

PENSAR EN DERECHO N°9

 *Ceudeba*



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

NRO. 9 AÑO 5

Comité editorial

Guido Barbarosch
Ivana Bloch
María Victoria Famá
Gisela Makowski
Juan Pablo Mugnolo
Alberto A. Spota
Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese
Susana Cayuso
Raúl Etcheverry
Fernando García Pullés
Carlos Gherzi
Adrián Goldin
Martín Krause
Delia Lipszyc
Luis Niño
Renato Rabbi Baldi



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: febrero de 2017

© 2016 Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Beatriz Krom
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Adelina Loianno
Prof. Enrique Zuleta Puceiro
Prof. Lily Flah

Consejeros suplentes

Prof. Alberto J. Bueres
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Martín Böhmer
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Mary Beloff
Prof. Marcelo E. Haissiner
Prof. Mario Ackerman

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Martínez
Ab. Mónica Balmaceda
Ab. Mariano Mugnolo
Ab. Sebastián Alejandro Rey

Consejeros suplentes

Ab. Fernando Frávega
Ab. Carlos Aguas
Ab. Aldo Claudio Gallotti
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Carlos Rodríguez
Juan Alfonsín
Nicolás Font Cotillo
Joaquín Santos

Consejeros suplentes

Agustina Malandra
Santiago Fernández Storani
Leandro J. González
Matías Virginillo

Representante No Docente

Miguel Muñoz

Secretarios

Secretaria Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*

Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas Bettendorff*

Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*

Subsecretario Técnico en Administración: *Daniel Díaz*

Subsecretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Francisco Alfonsín*

Índice

Dossier “Pensar en mujeres”

Violencia de género: emociones y violencias extremas en el tratamiento judicial 9
Diana Maffía

Mujeres y justicias 25
Alicia E. C. Ruiz

Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres: más que un mandato legal 33
Natalia Gherardi

Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos 49
Mónica Pinto

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El debate público y los actores de la política en el ámbito de la Corte Suprema 75
Sebastián Sancari

Variables macroeconómicas y comportamientos litigantes 97
Jerónimo Cracogna

Funcionalismo alemán o sobre la ética penal (ensayo interdisciplinario) 115
Felipe Lamas

Los procesos civiles relativos a la capacidad: de la Ley de Salud Mental al nuevo Código Civil y Comercial 141
Jorge Nicolás Lafferriere y Carlos Muñiz

Pero... ¿qué es la salud? ¿Estamos ante un derecho de incidencia colectiva?197

Martín Testa

Diego Alcorta, maestro de generaciones 229

Luis María Bunge Campos

De nuevo la tensión universalismo-multiculturalidad. Examen de una
“tercera vía” a propósito de la jurisprudencia constitucional latinoamericana
en materia indígena 249

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Comentario bibliográfico

Lora, Laura Noemí (coord.), *La infancia herida. Perspectiva socio-jurídica*,
Buenos Aires, Eudeba, 2016 275

Angélica Cuéllar Vázquez

Dossier

Pensar en mujeres

Violencia de género: emociones y violencias extremas en el tratamiento judicial

*Diana Maffia**

Resumen

En este breve artículo quiero pensar un tema tradicional de la filosofía que tiene mucho que ver con los estereotipos de género: las emociones. Quiero hacerlo en el contexto de reflexión sobre una forma de violencia muy extrema: el femicidio. Y destacar la paradoja de que una característica tradicionalmente atribuida a las mujeres, la emoción, sea el salvoconducto para que los varones no cumplan o disminuyan las penas que corresponden a este delito. Al punto de justificarse como “crimen pasional” la violencia de género extrema que se da en el contexto de una relación sentimental con fuerte anclaje en la posesión. Y de ese modo se usa incluso como atenuante jurídico, pues afecta la responsabilidad y las intenciones.

Versiones más contemporáneas de la emoción revisan su relación con el conocimiento y le dan un lugar relevante en la construcción y validación epistémica. Se discute también la relación de las emociones con los cuerpos y con los géneros. Y se revisa incluso su papel en la ética.

Palabras clave: emoción, violencia de género, femicidio.

* Doctora en Filosofía (UBA), Directora del Observatorio de Género en la Justicia, Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires; dmaffia@jusbaire.gov.ar.

Gender Violence: Extreme Emotion and Violence in Judicial Treatment

Abstract

Emotion is a traditional subject in Philosophy related to gender stereotypes. This paper studies it in regards to an extreme form of violence: femicide. It is a paradox that this quality, traditionally attributed to women, is the reason for men not to comply with the sentences related to this crime.

Extreme gender violence happens in a sentimental relationship based on possession. It is used as an attenuating circumstance since it affects responsibility and intentions. The paper also discusses the relationship between emotions and bodies and genders.

Keywords: Emotion, Violence, Femicide.

Introducción

En esta ponencia quiero hablar de un tema relevante tanto para la Psicología como para el Derecho, propio de la Psicología Forense: las emociones. Es un tema tradicional de la filosofía que tiene mucho que ver con los estereotipos de género. Quiero hacerlo en el contexto de reflexión sobre una forma de violencia muy extrema: el femicidio. Y destacar la paradoja de que una característica tradicionalmente atribuida a las mujeres, la emoción, sea el salvoconducto para que los varones no cumplan o les disminuyan las penas que corresponden a este delito.

Aunque en nuestro país no se logró configurar una figura penal de “femicidio”, la reforma del Código Penal amplió el agravante del homicidio por el vínculo, abarcando tanto al cónyuge como al ex cónyuge, o a la persona con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. También se incluyen aquellos homicidios cometidos por odio de género o de orientación sexual, identidad de género o su expresión, así como a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

Claramente, no es lo mismo. El femicidio fue pensado como un concepto primordialmente político, como bien lo expresa la definición que en su momento dio Diane Russell al usarlo en el Tribunal Internacional de Crímenes

contra las Mujeres en Bruselas en 1976: “El femicidio está en el extremo final de un *continuum* de terror sexista que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos como la violación, la tortura, la esclavitud sexual (particularmente por prostitución), el abuso sexual infantil incestuoso o extrafamiliar, las golpizas físicas y emocionales, el acoso sexual (por teléfono, en las calles, en la oficina y en el aula), la mutilación genital (cliteridectomías, escisión, infibulaciones), las operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías), la heterosexualidad forzada, la esterilización forzada, la maternidad forzada (por la criminalización de la anticoncepción y del aborto), la psicocirugía, la privación de comida para mujeres en algunas culturas, la cirugía plástica y otras mutilaciones en nombre del embellecimiento. Siempre que estas formas de terrorismo resultan en muerte, se convierten en femicidio”.

Como es claro en esta definición, la modificación del Código Civil se ha quedado muy corta. Y la cuenta de femicidios se duplica inmediatamente si sumamos solo las muertes por abortos inseguros. Pero no solo es injusta esta miopía hacia las muchas formas en que las mujeres morimos como consecuencia de la desigualdad en la significación interpersonal y social; también es injusto el tratamiento diferencial que mujeres y varones recibimos por parte de la justicia, una vez que nosotras logramos atravesar las muchas barreras específicas que tenemos para ello. Un ejemplo es el uso diferencial en la atribución de emociones a mujeres y a varones, que da como resultado respuestas judiciales diferentes ante los homicidios perpetrados por unos y otras, pero siempre en perjuicio de nosotras.

En la historia de la filosofía, las emociones han sido tratadas como elementos peligrosos que distorsionan la rectitud del conocimiento, que debe estar guiado solo por la razón. También, desde la antigüedad, han sido feminizadas y atribuidas como condición característica a las mujeres, considerando esta característica una prueba de que estaban privadas de racionalidad y por lo tanto no podían ser iguales políticas, ni ciudadanas, ni sujetos éticos autónomos, sino que debían estar siempre bajo tutela de los varones. De hecho, aun cuando se desarrollaron argumentos poderosos contra la esclavitud, las mujeres y los hijos siguieron siendo “propiedades” del patriarca cabeza de familia.

La epistemología hasta años recientes ha creado condiciones rigurosas de neutralidad en los sujetos de conocimiento; condiciones que no pueden ser cumplidas por quienes por naturaleza tienden a comprometer su subjetividad y su emocionalidad en su contacto con el mundo y con los otros suje-

tos. Por eso las mujeres no fueron admitidas sino hasta hace pocas décadas en los cenáculos de la ciencia.

Esta condición de neutralidad también ha definido el punto de vista moderno del Derecho, haciendo exigible una ecuanimidad en quienes se dedican a impartir justicia que durante mucho tiempo hizo inaccesible esta función para las mujeres. No solo los códigos han estado redactados por sujetos masculinos y poderosos haciendo eje en sus intereses, sino que la mirada misma de quienes ejecutan su aplicación ha sido tradicionalmente una mirada androcéntrica.

La emoción tiene también una atribución de pasividad que la feminiza aún más y la hace peligrosa desde esa mirada que valora lo neutral y distante. Las pasiones nos poseen, somos invadidos y manejados por ellas. Pero curiosamente hay un punto en que las emociones sirven de escudo a los varones: es cuando se justifica como “crimen pasional” la violencia de género extrema que se da en el contexto de una relación sentimental con fuerte anclaje en la posesión. Y de ese modo se usa incluso como atenuante de la pena, pues afecta la responsabilidad y las intenciones.

¿Cómo es que una característica atribuida a las mujeres que las torna incapaces a los ojos del poder, establece ventajas para los varones bajo esa misma mirada? ¿Y cómo es que cuando son las mujeres las que matan, no se usan esos argumentos como eximentes del castigo? Es un tema que une la filosofía, la psicología y el derecho, y que plantea desafíos a los estereotipos sobre las relaciones entre los géneros, los modelos de pareja y de familia.

Las emociones en el tratamiento filosófico

Las emociones han sido desde la antigüedad un problema que concitó la atención de la filosofía, encontrando allí muchas formulaciones que fueron la base de las distintas posturas psicológicas desde fines del siglo XIX, en que la psicología adquiere un estatuto de disciplina independiente. En los últimos cuarenta años se ha acumulado una gran cantidad de datos empíricos recogidos por psicólogos cognitivos y sociales, neurocientíficos, antropólogos y etólogos. Esto ha influido en las formas filosóficas de teorizar sobre las emociones y es un gran desafío presente de la disciplina. La filosofía feminista, al agregar una crítica de género a esas teorías y al poner el acento en el compromiso práctico de sus aplicaciones, es el enfoque que quiero compartir aquí.

La primera teoría de la emoción fue planteada por Platón, y la ejemplifica con el mito del auriga o cochero. El alma es un carro alado tirado por dos caballos, uno blanco y uno negro, y el auriga procura conducirlo con equilibrio. El caballo blanco simboliza la expresión de las emociones positivas del ser humano y el negro las emociones negativas del hombre. El auriga o cochero simboliza la capacidad intelectual, nuestra parte racional.

Si el auriga consigue controlar la pareja de caballos le será posible elevarse y emprender el viaje necesario para concretar sus sueños más elevados; por el contrario una falta de dominio de la pareja de caballos le hará perder el equilibrio y caer. Pero las oportunidades para elevarse no están bien distribuidas, porque en cada persona predomina uno de tres tipos de alma:

1^a, Alma Racional: es la responsable de las funciones del pensamiento lógico y racional (inteligencia). Platón la sitúa en la cabeza. En la alegoría del carro alado sería el auriga. Y es el alma propia de los filósofos, a quienes en la República destina la conducción de la sociedad bajo la figura del Filósofo Rey.

2^a, Alma Volitiva o Irascible: es la responsable de la voluntad y las emociones (los sentimientos). Platón la sitúa en el corazón. En la alegoría del carro alado sería el caballo blanco. Y es el alma propia de los soldados, a quienes en la República destina la custodia de la Ciudad.

3^a, Alma Apetitiva o Concupiscible: es la responsable de los deseos, de las inclinaciones más elementales y más ligadas al cuerpo. Platón la sitúa en el vientre. En la alegoría del carro alado sería el caballo negro. Y es el alma de quienes tienen funciones ligadas a la materia: los campesinos, los artesanos, quienes manejan dinero. Y también de *todas* las mujeres.

Porque las mujeres, según Platón, están condicionadas por su útero y por lo tanto todas tienen alma concupiscente. Sus funciones en la sociedad dependerán de su determinación biológica. Pero lo que aquí me interesa más: no pueden desarrollar su racionalidad a causa de esta determinación biológica que las aparta de las más altas funciones del conocimiento.

También Aristóteles considera el alma como un compuesto de razón y emoción, considerando que en las mujeres hay una racionalidad disminuida por la excesiva emocionalidad. Emoción y razón, desde el comienzo, configuran una dicotomía. Y como el conocimiento se relaciona con la mente y la racionalidad, quedarán en oposición las emociones y los cuerpos. Y quedará así sexualizado: la mente y la racionalidad, con sus atributos (objetividad,

abstracción y universalidad), son masculinas; el cuerpo y la emocionalidad (junto a la subjetividad, narratividad y particularidad) son, por oposición, femeninas, y son cualidades sin valor epistémico.

Interfaz entre conocimiento y emoción

Considerar la interfaz entre conocimiento y emoción tiene varios abordajes. En buena parte de la tradición filosófica las dimensiones de la experiencia cognitiva, intelectual o racional han sido consideradas como separadas y superiores a la emocional o sentimental. Paralelamente, se atribuye al conocimiento y la razón un dominio masculino, reservando para el femenino, emociones y sentimientos. Durante siglos esta atribución sirvió de justificación para dejar a muchos sujetos, en particular a las mujeres, fuera del ámbito de la educación superior, la política y hasta la evaluación moral de sus acciones, confinándolas al ámbito de lo doméstico, el analfabetismo, la subordinación y la tutela. Así, conocimiento/emoción y masculino/femenino conforman una doble dicotomía, exhaustiva y excluyente, junto a otras (objetivo/subjetivo, universal/particular, público/privado, etc.) a la vez jerarquizadas y sexualizadas. Uno de los términos de este par, invariablemente el “masculino”, tiene valor epistémico; el otro, no. Uno de los términos también se identifica con los productos más valiosos de la cultura (la Ciencia, el Derecho), lo que expresado en términos políticos configura relaciones hegemónicas de poder. Un modo de tratamiento, entonces, es el de considerar la relación entre conocimiento y emoción como una dicotomía.

En la filosofía contemporánea, sin embargo, las emociones reciben una atención específica, paradójicamente para hacer una contribución a la comprensión de la racionalidad. Las emociones dan marco a nuestras decisiones de dos maneras importantes. Primero, definen los parámetros tomados en cuenta en cualquier deliberación particular. Segundo, en el proceso de deliberación racional mismo, dejan sobresalir solo una mínima proporción de las alternativas disponibles y de los hechos relevantes concebibles. Así las emociones (independientemente de ser ellas mismas consideradas racionales o irracionales) serían importantes para la racionalidad, porque rebajan a una medida manejable el número de consideraciones relevantes para la deliberación racional, y proporcionan el marco indispensable sin el cual la cuestión de la racionalidad ni siquiera podría surgir (De Sousa, 1994).

Un segundo aspecto que –me parece– explica la relevancia que tiene actualmente el tema de las emociones es el desarrollo de los estudios teóricos feministas que reclaman una consideración de la valoración que han recibido aspectos como la corporalidad (sobre todo, la corporalidad sexuada) y la emocionalidad en relación con la filosofía y la ciencia. Según estos estudios, el tomar las diferencias masculinas como paradigmáticamente humanas ha impreso en la ciencia y la filosofía un imperativo espurio en cuanto a los modos legitimados de conocimiento.

Nos acercamos así al problema de cómo conocer las emociones, y la diferencia entre un conocimiento de “primera persona” y de “tercera persona”. En general, cuando los científicos estudian la emoción, distinguen entre los datos que reciben del sujeto y sus inferencias sobre ellos. Pero debido a que las emociones no siempre son cuantitativamente medibles, o correctamente registradas o descriptas por los sujetos, es difícil que se vuelvan un “dato” para la investigación.

Algunas críticas sostienen que la principal razón para negar el estudio del sentimiento y la emoción es que los científicos sociales, como miembros de la misma sociedad que los actores que estudian, comparten los mismos sentimientos y valores. Pero no siempre es así, y el reclamo feminista es precisamente que aun cuando se observan mujeres, se les atribuyen características en lugar de recoger sus propias valoraciones. Si se quisiera realizar una sociología de las emociones, primero habría que estudiar qué y cómo piensa la gente sobre ellas, y debería efectuarse una perspectiva desde el actor sintiente, para que los investigadores consideren la propia definición del actor de sus sentimientos (Schutz & Luckmann, 1973).

Teoría cognitiva de las emociones

Un cognitivista clasificó la cuestión de la emoción como uno de los doce desafíos más importantes para la ciencia cognitiva (Norman, 1981). Ello instó a otros autores (Ortony *et al.*, 1988) a explorar la medida en que la psicología cognitiva podía proporcionar un fundamento viable para el estudio de las emociones. Si se puede explicar que la misma cosa pueda ser percibida desde perspectivas diferentes –argumentaban– podría explicarse por qué las personas experimentan emociones diferentes en respuesta al mismo acontecimiento objetivo.

Con este enfoque pretenden tender un puente en la disociación entre las teorías cognitivas y las teorías de la emoción. El proyecto consiste en describir cómo se produce una valoración cognitiva de la emoción, cómo se organizan ciertas emociones específicas, y los procesos cognitivos implicados en su desencadenamiento; en suma, demostrar que es posible dar cuenta, objetiva y sistemáticamente, de los antecedentes cognitivos de las emociones. Los sistemas emocionales, a medida que se describen, se asocian además a una visión cultural concreta del mundo.

Para acercarnos al tema que nos interesa, el papel de las emociones en la violencia e incluso en las formas extremas como el femicidio: si toda una cultura sostiene el principio patriarcal de que las mujeres son una propiedad de los varones, se justificará que si una mujer le dice a su pareja que va a abandonarlo, o él descubre que quien era “su” mujer tiene ahora otra pareja, dispare en él un sentimiento de furia y un intento violento de recuperación, e incluso una acción de destrucción de aquello que ya no puede mantener como propiedad. “La maté porque era mía” es la frase que resume la justificación. Esta reacción de ninguna manera podría atribuirse en las mismas circunstancias a una mujer, aunque nosotras seamos primordialmente emocionales, ya que no hay una cultura de propiedad de los hombres por parte de las mujeres que respalde ese efecto.

No hay todavía una medida objetiva conocida que pueda establecer de forma concluyente que una persona está experimentando una emoción específica, de la misma manera que no hay forma de asegurar que está experimentando un color específico. Puesto que las emociones son experiencias subjetivas, como la sensación de color o de dolor, la gente que las experimenta tiene acceso directo a ellas, de tal manera que si una persona está experimentando miedo, por ejemplo, esa persona no puede equivocarse respecto al hecho de que está experimentando miedo. Aunque no se niega con esto que pueda equivocarse en algún aspecto significativo del mundo que causa su miedo, o pueda no ser capaz de expresar en palabras la emoción.

Esta dificultad debería ser tomada en cuenta para comprender la dificultad de las mujeres que sufren violencia para definir exactamente las circunstancias en que experimentan miedo, e incluso terror. Y para comprender su dificultad para explicar cómo saben que su pareja estaba por agredirlas o que estaban en una situación amenazante y peligrosa de la que

debían defenderse. Por el contrario, en los reportes judiciales se señala que no hay pruebas objetivas de las agresiones y que el relato es errático y confuso. Y esto, nuevamente, perjudica a las mujeres.

En los informes personales de las emociones, a veces evaluamos el relato de otro, si sus emociones son apropiadas o inapropiadas, justificables o injustificables, verdaderas o falsas. Al evaluarlas nos basamos en nuestras propias intuiciones acerca de las condiciones en las que pueden surgir normalmente las diferentes emociones. Por consiguiente, en el estudio de las emociones no deja de ser razonable apelar a nuestras intuiciones acerca de qué estados emocionales son producidos ordinariamente por cierto tipo de situaciones. La mirada patriarcal de la justicia, entonces, no es inocente al atribuir razonabilidad a cierto tipo de emociones y no a otras: se legitima un punto de vista dominante.

A la vez que las emociones dan color, profundidad y riqueza a la experiencia humana, pueden también causar rupturas espectaculares en el juicio y en la acción. Tales rupturas pueden tener consecuencias profundas y, a veces, terribles para los individuos y para la sociedad. Es lo que ocurre, precisamente, en los llamados “estados de emoción violenta”.

Al intentar comprender a un sujeto, reconstruimos su interpretación de una situación y suponemos que tiene una reacción con valencia (es decir, positiva o negativa) ante la situación. La interpretación junto con la reacción desemboca de ordinario en alguna especie de cambio en el juicio o la conducta del sujeto. Si las condiciones desencadenantes de una emoción han de ser efectivas, el individuo que las experimenta tiene que codificar la situación pertinente de una manera específica. Y puesto que interpretar el mundo es un proceso cognitivo, las condiciones desencadenantes de las emociones incorporan las representaciones cognitivas que resultan de tales interpretaciones.

Las emociones son muy reales y muy intensas, pero, sin embargo, proceden de las interpretaciones cognitivas impuestas a la realidad externa y no directamente de la realidad misma. Es en este sentido que los autores atribuyen a las emociones una base cognitiva radical y profunda. Que las emociones implican siempre algún grado de cognición no equivale a decir que la contribución de la cognición sea necesariamente consciente. Decir que las emociones surgen de las cogniciones es decir que están determinadas por la estructura, contenido y organización de las representaciones cognitivas y por los procesos que operan sobre ellas.

Las emociones en la biología del conocimiento

Una dirección inversa, y que implica un trasfondo político completamente diferente, es la que ofrece en cambio el análisis de Humberto Maturana sobre las emociones desde la perspectiva de la biología del conocimiento. Maturana opone dos modelos biológicos: el de la competencia y el de la cooperación, indicando que es la cooperación en la convivencia lo que constituye lo social. Tomar la racionalidad como característica de lo humano es un obstáculo para la comprensión, porque relega la emocionalidad a un aspecto animal. Todo sistema racional –afirma– tiene fundamento emocional. Desde el punto de vista biológico, lo que connota cuando habla de emociones son “disposiciones corporales dinámicas que definen los distintos dominios de acción en que nos movemos. Cuando uno cambia de emoción, cambia de dominio de acción” (Maturana, 1997, p. 15).

Según esta posición, cuando estamos bajo cierta emoción hay cosas que podemos hacer y cosas que no, y aceptamos como válidos ciertos argumentos que no aceptaríamos bajo otra emoción. Todo sistema racional se constituye en el operar con premisas aceptadas *a priori* desde cierta emoción. Maturana rechaza la definición de un fundamento trascendental para lo racional que le diera validez universal. El fundamento emocional de lo racional no es una limitación, sino su condición de posibilidad.

Las emociones están vinculadas con lo social y con el lenguaje. Lo peculiar humano reside en el lenguaje y en su entrelazamiento con las emociones. El lenguaje tiene que ver con coordinaciones de acciones consensuales, y por lo tanto está fundado en una emoción particular que es el amor. El amor, dice Maturana, es la emoción que constituye el dominio de acciones en que nuestras interacciones recurrentes con otro/a lo/a hacen un/a legítimo/a otro/a en la convivencia. Y sin aceptación del/a otro/a en la convivencia, no hay fenómeno social.

Solo son sociales, entonces, las relaciones que se fundan en la aceptación mutua. Sin esta interacción, se produce separación y destrucción. Si en la historia de los seres vivos hay algo que no puede surgir en la competencia, eso es el lenguaje. Puede surgir solamente en la coordinación de conductas consensuales surgidas en la operacionalidad de la aceptación mutua. Habrá relaciones humanas no basadas en el amor, pero no serán relaciones sociales.

Por lo tanto, para Maturana no todas las relaciones humanas son sociales, y tampoco lo son todas las comunidades humanas, porque no todas

se fundan en la operacionalidad de la aceptación mutua. Si decidiéramos aplicar esta observación a nuestro entorno social e incluso a la vida familiar y de pareja, a la existencia de un lenguaje compartido, a la verdadera relevancia de la presencia de cada persona en esa pequeña comunidad, podríamos ver que en ciertas ocasiones no podemos calificarlas como humanas. Y la violencia es precisamente la contracara de ese lenguaje compartido.

Puede argumentarse que así como la falta de capacidad perceptual puede ser una desventaja en el intento de negociar con el mundo, similarmente una falta de respuestas emocionales adecuadas puede obstruir nuestro intento de ver correctamente el mundo y actuar correctamente en él (Nussbaum, 1990). Prestar atención a las emociones, entonces, lejos de ser una debilidad, evita fallas cognitivas y morales.

Estrechamente relacionada con la reluctancia a reconocer aspectos cognitivos de la emoción, y con su consecuente vinculación con lo femenino, está la cuestión de la pasividad. La pasividad tiene una relación ambigua con la subjetividad. En un aspecto, marcados por la mala reputación de las “pasiones” que se apoderan de nuestra conciencia contra nuestros deseos, los filósofos han considerado la pasividad de las emociones como evidencia de su subjetividad. En otro aspecto, sin embargo, en los últimos años los filósofos han notado que la pasividad de las emociones es a veces precisamente análoga a la pasividad de la percepción.

Teoría fenomenológica de las emociones

Podríamos pensar que un abordaje fructífero para el análisis de las emociones lo constituye la fenomenología, por su estrategia subjetivista, su reconocimiento de la intencionalidad y su protagonismo del cuerpo. Sin embargo, las emociones solo recientemente han sido de interés para la fenomenología. Para Welton, una distinción sumamente importante introducida por Husserl es la que existe entre el “cuerpo físico” (Körper) y el “cuerpo vivido” (Leib), entre el cuerpo bajo la descripción científica objetivante y el cuerpo bajo una descripción experiencial. Lo genial de la noción fenomenológica de cuerpo vivido –dice– es que genera la noción desde la experimentación del cuerpo. Su morfología surge no solo por la familiarización del infante con la imagen visual de su cuerpo, sino más básicamente con sus superficies sentidas al tacto (Welton, 1998). El hecho de que en su compilación de trabajos fenomenológicos sobre el cuerpo Welton haya seleccionado

muchas teóricas feministas, y esta distinción entre la cualidad visual (típicamente masculina) y la táctil (típicamente femenina) para desarrollar dos versiones diferentes de corporalidad, muestra cómo la filosofía feminista ha permeado con sus preocupaciones el campo intelectual contemporáneo.

Con el cuerpo vivido, la fenomenología descubre un terreno escondido, un campo no sintetizable de significación, que da cuenta de la encarnación del pensamiento; muestra cómo el conocimiento encuentra sus raíces en lo que no puede ser encerrado en el círculo de sus propias reflexiones. Pero tanta ganancia vino con un costo. La deficiencia primaria de la noción fenomenológica del cuerpo es que no estuvo en condiciones de hacer justicia al elusivo dominio de los sentimientos, a las pasiones, a lo que Freud durante este mismo tiempo hubiera planteado como el problema del eros. La explicación de la afectividad se centró alrededor de la disputa de la naturaleza de una estética trascendental, y así fue circunscripta por las preocupaciones de la epistemología. Tenemos el cuerpo en un registro experiencial, pero aún no fue aprisionado en el conflicto de los deseos, ni agobiado por sus propias pasiones.

La revalorización epistémica de las emociones nos permite entonces profundizar sobre su complejidad, pero no borran totalmente el antagonismo clásico entre razón y emoción y su papel de obstáculo epistémico. Para ilustrar esta permanencia quisiera analizar una aplicación jurídica de este concepto que tiene actualidad y relevancia, ya que se encuentra en uno de los focos críticos del feminismo jurídico por la desigual distribución por género en la valoración de su incidencia: el llamado “estado de emoción violenta”.

La “emoción violenta” y el tratamiento judicial de los femicidios

El estado de emoción violenta se usa como atenuante en muchas causas penales, incluso en los femicidios, porque se supone que hace perder al sujeto el pleno dominio de su capacidad reflexiva, y que sus frenos inhibitorios están disminuidos en su función. No estamos hablando de una profunda alteración de la conciencia, que conduciría a la inimputabilidad, puesto que el homicidio emocional no deja de ser un homicidio doloso, aunque los recuerdos de las circunstancias que rodean el hecho puedan aparecer, a veces, confusos.

Aquí importa mucho el punto de vista de la psiquiatría forense. Para los peritos la emoción tiene importancia fundamental, en especial por su

aplicación en los juicios pues se la invoca en la psicogénesis de muchos delitos contra las personas.

Según la *Enciclopedia Jurídica*, la dinámica de la delincuencia reconoce tres tipos de emociones:

a) Emoción fisiológica: provoca perturbación de la capacidad de síntesis, puede haber inhibición voluntaria y tendencia al automatismo. Si bien no existe amnesia, puede haber memoria imprecisa. Su invocación se realiza, en especial, en falso testimonio y en algunos delitos culposos.

B) Emoción violenta: tiene una intensidad mayor que la anterior pero tampoco llega a suprimir la conciencia ni la memoria. La memoria presenta trastornos trascendentes como falta de nitidez y lagunas, es decir, hay hipomnesia irregular y a veces progresiva. Provoca mayor tendencia al automatismo y a las conductas impulsivas.

C) Emoción patológica: produciría inconsciencia fugaz; perturba la voluntad, el juicio y la inteligencia en forma grave. Hay amnesia de iniciación brusca y que abarca la totalidad del acto. Necesita una base constitucional y un factor determinante. Se pierde el control inhibitorio, se exalta el automatismo, hay descarga motriz y el sujeto puede sentir depresión posterior.

Si peritos y jueces no tuvieran permanentes prejuicios y estereotipos de género, esta clasificación no merecería reproches. Pero en los homicidios conyugales o de otras parejas imputados a varones y a mujeres, las atenuantes de emoción violenta, las llamadas “circunstancias extraordinarias” que se ponen en consideración, de ningún modo son iguales en la valoración de la Justicia, lo que pone en duda su imparcialidad y acentúa la sospecha de las funciones de control.

La contundente prueba de esta aplicación androcéntrica del Derecho se encuentra en la investigación realizada por Marcela Rodríguez (abogada especialista en derechos humanos) y Silvia Chejter (socióloga especializada en análisis de fallos judiciales), expuesta en el libro *Homicidios conyugales y de otras parejas. La decisión judicial y el sexismo*.

Las investigadoras ponen bajo la lupa feminista los sesgos de género (sin desconocer los de clase y raza, también presentes) que configuran la dimensión sexista de las prácticas judiciales. Se proponen “identificar los hechos que los tribunales construyen y seleccionan como relevantes; las pruebas producidas en el juicio y su apreciación, entre estas, los peritajes y su valoración o descalificación; la coherencia o la contradicción de las argumentaciones desarrolladas por los jueces; los registros de historiales de

violencia, cómo se la nombra y cómo se la valora u omite; y la relación entre todas estas dimensiones y la conclusión de los casos y la determinación de las penas” (Parte I, Introducción, p. 3).

Rodríguez y Chejter analizan un corpus importante de sentencias y encuentran sesgos sexistas en diferentes momentos del proceso judicial:

1. En la etapa de la construcción, determinación y fijación de los hechos, lo que se constituye como relevante y lo que se omite. Esto es crucial para la decisión judicial posterior, y tiene sesgos como negar el historial de violencia previo, lo que les hace describir como lesiones lo que las mujeres describen como un intento de homicidio.
2. La apreciación y valoración de la prueba. Se descartan los testimonios de las mujeres y se minimizan y desacreditan los de los testigos que aportan.
3. La elección de las normas jurídicas. Por ejemplo, algunos jueces consideran que no debe aplicarse el homicidio calificado por el vínculo porque la pareja no convivía al momento del hecho. Incluso cuando el motivo de esa no convivencia fuera una medida de exclusión del hogar, o cuando a pesar de la separación de hecho el agresor tenga una presencia constante allí.
4. La interpretación de las normas. Allí, dicen las autoras, se corrobora la crítica legal feminista contra la presunción de que quienes interpretan y aplican las normas lo hacen de una forma abstracta, imparcial, objetiva, desde un punto de vista neutral y no genérico. Por el contrario, las sentencias reflejan el punto de vista masculino incluso en el despliegue de criterios y argumentación jurídica por parte de los operadores del derecho. Se evidencia la existencia de prejuicios y estereotipos de género que conducen a falacias de fundamentación. Por ejemplo, se califica como “violencia recíproca” aquella donde las mujeres reciben agresiones con un impacto grave sobre su integridad física (fracturas craneanas, hemorragias, fracturas de miembros superiores e inferiores, deformación del rostro) y los varones “agresiones verbales”, “expresiones humillantes” o “denigratorias”.
5. A esta disparidad en las agresiones que se van a considerar “mutuas” aunque sean desproporcionadas, se le agrega la interpretación de la causal de “legítima defensa”, que, pensada para dos hombres de fuerza equivalente en un sitio público, se niega en situaciones donde las

mujeres, por su disparidad total de relación de fuerzas y en un ámbito doméstico, encuentran la posibilidad de defenderse en el momento en que el agresor se distrae o está desarmado o dormido.

6. En el corpus de sentencias analizado, preocupantemente, no se encontraron decisiones judiciales que invoquen los tratados de los sistemas internacional y regional (fundamentalmente, CEDAW y Belem do Pará) ni de los órganos encargados de su aplicación y monitoreo. Ninguna sentencia, dicen las autoras, se refiere a la cláusula de protección a la igualdad, o a la prohibición de discriminación por razón de género, así como tampoco a la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia a los fines de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos de las mujeres.

El femicidio es el resultado final de una historia de violencia en la pareja. Que se justifique la emoción violenta como reacción de los varones al abandono, al no cumplimiento del “débito conyugal”, a la humillación de tener que realizar tareas domésticas, a la explicitación de la insatisfacción sexual por parte de la mujer, a los celos frente a la sospecha de infidelidad, es un modo de perpetuar y legitimar en esas apreciaciones la desigualdad de género y los vínculos de propiedad sobre los cuerpos y las vidas de las mujeres. Que esto ocurra en la justicia, nada menos, desampara a quienes recurren a ella como vía legítima de reclamo de sus derechos.

Bibliografía

- Enciclopedia Jurídica (2014), “Emoción y Estado de Emoción Violenta”, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/emoci%C3%B3n-y-estado-de-emoci%C3%B3n-violenta/emoci%C3%B3n-y-estado-de-emoci%C3%B3n-violenta.htm>
- Maturana, Humberto, *Emociones y lenguaje en educación y política*, Santiago de Chile, Granica, 1997.
- Norman, D. A., “Twelve issues for cognitive science”, en D. A. Norman (ed.), *Perspectives on cognitive science*, Hillsdale, N. J. Erlbaum, 1981.
- Nussbaum, Martha, *Love’s Knowledge*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- Ortony, A., Clore, G. & Collins, A., *The Cognitive Structure of Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

- Rodríguez, M. y Chejter, S., *Homicidios conyugales y de otras parejas. La decisión judicial y el sexismo*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2014.
- Schutz, A. & Luckmann, T., *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.
- Souza, Ronald de, “Emotion”, en S. Guttenplan (ed.), *A Companion to the Philosophy of Mind*, Oxford, Basil Blackwell, 1994.
- Vásquez Roca, Adolfo, “Filosofía, emociones y conocimiento” <http://avrocca.wordpress.com/category/filosofia-emociones-y-conocimiento/>.
- Welton, Donn (ed.), *Body and Flesh. A Philosophical Reader*, Oxford, Basil Blackwell, 1998.
- “Affectivity, Eros and the Body”, Welton, Donn (ed.), *Body and Flesh. A Philosophical Reader*, *op. cit.*, pp. 181-206.

Mujeres y justicias

*Alicia E. C. Ruiz**

Resumen

Desde una perspectiva crítica que liga epistémicamente derecho y política y que construye como discurso la realidad de los hechos y el sentido de las reglas jurídicas se reflexiona acerca de cuál es el papel que cumplen y podrían cumplir las mujeres en el Poder Judicial.

Palabras clave: derecho, poder judicial, mujeres, sentido, política.

Women and Justices

Abstract

From a critical perspective that epistemically relates law and politics and builds the reality of the facts and the sense of legal rules as a speech, we analyze the role that women play and could play in Justice.

Keywords: Law, Justice, Women, Sense, Politics.

El 13 de octubre de este año en el Salón Rojo, la Dr. Elena Highton de Nolasco, la Dra. Hilda Kogan y yo fuimos convocadas por la Señora Decana

* Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde 1998; coordinadora de la Oficina de Género del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; profesora Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; directora de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Escuela de Servicio de Justicia de la Universidad Nacional de La Matanza, creada por resolución conjunta del Ministerio Público Fiscal de la Nación y el Ministerio Público de la Defensa de la Nación en julio de 2013; co-directora de la revista *Filosofía del Derecho*, de Ediciones Infojus. Realiza, en forma permanente, actividad docente y de investigación en distintas universidades e instituciones del país y del extranjero; ha publicado libros y numerosos artículos y ensayos en revistas en Argentina y en el exterior; aliciaruiz@derecho.uba.ar.

Dra. Mónica Pinto a participar del panel “Las mujeres en el Poder Judicial”, para que contáramos cómo habíamos llegado a ser juezas y cuáles eran las diferencias –si las había– acerca de la percepción del mundo en hombres y mujeres que ocupan altos cargos en el Poder Judicial. Las presentaciones y el intercambio entre panelistas y asistentes fueron interesantes y provocadores.

Pasar del lenguaje oral al escrito no siempre es sencillo, por lo que retomo ahora las notas que llevaba conmigo y que resumen ideas que vengo sosteniendo en trabajos anteriores, ponencias y conferencias.

Un dato destacable del encuentro fue la circunstancia de que las cuatro mujeres que allí estábamos, aun con nuestras diferencias, coincidimos en subrayar que habíamos egresado de la UBA y que proveníamos de hogares de clase media. Y es que, en efecto, la educación pública y gratuita hasta el nivel terciario inclusive hizo posible en la Argentina que jóvenes con vocación y sin recursos económicos importantes pudiéramos alcanzar un título universitario. Y esa es una conquista y una posibilidad que no debemos perder.

“Lo personal es político”, dijo Simone de Beauvoir. En mi intervención intenté “despersonalizar” mi biografía (aunque parezca paradójico) y usarla apenas como excusa para hablar de mujeres y Poder Judicial desde una cierta mirada.

Ingresé en los sesenta a la Facultad de Derecho pese a que mis preferencias estuvieron y están hasta hoy más próximas a las Ciencias Sociales, a la Filosofía, a la Literatura y al Psicoanálisis. Sin embargo, como digo, opté por formarme como abogada porque también la política me atraía y el derecho me parecía un ámbito más próximo a ella.

Cursé la carrera sin dificultades ni tropiezos, pero nunca me deslumbró el conocimiento jurídico que adquiría (o más bien el de las normas jurídicas, que eran el núcleo de la mayor parte de las asignaturas). Dos materias, “Introducción al Derecho” y luego “Filosofía del Derecho”, me anclaron en la Facultad y ese fue el campo en el que puse todo mi entusiasmo y dedicación. Como ayudante alumna me incorporé a la cátedra del Dr. Ambrosio Gioja y, con excepción del período de la dictadura (1976-1983), no abandoné más la docencia: ayudante, Jefe de Trabajos Prácticos, Adjunta Interina, Adjunta por concurso, Titular por concurso y, desde 2015, Profesora Titular Consulta.

Fui Jueza de Primera Instancia en el Fuero de Trabajo cuando la democracia había vuelto a la Argentina y desde 1998 integro el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Siempre supe que no hubiera sido jueza en dictadura. No quiero afirmar que no pueda haber quien

crea que “algo puede hacerse” manteniéndose en la magistratura cuando el Estado de derecho está subvertido y los que mandan lo hacen sin otro límite que los que ellos mismos se autoimponen. Tampoco puedo ignorar que hubo unos pocos, cuya capacidad excepcional o su coraje cívico les permitió obrar con dignidad y conformar una sutil oposición expresada en la denodada defensa de las garantías fundamentales (que solo nominalmente sobrevivían en la Constitución). Sin embargo, esos no fueron los rasgos que distinguieron a la gran mayoría silenciosa y anónima, que perduró o fue designada en reemplazo de aquellos que en 1976 fueron despojados de sus cargos, cuando no detenidos o desaparecidos. Simplemente digo que no hubiera podido estar allí y dormir en paz. En la etapa que siguió a la derrota del gobierno *de facto*, la mayoría de los jueces continuaron en sus puestos, y rápidamente el pasado (su pasado) quedó en el olvido. No fue saludable para la restauración democrática de la Argentina que así sucediera, pero eso es lo que ocurrió.

Antes de 1988 y durante más de quince años había ejercido la profesión de abogada laboralista. Esa experiencia de vivir la justicia en las audiencias, en la mesa de entradas, en la búsqueda difícil de los expedientes, en el trajar de los pasillos, en las dificultades para ser oída en muchos Tribunales, me enojaba y hacía que me preguntara una y otra vez si no era posible “hacer mejor las cosas” desde el otro lado. No tenía el proyecto de formar parte del Poder Judicial; sin embargo, en la tercera oportunidad en que me fue ofrecido el cargo, lo acepté como un desafío.

Por otro lado, mi compromiso con los derechos humanos y con la consolidación del Estado de derecho me impulsaba a dar batalla por un nuevo Poder Judicial más democrático, más horizontal y más pluralista. Y veintiocho años después persisto en ello.

Abomino del mundo fragmentado, discriminador y cruel que nos rodea; comparto una visión antiesencialista y crítica en materia ética y iusfilosófica y, para colmo de males, soy jueza. Conservo –con todos los matices incorporados por el transcurso implacable de los años y las vicisitudes que a mi generación le tocaron en suerte– la convicción de que las cosas no son como son porque sí, o porque es del orden de la naturaleza que así sea, o porque algún dios lo dispuso. Muy por el contrario, creo que las prácticas sociales, los pensamientos hegemónicos y las resistencias que ellos provocan van diseñando el escenario en el que nos movemos, y que al mismo tiempo todos y cada uno somos actores y autores de lo que sucede, que el azar y la contingencia, y no las “leyes de la historia” juegan su papel, y que nada está definitivamente escrito. En otras

palabras, que dialécticamente “construimos” la realidad que “nos construye” como sujetos. Esa complicada trama de niveles y de discursos cruzados ressignifica cuanto hacemos y decimos, cuanto hacen y dicen otros y marca el campo en el cual vivimos, amamos, damos pelea o nos conformamos con lo que hay.

Dije que “para colmo de males” soy jueza, no porque no aprecie el trabajo que hago sino porque, como ustedes comprenderán, hay cierto desajuste casi insalvable entre algunas de las posiciones que mencioné más arriba y la pertenencia al Poder Judicial. La mirada institucional que “vigila y castiga” deja poco lugar a las heterodoxias, y hace difícil sostener el contradiscurso de la disidencia. No hablo ni como una víctima ni como una perseguida, porque no lo soy de ninguna manera. Más bien me gusta pensarme como una resistente. Evocando a Foucault, si “donde hay poder hay resistencia” es precisamente de este lado donde me reconozco. Resistir siendo parte de un espacio cuya especificidad y complejidad es innegable, es para mí una forma de contribuir a la profundización del orden democrático.

Mi adscripción a un pensamiento crítico –que brevemente enuncie arriba– define mi actividad académica al tiempo que determina mi actuación como jueza. Y en ese marco epistémico y práctico, me importa el tema de las mujeres y el poder judicial.

Así es que tanto como celebro que cada vez sea más difícil negarles a las mujeres estar en la Justicia, afirmo simultáneamente que la importancia de esa presencia no asegura por sí sola un avance en la lucha de los movimientos feministas.

La institución judicial transmite y enseña a sus integrantes de modo altamente eficaz un discurso sobre sí misma que elude el carácter social y político de la magistratura. En paralelo, los obstáculos epistemológicos e ideológicos presentes en la teoría y la dogmática jurídicas más difundidas –las que conforman el “sentido común judicial”– disimulan o niegan abiertamente el costado político del derecho, con lo que contribuyen a que los jueces no adviertan, nieguen u oculten el efecto social ínsito en el acto de sentenciar.

Cuando comencé mi carrera judicial en un juzgado de primera instancia en el fuero del trabajo, mi mayor preocupación era si buena parte de las convicciones que siempre había defendido desaparecerían al ocupar un espacio de poder, si quedaría atrapada, como Ulises por el canto de las sirenas, en los brazos de la corporación judicial.

Lejos ya de ese juzgado y con más de quince años en un Tribunal Superior, muchas mañanas al entrar en el despacho, encender la computado-

ra y tomar el primer café, evoco aquella angustia inicial. Solo la evoco, sin padecerla. Pude escapar de las sirenas... de las de entonces. Siempre siguen apareciendo otras, provocando nuevas angustias.

Ahora me invaden preocupaciones, dudas profundas y la conciencia del grado creciente de complejidad de las cuestiones acerca de las cuales debo dar opinión. En las aulas de la Facultad suelo decir a los alumnos que una teoría crítica del derecho reniega de todo dogmatismo y no es tranquilizadora. Por eso no puedo quejarme si al poner en acto los compromisos teóricos asumidos, me cuestiono mucho de lo que pienso y hago, y no acepto fácilmente la primera solución que imagino ni que me proponen.

Dictar sentencia no consiste jamás en elegir axiomas y derivar teoremas ajustándose a las correspondientes reglas de inferencia. No sirve la subsunción ni la creencia absurda de que las normas aceptan una sola lectura que es por definición “verdadera”. Nada de esto se sigue de una perspectiva que liga epistémicamente derecho y política y que construye como discurso la realidad de los hechos y el sentido de las reglas jurídicas.

Perdida la inocencia, no es sencillo en un tribunal colegiado controvertir fundamentos y proponer alternativas en las discusiones que preceden al dictado de una sentencia. ¿Cómo afirmar convincentemente que la Constitución dice tal o cual cosa, o que la procedencia de una acción o de una petición se apoya en determinados preceptos constitucionales, asumiendo que esa es solo una de sus interpretaciones posibles? ¿Cómo argumentar que no es válido ni legítimo el desconocimiento de ciertos derechos, y que los jueces están obligados a hacerlos efectivos, aun en ausencia de reglamentación legal o en contra de disposiciones que los limiten, sabiendo que la hermenéutica que se defiende responde a una cierta visión del mundo, de las relaciones sociales, y a la convicción de que hay injusticias que no pueden ser toleradas, pero que eso no significa que la interpretación que se defiende sea verdadera? ¿Cómo decidir sabiendo que, aunque el margen de discrecionalidad del que disponen los jueces es muy amplio, ellos no están habilitados a seguir cualquier curso de acción? ¿Cómo evitar, por fin, el exceso propio frente a los excesos de los demás? No tengo frente a tales interrogantes respuestas definitivas o tranquilizadoras, solo advierto problemas que, bajo ninguna circunstancia estoy dispuesta a soslayar en cada caso en el que voto. Me refiero a ellos en los apartados que siguen.

a) La impostergable concreción del acceso a la justicia, ese “agujero negro del sistema judicial” por el que navegan muchas buenas concien-

cias como barcos a la deriva. El acceso a la justicia involucra al sistema judicial aunque no se agota en él y entrelaza derecho y política en una sociedad que se pretende democrática.

b) La realización de la igualdad declamada. El principio de igualdad consagrado unánimemente en las constituciones modernas y en los tratados internacionales implica en uno de sus sentidos posibles, que “todos” están bajo el paraguas salvador del Poder Judicial que debería protegerlos frente a la afectación de sus derechos, de cualquier derecho en cualquier circunstancia. Ahora bien, ¿quiénes son “todos”? En verdad, nada es como parece estar escrito en las constituciones y los tratados de derechos humanos. Son muchos, muchísimos los que esperan vanamente “ante las puertas de la ley” que su reclamo sea oído, y aún peor: los hay que ni siquiera saben a dónde ir en busca de tutela, o que no tienen ninguna.

