3) palabras claves en castellano e inglés.
- Datos del autor(es).
- Texto (incluyendo tablas, figuras o gráficos).
- Citas.
- Bibliografía.

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word. Deben enviarse dos copias digitales del artículo:

- Una copia con los datos completos del autor.
- Una copia con carácter anónimo y solamente el título del trabajo. En ningún caso deberá aparecer en las páginas información que permita identificar a los autores.

Formato de los trabajos

- Idioma: Español.
- Hoja A4.

- Fuente: Times New Roman 12 (en texto) y Times New Roman 10 (en citas).
- Extensión máxima: 15 páginas en hojas A4.
- Interlineado: 1,5 líneas.

Citas

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página, en letra Times New Roman 10, de la manera y en el orden que a continuación se indica:

- Citas textuales entre comillas, sin cursiva e insertadas en el cuerpo del párrafo correspondiente (sin espaciado previo ni posterior).

Para citar un libro:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del libro entre comillas.
3. Editorial.
4. Lugar de la edición.
5. Año de publicación.
6. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para citar un artículo contenido en una revista:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del artículo, entre comillas.
3. Nombre de la revista –tras la preposición en–, en cursiva (agregando, si es necesario para su identificación, el nombre de la institución editora).
4. Volumen (vol.) y/o el número (núm.).
5. Año de publicación.
6. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para citar un trabajo contenido en una obra colectiva:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del trabajo, entre comillas.

3. Apellido y la inicial del nombre del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis –tras la preposición en–.
4. Título del libro, en cursiva.
5. Editorial.
6. Lugar de la edición.
7. Año de publicación.
8. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para referenciar una página web:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del trabajo, entre comillas.
3. Título de la página.
4. Dirección de donde se extrajo el documento (URL).
5. Fecha de consulta de la página.

Reiteración de citas:

1. Si se trata de reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior, se colocará “í.d.”, seguido del/de los números de página/s.
2. Si se trata de la reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “op. cit.” y del/de los número/s de página/s.
3. Si se trata de la reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “cit.” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

Bibliografía

La bibliografía incluye todas las fuentes y referencias citadas o

utilizadas en el texto, que sirven para profundizar en el tema y se incluirá al final del trabajo, ordenándola alfabéticamente por autor/a. Los datos que deben incluirse son:

Libro: apellido del autor con mayúscula, seguido del nombre en minúsculas, título del libro, lugar de edición, editorial, año de la edición.

Revista: apellido del autor con mayúscula, seguido del nombre en minúsculas, título del trabajo, nombre de la revista subrayado, número del volumen, número de la revista entre paréntesis, año de publicación.

Referato

El Consejo Asesor de Investigaciones y la Secretaría de Ciencia y Técnica determinarán la admisibilidad de los trabajos de acuerdo con los criterios formales y de contenido, teniendo en cuenta que la recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de la revista para su publicación.

El Comité de Referato actuará como árbitro de los trabajos presentados (Resolución CD N° 535/2012). Se aclara que el Consejo Asesor de Investigaciones y la Secretaría de Ciencia y Técnica podrán proponer al Consejo Directivo el ampliado de los evaluadores integrantes del Comité de Referato en función de la temática a abordar en la Revista.

Criterios de evaluación

La evaluación deberá tener en cuenta los siguientes criterios: planteo del tema (interés y originalidad), objetivos, metodología, claridad expositiva, conclusiones y bibliografía. Cada criterio se evaluará en insuficiente, regular, bueno o muy bueno, debiendo indicar si se recomienda su publicación o no, o se sugieren modificaciones, en cuyo caso se deben explicitar cuáles serán las mismas.

Cada evaluador recibirá la planilla para la evaluación de los trabajos que integra la presente en Anexo 1.

PLANILLA PARA LA EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS PARA PUBLICAR EN LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Título del trabajo:

	INSUFICIENTE	REGULAR	BUENO	MUY BUENO
Planteo del Tema (interés y originalidad)				
Objetivos				
Metodología				
Claridad expositiva				
Conclusiones				
Bibliografía consultada				

- a) Se recomienda su publicación.
- b) Se sugieren modificaciones.
- c) No se recomienda su publicación.

Si opta por la *opción b* debe explicitar, a continuación, las modificaciones que sugiere se efectúen:

Lugar y Fecha

Firma y Aclaración

AMADA GAITÁN
Secretaría Administrativa
Facultad de Derecho – UNR

Dr. MARCELO VEDROVNIK
Decano
Facultad de Derecho – UNR

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL-CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 25 DE OCTUBRE DE 2024 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