Entre esos “todos” no están los pobres, ni los inmigrantes, ni los desocupados, ni aquellos a los que por su color de piel, por su creencias religiosas, por su opción sexual, por su ideología política, por su adicción, por estar acusados de un delito o por haber sido condenados, por estar en prisión o por haber salido de ella, por estar enfermos sin atención o por haber sido aislados en una institución médica, por ser un niño o un adolescente con “problemas de conducta o “en situación de calle”, etc. La lista sería interminable; en ella están los “desechables” (según Balibar), los excluidos, los negados, los perseguidos a los que justamente el derecho debería amparar. El horizonte luminoso de la igualdad es apenas perceptible. Una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad frente a un mundo oscuro y opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar. Seres vulnerables de “vulnerabilidad extrema” hacia los cuales solo se dirigen, casi siempre, y en el mejor de los casos, miradas indiferentes (encubiertas a veces de un manto de piedad definitivamente hipócrita) o disfrazadas bajo alguna forma de “asistencialismo”.

Precisado el marco conceptual que sostiene mis argumentos, quiero discutir cuáles son los factores que en una sociedad fragmentada limitan u obstaculizan los reclamos por la efectividad de los derechos para muchos individuos, entre los que se cuentan numerosas mujeres.

Las dificultades de acceso a la justicia remiten, al menos desde uno de sus ángulos, a las responsabilidades que las mujeres que somos operadoras jurídicas tenemos en la profundización de las exclusiones que nos rodean, que

impiden que tantas otras mujeres puedan exigir aquello que creen que les corresponde en derecho, y de lo que carecen en razón de su inserción social, su falta de recursos, su religión, su raza, las opciones sexuales que han escogido.

No me ocupo en este análisis de cuántas mujeres acceden al Poder Judicial, ni qué porcentaje de ellas alcanzan los más elevados cargos de la magistratura, o cuán injusto puede ser que menos mujeres que hombres asciendan a los niveles superiores en grandes estudios jurídicos. Estos temas no hacen al acceso a la justicia. Más bien solo refieren a la situación de mujeres que, en países como los de América Latina, pertenecen a sectores privilegiados.

Quiero enfatizar que la lucha por el acceso a la justicia es un compromiso y un deber para mujeres como nosotras, no porque representemos a “todas las mujeres” (ni porque estemos en mejores condiciones de hablar en nombre de todas y menos aún de sustituirlas en sus decisiones) sino porque somos poseedoras de un saber peculiar y complejo, que naturaliza el mundo social, disciplina las conciencias y los cuerpos (si es que aún podemos sostener esta distinción) y que es paradigmáticamente el discurso del poder.

Ser un operador jurídico importa el dominio de un saber que da poder, y que marca simbólicamente pero con efectos terriblemente reales la distinción entre existir o no existir como sujeto.

Una existencia que nada tiene que ver con nuestras condiciones “naturales”. Como dice Haraway: “La raza y el sexo, como los individuos, son artefactos sostenidos o dejados caer por el nexo discursivo del conocimiento y del poder. Cualquier objeto o cualquier persona puede ser razonablemente pensado en términos de montaje y de desmontaje. No hay arquitecturas ‘naturales’ que limiten el sistema del diseño. No obstante, el diseño está muy limitado. Lo que pasa por una ‘unidad’, un ‘uno’, resulta muy problemático, no es algo permanentemente dado. La individualidad es un problema de defensa estratégica”.¹

No estoy sugiriendo que hay que abandonar términos como mujer, sexo o género, sino entender de qué hablamos cuando los incluimos en nuestro decir cotidiano o profesional. Advertir que cada uno de esos conceptos expresa un espacio de lucha, en permanente transformación, lo que hace que esas categorías estén abiertas, no constituyan descripciones y sean políticamente significativas.

1. Haraway, D. J., *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Ediciones Cátedra, 1991.

Para concluir, recuerdo la observación de Judith Butler: “...es necesario aprender un movimiento doble: invocar la categoría e instituir así, provisoriamente, una identidad y, al mismo tiempo, abrir la categoría como un sitio de permanente oposición política. Que el término sea cuestionable no significa que no debamos usarlo, pero la necesidad de usarlo tampoco significa que no debamos cuestionar permanentemente las exclusiones mediante las cuales se aplica y que no tengamos que hacerlo precisamente para poder aprender a vivir la contingencia del significativo político en una cultura de oposición democrática”.²

Y es que de eso se trata, de no perder el rumbo enredados en los entresijos que los discursos hegemónicos ofrecen seductoramente a cada paso, en el campo en el que se ubican los movimientos, las militancias y las luchas sociales de todo tipo.

Y desde luego, allí también estamos las juezas, expuestas a esos mismos peligros, pero con un plus de responsabilidad porque somos quienes preferentemente ponemos en acto la performatividad de las prácticas jurídicas.

Quiero insistir en que las reflexiones teóricas, prácticas y los límites del movimiento feminista juegan en el espacio judicial y, no siempre, aun quienes se reivindican como feministas son disruptivas en el ámbito del Poder Judicial; es más, a veces, y más de lo esperable, acaban siendo funcionales a la perpetuación de viejos paradigmas a los que proveen de nuevas formas.

Los fundamentos, el activismo y las alianzas de esos movimientos, pues, involucran y se cruzan con lo que hacen los jueces, con diferentes resultados.

El tipo de intervención que sugiero rompe con la supuesta despolitización de la labor judicial y del trabajo de los juristas y los compromete de una manera en la que por lo común no se sienten incluidos.

Bibliografía

Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del 'sexo'*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1993.

Haraway, Donna J., *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Ediciones Cátedra, 1991.

2. Butler, J., *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del 'sexo'*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1993.

Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres: más que un mandato legal

*Natalia Gherardi**

Resumen

A más de 20 años desde que el derecho internacional de los derechos humanos comenzó a delinear los estándares para la protección de las mujeres frente a las diversas formas de violencia, reconociéndola como la expresión más extrema de la discriminación, en Argentina y la región de América Latina se consolida la percepción de esta violencia como un problema de derechos humanos. Este artículo describe el contexto en el cual se generaron las masivas movilizaciones contra la violencia machista iniciadas en junio de 2015. A partir de los datos sobre el alcance de la violencia contra las mujeres en el marco de sus relaciones de pareja en la Ciudad de Buenos Aires, el artículo propone abordar las violencias en sus diversas manifestaciones de un modo integral.

Palabras clave: violencia contra las mujeres, derechos humanos, encuestas de violencia, políticas públicas.

* Abogada (UBA), LLM (London School of Economics and Political Science, 2000), directora ejecutiva de ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, una organización de la sociedad civil radicada en Argentina, dedicada a la promoción y defensa de los derechos de las mujeres y la igualdad de género a través de las políticas públicas y el acceso a la justicia; ngherardi@ela.org.ar.

Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women: More than a Legal Obligation

Abstract

Twenty years have passed since the international law of human rights initiated the path towards the definition of standards for the protection of women from all forms of violence, acknowledging that it is the most brutal expression of discrimination. In Argentina and the Latin American region violence against women is increasingly perceived as a violation of human rights. This article describes the context in which the massive demonstrations against gender violence have taken place since June 2015. Building on the information on intimate partner violence against women obtained from a survey in the city of Buenos Aires, the author suggests that all forms of violence against women should be addressed from an integral perspective.

Keywords: Violence Against Women, Human Rights, Surveys on Violence Against Women, Public Policies.

I. La violencia contra las mujeres como cuestión de derechos humanos

Transcurrieron más de 20 años desde que el derecho internacional de los derechos humanos comenzó a delinear los estándares para la protección de las mujeres frente a las diversas formas de violencia, reconociéndola como la expresión más extrema de la discriminación. Sin embargo, debieron pasar estas dos décadas para que ese compromiso, que fue el resultado de las demandas feministas y de las mujeres organizadas, pudiera comenzar a percibirse por una parte importante de la sociedad como un problema de derechos humanos que requiere acciones directas de políticas públicas.

En los años noventa varios hitos fueron construyendo el marco de las actuales iniciativas para trabajar sobre la violencia contra las mujeres. En el año 1992, a partir de la elaboración de la Recomendación General N° 19 del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) se consolidó la idea de que “la violencia contra la mujer es una forma de discrimina-

ción que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”, afirmando el deber de los Estados de adoptar medidas efectivas para superar todas las formas de violencia basadas en el género, así sean estas perpetradas por agentes públicos o actores privados. En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena reconoció que los derechos de niñas y mujeres son parte integrante, inalienable e indivisible de los derechos humanos, y que resultaba imperioso eliminar la violencia contra ellas en la vida pública y privada. Poco tiempo más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y, en 1994, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas nombró una Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con mandato para realizar informes, recibir quejas e iniciar investigaciones sobre violencia en los países que integran las Naciones Unidas. Por su parte, en el ámbito regional, los Estados parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobaron en 1994 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como la “Convención Bellem do Pará”), la primera en su tipo, a la vez que crearon un Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belem do Pará (conocido como “MESECVI”), que entró en vigor en 2004.

Desde entonces, los países de la región de América Latina han avanzado en el diseño y aprobación de marcos regulatorios nacionales que incorporen definiciones sobre las diversas formas y manifestaciones de la violencia dirigida hacia las mujeres, los mecanismos institucionales para dar respuesta a este problema y abordar los desafíos para el acceso a la justicia de las víctimas de directas e indirectas de las violencias.

Luego de una primera etapa en la que las respuestas de los Estados se focalizaron casi exclusivamente en la violencia doméstica (o violencia intrafamiliar), en la última década México y Venezuela dieron inicio al movimiento que llevó a otros países de la región a sancionar leyes de segunda generación para el abordaje integral de las violencias.¹ De esta manera, se fue dando forma a la convicción de que resultaba relevante contar con normas

1. A estas leyes pioneras aprobadas en 2007, siguieron otras adoptadas por Colombia y Guatemala (2008), Argentina y Costa Rica (2009), El Salvador (2010), Nicaragua (2012), Panamá y Bolivia (2013).

que permitieran un abordaje holístico y particularizado sobre las distintas manifestaciones de la violencia contra las mujeres, que no solo se presenta en el ámbito familiar o doméstico. Por el contrario, la violencia que ocurre en la privacidad de las relaciones de pareja es reflejo de las violencias cotidianas que se producen en ámbitos públicos y comunitarios, que naturalizan las relaciones desiguales de poder entre los géneros y que luego encuentran su expresión en la vida de pareja y familiar. Por lo tanto, reconociendo estos vínculos profundos, las normas de segunda generación promueven un abordaje integral de la violencia contra las mujeres, que pueda brindar una mayor coherencia a las respuestas del Estado en sus distintas competencias y jurisdicciones.

Argentina tomó este camino con la aprobación de la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales. En línea con la Convención de Belém do Pará, esta ley contempla las diversas manifestaciones de la violencia que se producen en distintos ámbitos de la vida y que afectan la integridad, la dignidad, la libertad y la salud de las mujeres. Así, la Ley de Protección Integral precisa algunos tipos de violencia (física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, simbólica) así como también ciertos ámbitos en los que estas se manifiestan (en las unidades domésticas, en las instituciones, espacios laborales, en los medios, en relación con los procesos y libertades reproductivas).

Sin embargo, cuando decenas de miles de personas marcharon por las calles de las principales ciudades de Argentina el 3 de junio de 2015 bajo la consigna “Ni una menos”, el reclamo que se hacía visible se vinculaba con una sociedad cansada de presenciar inerte la forma más extrema de la violencia contra las mujeres, el femicidio. Una forma brutal de violencia que efectivamente llegó a niveles alarmantes en una región en la que la creación de un tipo penal específico no parece haber tenido un impacto decisivo para su prevención, ni aun para la adecuada sanción de los agresores o la reparación de las víctimas.² Mientras tanto, otras formas de violencia cotidianas

2. El Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) incluye información acerca de la legislación sobre femicidio, además de datos actualizados sobre las tasas de femicidio en los países de la región que cuentan con información oficial al respecto. Disponible en <http://oig.cepal.org/es> (última visita 27 de diciembre de 2016).

(en los medios de comunicación y redes sociales, en el transporte público, en espacios laborales y educativos) permanecen menos visibles, aun cuando sean estas las que permiten las condiciones para que los femicidios se multipliquen.³

Pero aun respecto de la forma de violencia sobre la que se ha trabajado de modo más extendido, esto es, la violencia doméstica en el marco de las relaciones de pareja, en Argentina es poco lo que se conoce respecto de su verdadero alcance, sus expresiones y prevalencia en distintas mujeres. En ausencia de esta información, la legislación y las políticas públicas adolecen de la falta de un enfoque empírico que permita adecuar sus respuestas a la realidad que buscan transformar.

II. La información sobre violencia contra las mujeres

A. La obligación de producir información

Las personas e instituciones involucradas en el diseño e implementación de políticas públicas necesitan información de calidad con múltiples propósitos: para guiar las reformas legislativas y de política pública, para asegurar la provisión adecuada de los servicios necesarios para hacer frente a la demanda, para monitorear las tendencias y progresos logrados al tratar el tema de la violencia contra las mujeres, así como el impacto de las medidas que se adopten. Lo que no se contabiliza no se nombra, y sobre aquello que no se nombra, no se actúa.⁴

La falta de información de calidad queda en evidencia en cada oportunidad en que los órganos de seguimiento de los tratados de derechos humanos, tales como el Comité de la CEDAW o el MESECVI, requieren información por parte de los Estados parte. En las últimas dos décadas se ha avanzado en ciertos esfuerzos para promover la elaboración de información

3. Gherardi, Natalia, *Otras formas de violencia contra las mujeres a reconocer, nombrar y visibilizar*, División de Asuntos de Género. Serie Asuntos de Género N° 141, CEPAL, Santiago de Chile, 2016, 64 p.

4. Alméras, Diane y Calderón Magaña, Coral, *Si no se cuenta no cuenta: información sobre la violencia contra las mujeres*. Serie Cuadernos de la CEPAL, CEPAL, Santiago de Chile, 2012.

desagregada por sexo de modo de contar con datos que ilustren la situación socioeconómica de mujeres y varones. Sin embargo, las observaciones finales del Comité de la CEDAW habitualmente incluyen una recomendación explícita para que los Estados parte avancen en la producción de información desagregada por sexo, en general, y sobre el impacto de las políticas sobre violencia contra las mujeres, en particular.

En ese sentido, las Observaciones finales del Comité de la CEDAW al Estado argentino difundidas en noviembre de 2016 reiteraron las interpelaciones para que el Estado asegure los recursos técnicos y financieros necesarios para que el Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres genere datos actualizados, desagregados por sexo, edad, origen étnico y relación entre la víctima y el perpetrador, sobre los casos denunciados de violencia contra las mujeres, las investigaciones, procesamientos y condenas impuestas a las personas responsables, así como información sobre los remedios para las víctimas y sus familias (traducción propia del párrafo 21[c] de las Observaciones Finales CEDAW/C/ARG/CO/7).⁵

Las recomendaciones del Comité CEDAW se refieren exclusivamente a una de las fuentes posibles de información sobre violencia, la que proviene de registros administrativos. Pero lo cierto es que la información necesaria para diseñar, implementar, monitorear y evaluar las políticas públicas sobre violencia se logra a partir de fuentes y metodologías diversas. Los registros administrativos son los que permiten conocer el trabajo de las instituciones públicas dedicadas a la atención de las mujeres frente a las situaciones de violencia ya ocurridas. Luego de un episodio de violencia, es posible recurrir a la policía, a un centro de salud, a un centro de atención de la mujer, una fiscalía, un juzgado. En la medida en que estas instituciones lleven registros de los casos que atienden de un modo sistemático, se construyen registros administrativos que sirven para varios propósitos: administrar la propia carga de trabajo; monitorear y dar seguimiento al flujo de casos; evaluar la atención que brindan; establecer con mayor precisión los recursos humanos, financieros y de infraestructura necesarios para dar una adecuada atención.

Los registros administrativos, por definición, solo pueden capturar

5. Esta recomendación es más específica que la que fuera formulada en el período anterior, cuando el Comité alentó al Estado “a fortalecer su sistema de reunión de datos relativos a todas las formas de violencia contra la mujer” (CEDAW/C/ARG/CO/6).

aquellos casos en los que las personas involucradas han tomado contacto con alguna de las instituciones del Estado. Quedan excluidos todos aquellos casos en los que las niñas, adolescentes y mujeres no buscaron ayuda. Son las encuestas las que permiten conocer la prevalencia de este problema en la sociedad: ¿cuántas mujeres sufren violencia a lo largo de sus vidas? ¿Con qué frecuencia? ¿Qué nivel educativo han alcanzado estas mujeres? ¿En qué medida han buscado ayuda y, en ese caso, de quién? Los estudios muestran que solo una porción pequeña de mujeres que atraviesa situaciones de violencia en las parejas lo comparte con alguna persona cercana y son menos aún las que plantean alguna vez una denuncia. Por ese motivo, se trata de métodos de recolección de información que deben ser complementarios, como único modo de aproximación susceptible de captar la dimensión, características y formas que toma la violencia.⁶ Por último, otra fuente de información son los estudios con investigaciones cualitativas específicas que avanzan en el análisis de la información recolectada tanto en encuestas como en registros administrativos.

A diferencia de muchos países de la región,⁷ Argentina no cuenta con encuestas aplicadas a nivel nacional que permitan conocer la incidencia y la prevalencia de la violencia contra las mujeres en el marco de sus relaciones de pareja. La primera encuesta de ese tipo se aplicó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

B. Las cifras de la violencia en la Ciudad de Buenos Aires

La encuesta realizada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2015 permite medir la dimensión del problema de la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja a partir de las experiencias de las propias mujeres encuestadas.⁸ Al aportar información sobre la prevalencia (cantidad de

6. Alméras y Calderón Magaña, ob. cit.

7. En *Violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe: Análisis comparativo de datos poblacionales de 12 países*, la Organización Panamericana de Salud (OPS) sistematizó la información e investigaciones sobre la violencia contra la mujer en la región, con el objetivo de ofrecer una mirada regional del fenómeno.

8. Se trata de un estudio cuantitativo, con una metodología probabilística en encuestas domiciliarias, realizadas a mujeres residentes en hogares particulares de 18 y más años. Muestreo aleatorio, polietápico, estratificado por zona (norte, sur, oeste). El tamaño de la

mujeres afectadas) y la incidencia de la violencia (la frecuencia y el número de veces que las mujeres sufren episodios de violencia), brinda datos fundamentales para una mejor comprensión del fenómeno que permitan diseñar políticas adecuadas para responder a las necesidades de diversas mujeres, en distintas circunstancias.

La encuesta indagó específicamente sobre la violencia física, sexual y psicológica contra las mujeres en el ámbito doméstico, es decir, por parte de una persona integrante del círculo familiar. En los próximos párrafos se comparten sus principales hallazgos.⁹

Las movilizaciones masivas iniciadas en el 3 de junio de 2015 y que se repitieron un año más tarde se dieron en un contexto de amplio rechazo de conductas de control y sometimiento de las mujeres. Como expresión de la discriminación de género, muchas veces esta forma de violencia es consecuencia del sometimiento a conductas controladoras por parte de los varones del círculo íntimo. La encuesta buscó identificar en qué medida las mujeres expresan su acuerdo con respecto a las conductas de dominación masculina, que responden a fuertes estereotipos de género. Más del 90% de las mujeres de la Ciudad de Buenos Aires rechazan formas abiertas de discriminación y violencia en las relaciones de pareja, como la obligación de la mujer de obedecer a su pareja aun cuando estuviera en desacuerdo o la necesidad de que el hombre de una pareja “demuestre quién es el jefe”. Sin embargo, hay menos nivel de acuerdo con respecto a la posibilidad de que una tercera persona intervenga frente a situaciones de violencia en las relaciones de pareja, cuando esta se produce. Un tercio de las mujeres sos-

muestra es de 1003 casos. Los datos fueron ponderados por edad, estado civil y zona de residencia (error muestral +/- 3,08 con un 95% de confianza). El cuestionario estructurado de 107 preguntas cerradas se aplicó entre el 25 de noviembre de 2014 y el 5 de enero de 2015. En la elaboración y ejecución de la encuesta, realizada bajo la supervisión de la Dirección General de la Mujer de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, participaron ELA y la consultora Pensamiento Lateral. El trabajo de ELA (a cargo de Natalia Gherardi, Lucía Martelotte y Maia Krichevsky) consistió en la asistencia técnica, el diseño del cuestionario y el análisis de los resultados. Por su parte, Pensamiento Lateral (bajo la coordinación de Alejandrina Chichizola y Ángeles Calandri) fue la institución responsable de la realización del trabajo de campo y el procesamiento de los datos.

9. Los datos pueden leerse en *Las cifras de la violencia. Resultados de la primera encuesta de percepción e incidencia sobre violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja en la Ciudad de Buenos Aires*.

tiene que los problemas familiares deben ser conversados solamente con personas de las familias, y que en caso de maltrato una persona ajena a la familia debe abstenerse de intervenir. Estas respuestas indican un grado importante de reserva frente a la violencia en las parejas, que sigue considerándose un ámbito privado que solo en algunas ocasiones puede habilitar la intervención de terceros.

Los datos señalan que las distintas manifestaciones de la violencia en las relaciones de pareja constituyen un problema extendido en la Ciudad. Más de la mitad de las mujeres de la Ciudad de Buenos Aires manifiesta haber sufrido violencia psicológica por parte de una pareja actual o pasada.¹⁰ La violencia física por parte de una pareja ha estado presente en la vida de 2 de cada 10 mujeres.¹¹ Los hechos de violencia física y sexual han afectado a 1 de cada 4 mujeres residentes en la Ciudad.¹² Se trata de fenómenos extendidos que afectan a una importante porción de la población de mujeres de diversas edades y distintos niveles socioeducativos.

Sin duda, hay interrelaciones entre las diversas manifestaciones de la violencia en las relaciones de parejas. El 98% de las mujeres residentes en la ciudad de Buenos Aires que denuncian haber sido sometidas a violencia

10. Entre las conductas de violencia psicológica que se presentan más a menudo se destaca la amenaza de violencia económica (amenazarla con quitarle el apoyo económico) y la violencia emocional vinculada con los hijos e hijas (amenazarla con quitarle a los hijos). Las conductas controladoras (insistía todo el tiempo en saber dónde iba) y la acusación de infidelidad, también son de las formas de violencia psicológica más habituales.

11. Una mujer cada 10 sufrió violencia física severa (golpes de puño o con objetos; patadas, golpizas; intentos de ahorcarla, quemarla o amenazas con armas blancas o de fuego). Para 2 de cada 10 mujeres estos episodios de violencia física sucedían “a menudo”, y en 1 de cada 4 casos “alguna vez”.

12. Dentro del 15% de mujeres que manifestó haber sido víctima de violencia sexual en sus relaciones de pareja a lo largo de su vida, un 11,7% lo fue de violencia sexual moderada (incluye acciones como haber tenido relaciones sexuales sin desearlas, o realizar actos sexuales con los que no estaba de acuerdo o no se sentía cómoda); mientras que un 3,8% afirmó haber sido sometida a conductas de violencia sexual severa, como por ejemplo que un compañero haya empleado la fuerza física para obligarla a tener relaciones sexuales. Las personas que ejercen violencia sexual pertenecen generalmente al entorno cercano de las mujeres: en casi la mitad de los casos se trataba de una pareja o esposo (actual o pasado), seguido por personas conocidas (vecino o amigo) en el 7% de los casos. La violencia sexual perpetrada por una persona desconocida alcanza a menos del 5% de los casos.

física por alguna pareja actual o anterior durante toda su vida, también declaran haber sido sometidas a violencia psicológica por alguna pareja actual o anterior durante toda su vida. La totalidad de las mujeres que denuncian haber sido sometidas a violencia física por alguna pareja actual o anterior a lo largo de su vida, también declaran haber sido sometidas a violencia psicológica por alguna pareja actual o anterior durante toda su vida. A su vez, el 90% de las mujeres que denuncian haber sido sometidas a violencia sexual por alguna pareja actual o anterior durante toda su vida denuncian haber sido sometidas también a violencia psicológica por alguna pareja actual o anterior.

De acuerdo con la información relevada, las mujeres de diversos grupos de edad están igualmente expuestas a la violencia por parte de parejas actuales o pasadas. Asimismo, los datos señalan que no hay diferencias significativas entre las mujeres con diversos niveles socioeducativos en relación con las experiencias de violencia. Tanto en el caso de la violencia psicológica como en el de la violencia física y sexual, las mujeres con educación primaria, secundaria y nivel terciario o universitario (completos o incompletos) están expuestas a la violencia en similar medida.

Es importante leer esto a la luz de los datos de los registros administrativos, donde se verifica que las mujeres que acuden efectivamente a los diversos servicios para requerir atención o asistencia son en su mayoría las que cuentan con nivel de educación secundaria (completa o incompleta) y son, en su mayoría, mujeres jóvenes. Por caso, la Línea Nacional de Atención 144 revela que las personas que se comunicaron para efectuar consultas durante 2015 fueron, en mayor medida, mujeres jóvenes: en el 35% de los casos se trató de mujeres de 19 a 30 años, y en el 29% de los casos, mujeres de 31 a 40 años. El número de mujeres mayores de 40 años que solicitó información a la Línea 144 durante el año 2015 fue mucho menor: el 16% de las mujeres tenía entre 51 a 50 años y el 8% de las mujeres entre 51 y 60 años. Por su parte, el informe del patrocinio jurídico gratuito del Ministerio Público de la Defensa, según datos para el año 2015, señala que aproximadamente la mitad de las mujeres asistidas (47%) cuentan con secundario (completo o incompleto). En menor medida, cuentan con estudios terciarios o universitarios (25%).

Los datos indican que si bien todas las mujeres, de diversos niveles socioeducativos y en distintos momentos a lo largo de su vida atraviesan situaciones de violencia, por diversos motivos las mujeres fuera de la edad

reproductiva y con más bajos niveles de instrucción formal no recurren a los servicios públicos de asistencia, así como tampoco lo hacen las mujeres con nivel educativo universitario o superior. Por lo tanto, es preciso diseñar estrategias nuevas para acercar los servicios a todas las mujeres.

Las mujeres que atraviesan situaciones de violencia en las relaciones de pareja generalmente no comparten esa experiencia con otras personas. Esto es posible porque se trata de situaciones que se producen en la gran mayoría de los casos cuando se encuentran a solas con su agresor (el 70% de los casos los episodios de violencia psicológica y el 90% de los casos de violencia física suceden sin la presencia de otras personas).¹³ Sin embargo, los hechos de violencia física se producen en un 20% de los casos en presencia de las hijas e hijos de la mujer, y en un 10% de los casos en presencia de familiares y/o amistades.

Cuando las mujeres buscan ayuda, recurren generalmente a personas de su círculo de confianza: amigas/os, vecinas/os, o madres y padres, parientes. Solo 1 de cada 10 mujeres que indicaron haber vivido situaciones de violencia física, psicológica o sexual a lo largo de sus vidas recurrieron a una institución pública para buscar ayuda. En estos casos, las comisarías son el principal recurso señalado por las mujeres (menos del 5%). Las instituciones del Poder Judicial son poco conocidas para las mujeres encuestadas. Resulta muy preocupante que del escaso número de mujeres que manifiesta haber recurrido a una institución pública en busca de ayuda, solo la mitad (56%) considera que el resultado fue positivo. Entre las mujeres que consideran que la ayuda institucional no fue efectiva, prevalecen las respuestas que indican distintas formas de maltrato o humillación por parte de las instituciones del Estado (13%), o que hicieron referencia a la necesidad de llevar adelante demasiados trámites (12%) o que creen que no tuvo ningún resultado (9%).

Entre los motivos para no buscar ayuda, se encuentra, en primer lugar (32%) la situación en que la mujer consideraba que no era necesario o que la violencia que enfrentaban “no era grave”, seguido por aquellas mujeres que tomaron la decisión de no denunciar basadas en la promesa de que “promesa de que ‘no volvería a pasar’” (25%). Sin embargo, otras motivaciones para

13. Es importante prestar atención a la situación de soledad en la que se registran los episodios de violencia, porque esto tiene un impacto directo en el valor que se otorgue al testimonio de la víctima y los medios de prueba que se puedan aportar.

no denunciar se vinculan con lo que se han caracterizado como obstáculos subjetivos para el acceso a la justicia, es decir, sentimientos de vergüenza (13%), desconfianza (11%) y temor (7%), sumado al desconocimiento sobre los lugares disponibles para brindar asistencia a las víctimas de violencia (13%).

Entre aquellas mujeres que vivieron situaciones de violencia y realizaron una denuncia ante la justicia, la respuesta más habitual (en el 46% de los casos) fue la resolución judicial de prohibición de acercamiento, o prohibición de reintegrarse al hogar (23%). Sin embargo, en el 16% de los casos las mujeres sostienen que esto no fue suficiente para hacer cesar la violencia, o que el agresor no recibió sanción alguna (27% de los casos). Por el contrario, en el 7% de los casos las mujeres refieren que aumentó la violencia luego de la denuncia.

III. Erradicar la violencia contra las mujeres: más que un mandato legal

La encuesta realizada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires brinda información relevante para el diseño de políticas públicas dedicadas a abordar las diversas manifestaciones de violencia en el ámbito de las relaciones de parejas, actuales o pasadas.

La información que arroja la encuesta aplicada en la Ciudad de Buenos Aires sugiere la necesidad de avanzar en varias direcciones. En primer lugar, impulsando campañas masivas y sostenidas para difundir ampliamente el derecho a una vida libre de violencias así como los mecanismos disponibles para la atención de las diversas manifestaciones de violencia contra las mujeres utilizando canales de comunicación capaces de llegar a públicos diversos. Segundo, implementar políticas para la educación integral para la igualdad de género, como estrategia fundamental para comenzar a deconstruir una cultura que permite el sometimiento emocional, físico y sexual de niñas, adolescentes y mujeres. La encuesta sugiere asimismo la relevancia de diseñar e implementar mecanismos para acercar los servicios existentes a las adolescentes y a las mujeres mayores y adultas mayores de todos los niveles socioeducativos, revisando su localización, horarios, estrategias y condiciones de atención.

Los estudios muestran que los innegables progresos en las leyes y formulación de programas de acción dirigidos a las mujeres que viven situa-

ciones de violencia en las parejas no han logrado superar muchos de los problemas que se señalan en forma reiterada desde hace años.¹⁴ Por el contrario, persisten los problemas de coordinación y de superposición de esfuerzos en ocasiones aun dentro de las mismas unidades de gobierno, situación que se ve agravada por las complejidades que agrega la estructura federal del Estado. Estas dificultades reflejan también en cierta medida la debilidad institucional de los mecanismos para el adelanto de las mujeres (a nivel nacional, provincial o local), que en muchas ocasiones cuentan con insuficientes recursos humanos, técnicos y financieros para hacer frente a la amplitud de sus competencias políticas y obligaciones jurídicas. Por eso, es necesario impulsar un sistema integral de intervención sin fisuras, que brinde coherencia interna a las respuestas sectoriales, integrando las intervenciones del Poder Judicial con las políticas públicas de apoyo para contribuir de un modo efectivo a la garantía de acceso a la justicia. Al mismo tiempo, para que el monitoreo y la evaluación de las intervenciones sea efectiva, se deben implementar mecanismos públicos y accesibles para la producción de información periódica y sistemática.

Son muchos los factores que contribuyen a consolidar las barreras de acceso a la justicia. La falta de políticas sociales de apoyo para abordar los problemas irresueltos de vivienda; la falta de acceso a subsidios económicos, preferencias en planes de empleo y/o capacitación; la falta de políticas de cuidado para personas en situaciones de relativa dependencia (especialmente niños, niñas) que dificultan el ingreso al empleo de sus madres (casi exclusivamente a cargo del cuidado familiar) y por lo tanto limitan el ejercicio de su autonomía económica. Además, la sobrecarga del sistema de salud limita el acceso a servicios de atención psicológica y el bajo grado de conocimiento de instituciones que ofrezcan grupos de ayuda a mujeres víctimas de violencia doméstica son todas dificultades que se suman a un problema complejo que requiere un abordaje integral que atienda sus diversas dimensiones. Finalmente, la falta de servicios suficientes de patrocinio jurídico gratuito, es decir, servicios profesionales de abogadas y abogados con capacitación específica que puedan acompañar y representar a las mujeres a lo largo de los proce-

14. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Informe Anual 2013-2014. El enfrentamiento de la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe* (LC/G.2626), Santiago de Chile, 2014.

Los procesos judiciales defendiendo sus derechos e intereses, contribuye a generar las condiciones para que después de presentada la denuncia, el proceso judicial muchas veces se abandone o se frustre, sin lograr su objetivo.

Ante la ausencia de estas políticas sociales de contención, seguimiento, acompañamiento y representación, a la expectativa de cambio que se genera con la decisión de formular una denuncia de violencia le sigue en ocasiones la frustración frente a un proceso que no puede continuarse o que no contribuye a la solución del problema que le dio origen.

En todo caso, es indispensable reconocer que la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja, que es aquella que ha generado en mayor medida la respuesta masiva de la sociedad, es reflejo de un continuo de otras manifestaciones de la violencia, que también están contempladas en el marco normativo internacional y nacional. Son otras formas de violencia todavía solapadas, que están menos presentes en el debate público y que, sin embargo, contribuyen a sostener la estructura de discriminación de género que reproduce la violencia más extrema.

Las diversas formas de violencia socavan la autonomía de las mujeres en sus distintas dimensiones: violencias en los procesos reproductivos que impactan en la autonomía física; violencias mediáticas y simbólicas reproducidas en el discurso público, que restringen la autonomía en la toma de decisiones; y violencias en ámbitos sociales, educativos y laborales, que limitan el ejercicio de la autonomía económica de las mujeres. Abordar estas violencias en su conjunto implica asumir el compromiso de contribuir al cambio cultural indispensable para que la lucha contra la violencia hacia las mujeres sea algo más que un mandato legal y se asuma como un compromiso ético y político con el principio de igualdad.

Bibliografía

- Alméras, Diane y Calderón Magaña, Coral, *Si no se cuenta no cuenta: información sobre la violencia contra las mujeres*. Serie Cuadernos de la CEPAL, CEPAL, Santiago de Chile, 2012.
- Birgin Haydée y Natalia Gherardi (coord.), *La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes Empíricos y Conceptuales*, Fontamara, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Las cifras de la violencia. Resultados de la primera encuesta de percepción e incidencia*

- sobre violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja en la Ciudad de Buenos Aires. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 2016.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Informe Anual 2013-2014. El enfrentamiento de la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe* (LC/G.2626), Santiago de Chile, 2014.
- Gherardi, Natalia, *Otras formas de violencia contra las mujeres a reconocer, nombrar y visibilizar*, División de Asuntos de Género. Serie Asuntos de Género N° 141, CEPAL, Santiago de Chile, 2016, 64 p.
- Gherardi, Natalia, “La Violencia Contra las Mujeres en la Región”, en *Si no se Cuenta, no Cuenta: Información sobre la Violencia Contra las Mujeres*, coord. Alméras y Carlderón Magaña, Santiago de Chile: Cuadernos de la CEPAL, 2012, pp. 157-171.
- Organización de Naciones Unidas (ONU), “Estudio a Fondo sobre Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer. Informe del Secretario General,” A/61/50 y Corr.1., 6 jul. 2006.
- Organización Panamericana de la Salud (OPS), *Violencia Contra las Mujeres en América Latina y el Caribe: Análisis Comparativo de Datos Poblacionales de 12 países* (Washington, DC: OPS, 2014).

Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos

*Mónica Pinto**

Resumen

El trabajo plantea que la discriminación incluye la violencia contra la mujer y que ambas son estructurales. A la luz del trabajo de los sistemas universal y regional interamericano de derechos humanos, identifica estándares en materia de discriminación y violencia.

Palabras clave: Discriminación, violencia, mujer, derechos humanos, desigualdad, estándares.

Discrimination and Violence. A comment on women's rights in the context of international Human Rights law

Abstract

The article suggests that discrimination includes violence against women and that both are structural. In the light of the practice of universal

* Abogada y Doctora en Derecho (UBA), Profesora titular de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho (UBA), donde se desempeña como Decana. Fue profesora invitada en Columbia Law School, Universités Paris I, Paris II, Rouen y la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Integra la nómina de conciliadores y árbitros del CIADI, los tribunales administrativos del Banco Mundial y del BID. Miembro asociado del Institut de droit international. Autora de varios libros y publicaciones; pinto@derecho.uba.ar.

and interamerican regional systems of Human Rights, the article identifies standards in this field.

Keywords: Discrimination, Violence, Women, Human Rights, Inequality, standards.

La noción de derechos humanos —el mejor invento del siglo XX, según señalara Carlos Santiago Nino—¹ es un producto de la inmediata segunda posguerra. Su adopción supuso cambiar el derecho positivo respecto de la absoluta latitud en el trato que un estado da a sus nacionales que, además, era un asunto interno, por el deber internacional de respetar la libertad y la dignidad de todas las personas, en condiciones de igualdad, sin discriminación, con alcance universal y la consiguiente responsabilidad internacional por la violación no reparada. De allí que en la construcción del orden jurídico-político de la posguerra, el trato que un estado dé a todas las personas bajo su jurisdicción sea considerado una cuestión internacional.

La igualdad es lo que marca la diferencia entre el concepto de derechos humanos y otros que pudieran asemejarse. Los seres humanos nacemos siendo simplemente seres humanos pero miles de factores físicos y sociales generan diferencias entre nosotros. Lo interesante de la noción de derechos humanos consiste en acudir a la herramienta legal para igualarnos. El derecho es el que expresa la decisión política de que esto sea así. Se trata, pues, de una construcción histórica que conduce a una imposición legal; de una igualdad como punto de partida para la titularidad de derechos. En el respeto a la diferencia se consagra la igualdad en este campo.²

La igualdad legalmente consagrada y culturalmente aceptada tiene por finalidad corregir el desequilibrio de poderes. De allí que el principio de no-discriminación sea central para el goce y ejercicio de los derechos humanos de todos.

Los derechos se definen a partir de la dignidad y de la libertad de las personas, de todas ellas sin distinción. Esto indica que las normas que enuncian los derechos de “todos”, de “Toda persona”, se estiman predicando derechos

1. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 1.

2. Esta idea la he trabajado en “Légitimer la diversité”, 1 *Revue Aspects [Revue d'études francophones sur l'état de droit et la démocratie, Cultures Juridiques]*, 2008, pp. 17-28.

para todas las orientaciones sexuales, en todos los estadios de la vida de las personas, la niñez, la adultez y la vejez.

La consagración formal del principio de igualdad no supone en todos los casos consagrar una igualdad material. Por lo tanto, para eso se hace necesario tomar en cuenta la distinta posición en que se encuentran los distintos sujetos en la sociedad. De esta suerte, la consideración social de las diferencias entre unos y otros ejerce una influencia decisiva en el goce y ejercicio de los derechos protegidos.

La discriminación es sustancialmente la resultante de una actitud cultural, de la percepción que una determinada cultura ha erigido respecto de un conjunto de sujetos. En estos casos, se trata de desigualdades estructurales que deben ser superadas a partir de considerarse como un todo. Por lo tanto, no es suficiente con actitudes individuales de no-discriminación sino que son necesarios cambios estructurales, políticas públicas.

I. La discriminación y la violencia contra la mujer

Cuando nos referimos a la discriminación contra la mujer no entendemos hacerlo respecto de un caso en específico, sino enfocando el conjunto de conductas y actitudes que evidencian discriminación hacia las mujeres en general, por el solo hecho de ser mujeres. No se trata del enfoque de la igualdad del liberalismo clásico, de corte individualista, sino de una igualdad estructural, que incorpora datos históricos y sociales que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad, entre ellos, las mujeres.³

En este contexto, entonces, no alcanza con el léxico generoso de la ley: “Toda persona tiene derecho a”, para superar la discriminación contra la mujer ya que en su aplicación se ha verificado inconducente. Esta afirmación no supone restarle valor a la norma jurídica –siempre importante para sustentar el reclamo– sino de constatar que es necesario cambiar la forma en que ese contenido normativo es leído.

En rigor, los feminismos –que son un conjunto de teorías críticas que explican la subordinación, dominación, explotación y/o marginación de las

3. Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 55-56.

mujeres en la sociedad y promueven su emancipación– encuentran espacio para surgir e imponerse en el período de la Ilustración en el que la igualdad y la libertad impregnan el pensamiento, pero no alcanzan a las mujeres, sino que las excluyen.

Tampoco pueden reflejarse en la formulación inicial de los derechos humanos porque las fórmulas de la universalidad empujan hacia otra visión y también otro lenguaje. Por ello, por años, las feministas han expresado disconformidad con el lenguaje neutral en cuanto a sexo de los instrumentos de derechos humanos,⁴ señalando que estas normas están basadas en las experiencias masculinas.⁵

En este sentido, se señala que la primera disposición que se refiere a los derechos de las mujeres resulta ser el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁶ que prohíbe la aplicación de la pena de muerte a las mujeres embarazadas.

Así, pues, todo el arsenal construido desde la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, los pactos internacionales de 1966, ha dejado afuera la experiencia de las mujeres. En efecto, en los años setenta, los feminismos habían logrado más derechos para las mujeres pero la igualdad respecto de los varones seguía faltando. No solo había que cambiar las leyes, el derecho, sino también los ámbitos normativos no legislados, la moral y las costumbres. En esa época, los colectivos de mujeres, agrupaciones con claros objetivos generales, adoptaron la consigna “lo personal es político”.⁷ Al conceptualizar las experiencias personales de opresión las transformaron en categorías generales de opresión de las mujeres, politizándolas. Al mismo tiempo, adoptaron la “abolición del patriarcado” como el objetivo central de la lucha.

Ambas consignas hacen pie en la obra de Kate Millet –*Sexual Politics* (1969)–, quien señala que el carácter patriarcal de la sociedad hace que las

4. Chinkin, Christine, “Acceso a la justicia, género y derechos humanos”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2012, pp. 17-49.

5. Charlesworth, Hilary, “¿Qué son los derechos humanos internacionales de la mujer?”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2012, pp. 55-80.

6. 999 UNTS 171.

7. Kate Millet, *Sexual Politics*, Urbana & Chicago, University of Illinois Press, 2000.

relaciones entre los sexos sean relaciones de dominio y, por ello, esencialmente políticas. En este sistema, el lugar de desarrollo de las relaciones de dominio y poder es el ámbito privado, que reproduce las relaciones en que se funda el resto de las estructuras de dominación; así, para la autora, la familia es la institución primordial del patriarcado.⁸

En este contexto se redacta el tratado sobre los derechos humanos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁹ que va a ser el primero de los tratados de derechos humanos enfocado en un sujeto en especial, las mujeres.

Todo el contexto ideológico-filosófico de la Convención es la constatación de la desigualdad de la mujer a pesar de un número de instrumentos internacionales de derechos humanos en vigor y de los pronunciamientos de varios órganos internacionales. La Convención expresa la preocupación de los Estados porque “la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”, y reconoce que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

A la luz de sus objetivos, la Convención de la CEDAW reemplaza la fórmula universal del “todos”, “toda persona”, “nadie” por una formulación que busca consagrar los derechos de las mujeres. Sin embargo, el lenguaje no es lo contundente que podría haberse esperado. En efecto, en punto a la técnica legislativa, la Convención de la CEDAW sigue el molde del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966,¹⁰ pensado para estados con alta intervención estatal en la economía. Un lenguaje

8. Véase Lorena Fries Monleón y Nicole Lacrampette Polanco, “Feminismos, Género y Derecho”, en Nicole Lacrampette P. (ed.), *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2013, pp. 47-48.

9. 1249 UNTS 13; en adelante CEDAW.

10. 993 UNTS 3.

sutil, sin fórmulas tajantes respecto de que “Toda mujer tiene derecho a”, sino una descripción de los deberes del Estado para que consagre derechos, que no haga discriminaciones, que provea recursos para solucionar las discriminaciones y que contribuya al cambio de los patrones socio-culturales.

La Convención de la CEDAW, que es hasta hoy en sus sucesivas reinterpretaciones “el” instrumento sobre los derechos de las mujeres, impone obligaciones de igualdad material a los estados y a la sociedad toda y brinda un marco conceptual. Hay políticas de largo plazo, como los cambios culturales que se pregonan, que requieren de la labor conjunta del estado y los actores no estatales y que serán, inevitablemente, fogueados por el movimiento de mujeres. La Convención propone también las medidas de desigualdad compensadora, es decir, las que tienden a acercar a las mujeres a la igualdad material, aunque las condiciona a su temporalidad. Medidas de cupo, acción afirmativa, entre otras, se inscriben en esa óptica.

La Convención define la expresión “discriminación contra la mujer” como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Como la mayoría de los tratados de derechos humanos adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, la Convención establece un órgano de tratado, el Comité CEDAW, para hacerse cargo de la evaluación de los informes periódicos de los Estados, para tramitar peticiones de conformidad con un Protocolo Adicional, para considerar situaciones de violación grave y sistemática de derechos de las mujeres; en definitiva, para ser el intérprete de su propio texto.

El Comité, como todos los otros órganos de tratado, está integrado por expertos/as de conformidad con el criterio de la equitativa distribución geográfica, la representación de las diferentes formas de civilización así como los principales sistemas jurídicos.¹¹

Es notable cómo las expertas y expertos –en rigor, no han sido muchos los hombres que lo han integrado– del Comité han logrado construir

11. CEDAW, artículo 17:1.

un cuerpo de recomendaciones generales con opiniones y lecturas de las normas de la Convención que han devenido criterios válidos en una interpretación auténtica del tratado y que han trascendido las decisiones sobre casos individuales y la consideración de situaciones generales previstas en el Protocolo que abre el proceso de denuncias.

La letra de la Convención no agota todas las lecturas sobre la discriminación estructural contra las mujeres y por ello debe ser objeto de reinterpretación por el Comité de la CEDAW.

En este sentido, a nivel universal, era importante que la Convención cubriera las cuestiones relacionadas con la violencia. En este contexto y admitiendo las desiguales relaciones de poder entre mujeres y hombres, no es difícil imaginar que el uso de la violencia sea una técnica de los más poderosos para disciplinar.

En 1989, el Comité de la CEDAW, en su Recomendación General N°12, señaló que “los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la Convención obligan a los Estados Partes a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social...”. Tres años más tarde, en la Recomendación General 19 agregó que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que [la mujer] goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”.¹²

En 1992, el Comité de la CEDAW fue explícito al señalar que “la [definición de la] discriminación contra la mujer [...] incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia”.

En el mismo orden de ideas, la Recomendación General N°19 sostiene que “las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer

12. CEDAW, Recomendación General N°19, La violencia contra la mujer (1992), en Instrumentos internacionales de derechos humanos, *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, HRI/GEN/I/Rev.9 (Vol. II) de 27 de mayo de 2008, p. 74.

como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo”.

En el contexto de los Estados Americanos, este tema ha tenido regulación específica, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará,¹³ la normativa internacional más completa respecto de la violencia doméstica que tiene por víctima a la mujer.

La violencia doméstica considerada en la Convención se define como violencia física, sexual y psicológica e incluye maltrato, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, perpetrada o tolerada por el Estado.

La Convención de la CEDAW es importante porque es norma obligatoria para los Estados que se obligan por ella pero también por su valor educativo y cultural. Se señala que otros instrumentos como las plataformas de acción o las declaraciones expresan el esfuerzo por lograr un consenso internacional, que articulan aspiraciones y comportamientos deseados con la legitimación del consenso internacional. Como expresa Sally Engle Merry, la Convención provee un lenguaje de argumentos que resuena con los valores de la modernidad secular y global.¹⁴

13. OEA/Ser.L/V/I.4 rev.9 p. 101.

14. Engle Merry, Sally, *Human Rights and Gender Violence - Translating International Law into Local Justice*, The University of Chicago Press, 2006: “As they define problems

Esta autora señala que el proceso de la CEDAW expresa un particular entendimiento cultural del género, puede moldear entendimientos culturales y expandir una visión de los derechos de las mujeres: “Un documento producido por un órgano de estados soberanos, que enumera problemas, articula áreas de consenso global, y ofrece visiones morales de una buena sociedad resulta aplicable a ciertos estados a través de un proceso formal. Ese proceso tiene lugar en una comunidad transnacional que comparte ideales de una sociedad secular con base en la igualdad de género y la seguridad de la mujer. Es una instancia de formación del consenso transnacional”.¹⁵

II. Estándares en materia de violencia contra la mujer

En su andar, el derecho internacional de los derechos humanos, sustancialmente a través de la práctica de los estados y del trabajo de los órganos de tratado en el ámbito de las Naciones Unidas y de los sistemas regionales –en este caso el Sistema Interamericano de Derechos Humanos– ha consagrado criterios para la interpretación de los derechos humanos de las mujeres que son considerados estándares,¹⁶ esos entendimientos culturales con valor obligatorio a los que se hizo referencia. A los

and frame social issues in the language of human rights and freedom from discrimination and gender equality, they provide a language of argument that resonates with the values of a secular global modernity”.

15. *Ibid.*: “This is a form of global legality that depends deeply on its texts, not for enforcement but for the production of cultural meanings associated with modernity and the international. [...] A document produced by a body of sovereign states that names problems, articulates areas of global consensus, and offers moral visions of the good society is applied to specific countries in a formal process. The process takes place in a transnational community that shares ideals of a secular society based on gender equality and women’s safety. This is an instance of transnational consensus building”.

16. La CIDH publicó un estudio de sentencias nacionales en las que se discuten sus estándares, Véase Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp.167-182, en p.a sentencia por la muerte de tres muchac CIDH, *Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de derechos humanos: Desarrollo y Aplicación*, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60 (2011)

estándares en materia de violencia contra la mujer se dedica lo que sigue de este trabajo.

A. La interpretación de los derechos humanos de las mujeres

La interpretación de los derechos humanos de las mujeres debe considerar todo el contexto de los derechos humanos. Así, los sistemas de derechos humanos, el universal y el regional, deben interpretarse a la luz del principio general pro persona. La hermenéutica consiste en combinar normas universales y regionales de modo de constituir un único conjunto normativo. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) sostuvo que “asimismo, en cuanto a los referidos aspectos específicos de violencia contra la mujer, esta Corte aplicará el artículo 5 de la Convención Americana y fijará sus alcances, tomando en consideración como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, ratificada por el Perú el 4 de junio de 1996, y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Perú el 13 de septiembre de 1982, vigente en la época de los hechos, ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana”,¹⁷ siguiendo el precedente del caso Villagrán Morales y otros c. Guatemala, Niños de la Calle, 1999, en el que utilizó la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 como criterio para la interpretación del alcance del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se trata de un inteligente ejercicio hermenéutico que aplicando el criterio pro persona, de aplicación general en este campo, permite lograr una clara y mejor lectura de los derechos humanos de las mujeres a través de principios de valor universal, validados por la comunidad de estados y el trabajo de los expertos y expertas internacionales.

17. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

B. La discriminación contra la mujer es estructural

Como señalé más arriba, la discriminación contra la mujer no es el caso de una mujer en específico sino el de todas nosotras. Sucede que no cabe en este campo valerse de la formalidad de la igualdad sino que se hace necesario situarla en contexto. Por los mismos motivos, la no-discriminación, corolario de la igualdad, requiere también de otras lecturas.

Owen Fiss señala que “el principio de no-discriminación supone una concepción muy limitada de igualdad [y que por ese motivo propone] delinear otro principio intermedio –el principio de grupo desaventajado– que tenga un buen argumento, si no uno mejor, para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente en las cuestiones que deben decidirse en los casos de igual protección de la ley”.¹⁸ En la misma línea, Catherine MacKinnon sostiene que “la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que no lo tiene en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a dismantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que, en términos de Owen Fiss, se acumulan sobre las mujeres ‘desaventajadas’”.¹⁹

El enfoque de la discriminación estructural o desigualdad estructural llega al sistema internacional de protección. Señala Abramovich que “la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) marca en nuestra opinión una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de las transiciones a la democracia en

18. Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976, citado por Saba en *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, p. 58.

19. Catherine MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979, p. 103, citado por Roberto Saba, en *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, pp. 62-63.

los países de América Latina, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la última década, luego del fin de las transiciones, cuando la temática de la discriminación estructural y los derechos de los grupos discriminados se presentan con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH”.²⁰ Se trata de una igualdad sustantiva que demanda del Estado un rol activo en la protección de los grupos subordinados.

La sentencia de la Corte IDH en el caso conocido como “Campo Algodonero”,²¹ esto es la sentencia por la desaparición y muerte de tres muchachas en Ciudad Juárez, México, que fue considerado por la CIDH en casos individuales, se ocupa de esto. La situación también mereció tratamiento de situación de violaciones graves y sistemáticas por la misma CIDH y el Comité de la CEDAW.

Así, la sentencia da cuenta de que “el Informe de la Relatora de la CIDH resalta que aunque Ciudad Juárez se ha caracterizado por un pronunciado aumento de los crímenes contra mujeres y hombres, el aumento en lo referente a las mujeres ‘es anómalo en varios aspectos’, ya que: i) en 1993 se incrementaron notablemente los asesinatos de mujeres, ii) los coeficientes de homicidios de mujeres se duplicaron en relación con los de los hombres, y iii) el índice de homicidios correspondiente a mujeres en Ciudad Juárez es desproporcionadamente mayor que el de ciudades fronterizas en circunstancias análogas”.²²

La Corte consideró el alarmante número de mujeres pobres, incluso niñas, víctimas de estos hechos, en su mayoría trabajadoras de las maquilas, pero también migrantes y estudiantes y dio por probado un patrón de violación de derechos según el cual “las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio, sus familiares denuncian su desaparición y luego de días o meses sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos con signos

20. Víctor Abramovich, “Responsabilidad estatal por violencia de género: Comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 167-182, en pp. 168-169.

21. Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

22. Sentencia #117.

de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones”.²³

La Corte concluye que “las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez”.²⁴

La situación se enmarca en una zona con características peculiares. La frontera de México con los Estados Unidos es, por razones políticas, desde hace años “sensible” en razón de todos los que llegan a ella con la idea de atravesarla en procura de un futuro mejor. Es una zona permeable, en la que el control policial se ocupa de cuestiones más domésticas en tanto que la delincuencia transnacional organizada hace su trabajo. Además, la zona es indicativa de una pobreza importante; no en términos puramente económicos sino también por la ausencia de horizonte. El Informe de la CEDAW la califica como una “puerta abierta” a mejores oportunidades de trabajo pero también de “puerta abierta” a la inmigración ilegal y el tráfico de droga.²⁵ En ese contexto, la pobreza deviene femenina y las mujeres, especialmente las más jóvenes, llegan en busca de empleo bien pago. Las autoridades no son ajenas a esta situación y, cuando menos, la toleran.

Sostiene Abramovich que “la Corte IDH examinó la situación de las tres víctimas, no solo en función de los hechos particulares que rodearon sus desapariciones y los procesos penales en que se investigaron los crímenes, sino como miembros de un colectivo más amplio que se ve afectado por una situación estructural de violencia y desigualdad, lo que permite entender los crímenes particulares en su real dimensión. De allí que la decisión de la Corte en este caso profundiza una línea jurisprudencial sobre igualdad estructural que se asienta ya en varios precedentes de la propia Corte y de la CIDH. Esta tendencia jurisprudencial del SIDH reafirma la existencia de deberes de acción

23. Sentencia #125.

24. Sentencia #231.

25. CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, #22.

positiva para los Estados en la protección de colectivos expuestos a patrones de discriminación y violencia. En estos precedentes la CIDH y la Corte han considerado especialmente datos del contexto social de las víctimas y su integración a colectivos o grupos sociales discriminados, para definir el alcance de las obligaciones estatales de respeto, garantía y protección”.²⁶

Del mismo modo, el tratamiento de los casos de discriminación contra la mujer no se detiene ante la solución del caso concreto sino que exige de la adopción de políticas públicas que abarquen la situación del caso desde el derecho y que motiven comportamientos sociales en consecuencia.

C. El deber de debida diligencia es reforzado en los casos de discriminación y violencia estructural

La sentencia de la Corte IDH responsabiliza al Estado por “la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada”.

Para decidir sobre estas cuestiones, la Corte analiza los alcances del deber de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, en los términos del artículo 7.b CBDP.²⁷

La Corte plantea la obligación de los Estados de adoptar medidas integrales para cumplir con el deber de debida diligencia reforzado. En sus palabras, “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de

26. Abramovich, supra p. 168.

27. Sentencia #253.

prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”.²⁸

La Comisión planteó a la Corte que México debía haber actuado con eficacia porque conocía del riesgo que corrían esas muchachas, invocando la teoría del riesgo que en su momento desarrolló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Corte se hace cargo centrando su enfoque en el contexto, en el riesgo que plantea el contexto y en el grado de conocimiento que el Estado tuviera de ello para actuar. Así señala que fue la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México la que advirtió públicamente esta problemática a través de una Recomendación N°44²⁹ y que “a pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de noviembre de 2001 que redujeran los factores de riesgo para las mujeres”.³⁰ Manteniendo el carácter de obligación de medio o comportamiento del deber de prevención, la Corte subraya que las medidas adoptadas por México no fueron suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer que se vivía en Ciudad Juárez en la época del presente caso.³¹ En relación con las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados, la Corte indica que “sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evi-

28. Sentencia #258.

29. Sentencia #274.

30. Sentencia #279.

31. Sentencia #279.

tar ese riesgo”³² y continúa que antes del hallazgo de los cuerpos, México “dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que estas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”.³³

Finalmente, sostiene la Corte que “este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado –el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad– y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará”.³⁴

D. La violación de mujeres por oficiales públicos en contextos de conflicto armado o contrainsurgencia es un acto de tortura

Tempranamente, la CIDH consideró que la violación es un acto de tortura ya que es un acto de violencia contra la integridad de una mujer que causa “penas y sufrimientos físicos y mentales”; cometido intencionalmente, es decir con el fin de producir en la víctima un determinado resultado, como el castigo personal y la intimidación; llevado a cabo por agentes públicos. Coincidiendo con el Relator Especial sobre la Tortura, en el caso de Raquel Martín de Mejía, en 1996, la CIDH concluyó que “Raquel Mejía fue víctima

32. Sentencia #280.

33. Sentencia #283.

34. Sentencia #284.

de violación, y en consecuencia de un acto de violencia contra su integridad que le causó penas y sufrimientos físicos y mentales”. Como surge de su testimonio, luego de ser violada “estaba en un estado de shock, sentada sola en [su] habitación”. No se animó a realizar la denuncia pertinente por miedo a sufrir el “ostracismo público”.

Raquel Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla. Según surge de su testimonio, el individuo que abusó sexualmente de su persona le manifestó que ella también había sido requerida como subversiva, al igual que su esposo. Le indicó que su nombre estaba en una lista de personas vinculadas al terrorismo y finalmente, le previno que su amistad con una ex-funcionaria del Gobierno anterior no le serviría de protección. En la segunda oportunidad, antes de marcharse la amenazó con volver y violarla nuevamente. Raquel Mejía se sintió aterrorizada no solo por su seguridad sino también por la de su hija que dormía en la otra habitación y por la vida de su esposo.

El tercer requisito de la definición de tortura es que el acto debe haber sido perpetrado por un oficial público o por una persona privada a instigación del primero.

Según se ha concluido supra, el responsable de las violaciones de Raquel Mejía es un miembro de las fuerzas de seguridad que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Por lo tanto, la Comisión, habiendo establecido que en el presente caso se conjugan los tres elementos de la definición de tortura, “concluye que el Estado peruano es responsable de la violación al artículo 5 de la Convención Americana”.³⁵

El caso es relevante porque, además, surge con evidencia un patrón de conducta que tiene impunidad garantizada. En efecto, “las mujeres víctimas de violación por un miembro de las fuerzas de seguridad no denuncian estos abusos por dos razones: humillación pública y la percepción de que los responsables nunca serán sancionados”. Además, normalmente son amenazadas de recibir represalias contra ellas mismas o sus familias si lo hacen.³⁶

35. Raquel Martín de Mejía v. Perú, Caso 10.970 Informe No. 5/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 168 (1996). Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos HUMANOS, pp.167-182, en p.a sentencia por la muerte de tres muchachos.

36. Informe 5/96, Caso N°10.970, Raquel Martín de Mejía, Perú, *Informe Anual de la*

Se trata, ni más ni menos, que de anular el acceso a la justicia –en el ámbito interno– para poder reclamar por la violación.

En 1999, la CIDH consideró el caso de tres hermanas en México que fueron violadas por un grupo de militares mientras se hallaban ilegítimamente privadas de su libertad, con el fin de amedrentarlas por sus presuntos vínculos con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional y de infligirles una humillación tal que hubieron de abandonar su lugar de residencia habitual y su comunidad. En su informe, la Comisión abona sus conclusiones con menciones de la jurisprudencia del ICTY en los casos Celebici³⁷ y Furundzija,³⁸ informes del Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura³⁹ y de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer.⁴⁰ En definitiva, la CIDH sostuvo que “los abusos contra la integridad física, psíquica y moral de las tres hermanas tzeltales cometidos por los agentes del Estado mexicano constituyen tortura. Asimismo, los hechos aquí establecidos conforman una violación de la vida privada de las cuatro mujeres y de su familia y un ataque ilegal a su honra o reputación, que las llevó a huir de su comunidad en medio del temor, la vergüenza y humillación”.⁴¹

La Corte, por su parte, sostuvo en el caso Rosendo Cantú que “los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto”.⁴² Apoyado en estas consideraciones –y afirmando que, en términos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc.7 en 157.

37. Caso No. IT-96-21-T, Sentencia, párr. 476, 16 de noviembre de 1998.

38. ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 163.

39. Naciones Unidas, E./CN.4/1986/15, párrs. 119 y 431.

40. Naciones Unidas, *Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión*, E/CN.4/1998/54, 26 de enero de 1998, párrs. 13 y 14.

41. Informe N° 129/99, Caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez, México, 19 de noviembre de 1999, *Informe Anual de la CIDH, 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106 doc.3 rev. #51-52.

42. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 118.

generales, la violación sexual persigue, al igual que la tortura, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre, entre otros—⁴³ el Tribunal sostuvo que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de las instalaciones estatales.⁴⁴

El Tribunal Interamericano tuvo ocasión también para avanzar en lo que entendía como violación, “[s]iguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del derecho penal internacional como en el derecho penal comparado, el tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”.⁴⁵

E. La desnudez forzada es violencia sexual

La Corte IDH adoptó una definición amplia de violencia sexual, que “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”.⁴⁶ En la especie se trataba de la práctica de desnudez forzada de las internas en el penal Castro Castro.⁴⁷

43. *Ibid.*, párr. 117.

44. *Ibid.*, párr. 118, con referencia a Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, *Caso V.L. v. Suiza*, Decisión de 22 de enero de 2007, U.N. Doc. CAT/C//37/D/262/2005, párr. 8.10.

45. *Ibid.*, párr. 310.

46. *Ibid.*, párr. 306.

47. Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 305.

F. Las internas tienen derecho a condiciones de aseo e higiene, a ser custodiadas por personal femenino entrenado en óptica de género

El Estado está obligado a atender las necesidades fisiológicas, a proveer de materiales de aseo personal y a brindar atención médica pre y posparto a las mujeres detenidas.

“Dentro de las graves condiciones de detención [...] desatención de las necesidades fisiológicas de la mujer al negarles materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; desatención de las necesidades de salud pre y post natal; prohibición de dialogar entre sí, leer, estudiar y realizar trabajos manuales. El daño y sufrimiento experimentados por las mujeres en general y especialmente las mujeres embarazadas y por las internas madres resultó particularmente grave [...]”⁴⁸

Por su parte, el Comité de Derechos tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad.⁴⁹ Concluyó que los estados deben asegurar una política de género en el encierro, prevenir, investigar, sancionar las violaciones a los derechos humanos de las internas, asegurar que el personal a cargo de las internas sea femenino y capacitarlo para actuar con una óptica de género.

G. La violencia doméstica es una violación de los derechos humanos

El caso paradigmático de violencia doméstica es el de María da Penha Maia Fernández, de Brasil. En él la CIDH consideró que el Estado había violado el derecho a la jurisdicción y al recurso sencillo y rápido de María da Penha, artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el deber de diligencia del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Explicó que la violación “ocurr[ió] como parte de un patrón discriminatorio respecto a tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial”.

48. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 319.

49. CEDAW/C/49/D/23/2009, 29 de agosto de 2011.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el Poder Judicial debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género en general.⁵⁰

H. Constituye violencia sexual la esterilización realizada en hospital público sin el consentimiento de la mujer

Toda mujer tiene derecho a un consentimiento plenamente informado para procedimientos médicos, a obtener información sobre planificación familiar, a contar con servicios adecuados en relación con el embarazo y el período posterior al parto, y a determinar la cantidad de hijos y el intervalo entre los nacimientos, en virtud de los artículos 10(h), 12 y 16(1)(e) de la CEDAW.⁵¹ Varios estados han implementado, a lo largo de los tiempos, políticas públicas de control social. En este contexto, la ligadura compulsiva de trompas se ha implementado en contextos disímiles pero con efectos equivalentes. Así, el Comité de Derechos Humanos y la CIDH se pronunciaron sobre casos de mujeres afectadas por la aplicación de una política gubernamental de carácter masivo, compulsivo y sistemático que enfatizó la esterilización como método para modificar rápidamente el comportamiento reproductivo de la población, especialmente las mujeres del pueblo romá en Hungría y las mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales en el Perú en la era Fujimori.

Recientemente, la CIDH declaró la admisibilidad de un caso sosteniendo que “la práctica de una esterilización sin el consentimiento de la afectada puede constituir una violación al derecho a la integridad personal y ocasiona sufrimientos emocionales graves”.⁵² La Comisión señaló que los hechos podrían configurar una violación del artículo 7 de la CBDP.

50. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Communication No. 18/2008*, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010.

51. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Communication No. 4/2004*, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 de agosto de 2006.

52. CIDH, Informe No. 52/14, Petición 112□09, Admisibilidad, F.S. (Chile), 21 de julio de 2014.

I. El derecho de las mujeres a vivir libres de violencia

Se trata, sustancialmente, de constatar que las violaciones a los derechos humanos de las mujeres persisten, entre otras causas, porque “las mujeres víctimas de violencia frecuentemente no obtienen un acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos al denunciar los hechos sufridos, permaneciendo la gran mayoría de estos incidentes en impunidad, y por consiguiente quedando sus derechos desprotegidos. La CIDH observa que la gran mayoría de los casos de violencia contra las mujeres se encuentran marcados por la impunidad, lo cual alimenta la perpetuidad de esta grave violación a los derechos humanos”.⁵³

Consecuentemente, “los Estados deben garantizar un acceso rápido, fácil a recursos judiciales idóneos y efectivos que permitan garantizar una respuesta judicial idónea, inmediata, oportuna, exhaustiva, seria e imparcial, frente a actos de violencia contra las mujeres”.⁵⁴

III. A modo de conclusión

A todos nos queda claro que el derecho no es mágico, que su formulación debe percibir la realidad social a la que se aplica para tener alguna oportunidad de éxito y por ello de efectividad.

Este trabajo que ha subrayado la importancia de considerar los dos temas de los que se ocupa en contexto, la discriminación estructural y la violencia estructural, acerca algunos criterios de interpretación que el derecho internacional de los derechos humanos ha consagrado para acortar distancia entre la realidad que tenemos y la que queremos.

Algunas conclusiones pueden extraerse de estas líneas. En las estrategias de lucha contra la violencia, el enfoque de género se impone, ya que ello permite enfoques estructurales e integrales y la aplicación de los criterios estrictos señalados por el derecho internacional de los derechos humanos. Resulta necesario trabajar sobre las causas arraigadas de la violencia, una nueva cultura debe instalarse. A ello contribuyen el poder público, cuya in-

53. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.68 (20 de enero de 2007), párrafo 2,

54. Ídem, párrafo 296.

acción debe revertirse, facilidades de acceso al poder judicial y mecanismos judiciales claros y expeditos con clara conciencia de género, y con estricto análisis de los deberes de debida diligencia del estado en relación con la conducta de sus agentes pero también la de los particulares, especialmente en contextos conocidos de riesgo.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: Comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 167-182 (en pp.168-169).
- Birgin, Haydée (ed.), *Violencia Familiar. Leyes de Violencia Familiar, ¿una herramienta eficaz?*, Buenos Aires, Altamira, 2004.
- Birgin, Haydée y Beatriz Kohen (eds.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006.
- CEDAW, Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, CEDAW C/2005/OP.8.
- Recomendación General N°12, 19.
- CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc.68, 20 de enero de 2007.
- *Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de derechos humanos: Desarrollo y Aplicación*, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60 (2011). Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp.167-182, en p.a sentencia por la muerte de tres muchachos.
- “Las Mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.Doc.67, 18 de octubre de 2006. Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, *I Informe Regional: situación y análisis del femicidio en la región centroamericana*, San José, 2006.
- Charlesworth, Hilary, “¿Qué son los derechos humanos internacionales de la mujer?”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa*

- de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2012, pp. 55-80.
- “Feminist Critiques of International Law and Their Critics”, 13, *Third World Legal Studies*, 1994, 1-16.
- Chinkin, Christine, “Acceso a la justicia, género y derechos humanos”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2012, pp. 17-49.
- Engle Merry, Sally, *Human Rights and Gender Violence - Translating International Law into Local Justice*, The University of Chicago Press, 2006.
- Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 07, 1976.
- Fries Monleón, Lorena y Nicole Lacrampette Polanco, “Feminismos, Género y Derecho”, en *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, Nicole Lacrampette P. (ed.), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2013, pp. 47-48.
- Kennedy, Helena, *Eve Was Framed. Women And British Justice*, Londres, Vintage, 1993.
- MacKinnon, Catherine, “Crímenes de guerra, crímenes de paz”, en *De los Derechos Humanos*, Stephen Shute & Susan Hurley (eds.), Madrid, Trotta, 1998.
- “Directions in Sexual Harassment Law”, 31 *Nova Law Review*, 2007, 225.
- *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores, 2014.
- Millet, Kate, *Sexual Politics*, Urbana & Chicago, University of Illinois Press, 2000.
- Ministerio Público de la Defensa, *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia penal y Violencia de Género*, Buenos Aires, 2010.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El debate público y los actores de la política en el ámbito de la Corte Suprema

*Sebastián Sancari**

Resumen

Partiendo de un examen histórico de los casos más trascendentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre temáticas relacionadas con la opinión pública, se destaca en el presente trabajo la manera en que dicha institución logra superar, a través de su propia actividad jurisdiccional, la tradicional visión restringida de la opinión pública relacionada con la participación acotada a los procesos electorales y al debate público canalizado por la prensa, evolucionando hacia otra con márgenes participativos más amplios.

Palabras clave: opinión pública, participación política, medios de comunicación, debate público.

The public debate and political actors in the supreme court realm

Abstract

Based on a historical review of the most significant cases of the Supreme Court of Justice on issues related to public opinion, this paper emphasizes how this institution can overcome through their own traditional judi-

* Doctor en Derecho Político (UBA. Título de tesis: “La participación política en el sistema político argentino durante el período 2001-2011”, calificada con Distinguido); abogado, Licenciado y Magíster en Ciencia Política; especialista en Derechos Constitucionales y Amparo (Universidad Castilla-La Mancha, España); investigador Instituto Ambrosio L. Gioja (Facultad de Derecho, UBA). Profesor de grado y posgrado (UBA y UAI); sebsancari@hotmail.com.

cial activity the restricted view of public opinion regarding the participation bounded to the electoral process and public debate channeled through the press, evolving into one with broader participatory margins.

Keywords: Public Opinion, Political Participation, Media, Public Debate.

I. Prensa escrita y opinión pública

El abordaje sobre el rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante Corte, Corte Suprema, Tribunal o Alto Tribunal) ciertamente requiere de un acabado conocimiento de la complejidad sociológica, normativa y axiológica por la que es atravesada su labor. Kunz y Cardinaux señalan que “la sentencia se construye argumentativamente en relación con un medio externo pero también respecto a un medio ‘interno’ en el que es difícil establecer las fronteras. Así, los otros jueces que forman un cuerpo colegiado, el juez o tribunal inferior y el tribunal superior, son fuertes referentes de ese discurso. Asimismo, el interlocutor de la sentencia pueden ser las partes en litigio, otros integrantes del sistema de justicia, la opinión pública, los legisladores, los gobernantes, etc.”.¹ Es decir, el discurso jurídico podrá ser desagregado analíticamente en múltiples dimensiones, según su articulación con la unidad de análisis que sea del interés del investigador.

Si realizamos una breve retrospectiva del accionar de la Corte Suprema en el fomento del debate y participación ciudadana en las cuestiones públicas, veremos la necesidad de concentrarnos en determinados casos paradigmáticos de su producción jurisprudencial referidos a la libertad de expresión y prensa, en los que generalmente se ha explayado sobre la noción de opinión pública. Es por ello que trabajaremos con el siguiente presupuesto analítico: las sentencias de la Corte Suprema sobre temáticas relacionadas con la participación política que mayor impacto tendrán en el sistema político e institucional son las referidas a la labor de la prensa y a su rol como informadora y formadora de la opinión pública.

Durante los últimos años, se han intensificado notoriamente los estudios interdisciplinarios tanto teóricos como metodológicos sobre la opinión

1. Kunz, Ana y Cardinaux, Nancy, *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesis-tas*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, 2005, p. 177.

pública.² A pesar de ser una noción de compleja definición, recurrentemente se la relaciona con otros conceptos medulares del debate político contemporáneo. Así, aparece articulada con determinados modelos sobre democracia. Desde el clásico estudio de Harwood Chils³ –quien ya en 1965 encontraba cincuenta definiciones de “opinión pública” en la literatura existente– hasta estudios más recientes, son múltiples los abordajes sobre el concepto, que abarcan desde lo estrictamente sociológico hasta lo ético-normativo: se han encontrado explicaciones que van desde la opinión pública entendida como la *opinión vulgar, común o mayoritaria*, pasando por la *opinión popular de repercusión política*, la *“voluntad general”*, el *“espíritu del Pueblo”*, el *conjunto múltiple de las discusiones colectivas dotadas de organicidad*, la *autoridad moral indeterminada de una sociedad*, los *valores sociales indiscutidos*, las *opiniones concretas sobre cualquier tipo de opiniones*, las *opiniones concretas sobre temas controvertidos*, la *representación estadística de la medición empírica de cualquier tipo de opiniones*, o bien, *el conjunto de opiniones sociopolíticas divulgadas en los medios masivos de comunicación*.⁴ Este último sentido ha sido el predominante en la jurisprudencia de la Corte.

En nuestro país, la publicación de ideas mediante la prensa es una modalidad participativa de raigambre constitucional (art. 14), aunque acotada a un ideario de ciudadanía que entiende que la formación de opiniones comienza cuando el individuo-ciudadano recibe la información, la procesa y

2. Por ejemplo: Braun, María y Straw, Cecilia (comps.), *Opinión pública. Una mirada desde América Latina*, Buenos Aires, Emecé, 2009.

3. Chils, Harwood, *Public opinión; nature, formation, and role*, Princeton, N. J., Van Nostrand, 1965.

4. Dader, José L., “Las teorías contemporáneas”, en Muñoz Alfonso, Alejandro y otros, *Opinión pública y comunicación política*, Madrid, Eudema, 1992, p. 187. Por otra parte, Rousseau fue el primer autor que utilizó, a mediados del siglo XVIII, el término “opinión pública”. En el sentido de guardiana de la moralidad y de las tradiciones. Según Noelle-Neumann: “Rousseau capta más claramente que nadie antes que él el aspecto esencial de la opinión pública [...]: representa una transacción entre el consenso social y las convicciones individuales. El individuo se ve obligado a buscar una solución intermedia, obligado por el ‘yugo de la opinión’ y por su naturaleza vulnerable, que le hace depender del juicio ajeno y resistirse a la separación y al aislamiento”. Y este es un tópico que, según su análisis, la teoría democrática clásica no tuvo en cuenta: el miedo del gobierno y del individuo a la opinión pública. Cfr. Noelle-Neumann, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 118.

luego emite su opinión sobre determinados asuntos, contribuyendo así a la generación de un consenso racional. Este ideario corresponde al liberalismo clásico y a la imagen de una ciudadanía informada y atenta a las cuestiones de interés público, orientada a la obtención de un consenso racional. *En cuanto a la fuente desde donde emana la información que recibe este ciudadano racional, ella está estrechamente vinculada con la prensa escrita.* Esta era la idea de fines del siglo XIX y buena parte del siglo XX sobre el rol prioritario que ocupaban los *medios gráficos en el imaginario del mundo moderno, como informadores y formadores de opiniones.*

De manera que esta idea de opinión pública surgió en el siglo XVIII en gran medida como una invención política para legitimar el diseño constitucional liberal; siendo utilizado frecuentemente por las elites como un arma retórica en el debate político, en la convicción de que la garantía de la opinión pública radica, fundamentalmente, en la libre circulación de la información. Para lo cual resulta apropiado maximizar el espacio constitucional para la actuación de los medios masivos de comunicación. A propósito, son coincidentes las ideas salientes que sobre el tema expresaron prominentes representantes de la llamada “Generación del ‘37”; ideales que posteriormente tendrán peso determinante en la organización del Estado argentino; especialmente en la redacción del art. 22 de la Constitución Nacional.⁵ Por ejemplo, Sarmiento –al referirse a la transformación social producida por la prensa– sostiene que “el pueblo, antes ignorante y privado de medios de cultura, empieza a interesarse en los conocimientos y gustar de la lectura que lo instruye y divierte”. Para Sarmiento, el ágora de los antiguos es –a la par del Parlamento– la prensa de los modernos.⁶ A su turno, Echeverría

5. Una interpretación análoga en: Gargarella, Roberto, “El Art. 22 y el proyecto de una comunidad de iguales”. Dicho autor sostiene que la parte más influyente del grupo de nuestros “padres fundadores” (Alberdi, Sarmiento, Echeverría) descreía de la democracia, tal como hoy la entendemos, a la vez que mostraba una profunda desconfianza acerca de las capacidades de la ciudadanía para actuar colectivamente. Consultado en [<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/jornada-una-constitucion-para-el-nuevo-siglo/+3517>.] el 14/05/2013.

6. En nuestro país, desde la creación de *La Gaceta de Buenos Aires* por Mariano Moreno, numerosos liderazgos políticos han tenido un soporte discursivo y propagandístico en la prensa escrita (*El Nacional* por Dalmacio Vélez Sarsfield; *La Tribuna* por Florencio Varela; *La Capital* por Ovidio Lagos; *La Nación* por Bartolomé Mitre; *La Prensa* por José C. Paz).

concluye: “La soberanía solo reside en la razón colectiva del pueblo. El sufragio universal es absurdo”; y solo será aconsejable el ejercicio de los derechos políticos para la parte “sensata y racional” de la comunidad social.⁷ Alberdi en su obra “Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho” (1837) plantea el modelo democrático constitucional-republicano para la Argentina, como un fin que debe ser transitado por una etapa previa en el que cobra protagonismo la instrucción ciudadana (el tránsito de la república “posible” a la república “verdadera”).

Es necesario destacar el “parecido de familia” que, en términos de Wittgenstein,⁸ existe entre este concepto “racionalista” de la opinión pública y la perspectiva democrático-legal elitista de participación política. Porque desde sus orígenes, en el pensamiento liberal francés e inglés, se le ha atribuido a la opinión pública la función de consentir a todos los ciudadanos una activa participación política, poniéndola en condiciones de discutir y de manifestar las propias opiniones sobre las cuestiones de interés público. Solo que el principal aspecto de diferenciación conceptual estaría dado por la consideración de la opinión pública mediante todas aquellas actividades que se producen en el tiempo que va de una elección a otra; en tanto que la participación política propiamente dicha quedaría acotada al sufragio. Es claro que, *en la actualidad, los canales a través de los cuales se expresa la opinión sobre los asuntos públicos, no son otros que aquellas actividades a las que la doctrina usualmente recurre para caracterizar conceptualmente a la participación política más allá del acto del voto y/o la militancia en algún partido político*. Es decir, la participación en manifestaciones, la discusión de sucesos políticos, la participación en una reunión sectorial, el apoyo dado a un determinado candidato en el curso de una campaña electoral, la actuación en un grupo de presión política, la difusión de información política, entre otras.⁹ De allí que los criterios de clasificación generalmente considerados relevantes para caracterizar a ambos conceptos suelen ser coincidentes.

7. Echeverría, Esteban, *Obras Completas*, Buenos Aires, Casavalle, 1870-1874, V. 4.

8. En adelante, seguiremos la interpretación que al término “parecido de familia”, en términos de Nun. Véase: Nun, José, *Democracia. ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Buenos Aires, FCE, 2002.

9. Sani, Giacomo, voz “Participación política”, en Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, T. 1., México, Siglo XXI, p. 1137.

Si bien el análisis del rol de los medios de comunicación en la información y formación de la opinión pública ocupa un espacio central en los estudios sobre opinión pública, y hay un profuso desarrollo teórico en este sentido,¹⁰ ya autores como Allport (1937) advertían sobre el peligro de subsumir las opiniones que aparecen en la prensa como opiniones públicas. Porque el pensamiento sobre cuestiones públicas expresado a través de un medio de comunicación no es más que opinión publicada. En todo caso ello se corresponde con el ámbito propio del columnista en su carácter de agente “confiable” y formador de opiniones; “influyente”, en términos de Habermas.¹¹ Es decir, aquella persona prestigiosa y versada que diserta sobre cuestiones de actualidad.

La confusión entre opinión pública y opinión publicada tiene su origen en el rol prioritario asignado a la prensa en el diseño constitucional liberal. Como hemos dicho más arriba, desde este paradigma jurídico se ha entendido que la garantía de la opinión pública libre radica fundamentalmente en una fluida circulación de la información, maximizando el espacio constitucional para la actuación de los medios masivos de comunicación.

Atinadamente señala Badeni que se ha exagerado la influencia de los medios en la información que poseen los grupos sociales acerca de los acontecimientos. Se forjaría así una relación de dependencia, traducida en la equivalencia de los grupos sociales con un material que puede ser moldeado por los directores de los medios técnicos de comunicación, y que excluye toda posibilidad de verificar la existencia de un *ciudadano libre e independiente*.¹² Según dicho autor, frente a los grupos sociales de opinión, los medios técnicos pueden presentarse bajo tres formas:

-Pueden limitarse simplemente a describir los hechos, sin gravitar sobre el contenido de las opiniones que puedan expresar esos grupos.

-En segundo lugar, aparece la función más común de los medios, al expresar las opiniones preexistentes de los grupos, actuando así como

10. Especialmente, la teoría de la *agenda-setting*, En sus formulaciones iniciales a través de autores como Lippman o Mc Combs, la *agenda-setting* insistía en que si bien los medios no le dicen a su audiencia cómo debe pensar, sí son determinantes en establecer los temas según su jerarquía de importancia; es decir, aquellas cuestiones que deben ser atendidas por el público por su relevancia.

11. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 1998.

12. Badeni, Gregorio, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 66-67.

medios de expresión de las opiniones públicas, interviniendo en su proceso de difusión.

-Finalmente, a través de los medios, los individuos y los grupos sociales con opinión ya formada pueden tratar de influir o determinar la opinión de otros grupos que luego se expresarán por diversos medios.

Pero en ninguno de los tres casos –concluye Badeni– será posible identificar las opiniones públicas de los grupos sociales con toda opinión que aparezca expresada en los medios técnicos de comunicación.

En definitiva, el ideario –forjado durante los siglos XVIII y XIX– de una sociedad de lectores activos con una cultura política basada en la prensa, una sociedad ilustrada que participa en una democracia basada en exposiciones profundas y en el intercambio de opiniones “civilizadas” sobre asuntos de importancia en los medios de comunicación parece hoy obsoleta, merced al avance de la comunicación de masas basado esencialmente en la fragmentación de los contenidos y en la mayor relevancia otorgada a las imágenes; y también elitista, puesto que es más bien propia de un pequeño segmento de los medios de comunicación de elite que suministran información a los decisores políticos y a una minoría de la población con educación superior.¹³

La emisión de opiniones a través de los medios masivos de comunicación es la de mayor peso social, político e institucional. Desde luego que los medios cumplen una insoslayable función en cuanto a la publicidad de las decisiones gubernamentales, y su transparencia y libre acceso es uno de los pilares de una república democrática. Pero los medios de comunicación también tienen su propio andamiaje discursivo en función de sus propios intereses, produciéndose así una compleja articulación entre estos, las elites y el público.¹⁴ Los de mayor envergadura suelen constituirse en actores políticos –*publicistas* en términos de Habermas– que reúnen información, que deciden sobre la selección y presentación de la programación y que con-

13. Castells, Manuel, *Comunicación y Poder*, Madrid, Alianza, 2009, pp. 270-271.

14. En términos de Price: “Las elites políticas usan los medios de comunicación no solo para comunicarse con sus seguidores y opositores del público atento sino también para hablar entre ellas”. Cfr: Price, Vincent, *La Opinión pública*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 109.

trolan el acceso a los temas. Por otro lado, la identificación simbólica entre opinión pública y opinión publicada en los medios ha jugado en desmedro de las modalidades participativas no institucionalizadas a través de las cuales puede formarse, informarse y manifestarse la opinión sobre asuntos públicos que atañen a todos los niveles de la administración pública.

La concentración de la propiedad de los medios de comunicación conspira contra el carácter participativo/deliberativo de la democracia y se asocia, en cambio, a un modelo de democracia de elites competitivas, con un debate público de acceso restringido para el ciudadano común, de participación entendida en términos exclusivamente institucionales –ligada de manera exclusiva al sufragio, a los partidos políticos y a la prensa como canales de expresión–. Como bien señalara Rawls, la participación política se desvirtúa cuando aquellos que tienen mayores recursos privados pueden usar sus ventajas para controlar el curso del debate público. Históricamente, el sistema político e institucional argentino ha permitido que los medios masivos de comunicación se encuentren altamente concentrados en unos pocos actores, lo cual lógicamente restringe la accesibilidad al foro público. En este sentido merced al debate generado desde diversos sectores políticos y sociales se ha superado una de las normativas emblemáticas de la última dictadura militar: la Ley 22.285/80 (y sus numerosas modificatorias). A instancias del Poder Ejecutivo se ha sancionado en el año 2009 la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522, aduciendo la necesidad de democratizar los medios de comunicación garantizando el acceso a las frecuencias de una pluralidad de sectores, portadores de nuevas voces que se incorporarán al debate público (personas jurídicas sin fines de lucro, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos, universidades, fundaciones, etc.), de manera equitativa con los medios privados y el Estado. Será deseable que dicha ley se proyecte en el tiempo como una política de Estado, capaz de trascender las sucesivas administraciones.

II. Breve retrospectiva de la actuación de la Corte Suprema en materia de “prensa” y “opinión pública”

Partiendo del presupuesto de que las sentencias más relevantes de la Corte Suprema sobre temáticas relacionadas con la participación política son las referidas a la labor de la prensa, veamos cuáles han sido los criterios que ha utilizado la Corte para identificarla e interpretarla como un canal

participativo, y cómo la ha relacionado con la “opinión pública” y con el sistema político e institucional.

A. Antecedentes

Al ocuparse de cuestiones relacionadas con el derecho de prensa, durante un largo período la Corte circunscribió sus pronunciamientos a cuestiones de competencia. Concretamente, a partir del caso “Argerich” de 1864, estableció que no correspondía a la justicia federal el conocimiento de los delitos cometidos por medio de la prensa, conforme a lo establecido por el art. 32 de la Constitución Nacional.¹⁵ Posteriormente, esta doctrina fue paulatinamente abandonada, dando lugar a la aceptación de la competencia federal para juzgar los delitos cometidos por los medios de prensa, cuando los mismos afectasen algunos de los presupuestos sobre los que se asienta la seguridad del Gobierno nacional.

Durante el lapso caracterizado por la alternancia entre gobiernos civiles y militares, gran parte del debate judicial estuvo centrado en determinar los alcances del derecho de prensa durante el transcurso del estado de sitio. Luego de derrocado el gobierno peronista por el golpe de Estado de 1955, la Corte, en casos como “Primera Plana”, “La Hora”, “Norte” y “Azul y Blanco”, entendió que la restricción de derechos, propia de situaciones de estado de sitio, alcanzaba también a la libertad de prensa, aun cuando se reservaba un control final sobre la razonabilidad de las medidas adoptadas durante el tránsito por la emergencia. Aunque luego, en el célebre caso “Siri”, la Corte se pronuncia en contra del uso caprichoso de la restricción de la libertad de imprenta.

La Corte Suprema reiterará en varios fallos que “la verdadera esencia” del derecho de prensa radica en que todos los hombres gozan del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.

Desde el aspecto jurídico-político, la Corte entiende que la libertad de prensa constituye uno de los pilares del sistema constitucional argentino; de allí que enfatiza la necesidad de proteger la función que le corresponde

15. Fayt, Carlos S., *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción*, Buenos Aires, La Ley, 1998, p. 75.

a la prensa libre, en su rol de vehículo de información y opinión de la comunidad. Este argumento puede encontrarse, por ejemplo, en casos como “Nuevo París” y “Pérez”, de 1961 y 1963, respectivamente¹⁶. En ellos aparece sintetizada la concepción racionalista de opinión pública, que ve el sentido profundo de los medios de prensa en su rol de informadores y formadores de la opinión pública, y como un vehículo natural de participación política en un sistema político e institucional democrático. Esto último confiere a la prensa –siempre según la visión de la Corte– un rol excluyente en el ejercicio de la crítica a los funcionarios por razón de actos de gobierno. Este ideario es bien sintetizado por Fayt. Al comentar el caso “Ramos”, de 1970, en el cual la Corte acepta la competencia federal para juzgar los delitos cometidos por los medios de prensa, sostiene: “Sobre todo sin la absoluta libertad de imprenta, no se puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes: la opinión pública”.¹⁷

B. Período 1976-1983

En esta etapa la producción jurisprudencial de la Corte sobre temas vinculados con la opinión pública es sumamente deficiente.¹⁸

La libertad de expresión a través del control de la opinión publicada (libertad de prensa) fue cercenada en casos como “Wisner” y “Salvat Editores”, ambos del 14 de abril de 1983. El primero de ellos por publicaciones en un medio de prensa consideradas como injuriosas; el segundo, por contener las enciclopedias editadas un “léxico definitivamente marxista”.¹⁹

En el caso “Antequeda” fechado el 27 de junio de 1982, la Corte toma como propio el argumento del Procurador respecto de la pertinencia de secuestrar la publicación *Cambio* puesto que la misma “afectaba” la imagen

16. Fayt, *op. cit.*, pp. 120-132.

17. Ídem, p. 146.

18. Aunque tuvo una intensa actividad en lo referente a la defensa de los derechos subjetivos de carácter patrimonial. Sobre este aspecto de la labor de la Corte, véase: Bercholz, Jorge O., *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad, respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

19. Fayt, *op. cit.*, p. 155 y ss.

del país en el exterior.²⁰ Para ello se basa exclusivamente en publicaciones de prensa extranjeras. Aquí de nuevo aparece una clara correlación entre opinión pública –en esta oportunidad internacional– y la prensa.

En términos generales, la expresión “opinión pública” estuvo virtualmente ausente del lenguaje de la Corte de este período, aunque se llegaron a tratar cuestiones relativas a algunos de los pocos canales sobre los cuales se intentó manifestar la expresión crítica por fuera de la opinión publicada. En este sentido cabe destacar el caso “Colombres”, de fecha 19 de junio de 1976. En él, la Corte avaló la constitucionalidad del decreto 5696/71 dictado por el Poder Ejecutivo, que excluía una obra artística de un certamen patrocinado por el Gobierno nacional, puesto que consideró que el Poder Ejecutivo estaba obligado a velar por la imagen del país en el exterior. La escultura referida consistía en una figura humana doblada y semidestrozada, rodeada por el cable de un instrumento de tortura, con el agregado de la denominación “Made in Argentina”.

Más allá de estos pocos casos que se puedan reseñar, es curioso que quizá el mejor ejemplo del ideario de la relación entre la prensa y la “opinión pública” por parte de la Corte de la época sea el realizado por Gabrielli, presidente del Máximo Tribunal durante buena parte del período, en un texto de su autoría: *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública. 1976-1983*. En la introducción de su obra dice: “...la Corte Suprema nacional fue [...] el punto de mira de la prensa y movió la atención de la opinión pública [...]. La base principal con que se contó para realizar este trabajo fue dada [...] por comentarios periodísticos y crónicas de la época”.²¹ En otro pasaje, cuya claridad nos exime de mayores comentarios, manifiesta: “No cabe duda que la prensa constituye un instrumento de expresión, no solo en lo concerniente al suministro de informaciones sobre hechos o sucesos, sino también desde el punto de vista de los problemas que se generan en la sociedad, comentándolos e interpretándolos, elementos todos formativos de la opinión pública. El Deán Funes, a poco de producida la Revolución de Mayo,

20. Excepcionalmente, en el caso “Dercoem” la Corte dejó sin efecto el secuestro dispuesto por el gobierno nacional de los ejemplares del periódico *Cambio para una Democracia social*. Cfr. Fayt, *op. cit.*, p. 158.

21. Gabrielli, Adolfo R., *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública. 1976-1983*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 6.

decía: ‘El tribunal de la opinión pública debe estar siempre abierto para que se haga notoria la voluntad general. Este tribunal es la prensa...’.²²

Adviértase que en esta definición sobre la relación entre los medios de prensa y la opinión pública están contenidos los dos elementos nucleares que hacen a la vinculación del ciudadano “ilustrado” con la prensa:

- La función de la prensa en la información del ciudadano.
- La función de la prensa en la formación de sus opiniones.

La primera concierne al plano de la crónica periodística, que se limitaría al relato de los hechos, en tanto que la segunda se relaciona con editorial y la labor del columnista como formador de opiniones.

C. Evolución a partir de 1983

Luego de la reapertura democrática de 1983, la Corte sostiene aquel ideario que imagina a un ciudadano informado y formado a través de los medios de prensa.

Lo novedoso respecto de etapas anteriores es que comienza a poner el acento en el rol protagónico del Tribunal como propulsor del fortalecimiento del debate público (expresado, desde luego, en la opinión publicada). Esta idea es consonante con el modelo de democracia deliberativa tal como por aquellos días lo entendía el denominado *Consejo para la Consolidación de la Democracia* convocado por el gobierno. Raúl Alfonsín, presidente de la Nación (1983-1989) e impulsor de este Consejo, sostuvo años más tarde:

Uno de los temas más delicados de los que se ocupó el Consejo para la Consolidación de la Democracia durante mi gobierno, fue el referido a la ley de radiodifusión [...]. La regulación de los medios masivos de comunicación es una de las empresas más delicadas que enfrenta el Estado moderno [...]. Constituyen (los medios) un codiciado instrumento de poder social, cuya regulación debe contribuir a su distribución sobre la base de dos principios básicos acerca de los cuales existe un consenso generalizado: la expansión de la autonomía

22. Ídem.

individual y el *enriquecimiento del debate democrático*; conectados, ambos, con valores fundamentales de la democracia.²³

La Corte Suprema de esta etapa compartió explícitamente en sus fallos esta interpretación “racionalista” de la opinión pública ligada a la opinión publicada.

Es ilustrativa la definición de Fayt, juez de la Corte Suprema desde 1983, quien sintetiza este rol informador y formador de la opinión pública por parte de la prensa, en términos que recuerdan la definición del Deán Funes traída a colación por Gabrielli.

En su análisis de la jurisprudencia de este período resalta que, en la labor de la Corte: “Se destaca la misión que cabe a los medios masivos de comunicación de informar a la población cuanto contribuya a la formación de la opinión pública y de la voluntad general”.²⁴

Podemos sintetizar la doctrina de la Corte relacionada con este tratamiento de la opinión pública, en tres dimensiones:

- a) Los límites jurídicos para la difusión de una noticia en la doctrina “Campillay”.
- b) La doctrina de la real malicia.
- c) El derecho de respuesta.

a) Doctrina del caso “Campillay”: del mismo, pronunciado en el año 1986, pueden extraerse tres principios básicos, en cuanto a los reparos que debe tener un medio de comunicación al momento de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas:

- Atribuir el contenido de la información a la fuente pertinente, o bien
- Utilizar un tiempo de verbo potencial,
- O dejar en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito.

Este estándar jurídico fue ratificado en fallos posteriores, de los que

23. Alfonsín, Raúl, *Fundamentos de la república democrática*, Buenos Aires, Eudeba, 2006, p. 249.

24. Fayt, Carlos S., *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading Cases y holdings. Casos trascendentes*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 211.

destacamos el caso “Bruno” del año 2001, en el que la Corte manifiesta explícitamente su objetivo de favorecer el derecho a la información de los ciudadanos y permitir un debate libre y desinhibido de las cuestiones de interés público.

Este ideario es reafirmado en el caso “Burlando” de 2003, especialmente lo concerniente al rol informador y formador de la prensa en la opinión pública con relación a los problemas políticos, económicos y sociales.

b) Doctrina de la “Real Malicia”: al tratar esta cuestión, la Corte vuelve a reiterar su objetivo de fortalecer y vigorizar el debate público.

Esta doctrina, cuyo origen se produce en EUA, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan* de 1964, ha sido receptada en nuestro país recién en el año 1991 a través del caso “Vago”.

La idea consiste en que un mecanismo para alentar el vigor y la variedad del debate público es el de amparar a la prensa cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés público, aun si la noticia tuviere expresiones falsas o inexactas; en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia en el propósito de injuriar y calumniar, o bien actuó con total despreocupación acerca de tal circunstancia. En cambio, cuando se trata de personas privadas, basta la negligencia precipitada o la simple culpa en la propalación de una noticia de carácter difamatorio para generar responsabilidad de los medios de comunicación. En el caso “Ramos” de 1996, por unanimidad la Corte adopta los estándares jurisprudenciales de Estados Unidos en la materia.

Solo por medio de la más amplia libertad de información –sostiene la Corte– puede conocerse la verdad e importancia de los actos de gobierno y determinarse el mérito y responsabilidad de los poderes públicos.

c) El Derecho de Respuesta: luego de un arduo debate respecto de si el art. 14.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece el derecho de rectificación o respuesta era operativo o no, finalmente se arribó a la solución afirmativa en el célebre caso “Ekmekdjian c. Sofovich” de 1992.

Cabe destacar que la doctrina del derecho a réplica procura evitar que quienes disponen de los medios puedan afectar seriamente, mediante un eventual manipuleo de la opinión pública, tanto de los acontecimientos so-

bre cuya base los ciudadanos deben formar sus opiniones en las cuestiones de interés público, como también de las creencias e intereses de las personas. En este trascendente caso, la Corte reafirma que la prensa de nuestro país debe ser objeto de la máxima protección jurisprudencial en todo cuanto se relacione con su finalidad de servir legal y honradamente a la información y formación de la opinión pública.

Asimismo, la Corte define el rol asignado a los partidos políticos en el sistema electoral, equiparando conceptualmente al electorado con la opinión pública, con argumentos referidos a que en oportunidad de cada acto electoral, los partidos políticos seleccionan a los candidatos entre los cuales el elector deberá optar al emitir su sufragio; con lo cual “imponen el orden de la opinión pública”, ya que si los ciudadanos votasen directamente, sin esta labor previa de las agrupaciones partidarias, sobrevendría el caos y la anarquía en los comicios, los votos se dispersarían desordenadamente y quienes resultaren elegidos carecerían de representatividad por el escaso número de sufragios que obtendrían.²⁵

III. Recapitulando

El esquema republicano clásico en su versión norteamericana, tal como fuera receptado en nuestro país, indica que para que exista una verdadera independencia e imparcialidad del Poder Judicial –máxime en la Corte Suprema–, sus decisiones no deben estar necesariamente legitimadas por el consenso social, sino por su apego a la justicia y al derecho, aunque en ocasiones esta decisión vaya en contra de los designios de las mayorías. Esto de algún modo ha propiciado que desde el ámbito jurídico se tenga una visión conceptual restringida sobre los alcances socioculturales e institucionales de la participación política y sobre algunas de sus manifestaciones denominadas usualmente como “opinión pública”.

La Corte Suprema, cuando se ha referido concretamente a la opinión pública lo ha hecho identificándola con la opinión publicada, y con una referencia al público atento involucrado en el debate público. Es decir, a aquel ámbito propio del individuo en tanto ciudadano informado e interesado por las cuestiones públicas.

25. Por ejemplo: Fallos 310:819 y 312:2192.

El sostenimiento de la idea restrictiva del debate público y de la circulación de ideas a través de prensa implica cuanto menos una falta de reconocimiento de otras tantas modalidades participativas. Porque cuando la Corte se refiere al público atento, según lo hemos definido anteriormente, pareciera caer en la siguiente falacia: el ciudadano encuentra en los medios de prensa que cumplen “legal y honradamente” su función todas las oportunidades de deliberación satisfechas. Además, este ciudadano idealizado parece carecer de contexto social, puesto que se trata de un sujeto abstracto, no atravesado por procesos colectivos, y absolutamente carente de desagregaciones por cuestiones de género, sustrato sociocultural, procedencia regional, edad o grupo de pertenencia. Es una imagen del “buen ciudadano” que contrasta con el indiscutible componente sociocultural y de control social que entraña el proceso de formación de la opinión pública.

Aun manteniendo la estricta identificación entre opinión pública y opinión publicada, no debe desconocerse que desde el propio seno de la industria periodística tiende a abandonarse esta concepción racional-elitista decimonónica estrictamente ligada a la información en formato papel, gracias al nuevo desafío que se les presenta a los *holdings* mediáticos y el vertiginoso avance de las comunicaciones. En efecto, tomando como referencia las conclusiones del 60º Congreso de la Asociación Mundial de Periódicos (WAN) se ha dicho que “el lector de hoy sumó la TV a la radio matutina, chequea sus *mails* antes de salir de casa, se entera de lo nuevo por alertas en su celular y se actualiza permanentemente por Internet a lo largo del día, esté donde esté. Los editores de diarios, que por años nos sentimos receptores exclusivos de todas las preguntas y dueños de gran parte de las respuestas, la especie dominante de la selva informativa, nos vemos rodeados por un ejército de alimañas que acechan las mismas presas”.²⁶

26. Saguier, Fernán, “Diálogo imaginario con un lector de hoy. Respuestas para sus nuevas demandas”, en *La Nación*, edición impresa, 10/5/2007. Al propósito, la *Declaración Internacional del Ciberespacio* del año 1996 ya denunciaba los peligros de subsumir el derecho de expresión, en tanto natural canal participativo, exclusivamente en los medios de prensa: “Vuestras cada vez más anticuadas industrias de la información, quisieran perpetuarse proponiendo en América y en todas partes leyes que proclamen que solo ellas detentan el derecho de expresión en todo el mundo [...] En nuestro mundo, cualquier cosa que la mente humana pueda crear puede ser reproducida y distribuida *ad infinitum*, sin costo alguno. La transmisión global del pensamiento ya no requiere más vuestros medios

Desde las más altas esferas de la pirámide judicial de nuestro país, debería protegerse un debate libre y desinhibido de las cuestiones de interés público, no solo acotado al rol de los medios de prensa en la información y formación de la opinión pública. Ello también es extensible al rol de los partidos políticos y el reconocimiento de su coexistencia con otras modalidades participativas, evitando confusiones conceptuales entre el electorado y la opinión pública.

IV. A modo de corolario

La Corte Suprema, tradicionalmente portadora de una visión restringida de la participación acotada a los procesos electorales y al debate a través del rol de la prensa, parece evolucionar –no tanto desde el nivel discursivo, pero sí desde su propia *praxis*– hacia otra con márgenes participativos que parecen ser más amplios. En este sentido, hay determinados gestos esperanzadores que hacen pensar en un cambio de posición respecto del accionar histórico de la Corte en la materia, haciéndola una institución más participativa.²⁷

para producirse”. Cfr. John Perry Barlow: “Declaración de Independencia del Ciberespacio”, Davos, Suiza, 8 de febrero de 1996. Consultado en [http://biblioweb.sindominio.net/telematica/manif_barlow.html.] el 02/03/2010.

27. La Corte Suprema conformada a partir del año 2003 ha exhibido varios gestos simbólicos: a) La recepción de la figura del *amicus curiae*, aludiendo a la necesidad de proteger el debate público en el discurso de la Corte, ahora a través de la apertura institucional hacia la sociedad; b) El reconocimiento diversos actores sociales como interlocutores de la Corte, notoriamente en la megacausa “Mendoza”. En el mismo sentido, la Acordada 17/06 que dispuso la creación de un *Centro de Información Judicial*, con la finalidad de, entre otros postulados, “promover la difusión de las decisiones judiciales con el objeto de permitir a la comunidad una comprensión más acabada del quehacer judicial” (Considerando 4º). Para la concreción de dicho objetivo se firmó, en abril de 2007 (Acordada 6/07), un Convenio de colaboración entre la Corte Suprema y ADEPA (Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas), que reúne a medios de comunicación gráfica de todo el país; apreciándose la importancia que la Corte le sigue otorgando a los medios de prensa como informadores y formadores de opinión; c) Mediante la acordada 12/07 se crea la Oficina de Fortalecimiento Institucional, dependiente de la Presidencia del Tribunal, con el objetivo central de reforzar la apertura del Poder Judicial hacia la comunidad, aludiendo a la promoción de la difusión y la participación ciudadana en la tarea de administrar justicia.

La Corte conformada a partir de 2003 ha mostrado auspiciosas señales de apertura de criterios en el afianzamiento de la participación ciudadana en el ámbito jurisdiccional con medidas dirigidas a apuntalar el rol del Poder Judicial en el ámbito del sistema democrático; notoriamente, en el impulso a la realización de audiencias públicas con la presencia de sus magistrados en políticas públicas sensibles al poder político, y en la admisibilidad de la vía del amparo colectivo.

Es de suma relevancia lo referente a las audiencias públicas. A través de la Acordada N°30/2007 la Corte comienza a implementar audiencias de carácter público de tres tipos: informativas, conciliatorias y ordenatorias. En la inteligencia de que la participación ciudadana y la difusión pública de asuntos primordiales permiten poner a prueba directamente ante los ojos del país la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza el Alto Tribunal.

Se ha podido constatar la realización de las siguientes audiencias públicas a instancias de la Corte:²⁸

-Por la constitucionalidad de un artículo de la Ley 11.683, que faculta a la AFIP a embargar bienes sin orden judicial previa, en la causa “AFIP c/ Intercorp S.R.L. s/ejecución fiscal”. Fecha: 31/10/2008.

-Por el desmonte y tala de bosques salteños en una causa iniciada por la comunidades aborígenes de Salta contra los Estados provincial y nacional, por los desmontes y talas de bosques nativos. Fecha: 18/02/2009.

-Por despido discriminatorio, originada en una causa de la Justicia de Río Negro que declaró nula una cesantía por ser discriminatoria y ordenó a la empresa reincorporar a una empleada. Al encuentro fueron convocadas las partes y la Asociación de Abogados Laboristas, esta última en calidad de amigo del tribunal. Fecha: 13/04/2009.

-Por el tratamiento de residuos nucleares. En el caso se analiza un contrato que permite la posibilidad de introducir en el país combustibles gastados para su tratamiento. La causa fue iniciada por un particular contra el Estado nacional e INVAP. Fecha: 06/05/2009.

-Por un reclamo de la Provincia de Córdoba contra la Nación, en el marco de una causa por el financiamiento del sistema previsional

28. Consultado en [hppt://www.cij.gov.ar.] el 10/12/2013.

cordobés. Estuvo presente el gobernador cordobés, Juan Schiaretti. Fecha: 15/10/2009.

-Por la coparticipación, entre el Estado nacional y la Provincia de Santa Fe. Fecha: 17/03/2010.

-Entre la Provincia de Catamarca y el Estado nacional, en el marco de una causa iniciada en el marco de la transferencia de la caja de jubilaciones de la provincia a la Nación. Fecha: 28/04/2010.

-Por la causa Riachuelo, con representantes de ACUMAR, Estado Nacional, provincia de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Nación y Auditoría General de la Nación. El tribunal buscó conocer el grado de cumplimiento del fallo “Mendoza”. Fecha: 16/03/2011.

-Por la causa Riachuelo. Fecha: 01/06/2011.

-En un caso por el derecho a una vivienda digna. Se trata de un grupo familiar, conformado por una madre y su hijo discapacitado, que demanda asistencia al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fecha: 15/09/2011.

-Por el control del saneamiento cloacal y obras de red de agua potable, en el marco de la causa Riachuelo. Participaron, entre otros, representantes de ACUMAR, Estado Nacional, provincia de Buenos Aires, AySA y ABSA. Fecha: 06/12/2011.

De este listado merece destacarse la intervención que desde el año 2006 la Corte Suprema ha tenido en la megacausa “Mendoza”²⁹ (o causa Riachuelo). En ella la Corte decide hacer uso de las facultades le confiere la Ley 25.675 (Ley General del Ambiente), y ordena a las autoridades demandadas (Estado Nacional, Provincial y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) que presenten un plan de saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, obteniendo como respuesta la sanción de la Ley 26.168 –Ley de la Cuenca Matanza Riachuelo– que crea la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

29. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo). M. 1569. XL. Fecha: 20/06/2006.

En la causa “Mendoza” se advierte un especial énfasis en la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan de saneamiento presentado por las autoridades demandadas, designando para tales fines al Defensor del Pueblo –en tanto órgano con autonomía funcional– como coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles un trámite adecuado. En efecto, dando cumplimiento a lo encomendado por la Corte se conforma en el ámbito del Defensor del Pueblo de la Nación –mediante la Resolución N°100/2008– un Cuerpo Colegiado integrado seis miembros: el Defensor del Pueblo de la Nación y un representante de cada una de las cinco organizaciones no gubernamentales que intervienen en dicha causa en condición de terceros afectados (Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Asociación de Vecinos de La Boca, Centro de Estudios Legales y Sociales, Greenpeace y Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos).

Se puede apreciar la voluntad participativa del Alto Tribunal en la institucionalización de las demandas de diversos actores sociales interesados en la causa –asociaciones vecinales, organizaciones de la sociedad civil, grupos de vecinos– incorporándolos como interlocutores válidos, no solo en las audiencias públicas sino por ante el Defensor del Pueblo.

En definitiva, lo destacable en la materia es que la Corte Suprema de Justicia, como órgano máximo del Poder Judicial, supera la tradicional visión restringida de la opinión pública relacionada con la participación acotada a los procesos electorales y al debate público canalizado por la prensa, evolucionando hacia otra con márgenes participativos más amplios para con las múltiples expresiones sociales por fuera de los carriles institucionales, en especial aquellos ligados con la protesta social. A través no solo del reconocimiento y la promoción de determinadas herramientas participativas como el amparo colectivo, sino también mediante la implementación de alguna de ellas en su jurisdicción, como es el caso de la sustanciación y televisación de audiencias públicas, mejorando así las condiciones de acceso a la información pública sobre su actividad jurisdiccional.

Bibliografía

- Alfonsín, Raúl, *Fundamentos de la república democrática*, Buenos Aires, Eudeba, 2006.
- Badeni, Gregorio, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- Bercholz, Jorge O., *La independencia de la Corte Suprema a través del con-*

- trol de constitucionalidad, respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, T. 1., México, Siglo XXI.
- Braun, María y Straw, Cecilia (comps.), *Opinión pública. Una mirada desde América Latina*, Buenos Aires, Emecé, 2009.
- Castells, Manuel, *Comunicación y Poder*, Madrid, Alianza, 2009.
- Chils, Harwood, *Public opinion; nature, formation, and role*, Princeton, N. J., Van Nostrand, 1965.
- Echeverría, Esteban, *Obras Completas*, Buenos Aires, Casavalle, 1870-1874, V. 4.
- Fayt, Carlos S., *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción*, Buenos Aires, La Ley, 1998.
- *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leadings Cases y holdings. Casos trascendentes*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- Gabrielli, Adolfo R., *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública. 1976-1983*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 6.
- Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 1998.
- Muñoz Alfonso, Alejandro y otros, *Opinión pública y comunicación política*, Madrid, Eudema, 1992.
- Kunz, Ana y Cardinaux, Nancy, *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesistas*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, 2005.
- Noelle-Neumann, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Nun, José, *Democracia. ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Buenos Aires, FCE, 2002.
- Price, Vincent, *La opinión pública*, Barcelona, Paidós, 1992.

Variables macroeconómicas y comportamientos litigantes

*Jerónimo Cracogna**

Resumen

El presente trabajo propone un ejercicio aplicado de investigación empírica en Derecho a través del cual intentaremos establecer dentro de un límite material, temporal y espacial definido la efectiva existencia de una relación entre dos variables macroeconómicas escogidas, por un lado, y dos variables jurídicas, por otro.

Palabras clave: Estudios empíricos, variables, correlaciones, economía.

Macroeconomic Variables and Court Behaviour

Abstract

This paper puts forward a proposal of applied empirical legal research, throughout which –and within strict material, time and place limitations– we will attempt to assess the relationship between two chosen macroeconomic variables, on the one side, and two legal variables, on the other.

Keywords: Empirical research, variables, correlations, economics.

I. Introducción

La evolución de las variables de la macroeconomía ejerce su influencia en el campo de los operadores jurídicos a través de la instrumentación

* Abogado y Magíster en Derecho y Economía (UBA); Profesor de Metodología de la Investigación Social en las Universidades de Buenos Aires y De Belgrano; jcracogna@estudiocracogna.com.ar.

de diversas herramientas de políticas públicas. Empero, es el campo de las normas generales, ya sea de origen legislativo o administrativo –y con independencia de su eficacia o tendencia– la vía principal elegida por los agentes para perseguir el recorrido de estas variables. Legislaciones de emergencia económica, normas de renegociación de contratos de servicios públicos o modificaciones de sus niveles y esquemas tarifarios, agravamiento de indemnizaciones en el mercado laboral, entre otros, son ejemplos conocidos en nuestro medio de reacciones de operadores jurídicos a los ajustes que presentan los distintos índices e indicadores de la macroeconomía.

No resulta entonces ajeno a este razonamiento suponer que las mismas variables macroeconómicas ejerzan algún impacto en el comportamiento de otros agentes jurídicos, tales como aquellos que demandan a los órganos judiciales respuestas singulares a sus necesidades e intereses o los mismos emisores de esas decisiones destinadas a resolver conflictos mediante el dictado de normas aplicables a casos únicos. Podría parecer poco extraño a primera vista que los litigantes que exigen soluciones al sistema de justicia o que los encargados de administrar esos órganos mostraran permeabilidad a la evolución de las variables macroeconómicas. Así, el crecimiento económico o la caída en el nivel de actividad, las variaciones en el nivel de empleo, la evolución de los niveles de inflación o el curso de las tasas de interés guardarían relación con decisiones tales como el inicio de una acción judicial, su continuidad o su conclusión.

Ahora bien, meras impresiones pueden brindarnos escasa confianza, aun si estas provinieran de agentes con experiencia en el área de litigios, acerca de una relación semejante entre variables macroeconómicas y otras propias del campo judicial, pues una metodología rigurosa impone avanzar con una cuidada selección de datos seguida de una apropiada recolección para concluir con un análisis coherente con el tipo de variables elegidas. El presente trabajo propone entonces un ejercicio aplicado de investigación empírica en Derecho a través del cual intentaremos establecer dentro de un límite material, temporal y espacial definido la efectiva existencia de una relación entre dos variables macroeconómicas escogidas, por un lado, y dos variables jurídicas, por otro: a saber, variación del producto bruto interno y tasa de desempleo, por un lado, e ingreso de causas judiciales y transacciones como modo de concluir las, por otro. A continuación y antes de ingresar al análisis empírico, destacamos los aspectos fundamentales de la metodología a emplear.

II. Propuesta metodológica. Delimitación y alcance

Con el objetivo de analizar la existencia de una correlación entre variables propias del comportamiento económico con otras intrínsecas a la actividad de quienes demandan la intervención del poder judicial para satisfacer intereses individuales (a quienes denominamos en el presente “litigantes”) hemos seleccionado en forma arbitraria por el primer extremo la variación del producto interno y la tasa de desempleo, entendiendo que se trata de indicadores de evidente incidencia en la cotidianidad de cualquier agente y que, por tanto, nos eximen de una justificación que extendería el presente. En segundo lugar, apelamos a dos variables que dan cuenta, respectivamente, tanto de la necesidad de los operadores de obtener respuestas del sistema de justicia como de sus decisiones particulares de dar por concluida en un momento determinado esa intervención: el inicio de acciones judiciales y el número de causas que las partes deciden terminar a través de un acuerdo intersubjetivo (que en forma indistinta denominaremos, en adelante, transacciones, acuerdos o conciliaciones). Se trata de cuatro variables de intervalo,¹ lo que facilita, además, determinar cómo se relacionan entre sí y es a partir de los vínculos entre ellas que esperamos identificar una correlación o su ausencia entre aspectos de la vida económica y conductas de agentes en un espacio eminentemente jurídico.²

El límite material y espacial del análisis empírico lo conforma el Fuero Nacional de Trabajo, donde contemplaremos el inicio de causas judiciales y el número de casos concluidos por transacción, ambos considerados en forma

1. En estas variables, “sus categorías se definen en términos de una *unidad de medición* estándar [...]. Se realiza una medida de intervalo cuando pueden asignarse al objeto o acontecimientos estudiados números que, además de poseer las características de la medida ordinal, permiten la interpretación de la diferencia entre dos medidas. En tal caso, la medición se ha alcanzado en el sentido de una *escala de intervalo*, esto es, que la asignación de números a las diferentes categorías de los objetos o acontecimientos es tan precisa que podemos conocer cuán amplios son los intervalos (distancias) entre todos los objetos de la escala”. M. García Ferrando, *Socioestadística. Introducción a la Estadística en Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 38.

2. Análisis de relaciones que será enfocado de forma bivariable, vinculando una económica con una jurídica por vez.

anual entre 2002 y 2013. En los aspectos espacial y temporal, el fundamento de la elección del campo acusa razones pragmáticas, tratándose de una jurisdicción y de un período para el cual se encuentran con facilidad datos estadísticos de fuente directa.³ La opción por el Fuero del Trabajo a la hora de la delimitación material obedece, en cambio, a la mayor homogeneidad en los casos de su competencia,⁴ que simplifica su análisis, y sobre todo a que, en apariencia, el de Trabajo guardaría un nexo más directo con variables tales como el empleo o el producto bruto interno, brindando mayor relevancia a las conclusiones de un estudio empírico como el presente.

La delimitación del campo en el sentido apuntado, por último, concede al investigador un trabajo sin necesidad de extracción de muestras, toda vez que el universo de casos resulta restringido y susceptible de análisis matemático

3. La Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación provee información en forma accesible y pública para el período seleccionado.

4. En su artículo 20, la Ley 18.345 de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo establece como competencia material “las causas contenciosas en conflictos individuales de derecho, cualesquiera fueren las partes –incluso la Nación, sus reparticiones autárquicas, la Municipalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cualquier ente público–, por demandas o reconveniones fundadas en los contratos de trabajo, convenciones colectivas de trabajo, laudos con eficacia de convenciones colectivas, o disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo; y las causas entre trabajadores y empleadores relativas a un contrato de trabajo, aunque se funden en disposiciones del derecho común aplicables a aquel. La competencia también comprenderá a las causas que persigan solo la declaración de un derecho, en los términos del artículo 322, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial”. En el siguiente artículo, la ley enumera casos especiales de competencia del Fuero: “a) Las causas en las que tenga influencia decisiva la determinación de cuestiones directamente vinculadas con aspectos individuales o colectivos del derecho del trabajo; b) Las demandas de desalojo por restitución de inmuebles o partes de ellos concedidos a los trabajadores en virtud o como accesorios de los contratos de trabajo, sin perjuicio de las disposiciones especiales de los estatutos profesionales; c) Las demandas de tercera en los juicios de competencia del fuero; ch) Las causas que versen sobre el gobierno y la administración de las asociaciones profesionales y las que se susciten entre ellas y sus asociados en su condición de tales; d) Las ejecuciones de créditos laborales; e) Los juicios por cobro de aportes, contribuciones y multas, fundados en disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo; por cobro de impuestos a las actuaciones judiciales tramitadas en el fuero y por cobro de multas procesales; f) Los recursos cuyo conocimiento se atribuye a los jueces nacionales de primera instancia del trabajo o a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”.

en toda su extensión. Empero, la validez externa⁵ del estudio aparece ciertamente afectada, resultando falaz cualquier pretensión de ampliar las conclusiones que se alcancen para el Fuero Nacional del Trabajo a cualquier otro ámbito material o espacial. En igual sentido, la pesquisa no ofrecerá más respuestas sobre la asociación de variables macroeconómicas en el comportamiento de los litigantes que aquello que pueda predicarse respecto de las que aquí se eligen.

III. Variables macroeconómicas y litigios en el Fuero Nacional del Trabajo

A pesar de su limitada competencia material relativa a otros Fueros de la Nación, el del Trabajo resulta uno de los más activos en términos de inicio de acciones o, lo que resulta similar a nuestros fines, de demanda de respuestas al sistema judicial. No dejan en este sentido de ser destacables los guarismos de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación que señalan para el año 2012 un ingreso de 56.120 expedientes a juzgados de primera instancia en el Fuero del Trabajo, frente a 36.938 en el Comercial y 105.784 en el Civil. Merece ser resaltado que en el último se discuten aspectos tan amplios como los emergentes de las relaciones de familia o los atinentes a las responsabilidades contractual y extracontractual. Esta circunstancia realza el atractivo del análisis de nuestras perseguidas correlaciones en este campo.

Si bien hemos justificado el alcance temporal en la disponibilidad de datos, aparece necesario señalar al mismo tiempo que el rango empleado colabora con un mayor control del impacto de variables interruptivas extrañas a la investigación. De este modo, cuestiones macroeconómicas tales como la coyuntura del lustro previo al año 2002, pero también decisiones de agentes jurídicos susceptibles de generar incentivos en los niveles de litigiosidad del

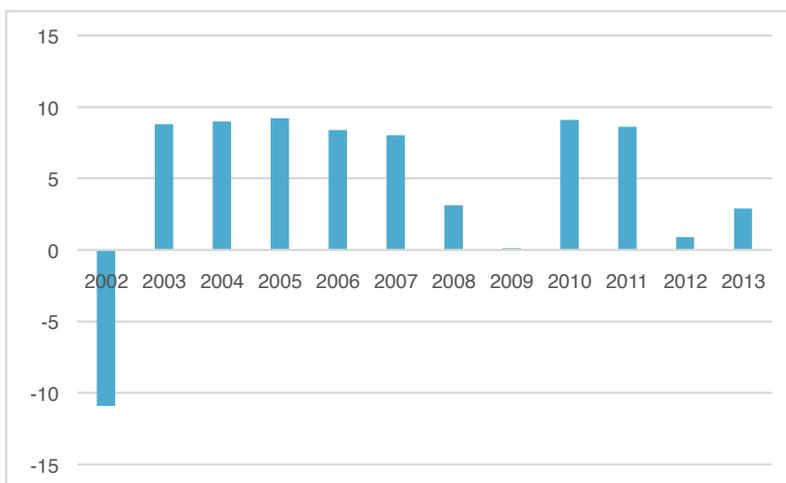
5. Como sostiene una reconocida metodóloga, mientras que la validez interna “hace referencia a la posibilidad de establecer relaciones de *causalidad* entre *variables (dependientes e independientes)*, al haber eliminado (*o controlado*) otras *explicaciones alternativas*”, la validez externa “representa la posibilidad de *generalización de los resultados* de una investigación, tanto a la *población* concreta de la que se ha extraído la *muestra* como a otros *tiempos y contextos*”. M. A. Cea d’Ancona, *Metodología Cuantitativa. Estrategia y Técnicas de Investigación Social*, Madrid, Síntesis, 1998, p. 121.

Fuero, tales el dramático incremento de la tasa de interés dispuesto en forma retroactiva por la Cámara Nacional del Trabajo en el año 2014⁶ o la modificación al sistema de riesgos del trabajo a finales del año 2012 mediante la sanción de la Ley 26.773 y las múltiples interpretaciones judiciales que su redacción permitió, logran permanecer en los márgenes del estudio.

A. Progresión de las variables económicas

A partir de los datos provistos por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), describimos el período 2002-2013 que hemos seleccionado para el estudio como una etapa que comienza con una pronunciada caída del producto bruto interno (PBI), seguida de cinco años de elevado crecimiento. Tras dos años de desaceleración, las altas tasas reaparecen por dos ejercicios, concluyendo el período con un crecimiento más modesto. En forma más sencilla, exponemos entonces la evolución del PBI argentino desde 2002 a 2013.

Gráfico 1. Tasa de Variación Anual del PBI, Argentina 2002-2013



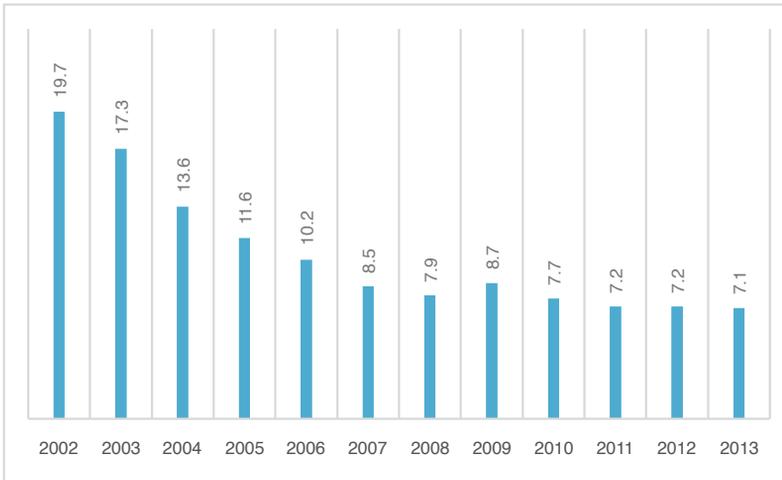
Fuente: CEPAL, 2015.

6. Acta 2601/2014 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Las marcadas oscilaciones en los valores, que alcanzan modificaciones interanuales de hasta 19,7 puntos y la convivencia en la tabla de niveles de caída con otros de crecimiento en diversos grados y de estancamiento alientan a la comparación de sus resultados con el de los indicadores de comportamiento litigante que expondremos más adelante, proponiendo un análisis bivariable cuyos resultados a primera vista debieran ofrecer una interpretación clara.

El desempleo, por su parte, presenta dos años iniciales de muy elevada tasa que se reduce moderadamente durante los tres subsiguientes, para obtener luego una merma adicional hasta niveles estables que permanecerán sin mayores variaciones hasta el final del período.

Gráfico 2. Evolución del Desempleo 2002-2013



Fuente: CEPAL, 2015.

Nuevamente, las oscilaciones en los valores invitan a la indagación en las relaciones con indicadores jurídicos como los que se definen a continuación.

B. Acciones judiciales en el Fuero Nacional del Trabajo: inicio, trámite y conclusión por transacción

Con valores descendentes entre 2002 y 2004, que luego se recuperaran en forma continua hasta el final del período, el inicio de acciones judiciales

en el Fuero Nacional del Trabajo muestra un nivel de conflicto creciente, que se refleja en la acumulación de pleitos en trámite ante la Justicia competente. El número de litigios que anualmente concluyen por transacción, por su parte, enseña un recorrido ascendente desde el inicio hasta el cierre del período.

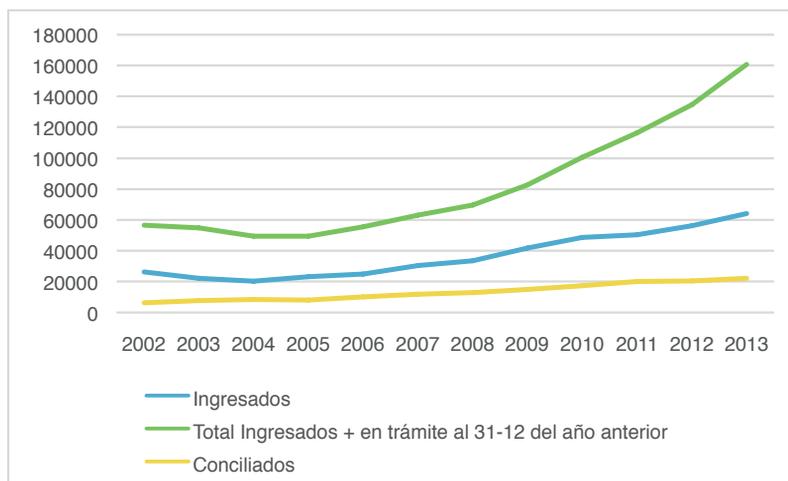
Cuadro 1. Juicios iniciados, total de acumulados anuales y concluidos por transacción

Año	Ingresados	Total Ingresados + en trámite al 31-12 del año anterior	Conciliados
2002	26.449	56.521	6.292
2003	22.320	54.682	7.736
2004	20.295	50.088	8.252
2005	23.200	49.431	8.093
2006	24.847	55.522	10.008
2007	30.529	63.126	11.903
2008	33.443	69.546	13.040
2009	41.707	82.790	14.807
2010	48.514	10.0632	17.461
2011	50.196	116.227	20.241
2012	56.120	134.460	20.385
2013	63.953	160.554	22.283

Fuente: Anuarios de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

La evolución de las variables puede apreciarse con más lucidez en el siguiente gráfico:

Gráfico 3. Juicios iniciados, total de acumulados anuales y litigios concluidos por transacción



Fuente: Anuarios de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

Así, la porción de juicios transados en el total de iniciados y de estos sumados a las causas en trámite, arroja los siguientes resultados:

Cuadro 2: Juicios transados como porción de ingresados y del total de ingresados + en trámite al 31/12 del año anterior.

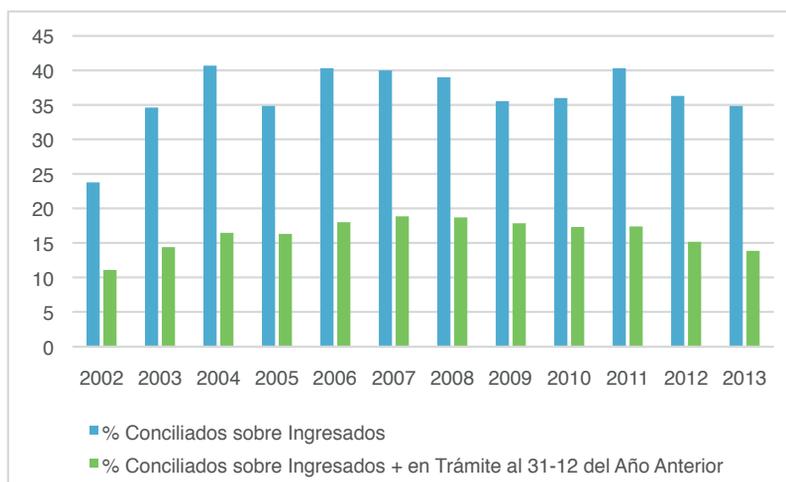
Año	% Conciliados sobre Ingresados	% Conciliados sobre Ingresados + en trámite al 31-12 del año anterior
2002	23,78	11,13
2003	34,65	14,4
2004	40,66	16,47
2005	34,88	16,37
2006	40,27	18,02

2007	39,98	18,85
2008	38,99	18,75
2009	35,5	17,88
2010	35,99	17,35
2011	40,32	17,41
2012	36,32	15,15
2013	34,84	13,87

Fuente: Anuarios de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

Con una evolución que en forma gráfica adquiere la siguiente exposición:

Gráfico 4: Juicios transados como porción de ingresados y del total de ingresados + en trámite al 31/12 del año anterior



Fuente: Anuarios de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

Habiendo entonces descripto los valores de las variables jurídicas elegidas para el presente estudio, así como su evolución en forma comparada, podemos avanzar en la relación entre estas y los indicadores económicos analizados en el apartado anterior, recordando que el abordaje será bivaria-ble, aislando por vez una de cada tipo en la búsqueda de correlaciones.

C. Relaciones entre variables

Concebimos el presente como un ejercicio de investigación empírica en Derecho,⁷ sin otro marco teórico que el impuesto por la metodología adoptada. De este modo, habiendo definido una selección de datos cuantitativos, recogidos luego mediante fuentes documentales, brindamos como síntesis su análisis estadístico, procurando una exposición que equilibre rigor estadístico y sencillez. Apelamos en esta empresa a las herramientas de la Estadística Descriptiva, “que consiste en el conjunto de instrumentos y temas relacionados con la descripción de colecciones de observaciones”,⁸ destacando como única pretensión la búsqueda de correlaciones o asociaciones entre variables, alejándonos de cualquier hipótesis explicativa que persiga vínculos causales, así como de la determinación de direcciones en esos nexos. El nuestro es un planteo descriptivo de variables simétricas en el que no nos alumbramos más aspiración que la de conocer probables asociaciones entre ellas. Aun asumiendo que los estudios empíricos en Derecho podrían alzarse alguna vez como técnicas de investigación susceptibles de justificar inferencias causales, una estricta labor descriptiva conforma el presupuesto para ello.

A partir de la comparación de cada una de las dos variables macroeconómicas desarrolladas con cada una de las jurídicas expuestas inquirimos en la existencia o signo de sus asociaciones, escalón previo e indispensable para indagaciones sobre posibles vínculos entre conductas y motivaciones. En el compromiso entre sencillez y rigor en el planteo, apelamos, respectivamente, a la representación gráfica y a la aplicación de coeficientes de correlación extendidos en el campo estadístico.

7. En el mismo sentido en que lo entienden Epstein y Martin. Ver L. Epstein y A. D. Martin, *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

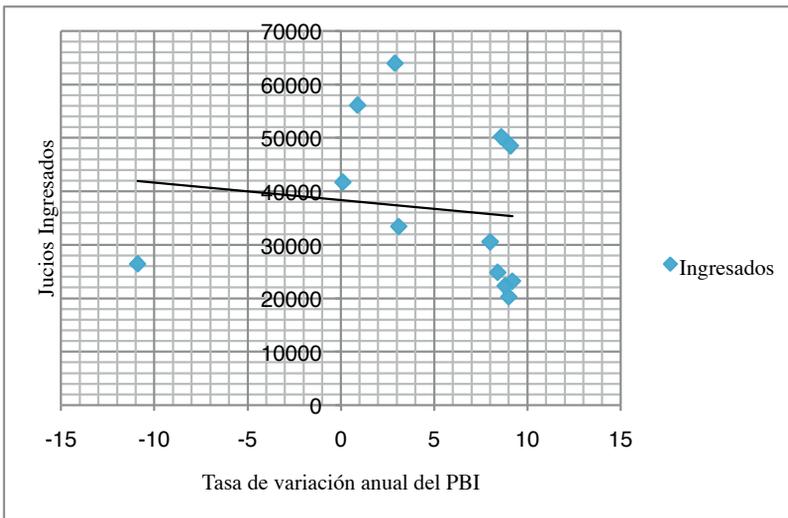
8. M. García Ferrando, *op. cit.*, p. 28.

Desarrollado por uno de los fundadores de la Estadística moderna, Karl Pearson, el coeficiente de correlación r que lleva su apellido (en adelante, r de Pearson) resulta una de las medidas más habituales en el análisis de asociación entre dos variables de intervalo. De simple interpretación, sus valores oscilan entre el 1 para los supuestos de asociación positiva perfecta y -1 cuando la asociación perfecta adquiere carácter negativo. Complementamos este coeficiente r con un diagrama de dispersión para cada par de variables, que representa los valores junto con la línea de regresión alrededor de la cual se ubican. Su consideración conjunta contribuye al arribo a conclusiones sobre las asociaciones en estudio.

1. De la relación entre variación del PBI e ingreso de juicios en el Fuero del Trabajo de la Nación

La primera de las asociaciones analizadas coloca la Variación anual del PBI en el eje de abscisas y el número de causas ingresadas en el Fuero Nacional del Trabajo en el eje de ordenadas:

Gráfico 5: Asociación entre variación anual del PBI y juicios ingresados en el Fuero Nacional del Trabajo



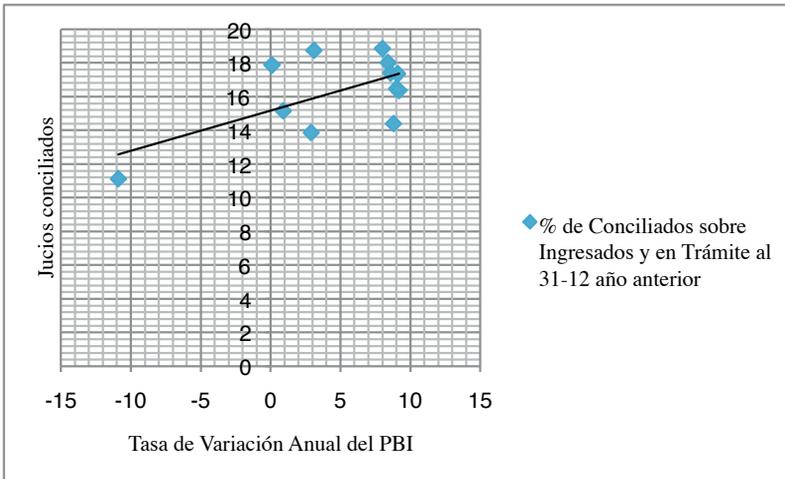
Fuente: CEPAL, 2015 y Anuarios de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

El valor de r de Pearson para este par resulta $-0,133$, conformando una débil correlación negativa que sugiere la ausencia de asociación relevante entre las variables.

2. De la relación entre variación del PBI y conclusión de juicios por transacción en el Fuero del Trabajo de la Nación

Analizamos a continuación la relación entre la variación anual del PBI y el modo de conclusión de los juicios en el Fuero del Trabajo de la Nación, contemplando en particular aquellos en los que son las propias partes quienes arriban a una solución. La investigación se introduce al efecto en el porcentaje de litigios así concluidos sobre el total de asuntos en trámite e ingresados en forma anual y su eventual asociación con la variable macroeconómica.

Gráfico 6: Asociación entre variación anual del PBI y juicios conciliados en el Fuero Nacional del Trabajo



Fuente: CEPAL, 2015 y Anuarios de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

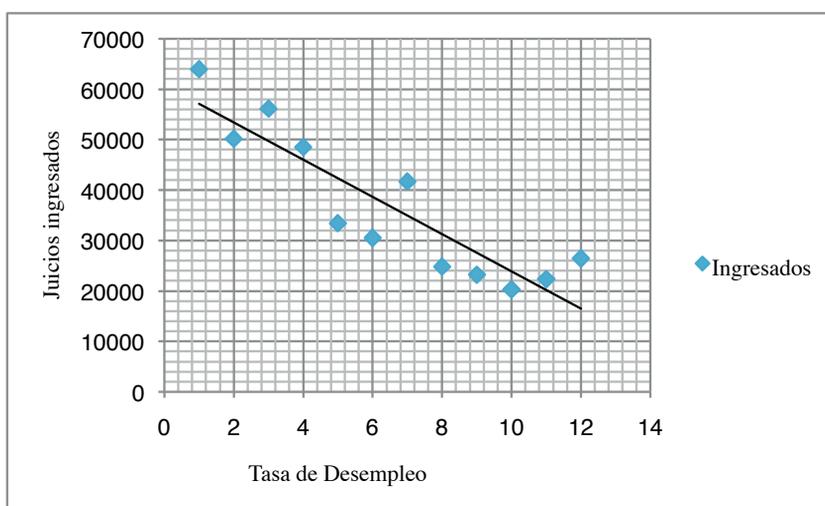
Ambas variables exhiben una correlación moderadamente positiva, con un valor r de Pearson de $0,626$. A diferencia del caso anterior y recordando que estamos en un campo descriptivo con variables simétricamente

consideradas, valores mayores de X (o de Y) se asocian con mayores valores de Y (o de X).

3. De la relación entre tasa de desempleo e ingreso de juicios en el Fuero del Trabajo de la Nación

La relación entre las variaciones de la tasa de desempleo y el ingreso de causas en el ámbito judicial bajo estudio, por su parte, reporta los siguientes resultados:

Gráfico 7: Asociación entre tasa de desempleo y juicios ingresados en el Fuero Nacional del Trabajo



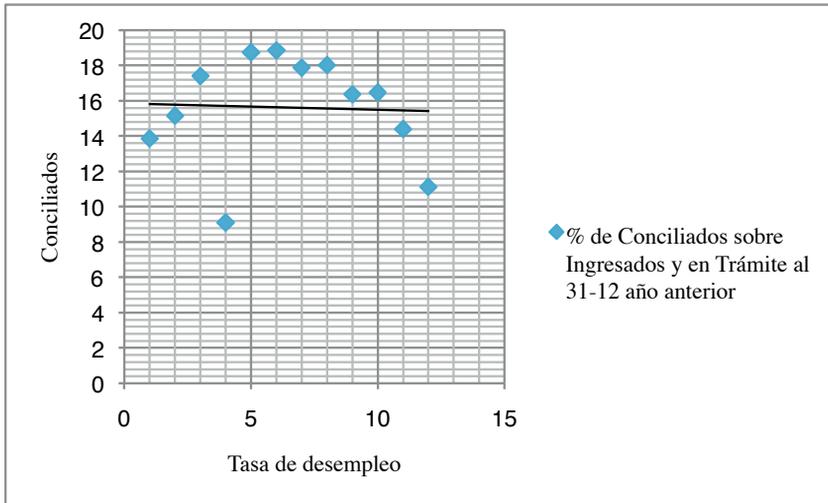
Fuente: CEPAL, 2015 y Anuarios de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

La relación entre la variable macroeconómica y la jurídica muestra en este caso un valor r de Pearson $-0,6909$, indicando una correlación negativa entre moderada y significativa, donde niveles altos de desempleo se asocian con niveles bajos de ingresos de causas y viceversa. Por primera vez, nuestro análisis se encuentra con una vinculación de cierta entidad que invita a conjeturar sobre la dirección de la asociación, así como sus posibles condicionantes.

4. De la relación entre tasa de desempleo y conclusión de juicios por transacción en el Fuero del Trabajo de la Nación

Por último, describimos la asociación entre tasa de desempleo como variable económica y conclusión de juicios por acuerdo entre litigantes:

Gráfico 8: Asociación entre tasa de desempleo y juicios y juicios conciliados en el Fuero Nacional del Trabajo



Fuente: CEPAL, 2015 y Anuarios de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

De acuerdo con nuestra reseña del coeficiente r de Pearson, su valor en el presente de $-0,3207$ parecería sugerir tan solo una débil asociación negativa. Empero, las dos variables muestran una relación curvilínea (nótese el recorrido de los puntos) por lo que el r cercano a 0 no indica más que una ausencia de relación lineal, sin responder a la asociación. De todas formas, apelando a una medida alternativa de igual lectura como el coeficiente Rho de Spearman, el valor arrojado alcanza $-0,03853$, argumento adicional para inclinarse por una ausencia de relación estadísticamente significativa.

IV. Epílogo

El rigor metodológico que nos hemos impuesto al inicio del trabajo exige un análisis final sin más aspiración que la de brindar respuestas restringidas al campo delimitado en la propuesta, tanto en su extensión material como temporal y espacial. Esa frontera sobre la validez externa y de conclusión estadística, empero, incentiva la continuidad de la línea de investigación abierta, invitando a indagaciones que contemplen períodos diversos, agentes distintos o bien variables no consideradas en el presente. En este sentido, el desarrollo de bases de datos estadísticos conforma una herramienta necesaria para el éxito de los estudios.

De esta forma, la descripción llevada a cabo no permite concluir la existencia de una significativa asociación general entre las variables macroeconómicas escogidas (variación del PBI y tasa de desempleo) y las jurídicas adoptadas (juicios ingresados al sistema de Justicia Nacional en el Fuero del Trabajo y casos concluidos por acuerdo de partes en ese ámbito), debiendo escindir el análisis en las diversas respuestas que ofrecen las relaciones bivariadas.

En primer lugar, no existe en el campo estudiado una asociación relevante entre el nivel de actividad económica, reflejado en la variación del PBI y el número de juicios ingresados en el Fuero del Trabajo. Esto es, las demandas al sistema de justicia laboral no encuentran relación con el crecimiento, estancamiento o caída de la Economía en general. Ahora bien, aunque solo en forma moderada, valores más altos de evolución del PBI aparecen asociados a mayores transacciones entre partes en litigio.

En segundo término, una mayor población ocupada figura vinculada a incrementos en los ingresos de demandas en el Fuero del Trabajo, siendo esta una relación de moderada a significativa. Así, los niveles de conflictividad ante la Justicia del Trabajo se elevan junto con la cantidad de individuos ocupados. Por su parte, no resulta relevante el nexo entre la tasa de desempleo y la conciliación de intereses por parte de los litigantes en el Fuero del Trabajo, aun cuando valga la aclaración estadística respecto de la forma curvilínea de la relación entre estas variables.

Concentra el Fuero del Trabajo los conflictos sometidos a resolución judicial relativos al empleo privado y a ciertos aspectos de la actividad en el sector público (por ejemplo, riesgos del trabajo o litigios de agentes vinculados al Estado bajo el régimen de la Ley 20.744). En este sentido, la asociación de

ciertas variables conectadas con el ingreso y conclusión de estas demandas al sistema de Justicia con determinados indicadores económicos como el nivel de actividad o empleo parecería natural. La descripción anterior, sin embargo, enseña un panorama menos claro, alentando a explorar nuevas asociaciones y alertando respecto del origen de los incentivos al conflicto en un ámbito tan sensible.

Bibliografía

- Cea d'ancona, M. A., *Metodología Cuantitativa. Estrategia y Técnicas de Investigación Social*, Madrid, Síntesis, 1998.
- Comisión Económica para América Latina (CEPAL), *Argentina. Perfil Nacional Económico*, versión digital, 2015.
- Epstein, L. y Martin, A. D., *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- García Ferrando, M., *Socioestadística. Introducción a la Estadística en Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, *Anuarios 2002-2013*, versión digital.

Funcionalismo alemán o sobre la ética penal (ensayo interdisciplinario)

*Felipe Lamas**

Resumen

El presente trabajo se desarrolla mediante una metodología distinta a la utilizada en los formatos académicos tradicionales –sean artículos, manuales o tratados–; se vale de un recurso pedagógico que, prácticamente, no es tenido en cuenta: la literatura –como herramienta de transmisión–, buscando profundizar en enfoques educativos que se encarguen no solo de los contenidos, sino, a la vez, de cómo transmitirlos.

En cuanto a la temática de fondo, el objetivo es investigar una de las corrientes filosóficas más trascendentes en cuanto a la teoría de la pena: la filosofía del idealismo alemán. Señalando algunas variables interpretativas que se han dado sobre la teoría hegeliana (la cual desde siempre fue señalada como *retributiva/absoluta* por la dogmática penal), la idea es poner en jaque ese pretenso carácter absoluto, y, a la vez, mostrar la gran carga simbólica-funcional que Hegel imprime en su teoría, la cual se aleja de la retribución kantiana para aproximarse a una teoría de profundo carácter simbólico como es la *prevención general positiva*.

Palabras clave: Filosofía del idealismo alemán, dogmática penal, literatura jurídica, interdisciplinariedad metodológica, teoría de la pena, modelo kantiano, perspectiva histórica, modelo hegeliano, prevención general positiva.

* Abogado, docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho (UBA), felipe.lamas@outlook.com.

German Idealism or Criminal Ethics

Abstract

This essay aims to develop itself using a different methodology to the traditional academic format –may these be articles or manuals–, making use of a very valuable pedagogic resource which is not taken into account: Literature –as a transmission tool–, going further into new educational policies that handles, not only its contents, but the way in which knowledge is transmitted.

As regard to the substantive issue, the purpose is to investigate one of the main philosophical current in terms of the theory of punishment: “German idealism philosophy”. Highlighting some interpretational variables that have been given about the Hegelian theory (which has always been pointed out as retributive/absolute by criminal law), the idea is to refute its so called absolute character and, simultaneously, show the symbolic-functional weight that Hegel prints on his theory, turning away from the Kantian retributive justice and approximating to a theory with a strong symbolic component as it is the positive general prevention.

Keywords: Philosophy of German Idealism, Criminal Dogmatic, Legal Literature, Interdisciplinary Methodology, Theory of Punishment, Kantian Approach, Historical Perspective, Hegelian Approach, Positive General Prevention.

I. A modo de introducción

El movimiento “Derecho y Literatura” comparte con varias corrientes de la teoría jurídica una finalidad crítica desde la cual se ha señalado que la educación jurídica tradicional enfatiza las voces de algunos individuos y grupos de nuestra sociedad;¹ en esta línea se argumenta que la lectura de textos literarios favorece la posibilidad de una comprensión empática de otras realidades humanas.

1. Roggero, *Derecho y Literatura. Textos y contextos*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, p. 12.

Autores como Ian Ward, dentro de este movimiento interdisciplinario, han argumentado que una educación jurídica liberal debe buscar captar la “sensibilidad de los estudiantes de derecho”. Esto encuentra su síntesis en la frase que Ward evoca del *Emilio*:² “verlo sin sentirlo, es no conocerlo”.

De modo tal, en el presente ensayo se propone a la ficción como herramienta que pueda servir, precisamente, para ampliar la empatía del lector y su comprensión, buscando brindar una experiencia de lenguaje que vaya más allá de la información.

II. Parte primera: Idealismo funcional alemán

*La interdisciplinariedad entre derecho y literatura es algo de lo que
sí se puede hablar, pero en voz baja.*

Enrique Marí, *La teoría de las ficciones*, 2002

*Si uno está interesado en las relaciones entre campos que a tenor
de las divisiones académicas al uso pertenecen a departamentos diferentes,
no se le acogerá como “constructor de puentes” como podría esperar
sino que ambas partes tenderán a considerarlo un extraño y un intruso
intelectual.*

Rudolf Carnap, *Biografía intelectual*, 1992

A. *Weltgeist*

Quizá la descripción más precisa para el Río de la Plata sería la de un mar al revés (siempre manso y de aguas dulces), pero mar en el corazón, eso sí. Nunca un río común, corriente, de costas a la vista. Alguna vez escuché la palabra estuario, pero este río no solo desemboca en el mar, sino más bien es parte del océano; vendría a ser una gran bahía al revés.

Esa mañana la ciudad brillaba al sol, escampada, sobre las aguas del Río de la Plata. Más allá de la ribera se veía una ruta marcada por el reflejo del sol sobre las aguas, como si fuera una de esas alfombras de gala, pero esta era una alfombra de luz brillando con toda su expresión, se trataba de una clara senda

2. Rousseau, citado en Ward, “La educación jurídica y la imaginación democrática”, *Derecho y Literatura*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, p. 111.

hacia altamar. Una ruta más plateada que dorada sobre el río que se perdía en la blancura de un cielo cada vez más celeste, más alentador, como ofreciendo buen augurio al viajero. Daba la impresión de ser el camino que a paso seguro lo llevaría a uno hacia el inconmensurable bienestar. Pero aquel no sería un estado de bienestar ordinario, serían las aguas (y las tierras) calmas de altamar. Lugar donde La Calma –con mayúscula– gobernaría a una cultura colorida con un milenario legado de tolerancia.

Desde mi atalaya, mirador implacable, sin dudas uno de los mejores observatorios del paisaje porteño (el enorme ventanal de la biblioteca) podía divisar, a vista de pájaro, una mañana de ciudad a la ribera. Estaba sentado en un punto de observación memorable. Y alguien, en algún lugar de los más banales que debe tener esta ciudad en medio del frenesí, pretendía que yo abandonara aquel ventanal de sueños para estudiar ciertos remedios o conceptos que me salvarían de la ignorancia, vida de mediocridad y potencial miseria. Eran muchas amenazas como para ignorarlas y dejar de lado lo que sería mi única salvación. De todos modos, por más que ese alguien, todos esos, que pretenden mis labores, mi estudio y obligaciones, jamás dejarían de controlarme, de examinarme, cómo enojarme con este centinela, cómo enojarme con todos los que corren con el cansancio de la hormiga por mi ciudad dándole la espalda a la ribera, si desde el firmamento yo tampoco puedo ver la senda hacia altamar. Ahí adentro, en el frenesí de la ciudad, la calma nunca jamás se escribe con mayúscula.

Un viaje sin fecha de regreso, a vuelo de pájaro. Eso es lo que me ofrece cada día, cada hora, ese ventanal: una invitación perfecta que rechacé; y sigo rechazando, aunque no dejo de imaginarme ese viaje por caminos de paisajes en flor cada vez que diviso por la ventana ese último límite de lo lejano.

B. Volkgeist

En aquel horizonte profundo, cruzando el mar, vive mi sueño. Mejor dicho cruzando el Río de la Plata por esa senda hacia aguas adentro, porque en aquellas tierras de altamar encontré el lugar (que no es una isla utópica de Moro ni alguna de esas otras islas pacíficas de volcán, ni de cultura oriental ni occidental), simplemente era un pueblo perdido –una cultura perdida– supongo que en algún confín olvidado y recordado de la memoria, o de mis sueños, en una fábula de navegantes sitiada por sueños errantes y palabras de amor, lugar perdido, escondido entre vetas en el mar.

Para ser un poco más claro podría decir que entre tanto sueño empecé un viaje, cruzando el mar, de eso no hay duda, cruzándolo para poder llegar, en algún momento, a divisar esas tierras: lo primero que pude ver fueron todas esas casas de costa; el sol empezaba a esconderse mientras se prendían las primeras luces amarillas y anaranjadas de cara al mar, el cielo fue tomando varios colores antes de oscurecerse. Ni bien empezaron a divisarse todas las luces invadiendo el caserío pude sentir un aroma inconfundible: el perfume de las piedras entre el mar, de algún puerto remoto.

Evidentemente me vieron llegar cuando arribé navegando. Debe haber sido porque en esas tierras no están acostumbrados a recibir visitantes; se trataba de unas gentes de lo más cálidas, para recibirme tomó la palabra aquel anciano con semblante amazónico: “Me llamo Jubiustrá”, dijo al empezar a hablar; me acuerdo como si fuera hoy, inclusive puedo verlo: Jubiustrá es una clase de anciano nunca antes visto, único. Único hasta que conocí a los demás. Más tarde me di cuenta que otros, montones de los viejos de esa tierra, logran ese inconfundible perfil de maestro vital. La gente mayor es dueña de un rol fundamental, de consulta y admiración. Son centro de esa tierra. Todos ahí anhelan llegar algún día y conseguir la sabiduría que solo los más viejos pueden conseguir, por eso disfrutaban tanto el envejecer; es un proceso de sabiduría, una experiencia de conocimiento.

Jubiustrá es uno de los patriarcas del lugar. Cuando él habla cubre de calma su entorno, de tolerancia, parece relatar embrujos o ciertas magias que lo transportan a uno a la naturaleza impoluta, al sinfín de la selva virgen, a un entendimiento virgen: como el de un niño que aprende palabras frente al todopoderoso conocimiento de sus padres, de sus adultos; porque Jubiustrá es un gran sabio no por ser un aficionado al conocimiento, sino por cómo domina el arte de transmitirlo; increíblemente me acuerdo de todos los consejos que me dio esa noche. Me notó tan interesado con la charla que se quedó al lado mío hasta que amaneció, seguramente fue porque yo era el primer visitante en muchísimos años –eso me dijeron–, no es fácil dar con las tierras de altamar. Entre tanta conversación terminamos hablando del ventanal de la biblioteca y de cómo yo imaginaba estas tierras cuando miraba a través del Río de la Plata. Le expliqué que en realidad no es un río sino un estuario, pero él ya lo sabía; Jubiustrá es un enterado de cuanto existe en el universo.

Él sabía sobre todo lo que yo estudiaba en la biblioteca, cuando le comenté mi interés por el derecho penal me respondió entusiasmado diciendo que conocía a muchos de los pensadores relacionados a la materia, a montones de juristas y filósofos; así fue que comenzamos a charlar sobre derecho penal, sobre sus ideas acerca del dolor, distintas teorías, filosofías del derecho... “¡Filosofía del derecho!”, dijo Jubiustrá, y lo repitió, entonces lo mencionó a Hegel —a quien yo estaba estudiando por esos días y tanto nombran los tratados de derecho penal—, y enseguida dijo que eran grandes amigos y que me lo presentaría (en ese momento empecé a dudar de lo que estaba escuchando), entonces le respondí que no podía ser posible porque Hegel murió hace muchos años; pero Jubiustrá me dijo que eso no era problema y que la muerte nunca fue algo importante porque le llevamos mucha ventaja. Por supuesto no entendí a qué se refería pero en ese momento volvió a insistir como al pasar: “Mañana mismo te lo voy a presentar”. Así, quedé a la expectativa sin entender de qué estaba hablando en realidad, ya demasiado cansado como para intentar adivinarlo. Esa madrugada terminé durmiendo en la casa de Nacib, un lugareño muy amistoso de los que me recibieron esa noche. Estaba tan cansado que dormí hasta la mañana del día siguiente.

Cuando me desperté, bien temprano, Jubiustrá estaba esperándome para ir a esa feria donde se juntaban dentro de unas carpas muy grandes, por la mañana, a conversar. Simplemente a charlar sobre distintos temas. “Asisten personalidades muy distinguidas”, me comentó Jubiustrá mientras caminábamos hasta el lugar.

Ni bien entramos a esa carpa de feria Jubiustrá me mostró, señalándome a cada uno, todas las grandes personalidades de las que me había hablado, había filósofos y otros pensadores, clásicos, modernos, de la antigüedad, de la ilustración y posteriores; eran como los retratos de los libros los muestran, imposible pero ahí estaban. “¡Acá está el querido Hegel!”, me dijo mientras se acercó y lo abrazó. Era Hegel.

—Él es un gran admirador de tu obra —le dijo Jubiustrá a Hegel refiriéndose a mí.

—Mucho gusto —contestó Hegel mientras me dio la mano.

Era Hegel. No puede existir alguien tan extremadamente parecido a todos los retratos que yo había visto. “Así y todo no puede ser”, pensé en voz baja.

—Habría que investigar hace cuánto murió Hegel —comenté en una reacción instintiva.

—Lo que habría que investigar es este trabajo milenario de pensar para producirse, estos viajes de descubrimiento a los cuales se lanza el pensamiento para descubrirse a sí mismo³ —respondió Hegel.

C. Sobre la grande Babilón

Esa mañana nos quedamos conversando juntos, durante gran parte del día, Hegel se mostraba entusiasmado al responder mis preguntas y la conversación se puso todavía más interesante cuando varios de los que estaban presentes se fueron acercando para escucharlo y opinar, se unieron a la charla grandes filósofos y hombres del derecho que habían asistido esa mañana a las carpas de feria.

El tema que más interesó a todos, entre tanta idea y filosofía, sin dudas fue el asunto del dolor, del castigo como tal. “Así como en todos los tiempos y en todos los pueblos se han impuesto penas, de igual modo la reflexión filosófica no ha sido ajena al espíritu del tiempo y del pueblo, ha habido ideas acerca del sentido de la pena”,⁴ dijo uno de los juristas desde la mesa donde estaban los más antiguos: en esa mesa tenían modales muy formales, se sentaban bien derechos, algunos con barbas extrañas y ropas elegantes; los primeros en intervenir tenían un moño o especie de corbatín que les abarcaba del cuello hasta la cintura. Eran Karl Binding y Max Ernst Mayer:

—A esas ideas y sistemas se las llamaba *teorías del derecho penal*. En esa designación hay una muy antigua pero injustificada pretensión; en verdad no es el Derecho penal, sino la pena, no la totalidad sino una mitad es el objeto de consideración: “el porqué del dolor. El porqué del hacer justicia penal”;⁵ por ello las teorías del Derecho penal son *teorías de la pena*⁶ —sentenció Binding mientras Mayer asentía con la cabeza.

3. Hegel, *Historia de la filosofía*, Buenos Aires, Gradifco, 2009, p. 29.

4. Mayer, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial B de F, 2007, p. 515 (Obra en alemán: *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, año 1915).

5. El texto entre comillas es un agregado propio.

6. Binding, *Compendio de la Parte general del Derecho penal*, 7ª edición, 1907, p. 203; en el mismo sentido Mayer, Max Ernst, loc. cit., quien a su vez cita el pasaje transcrito y se vale de dicha obra para concordar en la mayoría de los puntos del capítulo.

En ese momento Jubiustrá intervino diciendo que quizá podía resultar interesante un relato que él conocía sobre la “génesis de la historia penal” –así la llamó–, y dejó en claro que las primeras civilizaciones en legislarla, allá por tiempos remotos, lo hicieron desde la retribución, como concepto absoluto (y señaló a Hegel como haciendo hincapié en el carácter absoluto de su teoría). “Toda historia necesita un pueblo que la cuente”, dijo Jubiustrá e hizo una pausa antes de empezar:

—Este pueblo nació en un gran valle fértil, regado por dos grandes ríos, el Tigris y el Éufrates. Mesopotamia significa “entre ríos”, por tal motivo así se llamó al gran valle. Para remontarnos a los orígenes del pueblo que amanejó en sus riberas, es necesario advertir que su etnia fue el denominador común que amalgamó la historia. Al hablar de etnia no se debe hacer referencia a ninguna denotación biológica, sino cultural y lingüística. La cultura y las lenguas semitas pasaron por muchos pueblos que fueron marcando nuestra historia. Pero un pueblo en particular marcó la diferencia dejando su sello en la eternidad: el pueblo babilonio.

Babilonia y tantas otras civilizaciones semitas fueron marcando nuestra cultura actual. Para fijar el inicio de la retribución como uno de nuestros paradigmas culturales, podríamos elegir entre varios pueblos, por ejemplo el hebreo –también semita–, que compiló un conjunto de libros que llamaron “La Ley” (Torá); a estos libros en la era cristiana se les otorgó el nombre de “Pentateuco”, o mayormente conocidos como “Antiguo Testamento”; obra que más tarde se unió a un supuesto nuevo testamento para así concebir la llamada Biblia cristiana (atravesando, intrínsecamente, el “derecho común” –*corpus iuriscanonici* y *corpus iuris civile*–, fuente directa de nuestro derecho penal indiano).⁷

Pero dentro de los documentos jurídicos, códigos y distintas normas que promocionaron estas prácticas de “justicia” retributiva, existe uno que es sin lugar a dudas el documento fundacional de la retribución: el Código de Hammurabi.

Con más de tres mil setecientos años de antigüedad,⁸ el código de Hammurabi rigió el sistema de justicia babilonio (fundado en el concepto

7. Levaggi, *Historia del derecho penal argentino*, Perrot, 1978, p. 17 y ss.

8. Castro Dassen y González Sánchez, *Código de Hammurabi*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1966, p. 17; véase también Reither, *Panorama de Historia Universal*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, p. 26.

del talión); así fue legislado y permanece documentado en una gran piedra tallada que alberga las normas en cuestión, que, aún hoy en día, se encuentra en perfecto estado. Este código debe su nombre al soberano de Babilonia a la sazón, el rey Hammurabi, aquel grande babilón: matriz cultural de las teorías absolutas.

Así terminó su relato Jubiustrá mientras todos lo escuchaban en silencio. Y así se quedaron, pensando en aquellos tiempos remotos de antigua Mesopotamia, donde la pena se escribió a la medida de la retribución.

D. Sobre la vista de mar

Después del relato de Jubiustrá varios de los presentes dentro de estas enormes carpas de feria se fueron acercando para escuchar y conversar; la mayoría eran alemanes (como no es de extrañar cuando se habla de derecho penal).

En las tierras de altamar, ciertos días —y solo ciertos días—, se alcanza a ver todo el mar en primavera (y esta mañana era uno de esos días), por eso decidimos seguir la charla afuera de las carpas. Sacamos mesas y sillas.

Había juristas del siglo XIX, otros de comienzos del siglo XX, inclusive había contemporáneos que hoy en día continúan escribiendo. Algunos permanecían callados, otros daban sus puntos de vista:

—La teoría más antigua del derecho penal de la que tenemos conocimiento, es la del sofista Protágoras.⁹ Es una teoría relativa y se dirige contra la retribución y el criterio del talión que dominaba en las épocas anteriores¹⁰ —opinó Mezger, quien se presentó para dejar en claro que las teorías absolutas no son indiscutidamente las más antiguas teorías del derecho penal.

—Interesante —respondió Jubiustrá. —Pero tal vez lo más importante no sea saber cuál es la teoría más antigua, sino tener en claro desde hace cuánto se vienen discutiendo estas posturas en cuanto a la pena. Así como usted, señor Mezger, señala que Platón le hizo decir a Protágoras: “El que castiga de forma racional castiga no por lo injusto ya cometido, porque ya no es posible que lo que ya sucedió deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni otros que observan

9. 480-411 a.C.

10. Mezger, *Derecho penal. Parte general*, 6^a edición, 1955, Editorial Bibliográfica Argentina, p. 381.

cómo es castigado”;¹¹ es decir, así como se puede señalar que estas teorías relativas se vienen dibujando desde Protágoras; nada impide suponer que el mismo Protágoras haya tomado estas ideas de otro sofista o quién sabe hasta qué rincón del pasado se pueda remontar la discusión entre lo absoluto y relativo para justificar la legislación del dolor.

Se acercaron hasta el lugar dos personas, un hombre calvo y de barba perfectamente recortada y peinada, todavía más erguido que los demás, con unos lentes muy anticuados sin patillas que se sostenían solos sobre su nariz con una soguita que iba hasta su chaleco; y otro hombre de una apariencia bastante más actual. “Son Franz von Liszt y Hans Welzel”, me comentó Jubiustrá al oído como con cierto orgullo de compartir con ellos las tierras de altamar.

—La idea de fin: difícil saber si sea anterior o posterior al pensamiento retributivo —comentó von Liszt.

Después de una breve pausa Liszt se quitó esos anteojos sin patillas que se sostenían sobre su nariz, y siguió:

—Lo que sí podría asegurar es que durante decenios, sobre todo los anteriores al tiempo en que comencé a escribir ya por el siglo XIX, ejerció la concepción de la pena retributiva un dominio indisputado en la comunidad de los penalistas; sea que se apoyara en Fichte o Kant, en Herbart o en el señor Hegel, aquí presente.¹²

Entonces intervino Welzel, quien había llegado junto con Liszt, y agregó:

—Podríamos decir que a partir de ese momento la vida científica se cristalizó alrededor de dos escuelas. Una de las escuelas dio a llamarse “escuela moderna”, fue fundada por el señor von Liszt. Ella vio en el derecho penal un medio finalista racional.¹³

Así disertó Welzel, con la cabeza en alto, orgulloso de formar parte de tal modernidad, de tal nueva escuela racional. Y para finalizar su punto agregó:

11. Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Pamplona, Civitas Ediciones, 2006, p. 28.

12. Liszt, *La idea de fin en el Derecho Penal*, Serie J. de enseñanza del derecho y material didáctico, núm. 15, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile, México, 1994, p. 57.

13. Ídem (en el mismo sentido Welzel agrega que el trabajo de los clásicos se dirigió ante todo a la dogmática —obra principal: *Die Normen*, de Binding—; mientras que la escuela moderna tuvo por objetivo principal investigar las causas del delito, con el método causal de las ciencias naturales y encontrar los medios apropiados para su supresión).

—En un antagonismo en parte agudo, estaba la escuela de los “clásicos”, con el señor Karl Binding a la cabeza (y señaló hacía las sillas donde se encontraba Binding junto a Hegel), ellos guardaron la ideología conservadora autoritaria, delimitada por el Estado jurídico y la idea de retribución de Kant y Hegel.¹⁴

A Hegel le gustaba escuchar. Y mucha gente le habló. Mientras lo señalaban él permanecía inmutable; podían llamarlo autoritario y conservador —tal como lo estaban haciendo—, podían llamarlo demócrata o libertario, pero él permanecía inmutable disfrutando de oír a los demás.

III. Parte segunda: Esquivando la bravura del sol o sobre lo finito del saber en los juristas y el gran conocimiento de los filósofos

Recibiendo al verano y promediando la primavera, época de estudiantes ansiosos por terminar, entre todas las novelas y romances, el clima va cambiando. Jubiustrá explicaba: “Andar por la vereda del sol buscando un lugar donde calentarse es una sensación sumamente placentera en cualquier estación, pero por estas fechas ya no es tan recomendable porque los días como hoy, cuando se alcanza a ver todo el mar al rayo de verano, es preferible refugiarse en algún reparo, sobre todo si es un reparo de palmeras como en estas tierras tropicales de altamar. ¡O mejor aún! Propongo esperar un poco y continuar esta charla bajo algún claro de luna, con unas copas y compañía. Inclusive nos va a dar tiempo para antes pasar por las destilerías de mis bebidas preferidas”.

Y así fue, nuestra conversación siguió esa misma noche. La charla nos pasó de las carpas de feria a la vereda donde se veía el mar, y, de ahí, nos volvió a mover hasta algún lugar de la noche.

En altamar se dice que a la noche la inventaron los sabios. De las fiestas se dice lo mismo. Por eso todas las noches hay algún festejo, algún motivo por el que brindar:

—¡Salud! —gritó Jubiustrá y varios de los presentes lo seguimos alrededor de una gran mesa redonda, era una mesa realmente interesante la de esa noche, en la que nos encontrábamos casi todos los que habíamos ido por la mañana a las carpas de feria.

14. Welzel, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 18.

Sonidos de guitarras y tambores bajaban desde los morros hasta meterse entre las luces que se encendían en el pueblo. Repicaban los pies abajo de nuestra mesa como las manos del conguero: “Esos cueros de tambor son la lonja de mi corazón”, confesó Jubiustrá después de brindar. El clima de esa noche era ideal para quedarse charlando sea cual fuera el tema de conversación; pero como los presentes eran varios de los mismos que venían intercambiando opiniones desde la mañana, todos en la mesa querían seguir sobre las mismas ideas.

Si bien la conversación siguió girando en torno al dolor (sobre el dolor y su fin), hubo algo que cambió radicalmente: la llegada de un hombre modificó sustancialmente esta reunión.

Este hombre, en quien todos centraban sus miradas, permaneció, en un principio, observando, escuchando las opiniones que se esgrimían en la mesa. Varios seguían señalando a Hegel, delimitándolo: “En la retribución se ve agotado su contenido...”¹⁵ decía un jurista; daba la impresión de que todos querían demostrar cuán bien conocían las teorías de Hegel (tan bien como para juzgarlas y sentenciarlas), quizá se lo querían demostrar a él, quizá solo querían conversar entre olor de tabaco y aguardiente. Realmente era una imagen pintoresca la de estos filósofos en esa mesa nocturna disertando sobre idealismo alemán:

—Estas teorías¹⁶ solo centran su sentido en la retribución,¹⁷ quedando liberadas de cualquier consideración finalista¹⁸ —comentó otro de los que se sumó por la noche, llamado Jescheck.

—¡Exacto! Está agotado el contenido de la pena con la realización de una retribución justa.¹⁹ Esa es la “idea” de la pena para Hegel, como fin en sí misma²⁰ —sentenciaron Mayer y Welzel mirando a Hegel.

—La idea aparece sencillamente como la imposición querida de una mal dirigida a la compensación²¹ —reafirmó Jescheck.

15. En este sentido señala Welzel que las teorías absolutas ven en la retribución justa no solamente justificada la pena, sino también garantizada su realidad y agotado su contenido (Welzel, loc. cit., p. 235).

16. Referencia a las *teorías absolutas de la pena*.

17. Así el aforismo “*Poena absoluta ab effectum*”.

18. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Comares, 2002, p. 75.

19. Welzel, loc. cit., p. 236.

20. Mayer, Max Ernst, loc. cit., p. 515.

21. Jescheck, loc. cit.

—¿Solo de eso se trata? ¿Con la imposición de un mal por otro mal se agota esta teoría? De ser así ¿cómo algo tan básico se sostuvo durante tanto tiempo? —preguntó Jubiustrá.

—Lo que ha asegurado a la teoría de la retribución una influencia tan significativa durante tantos años, inclusive hasta tiempos recientes, fue la filosofía del idealismo alemán: tanto Kant, quien intentó fundamentar el ideal de retribución y justicia, e imponerlo frente a todas las concepciones utilitaristas del fin; como Hegel, quien llega a conclusiones similares,²² ¿no es así, señor Hegel? —interpelaron al filósofo alemán, pero Hegel no pudo responder porque fue interrumpido por aquel hombre que había llegado por la noche, en quien todos centraban sus miradas.

Al escuchar esa pregunta este hombre se asomó para responder entre los demás e inmediatamente todos lo dejaron hablar abriendo un espacio como si se tratara de un gran profesor haciéndose cargo de una clase acéfala: no se trata de otro de los tantos juristas o filósofos de la mesa; este hombre es Immanuel Kant:

—¿Están preguntando si las conclusiones de Hegel y las mías son similares? Precisamente mi fundamentación es enteramente una abstracción²³ (abstracción de cualquier realización práctica), por eso jamás podrán comparar mi filosofía moral con la de Hegel —contestó Kant, y siguió. —Mi planteo precisamente busca alejarse de cualquier concreción de la realidad, de cualquier regla práctica o de la costumbre. ¿O acaso no creen que es de la más urgente necesidad elaborar por fin una filosofía moral pura que esté enteramente limpia de todo cuando pueda ser empírico y perteneciente a la antropología?²⁴ Una metafísica de las costumbres es indispensablemente necesaria y lo es no solo por razones de orden especulativo para descubrir *a priori* los principios en nuestra razón, sino porque las costumbres mismas están expuestas a toda clase de corrupciones.²⁵

22. Roxin, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad* (traducción del original alemán *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, 1992, pp. 26-47), MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p.16.

23. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Las cuarenta, 2012, p. 97.

24. Ídem, p. 26.

25. Ídem, p. 27.

A. Reino universal de los fines en sí

Nuestra mesa, bajo un claro de luna, prácticamente prescindía de las luces que se encendieron a nuestro alrededor. Jubiustrá decía que la luz de luna es la melaza nocturna: “Quita las amarguras –explicaba–, por eso es aún mejor que aquellas luces amarillas y anaranjadas de cara al mar”. Como mencioné anteriormente, el clima de esa noche era ideal para quedarse charlando sea cual fuere el tema de conversación, pero nadie en la mesa dejó de escuchar atentamente a Kant mientras él parecía relatar un cuento de filosofía: “Se trata del Reino universal de los fines en sí: el magnífico ideal de la voluntad absolutamente buena”.²⁶ Más que un cuento, Kant parecía relatar cierta historia de un Reino metafísico:

—En la idea de una voluntad absolutamente buena, sin condición limitativa de alcanzar tal o cual finalidad, hay que hacer una abstracción enteramente de todo fin a realizar.²⁷

Dicho esto, Kant hizo una pausa con la mirada sobre el mar, como buscando las palabras precisas, y continuó:

—Todas las ciencias tienen una parte práctica, que consiste en tareas que ponen algún fin como posible para nosotros, y de imperativos, que dicen cómo puede conseguirse tal fin. Estos pueden llamarse imperativos hipotéticos, pero no imperativos categóricos, ya que no se trata de si el fin es racional y bueno, sino solo de lo que hay que hacer para conseguirlo.²⁸

Antes de continuar, justo cuando Kant volvió a hacer una breve pausa, vimos acercarse desde la orilla las siluetas de dos personas.

Nuestra mesa era una de las más cercanas a la costa, por eso sorprendía que alguien apareciera desde ese lado como por arte de magia, pero ahí estaban esos dos individuos, como para demostrar la magia de las tierras de altamar. Al igual que ocurrió con Kant, todos los dejaron pasar abriendo un espacio como si se tratara de dos grandes maestros a los que estaban esperando para completar el tribunal que deliberaría junto con Kant sobre nuestra cuestión. Se trataba de dos filósofos del derecho penal –nada más preciso–, un hombre y una mujer con un búho sobre el brazo. La mirada del ave era profunda, perfecta como la textura del plumaje que la cubría.

26. Ídem, p. 66.

27. Ídem, p. 96.

28. Ídem, p. 66.

Jubiustrá me comentó por lo bajo que la mujer del búho venía de París, que había estudiado en la Sorbona en los días de *Al vent*²⁹ y se habría vuelto la mayor discípula de Hegel en las tierras de altamar: “El búho que trae es un regalo de él, es un mochuelo de Atenas;³⁰ el hombre que llegó junto con ella, en cambio, no viene de la Sorbona sino de la Universidad de Bonn, es un profesor de derecho penal y filosofía del derecho a quien todos conocen como un profundo investigador de la obra hegeliana; seguro lo conozcas, es Günther Jakobs”, me explicó Jubiustrá. Antes de que tomaran asiento, Kant los saludó efusivamente, fue el único que se paró para abrazarlos; por su parte, Hegel, saludó a los dos recién llegados con un movimiento de cabeza y cierta sonrisa que denotaba camaradería. Nadie lo dijo pero no quedaron dudas: la mesa estaba completa.

Mientras Hegel le servía algo de vino a la mujer del búho, Kant intentó interiorizar a los recién llegados:

—Les estaba explicando que mi fundamentación no debe buscarse en la naturaleza antropológica del hombre o en las circunstancias del universo en que el hombre está puesto —como propone Hegel, por ejemplo³¹— sino *a priori* exclusivamente.³² ¡El magnífico ideal de un Reino universal de los fines en sí! Realizado por máximas cuya regla prescribe el imperativo categórico: el principio formal de estas máximas se basa en obrar como si debieras servir al mismo tiempo de ley universal.³³ Lo repetiré una vez más: es la idea de una voluntad absolutamente buena, hay que hacer una abstracción enteramente de todo fin a realizar.³⁴

29. La letra del *Al vent* está escrita en forma de grito, de proclama, precursora en gran medida del existencialismo contracultural que adoptarían los movimientos juveniles en todo el mundo, durante la décadas de los 60 y 70. Expresa de modo magistral el espíritu de libertad de un joven que es el mismo *viento del mundo*.

30. El ave de Minerva no emprende el vuelo sino hasta el atardecer, lo cual suele interpretarse como el momento en que llega la sabiduría, o, de otro modo, que una historia no se entiende sino hasta su final.

31. El texto entre guiones es un agregado propio.

32. Cualquier otro precepto que se funde en principios de la mera experiencia nunca podrá llamarse ley moral (Kant, loc. cit., p. 26).

33. El magnífico ideal de un Reino universal de los fines en sí al cual se puede pertenecer como miembros cuando nos conducimos escrupulosamente según máximas de la libertad, como si ellas fueran leyes de la naturaleza, produce en nosotros un vivo interés por la ley moral; ello no conlleva condición limitativa de alcanzar tal o cual finalidad (Ídem, pp. 96 y 98).

34. Ídem.

—Pero, hay algo que no estoy entendiendo —intervino un jurista insistiendo en la pregunta que había hecho unos minutos atrás, y siguió. —Si usted, señor Kant, intenta fundamentar el ideal de retribución y justicia, e imponerlo frente a todas las concepciones utilitaristas del fin, ¿acaso Hegel no llega a conclusiones similares? ¿No son ambas teorías llamadas absolutas por imponerse a fines sociales?

Ante esta pregunta uno de los recién llegados contestó categóricamente:

—Se dieron muchas interpretaciones sobre Hegel mediante una descripción de carácter superficial;³⁵ sin embargo, el desarrollo del lado social del delito se halla en el centro de la teoría de la pena de Hegel³⁶ —respondió Jakobs, contundente.

Todos los juristas de la mesa se quedaron atónitos sin saber qué decir; aquellos que estaban tan erguidos se empezaron a encorvar, los de barbas perfectamente recortadas y peinadas, los de lentes anticuados, todos vieron sus discursos cuestionados. En ese momento la mujer del búho remató:

—Esto significa que, si bien Hegel describe al Estado moderno como esa racionalidad que existe en el mundo, la razón en sí y por sí, ello no es una expresa referencia a un fin en sí mismo (como lo hace Kant sin dudas al respecto), sino que es en miras de otro fin determinado: en el plano del Estado las instituciones tienen por finalidad la satisfacción de todas las voluntades libres, la realización plena y la satisfacción de la vida en común.³⁷

B. Desde Minerva volando

La noche cambió de color. En lugar de repicar los pies abajo de la mesa al ritmo de las lonjas que sonaban, las que repicaban eran algunas manos nerviosas de los juristas que se habían quedado sin palabras de un momento para el otro cuando la mujer del búho y Jakobs —a quienes todos sabían profundos conocedores de las teorías hegelianas— tacharon de superficiales sus interpretaciones. Sin embargo Jubiustrá volvió a establecer el clima jovial y de charla amena al buscar una explicación:

35. Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 9.

36. Jakobs, *La pena estatal...*, loc. cit., p. 28.

37. Farinatti, *Hegel demócrata. En torno a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 44.

—Estas interpretaciones superficiales pueden deberse a que en aquella época en la que Hegel esbozó su pensamiento, quizás él no haya podido plantear una teoría que abiertamente desarrolle contenidos sociales, los cuales eran señalados con el estigma utilitarista. Por este motivo tal vez tampoco lograron interpretarla enteramente los juristas que fueron analizándola —explicó Jubiustrá con una sonrisa.

—Es posible, jamás hubiera tenido éxito al injertar el brote del pensamiento del fin en el tronco de lo absoluto durante los decenios en los que la concepción de la pena retributiva ejerció un dominio indisputado en la comunidad de los penalistas³⁸ —agregó Liszt. —Ni siquiera aun cuando se lo hubiera propuesto afanosamente habría tenido éxito. Solo en algo estuvieron de acuerdo en esa época: en la reprobación sin miramientos, y me atrevo a decir, en la estigmatización científica de todas aquellas teorías que se atrevieran a hacer de la idea del fin su punto de partida³⁹ —terminó de explicar Liszt.

La mujer del búho, esta vez con ánimo de apaciguar, agregó:

—Es un terreno donde las definiciones son fáciles de malinterpretarse: es el terreno de la Ética —dicho esto, el búho sobre su hombro emprendió vuelo hacía los morros.

Hegel hizo un movimiento con su mano (no estaba pidiendo permiso sino, más bien, anticipando su voz), se había decidido, de una vez por todas, a compartir su razón. Y con voz firme soltó:

—Es la Ética.

Dejó que esa palabra se adueñe de la atmósfera del lugar; recién en ese momento continuó:

—Lo Ético objetivo aparece en lugar del *bien abstracto*:⁴⁰ no debe ser reducido al vacío principio de la subjetividad moral.⁴¹ La eticidad es la Idea de la Libertad.⁴² Es aquella Idea en aras del Derecho,⁴³ de la libertad universal.⁴⁴

38. Liszt, loc. cit., p. 57.

39. Ídem.

40. Hegel, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Edhasa, 1988, Barcelona, p. 227.

41. Ídem, p. 229.

42. Ídem, p. 227.

43. Ídem, p. 222.

44. Ídem, p. 228 (para terminar de comprender el concepto remitirse a Hegel, *Fenomenología del espíritu*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 261).

Todos nos quedamos observándolo callados mientras el búho se perdía entre las últimas luces sobre los morros de mar; en ese instante de silencio Hegel sentenció:

—Ahí yace su fin motor.⁴⁵

C. Regiones de la verdad demasiado misteriosas o de cómo acariciar la ingenuidad

Entre copas la charla se fue tornando nuevamente amena; todos concordaban en que las definiciones en el terreno de la ética son un problema ya desde el momento en que Sócrates las planteaba. “El idealismo alemán, y Hegel como uno de sus abanderados, son una expresión más de la fecundidad del terreno ético”, explicó Jubiustrá. Entonces la mujer del búho, ya sin su ave a cuestas, lo cuestionó:

—Jubiustrá, no creo que el idealismo alemán sea solo una expresión más dentro de las definiciones éticas; Hegel traza otra clase de pincelada en este gran cuadro; dibuja un nuevo límite: el límite entre la Eticidad y la Moralidad.

Inmediatamente Kant, que también representaba al idealismo alemán, pero con el estandarte de la Moralidad, fue quien cuestionó a la mujer del búho:

—Estimada, ¿acaso usted no cree que sea necesario elaborar una filosofía moral pura, enteramente limpia de todo cuando pueda ser empírico?⁴⁶ Lo moralmente bueno, la idea de una voluntad absolutamente buena, no basta que sea *conforme* a la ley moral, sino que tiene que suceder *por* la ley moral.⁴⁷

—¿Lo moralmente bueno? Definición difícil de manejar —dijo Jubiustrá.

Antes de que Kant pueda responder, algunos de los juristas se adelantaron a dar ciertas explicaciones y vuelos de retórica que enlazaban razonamientos de materiales no muy nobles; entonces Jubiustrá replicó con simpleza:

—La mayor parte de las personas defenderían bravamente su derecho a seguir usando la palabra “bueno” y dirían que tiene un significado por sí misma. Sin embargo, su uso implica un verdadero problema intelectual; nos veríamos en grandes aprietos para decir lo que hay en común entre

45. Ídem, p. 227.

46. Kant, loc. cit., p. 26.

47. Ídem, p. 27.

la habilidad corporal y el sabor de un vino.⁴⁸ Podríamos decir que Platón elevó esta cuestión al nivel de doctrina filosófica.

Estas últimas palabras de Jubiustrá me hicieron pensar que cuando se intenta desarrollar una teoría, supongamos que filosófica, la mayoría de las veces suele ocurrir que ese concepto ya se ha tratado de forma muy parecida, con algún otro nombre, por algún otro pensador, a veces algunos años atrás, a veces centenares atrás, a veces milenios.

Hegel, por su parte, agregó:

—Si se considera solo como un “mal” aquello que se determina como superación del delito, se puede ciertamente juzgar como irracional “querer un mal meramente porque ya existe un mal anterior”.⁴⁹

Al mismo tiempo otros de los presentes seguían sobre aquellas definiciones éticas en torno a este o aquel “mal” o a lo “moralmente bueno” —en palabras de Kant—; entonces Jubiustrá explicó que, para Platón, dos cosas estaban simultáneamente en contradicción: por un lado la existencia de principios morales absolutos, y, por otro lado, el conocimiento científico como quimera en perpetua fluencia.⁵⁰ Y concluyó:

—Para Platón era impensable una solución escéptica, entonces hizo la otra cosa que quedaba como única posible. Sostuvo que estos principios morales absolutos existen, pero no pueden ser identificados con nada del mundo perceptible. Existen en un mundo ideal, fuera del espacio y del tiempo:⁵¹ en regiones de la verdad demasiado misteriosas para el razonamiento terrenal.

Al parecer a todos les interesó el asunto de aquellas regiones misteriosas de la verdad; la charla se tornó hasta con humor cuando hablaban unos sobre

48. Guthrie, *Los filósofos griegos. De Tales a Aristóteles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1953, p. 90.

49. Hegel, *Filosofía...* loc. cit., p. 160 (Hegel cita, a su vez, el presente pasaje transcrito en la *Filosofía del Derecho*, de la obra de Klein, *Tratado de derecho penal*, apartado 9, Halle, 1795; la traducción de este pasaje ha variado según la versión de Angélica Mendoza de Montero, de Editorial Claridad y la versión de Juan Luis Vermal, de Edhasa, donde se traduce el término “mal” como “perjuicio”).

50. Según la teoría heraclitiana del mundo, el conocimiento científico era una quimera en perpetua fluencia (Guthrie, loc. cit., p. 96.)

51. Ídem.

otros sin escucharse demasiado, intentando dar algunas respuestas atadas con alambre. “Quizás lo que haya en estas regiones de la verdad sea lo más suave de la ingenuidad como corolario del idealismo”, esbozó Jubiustrá.

—¡Hay otro corolario del idealismo! —exclamó la mujer del búho. —Se trata del Estado y su Eticidad: el Estado como modelo opuesto a la concepción individualista de la sociedad civil y sus grupos (familia y corporación).⁵² El Estado como espíritu objetivo, opuesto a la moral subjetiva.⁵³

—¿El Estado como idealismo alemán? —preguntó uno de los juristas.

—Para el idealismo hegeliano el Estado es el eterno Héroe retador de los molinos del egoísmo⁵⁴ y moralidad individual que soplan a contraviento de la Libertad General. Es la reconciliación de lo individual y lo universal.⁵⁵

52. Farinatti, loc. cit., p. 43.

53. Ídem, p. 66.

54. A propósito de la concepción del Estado en Hegel, hay autores que realizan un interesante análisis sobre la respectiva finalidad de la pena que ha de corresponder a tal concepción estatal: Frister (*Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, 2011, p. 61), por ejemplo, plantea la pregunta de si puede ser un contenido estatal imponer la “realidad” de ese Derecho racional —y la pena como su manifestación— no solo para promover el bienestar general (eso ya sería una teoría relativa de la pena), sino en razón de sí mismo. Hegel contestaría que sí —según Frister— porque concibe al Estado distanciándose conscientemente de la idea de Estado de la Ilustración, especialmente del contrato social; no como servidor de la sociedad, sino como el “racional en sí y por sí”, en el que razón y derecho se realizan en función de sí mismos. Pero una idea de Estado de esa índole es tenida hoy, con razón, por superada —continúa explicando Frister—, la misión del Estado moderno consiste tan solo en salvaguardar y promover el bienestar de sus ciudadanos; dado que la realización de la justicia en razón de sí misma no es cometido del Estado, ella tampoco puede ser el fin de la pena estatal. Mir Puig (*Derecho penal. Parte general*, B de F, 2010, p. 80), señala que un Estado moderno como el actual no podría dar acogida a esta teoría, ya que la concepción actual del Estado buscaría mantener deslindados los campos de la Ética-moral y el Derecho porque no admite que la Ética o religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico. Sin embargo, autores como Armin Kaufmann (*La misión*, 1982, p. 120) niegan que teorías como la hegeliana defiendan una “pura retribución” que exigiera castigar a todo hecho injusto y culpable. Así, siguiendo esta última línea, en el presente trabajo se instala la posibilidad de replantearse al Estado hegeliano, ya no como el encargado de imponer una moral religiosa o justicia determinada sobre la tierra, sino con el objetivo de establecer la libertad general de la sociedad reconciliando lo individual y lo universal. Lo cual se evidencia al delimitar los conceptos de “moral”, por un lado, y “ética/Eticidad” en términos hegelianos, por otro lado.

55. Farinatti, loc. cit., p. 43.

D. Que son campanas de palo

—Lo universal se tiene que garantizar.

El secreto estaba en la atmósfera que Hegel generaba con cada silencio; haciendo correr una corriente termal entre quienes lo rodeábamos, lograba mantenernos en plena vigilia:

—La reconciliación de lo individual y lo universal —continuó Hegel— conlleva también que una gran masa no caiga por debajo de cierto nivel de subsistencia solo para concentrar en pocas manos riquezas desproporcionadas;⁵⁶ en tanto que, al igual que el arbitrio, también otras circunstancias casuales, físicas o que dependen de condiciones exteriores, pueden reducir a los individuos a la pobreza; por ello el Estado toma con los pobres el lugar de la familia en cuanto a las necesidades de la sociedad, como la posibilidad de adquirir cultura, cuidados sanitarios o administración de justicia.⁵⁷

Entonces la mujer del búho con cierta emoción intervino diciendo:

—La filosofía debe “honrar la necesidad” en aras de la “hermosa totalidad” hegeliana. Desde la antigüedad subyace esta idea del Estado como corolario del idealismo: ya Platón explicó que su objeto al fundar la Ciudad Estado no fue ofrecer una felicidad especial a una clase determinada, sino a toda la ciudad.⁵⁸ Este es un idealismo clásico y moderno.

—Algunas veces —respondió Jubiustrá —se pierde el eje central de una teoría filosófica por querer extraer un concepto aislado de ella, como puede suceder en el trabajo de los juristas con las Teorías de la pena.

—La teoría de la pena es una de las materias peor tratadas en la moderna ciencia positiva del derecho, porque en ella el entendimiento no es suficiente, sino que se trata esencialmente del concepto⁵⁹ —reafirmó Hegel.

Jubiustrá nos contó que al escuchar todas esas palabras sobre las penas, las necesidades y la pobreza le venía a la mente un recuerdo, cierta poesía que comenzó a recitar, y decía más o menos así: “Para él son los ca-

56. Hegel, *Filosofía...* loc. cit., p. 309.

57. Ídem, p. 307.

58. Guthrie, loc. cit., p. 86.

59. Hegel, *Filosofía...* loc. cit., p. 160.

labozos,/ Para él las duras prisiones,/ En su boca no hay razones/ Aunque la razón le sobre,/ Que son campanas de palo./ Las razones de los pobres”. Supongo que pocos logramos reconocer esos versos de José Hernández, los alemanes parecían desconcertados; pero como mencioné anteriormente, Jubiustrá es un enterado de cuanto existe en este mundo.

E. De lo general y lo positivo en la prevención o sobre la conclusión

Uniforme, casaca, camión, había otros metidos en camisolas antiguas, zapatitos de tacón tenía la mujer del búho, pero todos en esa mesa oíamos atentos cada vez que el maestro alemán, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, decidía hablar; sobre todo esta vez, cuando mencionó su propia teoría de la pena y comenzó a explicarla:

—La violación o lesión de los deberes jurídicos del Estado,⁶⁰ por acción u omisión, es una primera violencia;⁶¹ pero la violencia pedagógica o violencia ejercida contra el salvajismo e ignorancia, aparece realmente autónoma y no como resultado de otra violencia.⁶² La vulneración que afecta al delincuente no es solo justa en sí; en su acción de un ente racional, está implícito un Universal.⁶³ La determinación de los individuos es llevar una vida universal, y la unión como tal es el verdadero contenido y fin.⁶⁴

En ese instante, Jakobs agregó:

—La teoría hegeliana recibe una configuración que en poco se diferencia de mi teoría de la prevención general positiva.⁶⁵ Dado que en Hegel el dolor es además un elemento simbólico, donde la máxima configurada por el autor, y su compensación, son irrelevantes, siendo relevante la del or-

60. O bien violación de un contrato (el contrato, como apariencia del derecho, continúa apareciendo en lo injusto) u obligaciones acerca de la familia (Ídem, p. 155).

61. La fuerza o violencia tomadas abstractamente son injustas (Ídem).

62. Ídem (la traducción de este pasaje ha variado según la versión de Angélica Mendoza de Montero, de la Editorial Claridad, y la versión de Juan Luis Verma, de Edhasa; sin embargo, los cambios son insignificantes).

63. Ídem, p. 161.

64. Ídem, p. 319.

65. Jakobs, *Derecho penal. Parte general...* loc. cit., p. 23.

den jurídico.⁶⁶ Él interrelaciona hecho y pena ya no como hechos externos (como lo hace Kant), sino dotados de significación.⁶⁷

Una vez más todos los juristas que venían juzgando y sentenciando la teoría hegeliana volvieron a caer en la cuenta de todo aquello que habían pasado por alto: se habían cansado de señalar un pretendido carácter maniqueo, donde la lisa y llana retribución de un mal restablece un concepto de derecho que nada significa.

Pero Hegel había sido muy claro: el Derecho –con mayúscula, como La Calma de altamar– significa Libertad, Libertad General, su fin motor es la determinación de los individuos para llevar una vida universal.

F. Idealismo de altamar o una conclusión con otras palabras

Hace cientos de años en carabelas austeras surcaron los océanos para llegar a Eldorado y a la fuente de la eterna juventud; sin embargo, se toparon con las artes del indio americano. Hoy los océanos se surcan en transatlánticos gigantes y nadie logra dar con las tierras de altamar: se trata de un desencuentro perfecto.

Creo haber mencionado que las tierras –y aguas calmas– de altamar, no forman un Estado ordinario, sino aquel lugar donde La Calma gobierna a una cultura colorida con un milenario legado de tolerancia. Se trata del idealismo de altamar. A Hegel le parece razonable, sin embargo al muy idealista ni Eldorado del Cándido lo convencería, él sigue insistiendo en ese Estado extraordinario, en aquel Héroe retador de molinos del egoísmo.

66. Ídem, p. 31.

67. Hegel se da cuenta de que la pena necesaria corresponde, en sus palabras, “al poder de la sociedad ya seguro de sí mismo”, es decir, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida; de nuevo en sus palabras, “la peligrosidad de la acción para la sociedad”. Por eso Hegel ha dicho que la pena y su respectivo Código Penal pertenecen, ante todo, a su tiempo al estado en que se encuentre la sociedad civil (Ídem, p. 23).

Bibliografía

- Binding, Karl, *Compendio de la Parte general del Derecho penal*, 7ª edición, 1907.
- Castro Dassen y González Sánchez, *Código de Hammurabi*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1966.
- Farinatti, Alicia, *Hegel demócrata. En torno a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Frister, Helmut, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- Guthrie, W. K. C., *Los filósofos griegos. De Tales a Aristóteles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1953.
- Hegel, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- *Historia de la filosofía*, Buenos Aires, Gradifco, 2009.
- *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Edhasa, 1988.
- Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- *La pena estatal: significado y finalidad*, Pamplona, Civitas Ediciones, 2006.
- Jeschek, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Comares, 2002.
- Levaggi, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978.
- Mayer, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.
- Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, 6ª edición, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1955.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2010.
- Reither, Joseph, *Panorama de Historia Universal*, Buenos Aires, Eudeba, 1977.
- Roxin, Claus, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad* (traducción del original alemán *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, 1992), Maier (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el Derecho Penal*, Serie J. de enseñanza del derecho y material didáctico, núm. 15, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.

Welzel, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1956.

Los procesos civiles relativos a la capacidad: de la Ley de Salud Mental al nuevo Código Civil y Comercial

Jorge Nicolás Lafferriere y Carlos Muñoz***

Resumen

A partir de una investigación sobre la aplicación de la Ley 26.657 de Salud Mental en los procesos civiles de capacidad de la Ciudad de Buenos Aires presentamos algunas conclusiones en relación a: a) la capacidad jurídica del interesado durante el proceso; b) los criterios de conformación y actuación del equipo interdisciplinario; c) los contenidos y alcances de las sentencias de restricción a la capacidad; y d) los procesos de revisión de sentencia. El estudio se realiza en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378 con jerarquía constitucional por Ley 27.044) y considerando las cuestiones planteadas por la Ley de Salud Mental, la práctica judicial en los procesos civiles de capacidad y las proyecciones en relación al Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994).

Palabras clave: capacidad civil, discapacidad, apoyos.

* Abogado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor Adjunto Interino de Derecho Civil (UBA), Director del proyecto DECYT 14.148 (Derecho, UBA). Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA); jorgelafferriere@derecho.uba.ar.

** Abogado (UBA), Master en Droit (Universidad de París X), Ayudante Docente de 1ra. de Derecho Civil (UBA), Profesor Adjunto de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA), Investigador formado del proyecto DECYT 14.148 (Derecho UBA); carlosmuniz@derecho.uba.ar.

Judicial Proceedings Concerning Civil Capacity: From Mental Health Law to the New Civil and Commercial Code¹

Abstract

We present some conclusions of the research project that deals with the judicial application in the City of Buenos Aires of the Law 26.657 on Mental Health in the proceedings that involve the determination of civil capacity, regarding: a) the legal capacity of the person during the proceedings; b) the criteria to integrate interdisciplinary teams and its functioning; c) the contents and scope of the judicial ruling restricting civil capacity; and d) the proceedings to review the judgement. The study was conducted within the framework of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Law 26.378 with constitutional hierarchy by Law 27.044) and considering the issues raised by the Mental Health Act, the judicial practice in civil capacity and its projections in relation to the Civil and Commercial Code (Law 26.994).

Keywords: Civil Capacity, Disability, Support.

I. Introducción

En 2010, se sancionó la Ley 26.657 de Salud Mental (en adelante LSM, B.O. 3/12/2010) con el objeto de “asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más

1. Los autores agradecen los aportes y comentarios de Lucas Aón, Carlos Carranza Casares, Julio Martínez Alcorta y Luz Pagano a una versión previa de este trabajo presentada en el marco de la Jornada “Los procesos civiles de capacidad: de la Ley de Salud Mental al nuevo Código Civil y Comercial” que tuvo lugar en la Sala Vélez Sarsfield de la Facultad de Derecho de la UBA el 7 de abril de 2016. El agradecimiento es extensivo al servicio de consulta online de la Defensoría General de la Nación. Los errores que subsisten son de exclusiva responsabilidad de los autores.

beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (art. 1º).

Se trata de una compleja norma que consta de 46 artículos estructurados en 12 capítulos con una amplia cobertura temática: Derechos y garantías; Definición; Ámbito de aplicación; Derechos de las personas con padecimiento mental; Modalidad de abordaje; Del equipo interdisciplinario; Internaciones; Derivaciones; Autoridad de Aplicación; Órgano de revisión; Convenios de cooperación con las provincias, y Disposiciones complementarias.

En este contexto, la LSM introdujo una única pero decisiva modificación en el Código Civil vigente en ese momento: el artículo 152 ter en el Código Civil que cambiaba el régimen referido al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con padecimientos mentales. El texto del artículo era el siguiente: “Artículo 152 ter: ‘Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

El artículo 152 ter conllevaba un importante cambio en la forma de actuar ante los procesos civiles de determinación de la capacidad: a) en primer lugar, cuestionaba la subsistencia de la categoría de incapacidad absoluta de hecho, que era contemplada en diversas normas del Código Civil, e introducía un principio de capacidad jurídica de hecho, con base en el artículo 3 de la LSM, incluso durante el proceso; b) obligaba a dar intervención a un equipo interdisciplinario; c) modificaba los contenidos y alcances de las sentencias, que debían ahora precisar las funciones y los actos que se limitaban; y d) establecía la necesidad de revisión de las sentencias cada tres años.

La LSM reconocía como antecedente en este punto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) aprobada por la Ley 26.378 y que desde diciembre de 2014 cuenta con jerarquía constitucional por la Ley 27.044, que en su art. 12 estableció reglas en materia de capacidad jurídica que también impusieron la necesidad de revisión de las normas civiles sobre ejercicio de la capacidad en caso de personas con discapacidad mental o intelectual.

En ese marco, iniciamos en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires un proyecto de investigación con la finalidad de relevar cómo había sido la aplicación de la LSM en el ámbito de los tribunales civiles de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de poder presentar un

balance que permita recoger conclusiones y formular recomendaciones en la búsqueda de aportar a mejorar la práctica forense en la perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad.²

Nuestra principal hipótesis fue que la LSM introdujo una profunda reforma en el sistema de capacidad del Código Civil, aunque esa reforma resultó incompleta en tanto se limitó a incorporar un solo artículo al Código Civil y no se modificó la redacción de otros artículos del mismo código que entraban en contradicción con las nuevas disposiciones de la LSM. En tal marco, entendimos que la aplicación de la LSM en la práctica judicial podía aportar elementos significativos para valorar la reforma de fondo impulsada por la LSM y que las conclusiones podían ayudar a la implementación de esos cambios, y eventualmente de los que dispusiera el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC). Sobre todo, nos proponíamos contribuir a la consolidación y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en torno a su capacidad jurídica a la luz de la CDPD.

Desde lo metodológico, nos propusimos contar con dos fuentes de información: por un lado, entrevistas personales con actores del Poder Judicial a fin de poder conocer su opinión sobre la forma de implementación de la LSM en los procesos civiles de capacidad.³ Por el otro, realizamos un relevamiento y sistematización en una base de datos de las sentencias dictadas sobre el tema por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante simplemente la Cámara o CNCiv).⁴

2. El presente trabajo recoge las principales conclusiones del Proyecto de Investigación DECYT 1.418 (2014-2016) aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, integrado por los autores y por Patricio José Moyano Peña (doctorando UCA), Florencia Serdán, Juan González Mayer, Brenda Zlotolow, Federico Pérez, María Agustina Acosta Robins, Daniel Gustavo Villagra, Patricio Spraggon Amato y Paula Constarino (alumnos de abogacía UBA).

3. Mantuvimos entrevistas con jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con jueces de Primera Instancia del mismo fuero, con integrantes de la Defensoría General y curadores y con abogados especializados en la temática.

4. En total relevamos 390 sentencias publicadas en el Centro de Información Judicial (cij.gov.ar) correspondientes a las Salas A a M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil bajo la carátula “152 ter”. Además, se tuvo en cuenta el informe sobre “Salud Mental” publicado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, noviembre de 2013, disponible en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00003/00075774.Pdf>.

Paralelamente, se realizó un fichaje de las sentencias más relevantes y de los artículos de doctrina publicados. El proyecto organizó además dos Jornadas para la discusión de los resultados (4 de junio de 2015 y 7 de abril de 2016 en la Facultad de Derecho de la UBA) y se redactaron y publicaron ponencias y artículos en revistas especializadas.

A poco tiempo de la puesta en marcha de este proyecto de investigación, se sancionó y entró en vigencia el CCC aprobado por Ley 26.994 (B.O. 8/10/2014), que vino a introducir una modificación sustantiva e integral del régimen de ejercicio de la capacidad, especialmente teniendo en cuenta las disposiciones de la CDPD.⁵

Así, y con el escenario planteado por las nuevas normas sobre capacidad jurídica del CCC,⁶ nos proponemos presentar algunas conclusiones del proyecto de investigación que entendemos pueden ser valiosas para aprender del proceso de implementación de la LSM. En este artículo, seguiremos los cuatro ejes en torno a los cuales estructuramos el análisis de la aplicación de la LSM en los procesos vinculados con la capacidad jurídica, a saber: a) la capacidad jurídica durante el proceso; b) la intervención de un equipo interdisciplinario; c) la obligación de determinar los actos y funciones que se limitan en las sentencias de incapacidad e inhabilitación; d) la obligación de revisar cada tres años las sentencias sobre capacidad. A su vez, en torno a cada uno de los temas, haremos una introducción con el cuadro de situación que había suscitado la LSM, luego

5. Debe tenerse presente muy especialmente la Observación General N°1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11° período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, (CRPD/C/GC/1).

6. No consideraremos aquí la problemática de la aplicación inmediata del CCC a las situaciones jurídicas vigentes al momento de su entrada en vigencia. Sobre el tema en específica relación a la capacidad ver: M. M. Galli Fiant, "Personas con capacidad restringida y su protección", La Ley 05/04/2016, 05/04/2016, 7, AR/DOC/800/2016; J. N. Lafferriere, "Aplicación inmediata del nuevo Código Civil y Comercial en materia de capacidad", SJA 2016/02/17-29 ; JA 2016-I; J. P. Olmo, "Procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica: algunas primeras respuestas en la etapa de transición", RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 92, AR/DOC/3888/2015; J. P. Olmo, M. P. Menossi, "Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo", RC-CyC 2015 (julio), 01/07/2015, 61, AR/DOC/1588/2015; M. J. Fornari, "Una nueva mirada judicial sobre la eficacia temporal de la reforma del Código Civil y Comercial y sus implicancias en materia de capacidad", DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 219, AR/DOC/3998/2015.

presentaremos las prácticas judiciales y cerraremos cada apartado con un breve estudio de la nueva regulación del CCC en relación a las cuestiones que son resueltas en la nueva normativa y aquellas que permanecen abiertas.

Previamente, haremos una breve referencia al marco convencional en el que se mueve tanto la legislación como la actuación del Poder Judicial.

II. Las exigencias convencionales y el régimen de capacidad jurídica

Dentro del amplio conjunto de normas de la CDPD, el artículo 12 establece los criterios con relación a su capacidad jurídica:

“Artículo 12.- Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para

garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

La relevancia del artículo 12 se puede advertir en tanto fue eje de la primera observación general emanada del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Observación General N°1, CRPD/C/GC/1, 19-5-2014).⁷ En este documento, que brinda una insoslayable pauta interpretativa para aplicar la CDPD, se impulsó la adopción del llamado “modelo de apoyos”, entendiendo que “la obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos” (párrafo 28).

El impacto del art. 12 CDPD y el reconocimiento de base de la igualdad jurídica de las personas con discapacidad es tal vez el aspecto más significativo de cambios en la materia introducido por la Convención⁸ y sus implicaciones son numerosas, requiriendo una reevaluación integral de la legislación vigente.⁹ Si tuviéramos que hacer una breve síntesis de las características que impulsa el art. 12 CDPD para la capacidad jurídica, podemos mencionar: la promoción de la autonomía de la persona; la adopción de un modelo de apoyos;¹⁰ la igualdad jurídica en materia de capacidad¹¹ y

7. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General N°1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.

8. G. Quinn, “Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the paradigm shift of Article 12 CRPD”, HPOD Conference, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010, http://www.nuigalway.ie/cdlp/staff/gerard_quinn.html (último acceso: 10-05-2016).

9. P. Weller, “Reconsidering legal capacity: radical critiques, governmentality and dividing practice”, *Griffith Law Review*, 2014, Vol. 23, No. 3, p. 501.

10. E. Flynn, A. Arnstein-Kerslake, “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?”, *Berkeley Journal of International Law*, 2014, Vol. 32:1, pp. 124-143.

11. M. Bach, *The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities: Key concepts and directions from law reform*, Toronto, Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009, p. 2.

las salvaguardas para evitar abusos que sean proporcionadas, adaptadas a la persona, y revisables periódicamente.¹² El Comité enfatiza la importancia de abandonar los esquemas de sustitución de voluntad y pasar a sistemas de apoyos. Agustina Palacios realiza un pormenorizado estudio de la gestación del artículo 12 y remarca la importancia y centralidad de la igualdad en torno a la “capacidad jurídica”, término que engloba tanto la capacidad de derecho como la capacidad de hecho o de ejercicio.¹³

La LSM, si bien no mencionaba en forma explícita el art. 12, estaba guiada por sus disposiciones cuando introdujo el artículo 152 ter en el CC de Vélez Sarsfield. Sin embargo, tampoco ese artículo resultó suficiente en el cumplimiento de los lineamientos convencionales, como lo prueban las recomendaciones que el Comité de la CDPD hizo a nuestro país en el año 2012¹⁴ con especial foco en el cumplimiento de las directivas del artículo 12.¹⁵ Se constataba, entonces, la existencia de una tensión entre las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield y los criterios del art. 12 de la CDPD.

Ahora bien, en cuanto a nuestra investigación, en el período estudiado para las sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, hemos encontrado dos fallos que tuvieron que abordar cuestionamientos directos a

12. Ver A. J. Kraut, “Derecho y salud mental. Hacia un cambio de paradigma”, *La Ley* 06/06/2012, 06/06/2012, 1; J.C. Berbere Delgado, “La salud mental y la discapacidad. La igualdad como principio y su equilibrio con la protección”, *DFyP*, 2014 (septiembre), 26/8/2014, p. 184.

13. A. Palacios, “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los Derechos Humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Capacidad jurídica, discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A. Palacios, F. Bariffi, (coords.), Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 226.

14. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Argentina. CRPD/C/ARG/CO/1.

15. Ver al respecto A. Kemelmajer de Carlucci, S. E. Fernández, M. Herrera, “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”, *La Ley*, 18/08/2015, 1, AR/DOC/2518/2015; S. E. Fernández, “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos”, *RCCyC* 2015 (julio), 01/07/2015, 73, AR/DOC/2104/2015.

los artículos del Código Civil que establecían las limitaciones a la capacidad. En estos autos se sostuvo que tales artículos violaban las disposiciones del art. 12 de la CDPD y en ambos casos, los jueces de Cámara rechazaron los planteos. En la causa “BM s/art. 152 ter”, la Sala J de la Cámara señaló que la inhabilitación decretada no le quita libertad ni autonomía a la causante sino que tiene por fin protegerla.¹⁶ Por su parte, la Sala I dictó sentencia en la causa “WG s/ Insania” rechazando un planteo similar, remarcando también “que las quejas que proponen desestimar la denuncia, abundan en argumentaciones relacionadas con los principios que se encuentran en juego pero al momento de traducir su incidencia al caso concreto, terminan proponiendo una solución que no asume la protección que G necesita. Pierden de vista las apelantes que la institución que se regula es para la protección y no para la estigmatización de quien o quienes pueden acceder a la tutela que allí se prevé”.¹⁷

Entendemos que el CCC responde adecuadamente a los criterios de la CDPD y nos remitimos a otros trabajos donde profundizamos el tema,¹⁸ dejando aclarado que sabemos que persisten algunas tensiones en torno al régimen del nuevo CCC en materia de capacidad, sobre todo por la subsistencia de algunos supuestos de representación.¹⁹

III. Sobre la capacidad durante el proceso

A. La situación planteada por la LSM

Si bien ya existía un extendido acuerdo sobre la subsistencia de la capacidad de la persona implicada durante el proceso de “incapacidad” bajo

16. CNCiv, Sala J, Sentencia del 28 de noviembre de 2013, *BM s/art. 152 ter. Código Civil*.

17. CNCiv, Sala I, Sentencia del 15 de mayo de 2014, *WG s/Insania*.

18. G. F. Peyrano, J. N. Lafferriere, *Restricciones a la capacidad*, Buenos Aires, El Derecho, 016, pp. 30-44; J. N. Lafferriere, C. Muñiz, “Las restricciones a la capacidad”, en *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, G. Limodio (ed.), Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 533-539.

19. Sobre el particular, ver A. Kemelmajer de Carlucci, S. E. Fernández, M. Herrera, “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”, *La Ley*, 18/08/2015, 1, AR/DOC/2518/2015.

el Código Civil y la Ley 17.711, con la LSM y el nuevo artículo 152 ter se consolidó esa tendencia. En efecto, por el juego de los artículos 3 de la Ley 26.657 que dispone que “...se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas” y el art. 152 ter que señalaba que las sentencias “deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”, claramente se llegaba a la conclusión de la capacidad de la persona durante el proceso.²⁰

Ahora bien, la reafirmación de esta capacidad proyectaba efectos sobre la cuestión del “curador *ad litem*” o curador provisorio, su designación y sus funciones. También surgía como interrogante qué tipo de intervención correspondía al Ministerio Público de Menores e Incapaces durante el proceso y qué cambios significó la LSM para la actuación de los defensores públicos. Son estas las cuestiones que consideramos en este eje de nuestra investigación.

B. La práctica judicial

En las entrevistas e investigaciones realizadas en el marco del proyecto señalado se constató amplio acuerdo en torno a que la persona implicada en un proceso de determinación judicial de su capacidad jurídica es capaz durante ese proceso, salvo las medidas cautelares que eventualmente se puedan adoptar y en cumplimiento de los criterios generales sobre el carácter excepcional de tales restricciones.

En cuanto a las funciones del “curado” durante el proceso, durante este período se consolida la distinción entre asistencia letrada y los sistemas de apoyo y representación. Al respecto, es relevante consignar la tarea cumplida por la Defensoría General de la Nación (DGN) que luego de la LSM avanzó, a modo de experiencia piloto, en la creación de Unidades específicas de actuación.²¹ Por Resolución DGN 841/2011 (04/7/2011), con específico fundamento en el art. 12 CDPD, la LSM y el art. 152 ter CC, se decide asignar

20. Sobre el tema, ver J. N. Lafferriere, C. Muñiz, “La capacidad jurídica de las personas con enfermedad mental durante el proceso. Los cambios que resultan del art. 152 ter de la LSM y sus proyecciones en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Jurisprudencia Argentina*, 18 de febrero de 2015, SJA 2015/02/18-3; JA 2015-I.

21. S. Crocci, J. A. Martínez Alcorta, “Defensa en juicio y curatela provisorio”, *El Derecho Familia*, 2014, n. 47, p. 17.

a los Curadores Públicos funciones diversificadas, a saber: curadores provisorios, curadores definitivos, curador provisorio para la revisión de sentencias y asistencia letrada en los términos del art. 22 LSM.

En tal sentido, por Resolución DGN 841/2011 se asigna a 12 Curadores Públicos la función de actuar como “Curadores Provisorios” y se les asignan las siguientes funciones:

- a. Defensa técnica de la persona cuya capacidad se encuentre discutida.
- b. Defensa técnica en el marco de lo establecido en el art. 22 de la Ley 26.657.²²

La Resolución señala que la función principal de los curadores provisorios es “la defensa técnica de la persona cuya capacidad se encuentre discutida, teniendo como objetivo primordial expresar la voluntad de sus asistidos en el marco del procedimiento judicial”. “En el ejercicio de la defensa técnica, el curador deberá respetar la voluntad y las preferencias de la persona asistida, sin conflictos de interés. A tal fin, deberá tomar contacto personal e indelegable con la persona en forma permanente y fluida”. La Resolución aclara que “en ningún caso ejercerán la representación del sujeto fuera del juicio de incapacitación o inhabilitación, salvo que el juzgado les extienda facultades especiales para actos puntuales”.

Esta Resolución DGN 841/2011 diferenciaba funcionalmente a los curadores definitivos. Fue luego precisada por la Resolución DGN 1045/2012 (10/9/2012) distinguiendo entre curatela de representación y curatela de apoyo entre los “curadores definitivos”.

Luego de la sentencia, la función del Ministerio Público de la Defensa es de supervisión de los curadores, controlando y de ser necesario representando de manera subsidiaria a la persona frente a la omisión o deficiencia en la representación.

Al respecto, por Resolución DGN 899/2013 (06/08/2013) se instruyó a defensores públicos de menores e incapaces y curadores públicos para

22. “ARTÍCULO 22. – La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento” (Ley 26.657).

que articulen los medios que resultaren necesarios para la designación de curadores públicos provisorios en el marco de los procesos del art. 152 ter en los que resultare pertinente. A su vez, por la Resolución DGN 805/2014 (06/06/2014) se crea la Unidad de Letrados para la Revisión de Sentencias que Restringen el Ejercicio de la Capacidad Jurídica, dependiente del ámbito de la Dirección General de Tutores y Curadores Públicos. Sobre la necesidad del rol de defensa técnica en el proceso de revisión de sentencias y su superposición con las funciones del curador definitivo existen discrepancias en la jurisprudencia reciente.²³ Volveremos sobre el punto al referirnos a la revisión de sentencia.

Por otra parte, encontramos que la Unidad de Asesoría Letrada del art. 22 LSM no tiene intervención en los procesos de capacidad, en principio, ya que su actuar se circunscribe solo a la internación involuntaria de la persona.

Este proceso de adaptación a las nuevas reglas en materia de capacidad es modificado por la sanción de la Ley 27.149 (B.O. 10/6/2015) que dispuso que el Ministerio Público de la Defensa estuviera integrado en calidad de Magistrados por Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia (art. 15 inciso 8) y Defensores Públicos Curadores (art. 15 inciso 9). Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces tienen sus funciones delimitadas por el artículo 43 de esa ley, interviniendo “en los procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias” (inciso a) y “en forma complementaria en todo asunto judicial que afecte los derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes, o de personas respecto de quienes haya recaído sentencia en el marco de un proceso referente al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias” (inciso b), entre otras funciones.²⁴

23. Ver por ejemplo reconocimiento de la necesidad de designación de curador provisorio en el proceso de revisión en CNCiv, Sala D, Sentencia del 8 de abril de 2014, *CBS s/ artículo 152 ter. código civil*; CNCiv, Sala L, Sentencia del 11 de abril de 2014, *FCJ s/ artículo 152 ter. código civil*; CNCiv, Sala K, Sentencia del 23 de junio de 2014, *SS y otro s/ artículo 152 ter código civil*; CNCiv, Sala C, Sentencia del 17 de octubre de 2013, *B, NN s/ artículo 152 ter código civil*. En contra ver por ejemplo CNCiv, Sala I, Sentencia del 10 de abril de 2014, *AP s/ artículo 152 ter código civil*; CNCiv, Sala H, Sentencia del 10 de abril de 2014, *GRAR. s/ artículo 152 ter código civil*.

24. Ver M. B. Giavarino, “El Ministerio Público en el Código Civil y Comercial de la Na-

En lo que nos interesa con relación a la experiencia piloto antes mencionada, el artículo 46 regula las funciones de los Defensores Públicos Curadores, quienes “actúan en el marco de procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica y de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica, cuando no existieran bienes suficientes que permitan la designación a cargo económicamente de la persona involucrada o de quien, presumiblemente, debiera asumir las costas; o en ausencia de familiar o referente comunitario que pudiera hacerse cargo de tal función”. Los deberes y atribuciones de estos Defensores son:

“Artículo 46: ...

- a) Ejercer la defensa técnica en procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de la implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias, en orden a garantizar los derechos de igualdad y no discriminación, el derecho a ser oído y debidamente informado, a participar en el proceso, incluso mediante los ajustes de procedimiento que puedan requerirse, en respeto a la autonomía y reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. En el ejercicio de la función, deben tener en cuenta la voluntad y preferencias del asistido.
- b) Ejercer la función de representación que se disponga en procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica, con relación a los actos comprendidos en la sentencia, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias del asistido.
- c) Ejercer la función de apoyo que se disponga en procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias, con relación a los actos comprendidos en la sentencia, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias del asistido.
- d) Ejercer la función de apoyo que se establezca por decisiones no jurisdiccionales, siempre que así fuera dispuesto en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, de conformidad con las particularidades específicas de cada caso y los niveles de cobertura de la prestación del servicio.

ción. Una interpretación sobre su actuación”, *La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2015, diciembre, p. 179.

- e) Instar la revisión judicial de las sentencias dictadas en el marco de procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias, en un plazo no superior a tres (3) años desde que fue dictada o en un término menor si ello fuere pertinente.
- f) Adecuar su actuación a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia de las personas con discapacidad; en particular al respeto por su autonomía, voluntad y preferencias, al derecho a participar en el proceso, incluso mediante los ajustes de procedimiento que sean necesarios, y a la no discriminación.
- g) Promover la defensa o asistencia con especial consideración de la perspectiva de género y la diversidad cultural.
- h) Proceder de oficio, en el ámbito judicial y extrajudicial en la defensa de los derechos e intereses de sus asistidos, de conformidad con lo previsto en esta ley y en la reglamentación pertinente.
- i) Instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de propender a la mejor solución jurídica para sus asistidos.
- j) Concurrir a las instituciones en donde se encuentren alojadas las personas asistidas.
- k) Convocar personas a su despacho cuando fuere necesario para el ejercicio de su ministerio.
- l) Responder a los pedidos de informes que les formule la Defensoría General de la Nación”.

Se advierte que se conservó la denominación “Defensores Públicos Curadores”, aun cuando se desprende del CCC que el régimen general está asignado a los “apoyos”, siendo el supuesto de curatela un caso excepcional para las situaciones del art. 32 último párrafo CCC. Sin perjuicio de ello, la Ley 27.149 formula una descripción de funciones que ya toma en cuenta las nuevas regulaciones emanadas del CCC, llegando incluso a contemplar funciones de apoyo por decisiones “no jurisdiccionales” (inciso d).

Luego de la entrada en vigencia de la Ley 27.149, la Defensoría General de la Nación aprobó la Resolución DGN 1114/2015 (29/6/2015) y reformó la estructura interna de la DGN, suprimiéndose la Dirección General de Tutores y Curadores Públicos y creándose la Unidad de Defensores Públicos Tutores y Curadores (punto I). También se dispuso que la Unidad de Letrados

para la Revisión de Sentencias que Restringen el Ejercicio de la Capacidad Jurídica continuara funcionando dentro del ámbito de la Unidad creada en el punto I (punto VII).

Respecto a la experiencia piloto de asignación funcional dispuesta por las Resoluciones DGN 841/11 y 1045/12, la entrada en vigencia de la Ley 27.149 motivó un primer pedido del Defensor a cargo de la Unidad de Defensores Públicos y Curadores para que sea prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2015, lo que fue decidido por Resolución DGN 1573/2015 (15/9/2015). Con posterioridad, algunos Defensores Públicos Curadores solicitaron que no se vuelva a prorrogar esta experiencia piloto, mientras que una Defensora Pública Curadora expresó su disenso con los colegas. Ante esta situación, la experiencia piloto fue prorrogada por tres meses en dos oportunidades, por Resoluciones DGN 2199/2015 (21/12/2015) y DGN 443/2016 (31/3/2016).

Con estos antecedentes, se dictó la Resolución DGN 765/2016 (23/5/2016) que da cuenta de los cambios operados por la Ley 27.149 y de una nota presentada por los Defensores Públicos Curadores, con excepción de uno, en la que “formalizaron su voluntad para que se dejen sin efecto las reglamentaciones vinculadas con la división funcional entre los/as Defensores/as Públicos/as Curadores/as, en la inteligencia de que había variado sustancialmente la situación imperante, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que delimitó de manera excepcional los supuestos de curatela, al tiempo que implementó sistemas de apoyo que pueden implicar, en forma simultánea, funciones de representación o asistencia según el acto” (Visto y Considerando, punto III, Res. DNG 765/2016). También se señala que la Secretaría General de Política Institucional dictaminó que no existe óbice para dar por concluida la experiencia piloto, “siempre que la modificación del esquema vigente se dirija a respetar el modelo social de la discapacidad, manteniendo los estándares nacionales e internacionales de actuación vigentes (conf. la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, las leyes N°26.657 y 27.149, y el CCyCN)” (Visto y Considerando, punto VI, Res. DNG 765/2016). En este marco, la Resolución DGN 765/2016 deja sin efecto la experiencia piloto antes mencionada y dispone que cada Defensor Público Curador asuma la totalidad de las funciones establecidas en el art. 46 y concordantes de la Ley 27.149. También se disuelve la “Unidad de Letrados para la Revisión de Sentencias que restringen el Ejercicio de la Capacidad Jurídica”. En la Resolución también se aprueba un cuadro de asignación de

los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil ante los que actuarán los Defensores Públicos Curadores (punto XLIV, Res. DGN 765/2016).

Cabe consignar que la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657, creada por Resolución DGN 558/2011 (12/5/2011) y 841/2011, continúa en funcionamiento por encontrarse respaldada por la LSM.

Un aspecto relevante en este eje fue el conflicto suscitado por la subsistencia de normas procesales que no se adecúan a los criterios de la LSM. Nos referimos concretamente a los artículos que obligan a designar un curador provisorio (arts. 626 y 628 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En este sentido, en una sentencia de la Sala E se ratificó la necesidad de designar un curador provisorio durante el proceso y que sea un abogado de la matrícula, a tenor del artículo 626 inc. 1 CPCC.²⁵

Respecto a la necesidad de entrevista del juez con el interesado durante el proceso, una sentencia de la Sala A ordenó la realización de una entrevista del magistrado con el presunto incapaz.²⁶ En este punto, el nuevo Código manda la realización de tal encuentro personal. Al respecto, corresponde señalar que existía una Acordada de la Cámara disponiendo como obligación del juez mantener una audiencia personal con el implicado en el proceso de incapacidad.²⁷

Finalmente, cabe señalar que, en lo terminológico, desde la LSM se produce un cambio en las carátulas del fuero civil, reemplazándose la vieja

25. CNCiv, Sala E, Sentencia del 15 de julio de 2014, *BPS s/ art. 152 ter. Código Civil s/ Incidente art. 250 CPCC*.

26. CNCiv, Sala A, Sentencia de 6 de junio de 2014, *PSEI s/ art. 152 ter Código Civil*.

27. CNCiv, Acordada 741, del 22 de septiembre de 1981, Tomo XXII Folios 81-83, en la que se dispone como artículo 2º: “Los jueces deberán tomar conocimiento personal, por lo menos una vez al año, de los dementes, inhábiles, presuntos o declarados, y de los internados a los que se refiere el artículo 482 del Código Civil, cuyas actuaciones tramitan ante su Juzgado y se encuentren en establecimientos sitios en Capital Federal”. Dato aportado por la Dra. Luz María Pagano y el Dr. Carlos Carranza Casares durante la Jornada realizada en la UBA el 7 de abril de 2016, organizada por el proyecto DECYT 1418. La Acordada también se refiere al impulso de oficio de las causas (art. 1), al deber de tomar las medidas consignadas en el art. 630 CPCC dentro de los 5 días de recibida la noticia de la internación (art. 3), al plazo para tomar medidas precautorias (art. 4) y a la necesidad de llevar un libro de procesos de demencia e inhabilitación (art. 5 y 6).

denominación “insania o inhabilitación” por un genérico 152 ter.²⁸ Más recientemente, con la entrada en vigencia del CCC, los nuevos expedientes llevan como carátula la frase “Determinación de capacidad”.

C. El nuevo Código Civil y Comercial

Es indudable que el nuevo CCC ratifica el criterio de la capacidad durante el proceso con un régimen jurídico más consistente y armónico y regula de forma amplia y flexible la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante el proceso. Así, resultan fundamentales las reglas generales del artículo 31 que disponen en lo que a este tema se refiere que: “a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona” (art. 31 CCC).

Específicamente, se refiere a la capacidad durante el proceso el artículo 34, que señala:

“ARTÍCULO 34. – Medidas cautelares. Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso”.

Igualmente, relevantes son los artículos 35, sobre la “inmediatez con el interesado durante el proceso” y la entrevista personal, como así también sobre la necesidad de asegurar “la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento”.²⁹ Olmo destaca que “la entrevista personal no será una

28. J. P. Olmo, “El fin de los procesos de ‘insania e inhabilitación’”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 2012, marzo, p. 39, AR/DOC/6659/2011. En lo terminológico, Carranza Casares llamaba la atención sobre la importancia de “emplear un lenguaje que pueda ser utilizado en el diálogo con las mismas personas afectadas y sus familias, sin que razonablemente les resulte incómodo, despectivo o estigmatizador” (C. Carranza Casares, *Salud mental y derechos humanos a concretar*, Buenos Aires, EDUCA, 2007, p. 17).

29. Ver R. O. Berizonce, “Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas”, *La Ley* 12/05/2015, 12/05/2015, 1, AR/DOC/1339/2015; C. E. Camps, “Los procesos de restricción de la capacidad en la jurisprudencia”, *RCCyC* 2015 (noviembre), 17/11/2015, 3, AR/DOC/3804/2015.

mera facultad sino un deber indelegable del juez, quien deberá asegurarla en cada proceso”.³⁰ Tobías llama la atención sobre la amplitud de la frase del art. 35 que dispone que el juez debe entrevistar personalmente al interesado “antes de dictar resolución alguna” y entiende que la o las entrevistas “deben celebrarse previamente a cualquier resolución que tenga relevancia en el proceso. Revisten esa característica [...]: el auto que resuelve dar curso a la denuncia; el dictado de la sentencia y cualquier otra que, por las particularidades del desarrollo del proceso, el magistrado estime que es de trascendencia”.³¹ Por su parte, el artículo 36 señala que “la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa”.

Así, bajo las nuevas disposiciones del CCC, el ejercicio de la capacidad durante el proceso puede ser restringido en forma excepcional, como medida cautelar, en los términos del artículo 34 y con pleno respeto a todas las reglas generales emanadas del artículo 31. Comentando este artículo 34, Saux advierte: “La aparente posibilidad de que el juez dicte de oficio medidas cautelares personales y patrimoniales en el juicio de declaración de incapacidad o capacidad restringida (art. 34), aun orientada en sentido protectorio, creemos que puede, en ciertos casos, vulnerar el principio dispositivo y poner en riesgo el derecho de defensa en juicio”.³²

En tanto no se ha modificado aún el Código Procesal Civil y Comercial (arts. 626 y 628) en lo relativo al curador provisorio o *ad litem*, subsiste el problema reseñado en el apartado anterior.

El nuevo Código clarifica bien el rol de este abogado que interviene en el proceso y que cumple con la asistencia letrada y la defensa técnica. En tal sentido, buena parte de la doctrina considera que ya no es necesaria la designación de un curador provisorio, función que es asumida por este letrado asistente al que alude el artículo. En el marco de las XXV Jornadas

30. J. P. Olmo, Comentario art. 35, en *Código Civil Código Civil y Comercial de la Nación*. J. C. Rivera, G. Medina (dirs.), M. Esper (coord.), Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 127.

31. J. W. Tobías, en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, J. H. Alterini, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, pp. 297.

32. E. I. Saux, “Aporte para debate en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, octubre 2015). Tema de la Comisión N°1 (Parte general): Nuevas reglas al régimen de capacidad de la persona humana”, La Ley Online, AR/DOC/2978/2015.

de Derecho Civil, fueron Palmero, Saux y Reyna quienes sostuvieron esta desaparición de la figura del curador provisorio,³³ mientras que fue el Dr. Mazzinghi el que sostuvo la necesidad de continuar nombrando al curador *ad litem* en tanto se trata de una norma imperativa de los códigos procesales que aún no han sido derogados (punto 24 del dictamen de la comisión N°1).

Un aspecto que permanece abierto es la posibilidad de nombrar curador con funciones de representación durante el proceso (art. 34 CCC). La figura puede dar lugar a controversias por la posible sustitución de voluntad, en forma contraria a los criterios del art. 12 CDPD, y la aparición de una figura que en el nuevo código quedó establecida como excepcional. En este punto, parece claro que tal posibilidad solo se dará en los casos del art. 32 in fine CCC. Sin embargo, el punto seguramente puede dar lugar a algunos planteos sobre su convencionalidad en la aplicación del nuevo Código.

IV. Sobre la conformación del equipo interdisciplinario

A. La situación planteada por la LSM

La LSM introdujo la obligatoriedad del examen interdisciplinario en forma previa al dictado de una sentencia de incapacidad o inhabilitación. El tema comprende diversas problemáticas, desde la noción misma de interdisciplina, hasta la conformación de los equipos, las incumbencias profesionales, la forma en que debe redactarse el dictamen, la responsabilidad y aun la disponibilidad de los recursos y personal para conformar tales equipos.³⁴

La LSM establece en reiteradas disposiciones la necesidad de un abordaje interdisciplinario. Ello se observa en los artículos 5º, 8º, 9º, 12, 13, 15, 16, 24, y en los textos de los artículos 152 ter y 482 que la ley incorpora al

33. La figura del curador provisorio ha desaparecido del derecho argentino”. Despacho en minoría de Saux, Palmero, Reyna en la Comisión N°1 en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 1, 2 y 3 de octubre de 2015, disponible en <http://jndc-bahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf> (último acceso: 6-5-2016).

34. Ver C. Muñoz, “El abordaje interdisciplinario de la salud mental. Situación actual a partir de la ley 26.657 y el decreto 603/2013”, *Revista DFyP* 2014 (marzo), 03/03/2014, 162, AR/DOC/4184/2013.

Código Civil. La exigencia de una intervención “interdisciplinaria” apunta a reflejar el enfoque social de la discapacidad que caracteriza a la CDPD. Martínez Alcorta enfatiza que la ley argentina agrega una “garantía extra” a las disposiciones de la CDPD, pues “requiere que los peritajes de la causa sean realizados en forma interdisciplinaria. Se trata de un desprendimiento de lo preceptuado en el artículo 26.1.a de la CDPD, que establece ‘una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona’ como base de las prestaciones que deben brindar los servicios de habilitación y rehabilitación”.³⁵ En el mismo sentido se pronuncian Kraut y Palacios.³⁶

Uno de los principales temas que generó dudas fue el referido a la composición misma del equipo interdisciplinario.³⁷ En su momento, la LSM no derogó los artículos 142 y 143 del Código Civil que disponían que “la declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos” (art. 142), y que “si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía, deberá decirse si es parcial o total” (art. 143). Incluso, en el ámbito del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tampoco fue modificado el artículo 626 de ese Código que dispone que “el juez resolverá: 3) La designación de oficio de TRES (3) médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo preindicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano”. En su comentario inicial a la LSM, Famá y Pagano se pronuncian por la necesidad de que la evaluación interdisciplinaria no vaya “en desmedro” de la evaluación pericial realizada por tres médicos psiquiatras, interpretando que se trata de una garantía judicial y alegando que “lo que la nueva ley propone es sumar y no restar garantías mediante un abordaje interdisciplinario que tenga en consideración una mirada integral respecto de la persona y su entorno”.³⁸

35. J. A. Martínez Alcorta, “El nuevo régimen de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica”, *El Derecho Familia*, 2014, 55-59. Del mismo autor ver J. A. Martínez Alcorta, “Responsabilidad civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental”, *Infojus*, Revista Derecho Privado, diciembre 2014, Año III, N° 9 pág. 127, Id Infojus: DACF150066.

36. A. J. Kraut, A. Palacios, en *Código Civil y Comercial Comentado*, R. L. Lorenzetti (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, Tomo I, p. 133.

37. Entre otros, L. D. Cровi, “Capacidad de las personas con padecimientos mentales”, *La Ley* 25/10/2011, 1, *La Ley* 2011-F, 758 Cita Online: AR/DOC/3292/2011.

38. M. V. Famá, L. M. Pagano, “La salud mental desde la óptica de la ley 26.657”, en

En un documentado trabajo, Mayo y Tobías consideraron que la conformación de los equipos no podía circunscribirse a los médicos psiquiatras, que el equipo tendría que incorporar “facultativos” teniendo en cuenta las incumbencias profesionales y que los trabajadores sociales, el personal de enfermería y los terapeutas ocupacionales no podían participar de la etapa de diagnóstico y pronóstico.³⁹

Sobre el tema de la integración y modalidad de trabajo del equipo eran aplicables los criterios que surgen de los siguientes artículos de la LSM:

“ARTÍCULO 8°. – Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes”.

“ARTÍCULO 13. – Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental. Todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales tienen derecho a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para lo cual se deben desarrollar políticas específicas”.

Por su parte, el decreto 603/2013 reglamentario de la LSM dispone sobre este punto:

“ARTÍCULO 8°. – Los integrantes de los equipos interdisciplinarios asumen las responsabilidades que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto.

Las disciplinas enumeradas en el artículo 8° de la Ley N°26.657 no son taxativas.

Cada jurisdicción definirá las características óptimas de conformación de sus equipos, de acuerdo a las necesidades y particularidades propias de la población.

addenda de actualización a J. O. Azpiri (dir.), *Instituciones del derecho de familia y sucesiones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 88.

39. J. A. Mayo, J. W. Tobías, “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, *La Ley* 14/02/2011, 14/02/2011, 1 - DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153.

En aquellas jurisdicciones en donde aún no se han desarrollado equipos interdisciplinarios, la Autoridad de Aplicación en conjunto con las autoridades locales, diseñarán programas tendientes a la conformación de los mismos, estableciendo plazos para el cumplimiento de dicho objetivo. Hasta tanto se conformen los mencionados equipos, se procurará sostener una atención adecuada con los recursos existentes, reorganizados interdisciplinariamente, a fin de evitar derivaciones innecesarias fuera del ámbito comunitario.

La Autoridad de Aplicación deberá relevar aquellas profesiones y disciplinas vinculadas al campo de la salud mental y desarrollará acciones tendientes a:

- a) Fomentar la formación de recursos humanos en aquellas que sea necesario, y
- b) Regularizar la acreditación de las mismas en todo el país”.

En este contexto, para nuestra investigación surgían algunas dudas: ¿Cómo se compone el Equipo Interdisciplinario que interviene en los procesos civiles de determinación de la capacidad? ¿Sobre qué puntos se expide el Equipo? ¿Cómo se plasma la interdisciplina? ¿Se trata de un dictamen único o de dictámenes individuales consolidados? ¿Hay alguna jerarquía entre los saberes en los dictámenes?

Un punto particularmente complejo se refería, nuevamente, a la subsistencia de reglas en el Código Procesal que exigen un dictamen de tres médicos, generando un conflicto con la intervención del Equipo Interdisciplinario.

B. La práctica judicial luego de la LSM

En el proyecto de investigación hemos encontrado variadas prácticas sobre este punto. Ante todo, existe una dificultad primera dada por la Acordada 47/2009 CSJN que asignó el Cuerpo Médico Forense (CMF) al fuero penal y excepcionalmente a los pedidos de los jueces de los restantes fueros. Ello generó el problema de la falta de equipos interdisciplinarios propios y especializados disponibles para el fuero de Familia de la CABA. Para suplir

esta falta,⁴⁰ los jueces recurren a las obras sociales,⁴¹ a los equipos tratantes de la persona, si esta se encuentra internada, o a falta de estas opciones, a los hospitales públicos, a los equipos de otros organismos como la Dirección de Salud Mental o el equipo de la Defensoría de Cámara, para que procedan a la realización del informe. Los entrevistados señalan que en tales casos hay que tener en cuenta los intereses que representan tales equipos en función de la objetividad debida. Además, indican que un aspecto relevante para la consideración de este problema es el referido a las limitaciones planteadas por la disponibilidad de recursos que hacen difícil el trabajo conjunto.

Entre las sentencias sobre este punto podemos mencionar que la Sala L revocó una sentencia de primera instancia y dispuso la cobertura del examen del art. 152 ter por parte de una empresa de medicina prepaga, Swiss Medical SA, de acuerdo con lo normado en el art. 1ro. de la Ley 24.754.⁴² En otra sentencia de la misma Sala L, se contempló la realización del estudio por parte del Hospital Aeronáutico Central.⁴³ La Sala H dispuso que tal examen fuera cubierto por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.⁴⁴ La misma Sala H contempló la realización del examen por los profesionales de la obra social a la que pertenece el causante.⁴⁵ También tienen sentencias en este sentido la Sala A,⁴⁶ la Sala C⁴⁷ y la Sala D.⁴⁸ La Sala K dispuso en una causa que la Obra Social de los Empleados

40. Ver al respecto CNCiv, Sala J, Sentencia del 27 de diciembre de 2013, *DJC s/ art. 152 ter. Código Civil*.

41. Se ha resuelto que “no existe impedimento legal para que los médicos de la Obra Social a la que pertenece la denunciada lleven a cabo la evaluación médica [...], máxime cuando la ley no exime a las obras sociales o medicinas prepagas de su obligación de prestar tal servicio” (CNCiv, Sala K, Sentencia del 20 de septiembre de 2012, *VNN s/ diligencias preliminares*).

42. CNCiv, Sala L, Sentencia del 12 de febrero de 2014, *UMR s/ art. 152 ter. Código Civil*.

43. CNCiv, Sala L, Sentencia del 28 de mayo de 2014, *AGGJ s/art. 152 ter. Código Civil. Causa 75269/2012*.

44. CNCiv, Sala H, Sentencia de 7 de agosto de 2014, *CRO s/art. 152 ter. Código Civil*.

45. CNCiv, Sala H, Sentencia del 3 de junio de 2014, *WUE s/art. 152 ter. Código Civil*.

46. CNCiv, Sala A, Sentencia del 5 de agosto de 2014, *MNJ s/art. 152 ter. Código Civil*.

47. CNCiv, Sala C, Sentencia del 19 de febrero de 2013, *GSHA s/Insania*.

48. CNCiv, Sala D, Sentencia del 31 de octubre de 2012, *FOE s/Insania*.

de Comercio y Actividades Civiles arbitre los medios para llevar adelante la evaluación interdisciplinaria según el art. 8 de la LSM.⁴⁹

Los entrevistados coincidieron en la imperante necesidad de que el fuero de Familia de la CABA cuente con su propio equipo interdisciplinario para atender a los procesos de capacidad.⁵⁰

Respecto a la integración del equipo, teniendo en cuenta esa limitación de recursos, en el ámbito del fuero civil intervienen generalmente un médico psiquiatra, un psicólogo y un asistente social. Al respecto, los jueces y los abogados entrevistados entienden que siempre debe intervenir, al menos, un médico psiquiatra. Esto no implica que se le dé mayor jerarquía por la disciplina en sí misma sino por el conocimiento necesario que tienen en cuanto a la naturaleza de la problemática. Por su parte, desde el Ministerio Público se señala que no debe darse superioridad al aspecto psiquiátrico.

Respecto a la exigencia del CPCCN de los tres médicos legistas, en general se considera que quedó reemplazada por el informe interdisciplinario. Sin embargo, el Ministerio Público Tutelar de Cámara en la Ciudad de Buenos Aires considera que no ha sido derogado tal texto y que por tanto sigue siendo necesaria la presencia de los tres médicos legistas. Esta postura es seguida por la Sala I de la misma Cámara que se pronuncia por la vigencia del requisito de tres médicos psiquiatras establecido por el CPCCN (art. 626). Para esta Sala, “es cierto que estas disposiciones son anteriores a la mentada LSM, mas también lo es que no solo no han sido expresamente derogadas por esta otra norma sino que tampoco cabe interpretar y concluir que ello ocurrió en forma tácita”.⁵¹ Agregan que la Ley 26.657 procura “asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas” (art. 1) y por eso entienden que “la nueva exigencia de una ‘evaluación interdisciplinaria’ no puede ir en desmedro de una evaluación pericial hecha por tres

49. CNCiv, Sala K, Sentencia del 20 de septiembre de 2012, *VNN s/Diligencias preliminares*.

50. Según informaron los expositores en la Jornada del 7 de abril de 2016 organizada por el DECYT 1418 en la Fac. de Derecho UBA, se está avanzando en orden a concretar tal equipo interdisciplinario en el fuero Civil de la Ciudad de Buenos Aires.

51. CNCiv, Sala I, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, *GSE s/ art. 152 ter. Código Civil*. La sentencia cita a A. S. Pestalardo, “El nuevo artículo 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas”, *La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2011, junio, pág. 179.

médicos psiquiatras, tal como lo impone el ordenamiento procesal, que ha sido establecida a fin de dotar al procedimiento de las mayores garantías posibles –a favor de la capacidad de las personas–, por tratarse –justamente– de especialistas en salud mental, en tanto la psiquiatría es la rama de la medicina que se ocupa de estudiar y curar las afecciones mentales”.⁵²

En este punto, la Sala E considera que el examen interdisciplinario debe también cumplir con los arts. 626 y 631 del CPCC en punto a la designación de al menos tres médicos psiquiatras o legistas, además de la mentada integración interdisciplinaria.⁵³ En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala H.⁵⁴ También la Sala L exige que se cumpla con los arts. 626 y 631 CPCC que exigen tres médicos.⁵⁵

En cambio, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil considera que basta con la presencia de un médico psiquiatra.⁵⁶ La Cámara rechaza un cuestionamiento formulado por el Ministerio Público Tutelar de Cámara que consideró que no se había dado cumplimiento a los requisitos estipulados en el art. 626, inc. 3° del Código Procesal, por cuanto se había dado intervención a tres expertos psiquiatras o médicos legistas. La Cámara sostuvo: “Sin embargo, la Ley 26.657 –como ya lo ha puesto de resalto este Tribunal con anterioridad– no establece el modo en que debe conformarse el grupo de facultativos. A tal fin, debe estarse a lo dispuesto por el art. 8 de dicha normativa, que expresa que: ‘debe promoverse que la atención de la salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la acreditación de la autoridad competente’, y agrega que: ‘se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes’ (CNCiv., esta Sala, R. 602.412, del 4/7/2012; idem., R. 18671/2010/CA001, del 1/11/2013; idem., R. 094244/2010/

52. CNCiv, Sala I, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, *GSE s/ art. 152 ter. Código Civil*.

53. CNCiv, Sala E, Sentencia del 23 de diciembre de 2013, *RPMR s/ art. 152 ter. Código Civil*.

54. CNCiv, Sala H, Sentencia del 29 de mayo de 2014, *MPD s/ art. 152ter. Código Civil*.

55. CNCiv, Sala L, Sentencia del 21 de octubre de 2013, *MRJ s/ Insania*.

56. CNCiv, Sala A, Sentencia del 10 de noviembre de 2014, *CHP s/artículo 152 ter. Código Civil. Expte. 94.663/2013*.

CA001, del 30/10/2013)”.⁵⁷ Para la Cámara, el informe confeccionado por una psicóloga, un psiquiatra y una asistente social resulta “respetuoso de las disposiciones de la ley 26.657”.⁵⁸ Además, para esta Sala, respecto a la conformación del equipo debe estarse a lo dispuesto por el art. 8 LSM.⁵⁹

En otra sentencia de la Sala B se exigió que al menos un médico firme el dictamen pues “se tratan de dichos que han sido emitidos por personas que carecen de incumbencia profesional para pronunciar tales conclusiones; más allá de la labor que desarrollaron dentro del ámbito de sus respectivas actividades, dado que únicamente especialistas en la materia requerida se encuentran debidamente habilitados para elaborar sus conclusiones a partir de exámenes especiales [...] y sobre todo pueden realizar un auténtico examen clínico psiquiátrico; sin perjuicio de otras constancias o estudios que puedan surgir de una historia clínica”.⁶⁰

Sobre el modo en que el equipo interdisciplinario emite su dictamen, existen distintas posturas respecto a si debe ser único o secuencial. El problema se vincula con la noción misma de interdisciplina: “Si bien el concepto de interdisciplina presenta fronteras difusas, responde a un modo de abordaje que conceptualmente puede distinguirse de otros y que claramente excluye una mera yuxtaposición de saberes, exigiendo un esfuerzo de integración. El uso por parte del legislador, por su reiteración y énfasis, no puede ser simplemente pasado por alto como fruto del azar o una distracción, sino como un mandato preciso sobre la modalidad de abordaje requerida legalmente para la problemática de la salud mental. En la práctica, ello plantea una serie de desafíos de naturaleza compleja, que deberán sortearse para

57. *Ídem*.

58. Otros fallos de la Sala A sobre el tema son, por ejemplo, CNCiv, Sala A, Sentencia del 27 de marzo de 2014, *GME s/art. 152 ter. Código Civil*, Expte. 32924/2005; o CNCiv, Sala A, Sentencia del 27 de marzo de 2014, *MDI s/art. 152 ter. Código Civil*. También la Sala B sostuvo: “no alcanza a justificar de qué manera la formal incorporación de un psiquiatra adicional (además de los tres profesionales designados como peritos a tal fin) –sin perjuicio del informe social de fs. 71/79 confeccionado por una cuarta profesional– importaría en el caso un salto cualitativo determinante para una mejor defensa de la persona y los derechos de su representada” (CNCiv, Sala B, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, *TL s/art. 152 ter Código Civil*).

59. CNCiv, Sala A, Sentencia del 2 de marzo de 2012, *FOL s/Insania*.

60. CNCiv, Sala B, Sentencia del 20 de agosto de 2014, *SMA s/art. 152 ter. Código Civil*.

aprovechar la riqueza del trabajo interdisciplinario”.⁶¹ En razón de este carácter “interdisciplinario” de la intervención, se considera que el dictamen tiene que ser conjunto y no secuencial. Así se pronunció la Comisión 1 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Bahía Blanca (octubre de 2015), en el punto 26 del dictamen.

C. La interdisciplinariedad luego del CCC

El CCC ratifica la exigencia de intervención interdisciplinaria como regla general en todo proceso de restricción de capacidad (art. 31 inciso c) y como requisito previo a la sentencia (art. 37). Se derogan así los arts. 142 y 143 del Código Civil, lo que facilita la cuestión interpretativa respecto al conflicto antes mencionado en torno a la exigencia de los médicos psiquiatras.

El nuevo CCC no resuelve los problemas referidos a la congruencia con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto a la exigencia de tres médicos legistas. También subsiste el problema de cómo se integra el equipo interdisciplinario, debiendo al respecto tenerse en cuenta el resto de normas todavía vigentes, en especial la LSM.

Al respecto, reiteramos que deben tenerse en cuenta las incumbencias profesionales que emanan de las resoluciones que regulan cada uno de los títulos profesionales.⁶² La resolución del Ministerio de Educación N°1314/2007, actualiza las disposiciones de la 535/1999 y establece en su Anexo V como actividades profesionales reservadas al título de Médico las siguientes:

“- Anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso diagnóstico o pronóstico; - Planear, programar o ejecutar las acciones tendientes a la preservación de la salud o a la provisión de cuidados paliativos; - Asesorar a nivel público o privado en materia de salud y practicar pericias médicas. Todo ello ya sea sobre individuos o sobre el conjunto de la población independientemente de la percepción o no de retribuciones [...]”

61. C. Muñoz, “El abordaje interdisciplinario de la Salud Mental. Situación actual a partir de la Ley 26.657 y el Decreto 603/2013”, *La Ley, DFyP* 2014 (marzo), 3-3-2014, 162, AR/DOC/4184/2013.

62. I. Hooft, J. C. Rivera, “La nueva Ley 26.657 de Salud Mental”, *JA* 25-5-2011. Respecto al CCC y la interdisciplina, ver J. W. Tobías, en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, J. H. Alterini, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 313.

Por su parte, rige para la profesión de psicólogo la resolución 323/2009 que en su Anexo V, entre otras, establece como actividad profesional reservada a dicho título: “5. Realizar indicaciones psicoterapéuticas de internación y externación de personas por causas psicológicas [...]”.

Entendemos que el tema de la integración del equipo interdisciplinario debió ser resuelto de manera definitiva por el nuevo Código. En todo caso, ahora la cuestión queda a decisión de los distintos códigos procesales. Al respecto, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se discutió el tema y en las conclusiones se destacó que el equipo debe estar integrado, al menos, por un médico psiquiatra, un psicólogo y un asistente social. El punto fue motivo de algunas disidencias, como la del Dr. Mazzinghi, que sostiene que mientras se encuentren vigentes los códigos procesales que exige la designación de peritos médicos (tres peritos según el CPCCN), el juez debe designar, además del equipo interdisciplinario, la cantidad de facultativos exigidos por el ordenamiento procesal local (punto 25 del dictamen de la Comisión 1).

V. Sobre las sentencias

A. La situación luego de la LSM

La exigencia de precisar en la sentencia de restricción de la capacidad los actos y las funciones que se limitaban, procurando mantener la autonomía de la persona, fue uno de los tres grandes aspectos del régimen de capacidad modificado por el art. 152 ter del CC introducido por la LSM. Sin embargo, esta modificación se realizó sin cambiar las restantes normas que establecían la incapacidad como regla general (arts. 140 y 141 CC) y la necesidad de designar a un curador con funciones de representación.

Kraut y Diana consideraban que estas disposiciones sobre la capacidad jurídica eran consecuencia del “modelo social de la discapacidad”.⁶³ Olmo, por su parte, enfatizaba que en cada caso había que aclarar si se prescribía un sistema de representación o asistencia y que no era posible “redactar

63. A. J. Kraut, N. Diana, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, La Ley 08/06/2011 y 1, 2011-C, 1039.

fórmulas universales aplicables a todos por igual”.⁶⁴ Comentando la norma, Diego Quirno afirmaba: “La ley [de Salud Mental] recoge una necesidad de nuestra época, adaptando la normativa a la evolución de la ciencia psiquiátrica y farmacológica. Su dificultad radica en la falta de precisión de la nueva norma y en que ha introducido un parche dentro del sistema de protección de incapaces e inhabilitados, ya detallado en el capítulo anterior, sin adaptar el resto de la normativa a los nuevos criterios”.⁶⁵ Mayo y Tobías formulaban distintas preguntas sobre cómo se inserta el texto del art. 152 ter en el régimen general, qué sentido tenía mantener dos sistemas de restricción a la capacidad si ambos consagran las mismas consecuencias o efectos, entre otras.⁶⁶

Este punto resultó de gran interés para nuestra investigación, pues nos planteamos si las sentencias decretaban supuestos de “incapacidad” y si seguía siendo una incapacidad absoluta. Además, nos interesaba conocer cómo había resultado esa aplicación de la necesidad de personalizar la sentencia y si se había formulado una casuística de cuadros diagnósticos que han determinado incapacidad. También resultaba necesario indagar si en la determinación de las funciones y los actos que se limitan, se usaban fórmulas preestablecidas o bien se personalizaba el fallo para cada caso.

Otro aspecto que planteaba la LSM se refería a la designación del curador definitivo y qué funciones se le asignaban, en razón de la necesidad de considerar a la persona como capaz. En esta línea, nos preguntamos si se fueron incorporando a través de la sentencia nuevas formas de apoyo.

64. J. P. Olmo, “El fin de los procesos de ‘insania e inhabilitación’”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 2012, marzo, p. 39, AR/DOC/6659/2011.

65. D. N. Quirno, “El sistema de protección de los incapaces e inhabilitados frente a la LSM”, *La Ley DFyP* 2014 (agosto), 01/08/2014, 151, AR/DOC/2270/2014. Ver también J. A. Mayo, J. W. Tobías, “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, *La Ley* 14/02/2011, 14/02/2011, 1 - DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153; J. N. Lafferriere, C. Muñiz, “Nueva LSM. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad”, *ED*, 241 - 22/02/2011, N°12.697; M. V. Famá, L. M. Pagano, “La salud mental desde la óptica de la ley 26.657”, en addenda de actualización a J. O. Azpiri (dir.), *Instituciones del derecho de familia y sucesiones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

66. J. A. Mayo, J. W. Tobías, “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, *La Ley* 14/02/2011, 14/02/2011, 1 - DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153.

B. La práctica judicial luego de la LSM

Sobre las sentencias de determinación de la capacidad, nos encontramos con diversas prácticas. En un importante número de casos, luego de la LSM y antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, se continuaba realizando la declaración de incapacidad del art. 141 CC teniendo en cuenta al momento de fijar los actos y funciones que se limitan la capacidad para el manejo del dinero; la capacidad de casarse, en el caso de poder hacerlo deben contar con la conformidad del curador; la capacidad para ejercer el derecho de sufragio.⁶⁷ También encontramos que se continuó utilizando la figura de la inhabilitación de restricción parcial de incapacidad (152 bis CC).

Enumeración de actos y funciones que se limitan: en general, los entrevistados expresaron el esfuerzo del Fuero Civil por procurar personalizar las sentencias en línea con lo señalado por el anterior art. 152 ter CC. Sin embargo, señalaron también que en la práctica resulta casi imposible precisar todos los actos que se limitan y los que se autorizan, por la imprevisibilidad y la posibilidad de que no se contemplen todas las situaciones. También señalaron que no se puede formular una casuística de cuadros de diagnósticos que han de determinar la incapacidad ya que lo que buscan los jueces es analizar de forma concreta cada caso en particular y no guiarse por la determinación de cierto diagnóstico, dado que existen numerosos factores que influyen y particularizan cada caso.

En torno a esta necesidad de precisar los actos y funciones que se limitan, Famá y Pagano brindan una información particularmente importante: “Desde los juzgados se han elaborado una serie de puntos o interrogantes que se elevan junto con el pedido de evaluación interdisciplinaria para ser respondidos por los especialistas. En tal sentido, se solicita se especifiquen aquellas funciones que la persona puede llevar a cabo por sí o con el apoyo

67. Ver “Manual de buenas prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial”, Defensoría General de la Nación, Eurosocia, octubre 2014 (270 páginas). Ver también F. Serdán, “El derecho a voto y la salud mental”, Ponencia en III Jornadas Nacionales de Discapacidad y Derechos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 28 y 29 de mayo de 2015 disponible en <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/documentos/2015-jdyd-trabajos%20completos-eje-2-capacidad-juridica.pdf> (último acceso: 8-5-2016).

de un tercero, en especial las siguientes: a) si puede vivir solo; b) si puede cumplir con las indicaciones terapéuticas que se le efectúen; c) si puede prestar su consentimiento informado para el suministro de medicación, y/o la realización de tratamientos psicológicos, psiquiátricos y/o médicos que se le propongan; d) si puede contraer matrimonio; e) si puede ejercer la patria potestad respecto de sus hijos; f) si puede trasladarse solo por la vía pública; g) si conoce el valor del dinero; h) si requiere supervisión periódica permanente para el desarrollo de su vida cotidiana; i) si puede realizar una actividad laboral remunerada; j) si puede cobrar y administrar un salario o percibir y administrar un beneficio previsional (jubilación/pensión); k) si puede efectuar compras que resulten necesarias para la satisfacción de sus necesidades básicas de subsistencia (alimentación, vestimenta, higiene, medicamentos, transporte, esparcimiento); l) si puede votar y ser votado”.⁶⁸

Del análisis de las sentencias de Cámara, encontramos un interesante fallo de la Sala B que incluye una enunciación de funciones y actos restringidos: “Cabe remitir al detalle de limitaciones que emana de fs. 21 en el sentido de que la causante no puede vivir sola, no está en condiciones de cumplir las indicaciones terapéuticas que se le efectúen, no puede prestar consentimiento informado para el suministro de medicación o realización de tratamientos, se halla inhabilitada para trasladarse sola por la vía pública, no conoce el valor del dinero, requiere supervisión y asistencia permanente para el desarrollo de su vida cotidiana, no puede votar ni realizar actividad laboral, administrar sus bienes, ni efectuar compras o ventas para la satisfacción de sus necesidades cotidianas. Ello, claro está, sin perjuicio de que se deberá tener presente el plazo previsto en el art. 152 ter del Código Civil y del seguimiento que se realice en la instancia de grado sobre la situación de salud de la causante”.⁶⁹

En otra sentencia, la Sala B ordenó al tribunal inferior que precise los actos y funciones que requieren representación y cuáles asistencia: “Deberá establecerse fundadamente en la interlocutoria, las funciones y los actos que se le limitan al individuo, de modo tal que la afectación de la autonomía de la

68. M. V. Famá, L. M. Pagano, “La salud mental desde la óptica de la ley 26.65”, en addenda de actualización a J.O. Azpiri (dir.), *Instituciones del derecho de familia y sucesiones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 90.

69. CNCiv, Sala B, Sentencia del 21 de octubre de 2013, *HSI s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 13651/2011.

voluntad sea la menor posible, teniendo en consideración los resultados de las evaluaciones interdisciplinarias que contendrán tales extremos, de forma tal que todo aquello que no se haya limitado debe resolverse a favor de la capacidad y de la autonomía personal. Por supuesto, todo ello adoptado con la debida prudencia y mesura, pues no se trata de dejar a los sujetos en un estado de virtual desprotección. Empero, lo que no cabe duda es que la restricción a la capacidad debe serlo solo en la medida necesaria para su bienestar, proporcional, y adaptada a las circunstancias del sujeto en cuestión. (Sumario N°22146 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Sala C, C519925, T., J.J. s/ Inhabilitación” 28/06/12”).⁷⁰ En otro caso, la misma Sala no confirma la sentencia de primera instancia en razón de que no se ha personalizado la sentencia.⁷¹

La Sala E dictó una sentencia señalando: “En efecto, en los informes que obran a fs. 385/386, 389/390, 408/413 y 433/434, realizados en los términos del art. 152 ter antes citado, resalta que el causante es autoválido e independiente en las actividades de la vida cotidiana, puede administrar los ingresos provenientes de su pensión, aunque su hijo lo ayuda en la administración de sus medicamentos. Además, en los informes citados se destaca que cumple con los tratamientos estipulados, que presenta un desempeño social autónomo que le permite hacer frente a su cotidianeidad y que, aun cuando se observa una inestabilidad en el manejo del dinero, puede gestionar adecuadamente sus recursos, teniéndose en cuenta que carece de bienes propios, aparte de los ingresos anteriormente mencionados. Por ello, dadas las particularidades que la causa ofrece, los elementos antes analizados y lo especialmente previsto por el art. 152 ter del Código Civil –incorporado por la Ley 26.657–, corresponde admitir las quejas vertidas. En este sentido, tal como lo sostiene la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, debe modificarse la sentencia recurrida manteniéndose la interdicción en los mismos términos que la decretada a fs. 100”.⁷²

70. CNCiv, Sala B, Sentencia del 20 de agosto de 2014, *PCA s/art. 152 ter. Código Civil* expte. 204677/1986. Una decisión parecida se adoptó en CNCiv, Sala B, Sentencia del 20 de agosto de 2014, *RR s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 42489/1997.

71. CNCiv, Sala B, Sentencia del 20 de diciembre de 2013, *VBA. S/ art. 152 ter. Código Civil*, Expte. 50.360/2006.

72. CNCiv, Sala E, Sentencia del 30 de diciembre de 2013, *LC RD s/Inhabilitación*.

La misma Sala E dispuso modificar una sentencia de incapacidad: “En tales informes también se destaca que actualmente presenta un desempeño social autónomo de acuerdo a sus parámetros culturales que se consideran normales para su edad, género y grupo étnico. Se encuentra contenido por su pareja con quien convive desde hace 24 años. Se lo observa vigil, orientado en persona y tiempo-espacio. Que puede resolver los emergentes de la cotidianeidad sin complicaciones. No se expone –ni a sí mismo ni a terceros– a situaciones de riesgo cierto e inminente siendo capaz de reconocer la realidad, mientras no se toque su núcleo psicótico, que se encuentra encapsulado y se despliega fundamentalmente cuando se hace referencia al ámbito judicial. Se considera también que la existencia de los presentes obrados resulta iatrogénica para su desempeño. Concluyen que, en la actualidad, pese a que su patología condiciona parcialmente su vida, ella no impide su desenvolvimiento en un ámbito social independiente ni su autovalimiento en su vida de interrelación social contando, además, con su pareja que funciona como su sostén. Por ello, dadas las particularidades que la causa ofrece, no resulta razonable incluir al causante dentro de las previsiones establecidas por el art. 141 del Código Civil. Sin embargo, la falta de conciencia de su enfermedad, como así también la necesidad de que alguien se haga responsable de él y la sugerencia de que realice y mantenga en el tiempo un tratamiento psiquiátrico adecuado (ver fs. 255, último párrafo), imponen que el causante sea incluido dentro de las previsiones del art. 152 bis, inc. 2º, de Código Civil, tal como lo sostiene la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara”.⁷³

En una sentencia del 15 de noviembre de 2013, la Sala G pidió que se instruya al curador “sobre la conveniencia de proporcionarle pequeñas sumas de dinero, a fin de que las administre, como así también que se evalúe la posibilidad de contar con un acompañante terapéutico sugerido en el informe interdisciplinario”.⁷⁴

En una sentencia de la Sala L se modificó un fallo a fin de dejar expresamente a salvo que “la causante puede continuar con el régimen de trabajo que realiza hasta el momento y puede manejar pequeñas sumas de dine-

73. CNCiv, Sala E, Sentencia del 14 de marzo de 2014, *RFRM s/art. 152 ter. Código Civil*.

74. CNCiv, Sala G, Sentencia del 15 de noviembre de 2013, *GMJ s/ art. 152 ter. Código Civil*, Expte. 692/2003.

ro”.⁷⁵ En otra causa resuelta por la Sala L también se modificó parcialmente la sentencia de primera instancia para dejar a salvo la posibilidad de trabajar, “dejándose constancia que podrá ejercer actividad remunerada en la medida de sus posibilidades y debe recibir asistencia a la hora de contratar dicho trabajo o de percibir el salario por el mismo”.⁷⁶

Entre las sentencias más genéricas, la Sala D confirmó una incapacidad que abarcaba “por ahora a todos los actos de la vida civil que hagan al manejo de su persona, administración y disposición de su patrimonio para lo cual requerirá la representación de su Curadora”.⁷⁷ Igualmente, puede mencionarse una causa ante la Sala A, en la que la Defensora de Menores de Cámara pidió que se establezca que la causante requiera la representación de su curadora para todos los actos de carácter personal y para los actos de administración y disposición de bienes. La Sala sostuvo que lo peticionado por el Ministerio Público Tutelar se encuentra ínsito en la decisión en estudio, dado el alcance de la decisión que mantiene la incapacidad de la causante.⁷⁸ En otra sentencia, la Sala A señaló que “no puede pretenderse que la jurisdicción determine específicamente cada una de las tareas cotidianas, vinculadas, en todo caso, con la vestimenta, comida y otras que desarrolla el incapaz diariamente”.⁷⁹

La Sala H, en una sentencia del 11 de julio de 2014, confirmó una incapacidad señalando que “el causante requiere de la asistencia de su curadora para realizar actos de disposición de sus bienes (como lo refiere la resolución), como así también para prestar consentimiento informado para el suministro de medicación y/o realización de tratamientos psicológicos, psiquiátricos y/o médicos que se le propongan. Asimismo, corresponde

75. CNCiv, Sala L, Sentencia del 8 de agosto de 2014, *HG y otro s/Insania*, expte. 62342/2014.

76. CNCiv, Sala L, Sentencia del 10 de junio de 2014, *PR de AN y otro s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 79991/2010.

77. CNCiv, Sala D, Sentencia del 12 de octubre de 2014, *SMM. s/art. 152 ter. Código Civil*, expte 101068/10.

78. CNCiv, Sala A, Sentencia del 16 de junio de 2014, *EDH s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 1999720/1985.

79. CNCiv, Sala A, Sentencia del 2 de marzo de 2012, *FOL s/Insania*, según sumario publicado por la Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv en el informe “Salud Mental” (noviembre 2013) ya citado.

dejar asentado que no puede vivir solo, requiere supervisión periódica o permanente para el desarrollo de su actividad cotidiana, puede trasladarse solo por la vía pública solamente respecto de salidas programadas, puede administrar su beneficio, realizar compraventas para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia y cumplir con indicaciones terapéuticas que se le efectúen, y no puede realizar actividad laboral remunerada”.⁸⁰

Nuevas formas de apoyo: en general, durante el período estudiado, no se han establecido en las sentencias nuevas formas de apoyo que no sean los curadores, pero se trata de asegurar que en los casos en los que la familia está presente sean ellos quienes brinden todo el apoyo necesario en cuestiones de la vida diaria. Sin embargo, encontramos algunas sentencias que innovaron en materia de apoyos variados para el ejercicio de la capacidad, adelantando soluciones que luego recogió el nuevo Código.

En una interesante sentencia, la Sala B designa una curadora y también una “administradora de apoyo”, con las siguientes atribuciones: “Sin perjuicio de ello, se procede también a convalidar en esta instancia la designación de la Dra. MLI como “administradora de apoyo”. Queda explicitado que se le asigna a la Dra. MLI como función esencial realizar un relevamiento circunstanciado y preciso acerca del patrimonio de la padeciente, así como también gestionar (sea junto con la curadora o autónomamente, según resulte factible o apropiado en cada caso particular) la mejor forma para que sea integralmente invertido para una mayor atención y cuidado de la causante. En el marco de la gestión referida, también se encuentra facultada la administradora de apoyo a realizar por sí y/o requerir al magistrado actuante (según corresponda) todo tipo de medidas que hagan al mejor interés de la padeciente, incluso –en caso de justificarse– para solicitar el pedido de remoción de la curadora definitiva. Asimismo, la Dra. I –como administradora de apoyo– deberá acompañar y guiar –en la medida de lo posible– al grupo familiar de la causante, en pos de lograr la armonía deseable en ese grupo familiar”.⁸¹

La Sala H, en una sentencia del 17 de junio de 2014 dispuso que había que modificar el fallo “en el sentido de que la restricción de la capacidad del

80. CNCiv, Sala H, Sentencia del 11 de julio de 2014, *ZMO s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 97716/1995.

81. CNCiv, Sala B, Sentencia del 27 de noviembre de 2014, *DLVAM. s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 45639/2012.

Sr. D alcanza a todos los actos de administración y disposición de bienes, y en general a los actos de la vida civil que por su complejidad y consecuencias que puedan generar a su persona requieran un consentimiento informado para su adecuada comprensión. Corresponde, asimismo, establecer un sistema de apoyo conforme lo dispuesto por el art. 12 de la ‘Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad’, a efectos que el curador definitivo procure respetar la voluntad y deseos del causante, siempre que ello no fuere perjudicial para la persona o patrimonio de este último”.⁸² En esta sentencia se revocó los alcances de la interdicción en tanto impedían ejercer el derecho a votar.⁸³

En otra sentencia de la Sala H se ordenó “a modo de sistema de apoyo y a fin de que el denunciado ejerza plenamente sus derechos, hágase saber al curador definitivo que deberá procurar que, 1) para la toma de decisiones que afecten al causante en forma directa, no se supla su voluntad sin previa consulta al mismo, tratando de respetar su voluntad, siempre que la decisión que tome no lo coloque en riesgo de vida, de integridad psicofísica o de verse perjudicado irremediabilmente en la integridad de su patrimonio; 2) que el causante reciba los estímulos adecuados para que desarrolle paulatinamente su autonomía y se evite la pérdida de la que ejerce actualmente; 3) que en caso de modificarse la terapéutica indicada para el joven o de requerirse la realización de una intervención quirúrgica, previo a suplir su consentimiento, se agote la posibilidad que él mismo lo brinde en forma informada, salvo que la demora en que se incurra o la decisión que tome lo coloque en un riesgo de vida cierto e inminente”.⁸⁴

Sentencias de confirmación: la Sala G ha desarrollado una interesante práctica judicial en las sentencias de “confirmación”, incorporando explicaciones que remarcan los derechos y directivas de la CDPD:

- a) Por un lado, se explicita que la restricción a la capacidad debe ser proporcional y adaptada a la circunstancia, incluso explicitando los

82. CNCiv, Sala H, Sentencia del 17 de junio de 2014, *DDD s/ art. 152 ter. Código Civil*.

83. Se citó un caso análogo: CNCiv, Sala B, Sentencia del 15 de mayo de 2012, *FEA s/ Insania*.

84. CNCiv, Sala H, Sentencia del 14 de febrero de 2014, *AGE s/ art. 152 ter. Código Civil*.

actos que la persona incapaz podía realizar. Por ejemplo, en una sentencia se deja constancia de “que la causante conserva capacidades suficientes para realizar algunas actividades de la vida diaria con supervisión de terceros como manejar pequeñas sumas de dinero, viajar solo y efectuar compras menores”.⁸⁵ Así, la Sala “estima necesario disponer que la declaración de incapacidad que en el caso entraña la necesidad de representación para concretar actos jurídicos lo es sin perjuicio de la reconocida aptitud del así declarado para continuar realizando los actos descriptos en el párrafo anterior (cf. Borda, Guillermo, *Derecho Civil Argentino. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. I, n. 544; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La demencia como base de las nulidades en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, v. VIII, p. 10), pues la restricción a la capacidad debe serlo en la medida necesaria y apropiada para su bienestar (cf. art. 1° de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 25.280), proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona y sujeta a exámenes periódicos (c (cf. art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378; art. 152 ter, Código Civil; CNCiv. esta Sala, r. 516.729 del 15-4-2009; r. 560.304 del 2-9-2010; r. 566.841 del 24-11-2010; r. 569.864 del 30-12-2010)”⁸⁶.

b) Además, se deja aclarado que la representación “no soslaya que además deberán indagarse y respetarse las preferencias de la persona en la medida que no resulten perjudiciales para ella (cf. art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad)”.⁸⁷

c) Finalmente, se establece la necesidad de revisión de la sentencia en el plazo indicado por el art. 152 ter del Código Civil, aclarando que el vencimiento no puede entenderse como caducidad de sus efectos.⁸⁸

85. CNCiv, Sala G, Sentencia del 17 de junio de 2014, *RLM S/art. 152 ter. Código Civil*.

86. *Ídem*.

87. *Ídem*.

88. *Ídem*.

C. Las sentencias de determinación de la capacidad luego del nuevo CCC

La incompleta modificación que introdujo la LSM en el sistema de capacidad del anterior código civil ha resultado mejor resuelta en el CCC. A partir del antecedente del artículo 152 ter del anterior Código Civil, se mejora la redacción del articulado referido a las sentencias y se agregan algunas precisiones, en línea con el modelo de apoyos.⁸⁹ En lo fundamental, el CCC ratifica el criterio de la LSM sobre la necesidad de personalización de la sentencia en cuanto a los actos y funciones que se limitan y agrega la necesidad de personalización en cuanto a los apoyos. Encontramos aquí uno de los cambios más importantes con relación a la LSM.

En efecto, el artículo 37 del CCC dice:

“Artículo 37: La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a) diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario”.

Por su parte, el artículo 38 dispone:

“Artículo 38. – Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”.

El artículo 43 presenta una innovación significativa en la materia:

“Artículo 43. – Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar

89. El artículo 38 plantea un problema lógico para el caso de las personas que son excepcionalmente declaradas incapaces en los términos de ese artículo, ya que en tal caso se les nombra un curador y la sentencia debería precisar qué actos y funciones quedan habilitados, pues la regla, en tal supuesto, sería la incapacidad.

sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

La posibilidad de designar uno o varios apoyos como regla general de asistencia a las personas con capacidad restringida es, probablemente, una de las más importantes reformas del nuevo CCC en punto a la capacidad. El nuevo CCC fortalece que los apoyos tengan la función de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (art. 43 CCC). Se incorpora de manera explícita la necesidad de respetar la voluntad y preferencias de la persona interesada en línea con el art. 12 CDPD.

Además, partiendo de la concepción de la capacidad civil en sentido amplio que inspira al CCC, trascendiendo la dimensión patrimonial, puede entenderse que estos apoyos pueden ser designados con el fin de facilitar la actuación en todas las dimensiones de la vida civil, tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial.

La doctrina ha señalado que los apoyos pueden presentar muy diversas funciones para promover y facilitar el ejercicio de la autonomía.⁹⁰ Como explica Tobías, “ello puede materializarse a través de un sistema de asistencia, de asesoramiento de los actos que se proyecta realizar o, aún, de mero

90. Ver, entre otros, S. E. Fernández, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, M. Herrera, G. Caramelo, S. Picasso, Buenos Aires, Infojus, 1ª ed., 2015, t. 1, p. 101; M. A. Navarro Lahitte Santamaría, L. Bellotti, “El ejercicio de la capacidad jurídica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *elDial.com* - DC20CB, 06/04/2016. Giavarino y Balmaceda sostienen la autonomía de los “apoyos”, incluso en relación a los procesos de capacidad: M. B. Giavarino, M. P. Balmaceda, “La autonomía de las medidas de apoyo”, Ponencia en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, disponible en: http://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Giavarino-y-otro_LA-AUTONOMIA.pdf (último acceso: 8-5-2016).

seguimiento o control del ejercicio de la autonomía personal; pueden versar exclusivamente –también concurrentemente con otras– sobre la situación de salud del declarado capaz restringido o incapaz (el llamado ‘tutor de tratamiento’).⁹¹ Consecuentemente, el nuevo CCC otorga al juez amplias facultades para disponer los apoyos para que puedan superarse las barreras que impiden el pleno ejercicio de la capacidad, en línea con la CDPD. Kraut considera que “el juez podría establecer que para la celebración de determinados actos jurídicos se requiera que el apoyo exprese haber asistido a la persona para la comprensión de las consecuencias o implicancias de dicho acto para su vida [...] Para otro tipo de actos, se puede determinar que el apoyo pueda asistir a la persona en la manifestación de su voluntad o intención a partir de la utilización de formatos alternativos de comunicación y toda otra información necesaria para la conclusión del acto jurídico. Asimismo, se podría disponer que el apoyo consista en que, respecto de ciertos actos, la persona de apoyo asienta o complementa la voluntad de la persona con capacidad restringida. O excepcionalmente también es posible que el apoyo realice una acción de representación de la persona para un acto puntualmente determinado o en un momento determinado”.⁹² Por su parte, esta forma de entender los apoyos resulta consistente con el modelo de apoyo al que hace referencia el art. 12 de la CDPD que “alude a aquella persona, organismo, allegado, institución que, a través de la comprensión y la confianza de la persona, colabora para la toma de decisiones y con la manifestación del ejercicio de la capacidad jurídica”.⁹³

Es interesante la distinción que realizan Kraut y Palacios, quienes consideran que interpretar que “actos personales, actos de administración y actos de disposición” constituye un punto de referencia para la sentencia y señalan que “mientras que en materia patrimonial la utilización de categorías genéricas como ‘actos de disposición o de administración’ podrían

91. J. W. Tobías, en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, J. H. Alterini, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, pp. 354-355.

92. A. J. Kraut, A. Palacios, en *Código Civil y Comercial Comentado*, R. L. Lorenzetti (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, Tomo I, p. 255.

93. M. G. Iglesias, “La capacidad jurídica. El modelo de ‘apoyo’ en la toma de decisiones”, en *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, O. C. Zito Fontán (coord.), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, p. 69.

resultar válidas, no se podría decir lo propio en relación con el ejercicio de los derechos personalísimos”.⁹⁴

Un aspecto crítico es la posibilidad que contempla el CCC de designar apoyos con funciones de representación (artículo 101, inciso c). Este apoyo deberá actuar según la voluntad y preferencias de la persona interesada y con el resto de salvaguardias que fija la CDPD y el CCC. Este punto será motivo, seguramente, de debate a la luz del art. 12 de la CDPD.⁹⁵

Indudablemente, este es uno de los puntos en que habrá que estudiar la futura práctica judicial, para que continuando la línea iniciada luego de la LSM, se profundice con las nuevas disposiciones del CCC, en el equilibrio entre autonomía y protección.

En síntesis, así como la LSM impuso la necesidad de personalizar la sentencia, el CCC obliga a personalizar los apoyos. Este punto se abre como un aspecto que requiere mayor investigación, como sostiene Bach: “Los sistemas de apoyo formales para la capacidad jurídica, o los sistemas que formalizan ‘el apoyo informal’ se encuentran aún en un estado embrionario. En muchos casos no han sido aún probados para proporcionar a las personas con discapacidades intelectuales muy profundas los apoyos necesarios para ejercer su derecho de capacidad jurídica. Necesitamos aprender más acerca de qué son estos apoyos y cuál es la mejor manera de facilitarlos. Para algunos realizar esto plenamente, con el máximo de recursos disponibles, puede llevar algún tiempo de desarrollo”.⁹⁶

94. A. J. Kraut, A. Palacios, en *Código Civil y Comercial Comentado*, R. L. Lorenzetti (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, Tomo I, p. 184.

95. Ver J. A. Seda, “Inhabilitación de personas con deterioro cognitivo leve”, *La Ley*, DFyP 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 223, donde el autor da cuenta de los debates generados por el art. 12 de la CDPD. Nos hemos pronunciado sobre el tema en J. N. Lafferriere, “Recepción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial en materia de capacidad”, en III Jornadas Nacionales de Discapacidad y Derechos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 28 y 29 de mayo de 2015 disponible en <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/documentos/2015-jdyd-trabajos%20completos-eje-2-capacidad-juridica.pdf> (último acceso: 8-5-2016); presentada también en XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 1-3 de octubre de 2015, comisión 1).

96. Bach, Michael, “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”, en AA.VV., *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos*

VI. Sobre la revisión de sentencia y el plazo de tres años

A. La situación planteada por la LSM

Otra novedad de la LSM al introducir el artículo 152 ter CC fue la exigencia de revisar las sentencias de incapacidad e inhabilitación cada tres años. Esta revisión periódica es una exigencia expresa del artículo 12 de la CDPD.⁹⁷

Al respecto, ya hemos mencionado la Acordada 741/1981 de la Cámara que exigía que el juez tomara conocimiento personal, por lo menos una vez al año, de las personas con incapacidad o internación.⁹⁸ Sin embargo, se trataba de una disposición que no consistía propiamente en una revisión de sentencia, como lo estableció el art. 152 ter CC. También señalan Famá y Pagano que la LSM recoge “la práctica judicial tendiente a actualizar el ‘informe médico’ una vez al año para verificar la existencia de una evolución o deterioro en la salud mental de la persona que pudiera significar un cambio de encuadre en torno de su capacidad jurídica”.⁹⁹

En función de esta situación, la investigación apuntó a determinar si se procedió efectivamente a la revisión de las sentencias anteriores a la LSM y bajo qué normas procesales se realizó la revisión de sentencia. También se analizó si era necesario o no solicitar un nuevo dictamen del Equipo Interdisciplinario durante la revisión de sentencia bajo la LSM y el art. 152 ter CC.

humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco (coords.), Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 103.

97. J. I. González Mayer, “El proceso de revisión de sentencias en el marco de la Ley 26.657 de Salud Mental”, Ponencia en la Comisión de Estudiantes, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, disponible en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Gonz%C3%A1lez-Mayer_EL-PROCESO.pdf (último acceso: 8-5-2016).

98. Información aportada por el Dr. Carlos Carranza Casares en la Jornada del 7 de abril de 2016 organizada en UBA por el DECYT 1418.

99. M. V. Famá, L. M. Pagano, “La salud mental desde la óptica de la ley 26.657”, en addenda de actualización a J. O. Azpiri (dir.), *Instituciones del derecho de familia y sucesiones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 93.

Un aspecto que no resultaba claro de la inmediata aplicación de la LSM es qué criterio se adopta en relación a la vigencia de la sentencia de inhabilitación o incapacidad al cabo del plazo de 3 años de su dictado y antes de su revisión. Es decir, la pregunta era si se adopta un criterio de caducidad o continuidad en la vigencia.

En este punto, también surgía como inquietud cómo fue la actuación del Ministerio Público de la Defensa en relación a su forma de actuar en los procesos de revisión.

B. La práctica judicial luego de la LSM

La revisión de las sentencias luego de la LSM claramente puede ser considerada como una buena práctica llevada adelante por los Tribunales Civiles de la Ciudad de Buenos Aires. Efectivamente, se ha procedido a la revisión de las sentencias dictadas antes y luego de la LSM, acorde a lo establecido por el art. 152 ter CC. Procesalmente, se realiza a través de la vía incidental y al no ser un proceso nuevo no hay imposición de costas. En esa revisión se solicita un nuevo examen interdisciplinario¹⁰⁰.

Al respecto, la discusión jurisprudencial y doctrinaria se planteó en torno a la vigencia de esas sentencias al cabo del plazo de tres años. La cuestión era si las sentencias debían caducar de pleno derecho vencido el plazo o bien si mantenían sus efectos hasta la revisión.¹⁰¹ Entre los fallos relativos al tema podemos mencionar aquel que sostiene que “el paso de los tres años previsto por la parte final del art. 152 ter del Código Civil –en su actual redacción–, no significa la caducidad de la sentencia de interdicción, sino que importa la obligación de revisar dentro de ese plazo si aún concurren en la misma medida los elementos que condujeron a su dictado”.¹⁰²

100. CNCiv, Sala E, Sentencia del 20 de octubre de 2011, *LM s/Insania*; CNCiv, Sala E, Sentencia del 8 de febrero de 2012, *TLM s/Insania*.

101. J. A. Martínez Alcorta, “El doble conforme en las revisiones de sentencias sobre el ejercicio de la capacidad jurídica”, DFyP 2014 (junio), 28/05/2014, cita online: AR/DOC/471/2014; P. Urbina, “Alcances de la incapacitación en la LSM”, La Ley del 7/5/2014, cita online AR/DOC/1278/2014.

102. CNCiv, Sala I, Sentencia del 10 de abril de 2014, *AP s/artículo 152 ter. Código Civil*. Ver también CNCiv, Sala I, Sentencia del 13 de febrero de 2014, *BAE s/ artículo 152 ter. Código Civil*; CNCiv, Sala I, Sentencia del 14 de junio de 2012, *MAM S/ insania*; CNCiv,

En general, este criterio ha sido seguido por el fuero civil de la Ciudad de Buenos Aires y entendemos que debe considerarse como una interpretación razonable de las disposiciones del nuevo artículo 40 del CCC. Entre muchas pueden mencionarse sentencias de la Sala B,¹⁰³ Sala G¹⁰⁴ y Sala I.¹⁰⁵

Un segundo punto de conflicto en esta materia se encuentra en la designación de un curador provisorio durante la revisión de sentencia.¹⁰⁶ Al respecto, en el ámbito del fuero civil de la Ciudad de Buenos Aires se verifican dos grandes posiciones: el Ministerio Público ha creado equipos especializados para las diferentes partes del proceso (principal e incidente), y específicamente con la Resolución DGN 805/2014 (06/06/2014) se crea la Unidad de Letrados para la Revisión de Sentencias para que intervengan en la revisión de sentencias cada tres años, establecida por el art. 152 ter CC (servicio letrado de defensa técnica). Por el otro lado, algunos entrevistados consideran que introducir nuevas personas en la vida del causante es perjudicial y puede dar lugar a una superposición de funciones y se inclinan por continuar con la intervención del curador definitivo durante el proceso de revisión de sentencias. En caso que este no sea abogado se señala que corresponde que intervenga un curador provisorio para la asistencia letrada. Sin embargo, algunos sostuvieron bajo la LSM y el art. 152 ter que ni siquiera en estos casos sería necesaria la designación de un nuevo curador, ya que la defensa técnica la lleva a cabo el Defensor de menores e incapaces.

Dos claras posturas se advierten en Cámara Civil. La primera postura considera que no hace falta nombrar un curador provisorio durante el

Sala B, Sentencia del 30 de marzo de 2012, *LMP s/ insania*; entre otros.

103. CNCiv, Sala B, Sentencia del 30 de marzo de 2012, *LMP s/Insania*, expte. 86513/1990; CNCiv, Sala B, Sentencia del 22 de mayo de 2014, *PCA s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 204677/1986; CNCiv, Sala B, Sentencia del 23 de septiembre de 2014, *LJC s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 245324/1987.

104. CNCiv, Sala G, Sentencia del 2 de octubre de 2014, *JHE s/art. 152 ter. Código Civil*.

105. CNCiv, Sala I, Sentencia del 12 de julio de 2012, *IA s/Insania*; CNCiv, Sala I, Sentencia del 27 de marzo de 2014, *OLP s/art. 152 ter. Código Civil*.

106. Ver por ej. CNCiv, Sala H, Sentencia del 10 de abril de 2014, *GRAR s/ art. 152 ter. Código Civil*.

proceso de revisión de sentencia y fue sostenida por la Sala A,¹⁰⁷ Sala B,¹⁰⁸ Sala G¹⁰⁹ y Sala I.¹¹⁰

En cambio, consideraban que deben nombrarse un curador provisorio a tenor de la Resolución DGN 899/2013 la Sala C,¹¹¹ Sala D,¹¹² Sala K¹¹³ y Sala L.¹¹⁴

Este punto ha sido zanjado por la Ley 27.149 y por la Resolución DGN 765/2016 a la que hemos hecho referencia, que suprimió la división funcional, dispuso que los Defensores Públicos Curadores asuman todas las funciones del art. 46 Ley 27.149 y disolvió la “Unidad de Letrados para la Revisión de Sentencias que restringen el Ejercicio de la Capacidad Jurídica”.

Un tema que ha suscitado intervenciones de la Cámara de Apelaciones ha sido el deber o no de notificar al causante de la iniciación de la revisión de sentencia. En una resolución del 10/7/2014 de la Sala D se desestiman los agravios por la falta de notificación al causante, pues el mismo “tiene conocimiento de la revisión de las actuaciones al ser evaluado por el equipo interdisciplinario que lo cita o concurre a verlo, con la posterior notificación personal del informe elaborado y con la notificación personal de la resolución que actualiza la sentencia”.¹¹⁵ Tampoco la Sala H hizo lugar a agravios

107. CNCiv, Sala A, Sentencia del 14 de marzo de 2014, *DLM s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 61802/2003; CNCiv, Sala A, Sentencia del 29 de mayo de 2014, *CAM s/art. 152 ter. Código Civil*.

108. CNCiv, Sala B, Sentencia del 1 de octubre de 2014, *TSG s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 38100/1990.

109. CNCiv, Sala G, Sentencia del 19 de mayo de 2014, *LDH s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 76027/2000.

110. CNCiv, Sala I, Sentencia del 12 de julio de 2012, *IA s/insania*, expte. 35580/2000.

111. CNCiv, Sala C, Sentencia del 17 de octubre de 2013, *BNN s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 116635/2011.

112. CNCiv, Sala D, Sentencia del 8 de abril de 2014, *CBS s/ art. 152 ter*, expte. 36875/00.

113. CNCiv, Sala K, Sentencia del 23 de junio de 2014, *SS y otros s/Art. 152 ter. Código Civil*, expte. 8205/2009.

114. CNCiv, Sala L, Sentencia del 20 de agosto de 2014, *NMA s/Art. 152 ter. Código Civil*, expte. 102016/2008; CNCiv, Sala L, Sentencia del 22 de mayo de 2014, *UPE s/Art. 152 ter. Código Civil*, expte. 58830/1994.

115. CNCiv, Sala D, Sentencia del 10 de julio de 2014, *FLF s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 26222/82.

planteados por el mismo motivo.¹¹⁶ Nos parece que este es un punto a revisar a futuro por la necesidad de generar una instancia procesal que permita la amplia participación del implicado y sus apoyos o, excepcionalmente, su curador.

Para la Sala C, hay que brindar al incapaz “un proceso con todas las garantías procesales necesarias para que ejerza su defensa en debida forma”.¹¹⁷ En esa sentencia aclara que no es necesario iniciar un nuevo proceso.

Aunque no constituye una práctica judicial propiamente dicha, por su relevancia institucional, creemos oportuno también citar aquí el documento emanado en 2014 de la Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones titulado “Recomendaciones a los servicios asistenciales para la Revisión de las declaraciones judiciales de incapacidad e inhabilitación” y en el que se solicita a los servicios asistenciales: promover ante la instancia judicial la evaluación de las personas que han cumplido los 3 años desde su declaración de incapacidad o inhabilitación, que la evaluación se realice por equipos en que participe “al menos un psicólogo o un psiquiatra”, se tome en cuenta “la opinión de los equipos tratantes”, que las evaluaciones se hagan en forma programada y nunca por guardia, que no se hagan las evaluaciones en períodos de crisis y que se conformen equipos de trabajo locales dedicados exclusivamente a las evaluaciones de revisión de sentencias.¹¹⁸

Finalmente, queremos mencionar una sentencia muy valiosa por su valor simbólico que emitió la Sala G, donde analizó la situación de una señora que vivía en el Hospital Moyano y comprobó sus progresos y la inconveniencia de mantener la incapacidad. En este fallo, la Cámara señala que “en este tipo de procesos debe extremarse la prudencia judicial por el carácter esencial de los derechos que pueden verse afectados, atento a la gravedad de la situación que podría generarse en caso contrario; así,

116. CNCiv, Sala H, Sentencia del 1 de octubre de 2014, *ML s/art. 152 ter. Código Civil*.

117. CNCiv, Sala C, Sentencia del 13 de mayo de 2014, *MJE s/art. 152 ter. Código Civil*, expte. 124231/1984.

118. Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones, “Recomendaciones a los servicios asistenciales para la Revisión de las declaraciones judiciales de incapacidad e inhabilitación”, Buenos Aires, 2014, disponible en: http://www.msal.gob.ar/saludmental/images/stories/info-equipos/pdf/2014-10-03_capacidad-juridica.pdf (último acceso: 8-5-2016).

el norte que el juez debe seguir es la seguridad del causante, dado que en definitiva el proceso se instruye en su garantía a fin de proporcionarle la protección jurídica necesaria. (CNCiv, esta Sala “G”, 29/2/1988, en autos P., M. del C., en L.L. 1988-D. 461, más recientemente en “R.,M. s/insania R. 572.666, del 13/7/2012, y 506.597 de /2/2013, en el mismo sentido, Sala “C”, R. 269.950 del 11/5/81 y precedentes allí cit.; id. id., R.174.183, del 28-9-95, pub. en “E.D.”, t.167-p.551).¹¹⁹ Respecto a la situación, se observa que “la trabajadora social, concluyó que la causante ha logrado desde el egreso de su internación en el Hospital Moyano adquirir habilidades que le permiten desenvolverse con autonomía en la vida social gracias al encuadre y la contención que halló en el programa PREASIS dependiente del Gobierno de la Ciudad, donde encontró sus referentes sociales entre sus pares y los profesionales a cargo. La asistente social P C (de PREASIS) también resaltó que M. participa activamente de talleres y asambleas y actividades culturales tanto individuales como grupales. En efecto, concurre a talleres protegidos del Hospital Moyano, hizo un curso textil en la “Fundación Paz - Cosiendo Redes” y también en un taller de uso y administración del dinero, uno de cocina y otro de calzado artesanal en “Caritas” (fs. 148, 159, 200)”.¹²⁰ La Sala mantuvo un encuentro con M. quien manifestó “estar a gusto en su alojamiento y con las actividades que tiene a cargo, poder abordar satisfactoriamente su cuidado y el de sus mascotas y tener amigas con las que comparte salidas, haciendo un uso consciente del dinero. También refirió continuar con las consultas con su médica de cabecera en el Hospital Moyano”.¹²¹ Para la Cámara, “del examen de las actuaciones se advierte un amplio desarrollo en pos de su autonomía que la causante ha logrado con apoyo, pero también con recursos propios, aunque no haya alcanzado aún su total independencia”.¹²²

119. CNCiv, Sala G, Sentencia del 28 de mayo de 2014, *MMD s/Art. 152 ter. Código Civil*, expte. 64147/1999.

120. *Ídem*.

121. *Ídem*.

122. *Ídem*. Vale destacar por su importancia que el Poder Judicial de la Nación tiene una “Casa de Medio Camino” que es una alternativa residencial de carácter comunitario y se funda por Resolución 2389/1986 de la CSJN e inaugurada el 29 de octubre de 1986 (<http://www.nuevocamino.com.ar/> - último acceso: 6-5-2016).

A partir de esos datos, el Tribunal entendió que “mantener los alcances de la sentencia de fs. 82 en la actualidad, redundaría en la sobreprotección de la causante. La restricción a la capacidad debe serlo en la medida necesaria y apropiada para el bienestar (cf. art. 1° de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 25.280), proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona y sujeta a exámenes periódicos (cf. art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 26.378; art. 152 ter, Código Civil; CNCiv. esta Sala, r. 516.729 del 15-4-2009; r. 560.304 del 2-9-2010; r. 566.841 del 24-11-2010; r. 569.864 del 30-12-2010; r. 585.328 del 21/9/2011)”.¹²³ Esta sentencia puede considerarse como una muestra del esfuerzo puesto por la Cámara en procurar personalizar la sentencia, promover la autonomía y buscar la más ajustada protección de la persona, en el marco de las indicaciones del art. 12 CDPD.

C. La revisión de sentencia en el nuevo CCC

El nuevo CCC mantuvo el deber de revisar la sentencia cada tres años, al menos. En efecto, dispone el nuevo art. 40:

“ARTÍCULO 40. – Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.

Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que esta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido”.

Desde el punto de vista de nuestra investigación, el artículo mejora la redacción del art. 152 ter al señalar este deber de revisión de sentencia y queda claro que el vencimiento del plazo no constituye una situación de caducidad de la sentencia, de forma convergente con lo que ha sostenido la

123. CNCiv, Sala G, Sentencia del 28 de mayo de 2014, *MMD s/Art. 152 ter. Código Civil*, expte. 64147/1999.

jurisprudencia de la Cámara que hemos analizado. También precisa mejorar las atribuciones del interesado de pedir esta revisión en cualquier momento y precisa la necesidad de intervención de un equipo interdisciplinario. Establece en cabeza del juzgado el deber de revisión, aunque dispone que el Ministerio Público deberá fiscalizar el cumplimiento de esta norma. Recordemos que este mandato de revisión periódica de la sentencia es una exigencia que se deriva del artículo 12 de la CDPD.

Sobre el tema de la intervención de los letrados del Ministerio Público en el proceso de revisión, nada dice el nuevo CCC, aunque conforme a la regla general del artículo 31 inciso e, la persona tiene derecho siempre a la asistencia letrada. Igualmente, debe tenerse presente la distinción que realiza el CCC entre la asistencia letrada, y los apoyos o curador que se puedan designar como medida cautelar durante el proceso. En virtud de ello, y en relación al artículo 40 CCC, cabe concluir que: a) el interesado debe contar con asistente letrado durante el proceso de revisión de sentencias, b) es conveniente no multiplicar nombramientos de personas diferentes, c) procurar mantener la actuación de quien intervino durante el proceso principal; d) respetar la voluntad y preferencias del interesado.

Finalmente, durante las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se presentó una interesante ponencia que sostiene que en el marco del proceso de revisión de sentencia es posible dictar el cese completo de la incapacidad o restricción a la capacidad, sin tener que instar un procedimiento distinto de rehabilitación.¹²⁴ En cambio, Tobías considera que la revisión de sentencia “requiere necesariamente de un nuevo proceso (no se explicaría de otro modo una norma expresa que se refiere al cese de la declaración –art. 47–)”.¹²⁵

124. M. A. Budich, A. L. Ferraiuolo y R. Muñoz Genestoux, “Interpretación del art. 40 CCYC – El cese de los efectos de la sentencia que restringe el ejercicio de la capacidad jurídica durante la revisión del pronunciamiento”, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (octubre de 2015) http://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Budich-y-otros_INTERPRETACION%20%94%9C%3%B4N.pdf (último acceso: 7-5-2016).

125. J. W. Tobías, en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, J. H. Alterini, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 324.

VII. Conclusiones

Los desarrollos precedentes sobre la forma en que se aplicaron los cambios que la LSM introdujo en los procesos civiles vinculados con la capacidad en la Ciudad de Buenos Aires con la incorporación del art. 152 ter del anterior Código Civil, en el marco de las disposiciones del art. 12 CDPD, nos permiten formular algunas conclusiones que resultan relevantes en función de la entrada en vigencia del nuevo CCC que modificó el régimen de capacidad jurídica en temáticas de salud mental.

Los Tribunales Civiles de la Ciudad de Buenos Aires llevaron adelante una práctica que procuró una aplicación armónica de la LSM y del nuevo artículo 152 ter del CC y así superar los obstáculos generados por el carácter incompleto de esa reforma, en tanto continuaba vigente un sistema de “incapacidad absoluta”.

En general, se constató un esfuerzo por realizar tal aplicación en explícito cumplimiento de los estándares surgidos del art. 12 CDPD.

Se reforzó el principio de capacidad durante el proceso y el Ministerio Público de la Defensa revisó y –a modo de experiencia piloto– adaptó a los nuevos criterios la actuación de los llamados “curadores *ad litem*”, con diferenciación de las funciones de asistencia letrada y las de representación y apoyo. Esa diferenciación de funciones aparece bien explicitada en la Ley 27.149, aun cuando la diferenciación funcional dispuesta como experiencia piloto resultó reformulada en 2016.

Se constataron dificultades para implementar el dictamen de un Equipo Interdisciplinario, sobre todo por los efectos de la Acordada 47/2009 CSJN que asignó prioritariamente el Cuerpo Médico Forense (CMF) al fuero penal. Surgieron diversidad de prácticas y criterios sobre la composición del equipo y sobre la forma de realizar el dictamen.

En lo que respecta a las sentencias, se advirtieron valiosas experiencias al momento de precisar los actos que se limitan y los que se autorizan, en un marco de dificultad planteado por la subsistencia de las normas generales sobre incapacidad del anterior Código. Los jueces señalan que quisieron evitar una casuística de cuadros de diagnóstico que han de determinar los actos limitados. En general se pone atención a la distinción entre actos de contenido patrimonial y actos vinculados con derechos personalísimos, con algunas cuestiones recurrentes como la posibilidad de vivir solo, el cumplimiento de las indicaciones terapéuticas y el consentimiento informado;

el ejercicio de la patria potestad; los traslados; conocer el valor del dinero; el desarrollo de su vida cotidiana y de una actividad laboral remunerada; cobrar y administrar un salario o percibir y administrar un beneficio previsional (jubilación/pensión); satisfacer por sí sus necesidades básicas de subsistencia; y el sufragio.

Luego de la entrada en vigencia de la LSM las sentencias de incapacidad fueron revisadas, generalmente a través de proceso incidental y de oficio. El vencimiento del plazo de tres años no se considera como una caducidad de la sentencia y se mantiene su vigencia hasta la revisión. Un punto controvertido en esta etapa ha sido el relacionado con la necesidad o no de designación de un “curador provisorio” durante la revisión.

La sanción y puesta en vigencia del CCC significó una reforma más integral del sistema de capacidad jurídica, manteniendo y profundizando criterios fijados en el art. 152 ter CC: capacidad durante el proceso, intervención interdisciplinaria, personalización de la sentencia y su revisión periódica. En lo que concierne a nuestra investigación, el nuevo CCC resuelve algunos aspectos que habían resultado problemáticos con la LSM, sobre todo la capacidad durante el proceso, la distinción entre asistencia letrada y medidas cautelares, la necesidad de personalizar también el sistema de apoyos, el establecimiento de la capacidad como regla general para las personas con capacidad restringida y las precisiones sobre la forma de realizar la revisión. Sin embargo, también se constata que algunos aspectos controversiales de la aplicación de la LSM no terminan de ser resueltos por el nuevo CCC, como la forma de integración del equipo interdisciplinario.

La aplicación de la LSM en los procesos civiles de capacidad por parte de los Tribunales Civiles de la Ciudad de Buenos Aires constituye una rica experiencia que ha buscado profundizar y respetar los derechos de las personas con discapacidad en relación a su capacidad jurídica, a fin de garantizarles autonomía y protección tal como pide la CDPD. El nuevo CCC constituye un nuevo desafío para estos mismos actores judiciales y seguramente dará lugar a valiosos aprendizajes en este camino.

Bibliografía

- AA.VV., *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, O. C. Zito Fontán (coord.), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.
- AA.VV., *Capacidad jurídica, discapacidad y Derechos Humanos. Una re-*

- visión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A. Palacios, F. Bariffi (coords.), Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 226.
- M. Bach, *The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities: Key concepts and directions from law reform*, Toronto, Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009, p. 2.
- J. C. Berbere Delgado, “La salud mental y la discapacidad. La igualdad como principio y su equilibrio con la protección”, DFyP, 2014 (septiembre), 26/8/2014, p. 184.
- R. O. Berizonce, “Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas”, La Ley 12/05/2015, 12/05/2015, 1, AR/DOC/1339/2015.
- M. A. Budich, A. L. Ferraiuolo y R. Muñoz Genestoux, “Interpretación del art. 40 CCYC – El cese de los efectos de la sentencia que restringe el ejercicio de la capacidad jurídica durante la revisión del pronunciamiento”, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (octubre de 2015) http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Budich-y-otros_INTERPRETACI%20%94%9C%3%B4N.pdf
- C. E. Camps, “Los procesos de restricción de la capacidad en la jurisprudencia”, RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 3, AR/DOC/3804/2015.
- C. Carranza Casares, *Salud mental y derechos humanos a concretar*, Buenos Aires, EDUCA, 2007.
- Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones, “Recomendaciones a los servicios asistenciales para la Revisión de las declaraciones judiciales de incapacidad e inhabilitación”, Buenos Aires, 2014, disponible en: http://www.msal.gob.ar/saludmental/images/stories/info-equipos/pdf/2014-10-03_capacidad-juridica.pdf (último acceso: 8-5-2016).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General N°1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Argentina. CRPD/C/ARG/CO/1.

- S. Crocci, J. A. Martínez Alcorta, “Defensa en juicio y curatela provisoria”, *El Derecho Familia*, 2014, n. 47, p. 17.
- L. D. Cровi, “Capacidad de las personas con padecimientos mentales”, La Ley 25/10/2011, 1, y 2011-F, 758 Cita Online: AR/DOC/3292/2011.
- Defensoría General de la Nación, “Manual de buenas prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial”, Buenos Aires, Eurosocia, octubre 2014.
- M. V. Famá, L. M. Pagano, “La salud mental desde la óptica de la ley 26.657”, en addenda de actualización a J. O. Azpiri (dir.), *Instituciones del derecho de familia y sucesiones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 88.
- S. E. Fernández, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, M. Herrera, G. Caramelo, S. Picasso, Buenos Aires, Infojus, 1ª ed., 2015, t. 1, p. 101.
- S. E. Fernández, “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos”, *RCCyC* 2015 (julio), 01/07/2015, 73, AR/DOC/2104/2015.
- E. Flynn, A. Arnstein-Kerslake, “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?”, en *Berkeley Journal of International Law*, 2014, Vol. 32:1, pp. 124-143.
- M. J. Fornari, “Una nueva mirada judicial sobre la eficacia temporal de la reforma del Código Civil y Comercial y sus implicancias en materia de capacidad”, *DFyP* 2015 (diciembre), 07/12/2015, 219, AR/DOC/3998/2015.
- M. M. Galli Fiant, “Personas con capacidad restringida y su protección”, La Ley 05/04/2016, 05/04/2016, 7, AR/DOC/800/2016.
- M. B. Giavarino, “El Ministerio Público en el Código Civil y Comercial de la Nación. Una interpretación sobre su actuación”, *La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2015, diciembre, p. 179.
- M. B. Giavarino, M. P. Balmaceda, “La autonomía de las medidas de apoyo”, Ponencia en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, disponible en: http://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Giavarino-y-otro_LA-AUTONOMIA.pdf (último acceso: 8-5-2016)
- J. I. González Mayer, “El proceso de revisión de sentencias en el marco de la Ley 26657 de Salud Mental”, Ponencia en la Comisión de Estudiantes, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca,

- 2015, disponible en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Gonz%C3%A1lez-Mayer_EL-PROCESO.pdf (último acceso: 8-5-2016).
- I. Hoofft, J. C. Rivera, “La nueva Ley 26.657 de Salud Mental”, *JA* 25-5-2011.
- A. Kemelmajer de Carlucci, S. E. Fernández, M. Herrera, “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”, *La Ley*, 18/08/2015, 1, AR/DOC/2518/2015.
- A. J. Kraut, “Derecho y salud mental. Hacia un cambio de paradigma”, *La Ley* 06/06/2012, 06/06/2012, 1.
- A. J. Kraut, N. Diana, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, *La Ley* 08/06/2011, 1, *La Ley* 2011-C, 1039.
- A. J. Kraut, A. Palacios, en *Código Civil y Comercial Comentado*, R. L. Lorenzetti (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 133.
- J. N. Lafferriere, “Aplicación inmediata del nuevo Código Civil y Comercial en materia de capacidad”, *SJA* 2016/02/17-29; *JA* 2016-I.
- “Recepción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial en materia de capacidad”, en III Jornadas Nacionales de Discapacidad y Derechos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 28 y 29 de mayo de 2015.
- J. N. Lafferriere, C. Muñiz, “Las restricciones a la capacidad”, en *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, G. Limodio (ed.), Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 533-539.
- “La capacidad jurídica de las personas con enfermedad mental durante el proceso. Los cambios que resultan del art. 152 ter de la LSM y sus proyecciones en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Jurisprudencia Argentina*, 18 de febrero de 2015, *SJA* 2015/02/18-3; *JA* 2015-I.
- J. A. Martínez Alcorta, “El nuevo régimen de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica”, *El Derecho Familia*, 2014, 55-59.
- “Responsabilidad civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental”, Infojus, *Revista Derecho Privado*, diciembre 2014, Año III, N° 9 p. 127, Id Infojus: DACF150066.
- “El doble conforme en las revisiones de sentencias sobre el ejercicio de la capacidad jurídica”, *DFyP* 2014 (junio), 28/05/2014, cita online: AR/DOC/471/2014.
- J. A. Mayo, J. W. Tobías, “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, *La Ley* 14/02/2011, 14/02/2011, 1 - *DFyP* 2011 (marzo), 24/02/2011, 153.

- C. Muñiz, “El abordaje interdisciplinario de la salud mental. Situación actual a partir de la ley 26.657 y el decreto 603/2013”, *Revista DFyP* 2014 (marzo), 03/03/2014, 162, AR/DOC/4184/2013.
- M. A. Navarro Lahitte Santamaría, L. Bellotti, “El ejercicio de la capacidad jurídica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *elDial.com* - DC20CB, 06/04/2016.
- J. P. Olmo, “Procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica: algunas primeras respuestas en la etapa de transición”, *RCCyC* 2015 (noviembre), 17/11/2015, 92, AR/DOC/3888/2015.
- Comentario art. 35, en *Código Civil Código Civil y Comercial de la Nación*. J.C. Rivera, G. Medina (Directores), M. Esper (Coordinador), Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 127.
- “El fin de los procesos de ‘insania e inhabilitación’”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 2012, marzo, p. 39, AR/DOC/6659/2011.
- J. P. Olmo, M. P. Menossi, “Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo”, *RCCyC* 2015 (julio), 01/07/2015, 61, AR/DOC/1588/2015
- A. S. Pestalardo, “El nuevo artículo 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas”, *La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2011, junio, p. 179.
- G. F. Peyrano, J. N. Lafferriere, *Restricciones a la capacidad*, Buenos Aires, El Derecho, 016, pp. 30-44.
- G. Quinn, “Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the paradigm shift of Article 12 CRPD”, *HPOD Conference*, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010, http://www.nuigalway.ie/cdlp/staff/gerard_quinn.html (último acceso: 10-05-2016).
- D. N. Quirno, “El sistema de protección de los incapaces e inhabilitados frente a la LSM”, *La Ley DFyP* 2014 (agosto), 01/08/2014, 151, AR/DOC/2270/2014.
- E. I. Saux, “Aporte para debate en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, octubre 2015). Tema de la Comisión N°1 (Parte general): Nuevas reglas al régimen de capacidad de la persona humana”, *La Ley Online*, AR/DOC/2978/2015.
- Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Salud Mental”, Noviembre de 2013, disponible en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00003/00075774.Pdf>
- J. A. Seda, “Inhabilitación de personas con deterioro cognitivo leve”, *La Ley*,

- DFyP 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 223.
- F. Serdán, “El derecho a voto y la salud mental”, Ponencia en III Jornadas Nacionales de Discapacidad y Derechos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 28 y 29 de mayo de 2015 disponible en <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/documentos/2015-jdyd-trabajos%20completos-eje-2-capacidad-juridica.pdf> (último acceso: 8-5-2016).
- P. Urbina, “Alcances de la incapacitación en la LSM”, L.L. del 7/5/2014, cita online AR/DOC/1278/2014.
- J. W. Tobías, en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, J. H. Alterini, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I.
- P. Weller, “Reconsidering legal capacity: radical critiques, governmentality and dividing practice”, *Griffith Law Review*, 2014, Vol. 23, N°3, pp. 498-518.

Pero... ¿qué es la salud? ¿Estamos ante un derecho de incidencia colectiva?*

*Martín Testa***

Resumen

En el presente trabajo me propongo realizar una aproximación al derecho de la salud y derecho del consumidor en nuestro país, pensando el pasado y proyectando el futuro, con una impronta bioética y desde un enfoque interdisciplinario. Trataremos la temática de la relación de consumo y de la relación médico-paciente, desde la mirada de los derechos individuales y de los derechos de incidencia colectiva, de cara a la Argentina digna, igualitaria y saludable que nos merecemos.

Palabras clave: derecho de la salud, derecho del consumidor, derechos individuales, derechos de incidencia colectiva, acciones de clase, principio pro homine, dignidad, igualdad, humanidad.

* El presente trabajo tiene su origen en una investigación del autor realizada en la Facultad de Derecho UBA y llevada a cabo para la materia de “Derecho de Obligaciones” a cargo de la Prof. Dra. Lidia Garrido Cordobera, en el marco de los cursos válidos para el doctorado dirigidos por el Prof. Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman. En concordancia, el autor desea hacer presente su profundo agradecimiento a ambos referentes del derecho y de la vida para el autor como también a Marisa Aizenberg, Tulio Ortiz y Luciana Scotti, por la oportunidad, la confianza y el estímulo permanente. Asimismo, el autor desea hacer extensivo su agradecimiento a todas las personas que desde sus diferentes ámbitos hacen permanentes y saludables aportes a la Ciencia y a la Educación en Argentina.

** Abogado (UBA); docente; investigador en formación; personal de planta permanente; alumno regular de los cursos para el doctorado; miembro de equipo de proyectos de investigación científica (UBACyT; DECYT; Interés Institucional); colaborador en el Observatorio de Derecho de la Salud; responsable de la Coordinación de visitas guiadas; Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja; integra el Consejo Editorial de la revista *En Letra*; miembro del Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales (CEICJUS); martintesta@derecho.uba.ar.

But... What is health? Are we witnessing a right of collective incidence?

Abstract

In this paper I intend to make an approach to health law and consumer law in our country, thinking about the past and projecting into the future, from a bioethics and interdisciplinary approach. We discuss the issue of consumer relationship and the doctor-patient relationship, from individual rights and collective rights, in the dignified, equitable and healthy Argentina we deserve.

Keywords: Health Law, Consumer Law, Individual Rights, Collective Rights Advocacy, Class Actions, Pro Homine Principle, Dignity, Equality, Humanity.

I. Introducción

Vivimos en el siglo XXI, un siglo que se encuentra en sus primeros años y en el que quedan muchos avances aún por descubrir, ya que son impensables o unimaginables los alcances que tendrá la ciencia en los próximos años. Tampoco sabemos qué nos deparará el destino, a las relaciones humanas en general y a las relaciones de consumo y/o relaciones médico-paciente en particular. Por esto, tenemos que pensar el pasado y proyectar el porvenir, de cara a la Argentina digna, igualitaria y saludable que nos merecemos.

Tener en miras a la dignidad, la igualdad y la salud de las personas en el mundo actual no es una tarea sencilla y,¹ en este sentido, asumimos que la ciencia, con sus distintas disciplinas, aún no puede dar respuestas a todos los fenómenos que suceden. Sin embargo, como hombres y mujeres de ciencia tenemos la tarea, quizás utópica, en este Estado de Derecho, de intentar entender y reflexionar acerca de lo que sucede en el mundo que nos rodea y las complejas problemáticas que el mismo nos presenta, por las generaciones actuales y futuras.²

1. Al respecto es sabido que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Preámbulo, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre).

2. Como sostiene R. Rabinovich-Berkman, “es necesario formar juristas con mentalidad abierta y creativa, pues seguramente serán requeridas respuestas novedosas, valientes”,

Al respecto, coincidiendo con Pinto, compartimos que la información tiende al crecimiento de las personas, ya que es el primer paraguas protector, lo cual se visibiliza en la jerarquía que nos brinda el conocimiento.³ Por ende, entendemos que la política sería el elemento que en líneas generales hace a la esencia de las sociedades modernas en donde el denominador común radica en el fenómeno de un grupo que manda y otro que obedece ya que, si bien el Estado tal como lo conocemos hoy no existió siempre –más bien, es producto de la creación humana–,⁴ sí creemos que ha habido una relación de tipo política y por consiguiente se hace necesaria la conducción de la comunidad, representada por la idea del poder político.⁵ Veremos aquí, entonces, la importancia de contar con una adecuada política pública a favor de los derechos de incidencia colectiva que tenga en cuenta los principios rectores de la materia y la tutela efectiva de los grupos más vulnerables de la sociedad, en estos tiempos globalizados.⁶

En este navegar, Garrido Cordobera nos recuerda que la utilización de la regla romana *neminem laedere* para tratar de captar los actos perjudiciales

Rabinovich-Berkman, Ricardo, *¿Cómo se hicieron los Derechos Humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*, Vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2013, p. 63.

3. M. Pinto, “Entrevista a Mónica Pinto”, *Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2007 [Disponible en línea] <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/entrevista-a-la-doctora-monica-pinto.pdf>, p. 209 y ss.

4. T. Ortiz, *Política y Estado*, p. 5.

5. T. Ortiz, “Curso del Ciclo Profesional Orientado (CPO) de la carrera de Abogacía”, en *Poder Político e Internet*, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 1er. bimestre 2016.

6. “...la palabra *globalización* encierra en nuestro concepto tres alcances diferentes. El primero al que llamaremos *restringido* denota a la globalización en su Estado actual consecuencia de las transformaciones tecnológicas y financieras en los últimos tiempos; en un segundo sentido la globalización en sentido *amplio* es un proceso histórico que coincide con los comienzos de la occidentalización del planeta a partir de los viajes y descubrimientos de fines del siglo XV, finalmente, en un sentido *amplísimo* la globalización menta a procesos ocurridos en la denominada antigüedad de la civilización occidental o civilización helenística y que tiene que ver con los intentos imperiales romanos o alejandrinos. La Globalización menta a procesos ocurridos en la denominada antigüedad de la civilización occidental o civilización helenística y que tiene que ver con los intentos imperiales romanos o alejandrinos”, T. Ortiz, “Pero, ¿qué es la Globalización?”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, www.eldial.com, Buenos Aires, Ed. Albremática, 2007.

a fin de hacer reinar el orden en la sociedad, ha permitido a los estudiosos de todas las épocas solucionar los desafíos que se plantean cotidianamente con el desarrollo de la comunidad y de la ciencia. Esta actitud se presenta tan natural para el jurista actual que no parece que se hubieran necesitado siglos de evolución y que, a pesar de ello, todavía estemos en camino de encontrar y dar solución a todos los supuestos en razón de tal principio.⁷

Como es sabido, el ingreso de los derechos personalísimos a la Constitución Nacional se produjo, con la reforma del año 1994, a través de la adopción de los pactos, declaraciones, acuerdos y convenios internacionales por la incorporación del artículo 75, inciso 22 en la Carta Magna. Por esta consagración tienen jerarquía constitucional las declaraciones de derechos humanos, que vinieron a suplir las omisiones y silencios de nuestro Derecho Privado. Así la constitucionalización de los derechos de la persona se produjo por un sistema endógeno, provocado desde el exterior de nuestro ordenamiento jurídico.⁸ Estos derechos se refieren siempre a las prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de sus facultades y del espíritu, dicho de otro modo, que aseguran al individuo el respeto y desenvolvimiento de su personalidad física y moral.⁹

En otras palabras, la sociedad de consumo constituye el paradigma de la sociedad occidental, que emerge en la segunda posguerra, consolidándose, con sus particularidades en los últimos años a nivel global.¹⁰ En concordancia, la revolución industrial fue el comienzo de la producción masificada y el embrión de la sociedad de consumo, es decir, el comienzo de otro modelo histórico y desde luego –como consecuencia–, de un nuevo marco social que encuentra su desarrollo exponencial en la segunda mitad del siglo XX.¹¹

7. L. Garrido Cordobera, “Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños”, en Ortiz, Tulio (coord.), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010, p. 136.

8. G. Messina de Estrella Gutiérrez, “La internalización, la integración y la globalización de los derechos personalísimos”, en Alterini, Atilio A., y Nicolau, Noemí L. (dirs.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 145.

9. I. Goldenberg, “Daño a los derechos de la personalidad”, en *Derecho de daños. Homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, p. 336.

10. S. Barocelli, “El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, 2015, p. 9.

11. C. Ghersi y C. Weingarten, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Defensa del Con-*

Por esto, compartimos con Barocelli que “el derecho del consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de orden público y fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable, esto es, de aquellos que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo”.¹²

Es decir, este consumismo en donde se consume por el mero hábito propio de un estilo de vida irreflexivo es tan catastrófico para la persona en sí misma, como en sus intereses económicos, sociales y culturales, como para los recursos naturales de nuestro planeta. Sin embargo, el acceso al consumo es parte necesaria de nuestra vida, siempre que se desarrolle bajo ciertos recaudos para evitar daños que deban ser soportados por las actuales y futuras generaciones. En otras palabras, para lograr la armonización y equilibrio en el sistema de consumo y de salud en Argentina y la región, el nexo fundamental que capacita tanto a proveedores como a consumidores, especialmente, es la educación.¹³

sumidor, La Ley, 2011, citado en S. Barocelli, *El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación*, 2013.

12. S. Barocelli, “El Derecho del Consumidor y el nuevo código civil y comercial”, en W. Krieger y S. Barocelli, *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 9-10.

13. En palabras de T. Ortiz, quien nos recuerda a G. Bidart Campos: “El ser humano –aduce el autor– tiene conciencia de su ser, tiene sentido de las cosas y sabe que lo tiene. Sabe que puede elegir y que ello lo torna responsable de sus actos. Cada hombre decide en cada momento de su existencia. La vida es un permanente proyecto.

El proyecto humano es un esfuerzo, una tensión desde la naturaleza hacia la cultura, es algo en permanente hacer, un quehacer que nutre el espíritu hacia adentro del ser humano y hacia afuera culturaliza la realidad natural, de agreste la vuelve cultivada, culta.

El hombre es la naturaleza que se observa a sí misma; si el hombre no hubiera existido la naturaleza hubiera quedado imperfecta, inerte, le faltaría conciencia de sí misma. Por consiguiente, tal aprehensión del mundo se hace desde la situación o perspectiva del propio hombre. Toda visión de la realidad, por consiguiente, es histórica. Como la propia vida del hombre que avizora esa realidad vida sustentante pero histórica y cultural. Por ende, el hombre además de su ser un ente histórico, es un ser cultural, su propia vida es significado, su trayectoria vital tiene un sentido para los demás hombres, por humilde

Coincidiendo con Scotti, “en estos tiempos de posmodernidad, nosotros integramos la sociedad de la información, y a la vez, somos parte de la denominada sociedad de consumo. En efecto, en los últimos años ha irrumpido un nuevo modo de comunicación, que ha transformado la realidad social...”¹⁴ Similarmente, es de destacar que el paradigma actual del planeta globalizado requiere: “Más humanidad”.¹⁵

Vemos entonces que nuestro derecho actual es la reproducción de la cultura contemporánea, de nuestra civilización posmoderna, que se caracteriza

que parezca. La relación con los demás hombres es también cultural pues se da a través de significados, de símbolos.

Como ser histórico –agrega Bidart Campos– el hombre es heredero de un pasado, recibe el legado de una humanidad que lo ha precedido. Detrás de cada hombre, diría Comte, están las tumbas de millones de seres que le han precedido y que, de cierta manera, lo condicionan. Es una continuidad a través de las generaciones que se forjan a sí mismas en función de un material heredado. Lo interesante que es heredero no solo de seres que le han antecedido sino también de sí mismo, de lo que en su historia individual e intransferible hizo o no hizo. El pasado está inexorablemente dentro del presente. El que vive opta permanentemente: desecha unas posibilidades y asume otras; gasta o invierte su tiempo en forma totalmente irreversible. Es un drama que no se repite, pero que deja sus huellas indelebles en el futuro. Cada época, sea individual o social, es única.

Lo importante de ello es que el presente es una delgada hoja que carga un pasado a veces desconocido por el propio interesado, u olvidado. Por otro lado, contiene un futuro que nos presiona tanto o más que el propio presente.

Este presente –sigue Bidart Campos– no es exclusivo de una persona: pertenece a todos aquellos que soportan el mismo tiempo simultáneamente, es decir, los contemporáneos. Pueden existir, entonces, varias generaciones simultáneamente en el mismo presente. Es la contemporaneidad de los no coetáneos. Por lo tanto, las generaciones constituyen la unidad del tiempo histórico, son vida biológica pero fundamentalmente vida histórica. Lo que da continuidad a las generaciones a través del tiempo es la cultura, que se transmite, se lega. Desgraciadas aquellas generaciones en donde desaparece dicha transmisión, pues equivale a la falta de memoria en un ser”; T. Ortiz, *Política y Estado*, op. cit., p. 32 y ss.

14. L. Scotti, “La protección del consumidor en los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos”, en Feldstein de Cárdenas, Sara (dir.), *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Málaga, Universidad de Málaga, 2008, p. 111.

15. A. Cruces, Ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI, “La moderna pero humana Autonomía de la voluntad”, San Miguel de Tucumán, 2011.

por un pluralismo de estilos de vida. Por ende, esta diversidad cultural trae consigo la diversidad jurídica.¹⁶

Ahora bien, en Argentina a través de la Ley N°26.994 se ha aprobado un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC). Dicho Código tiene su origen en el anteproyecto redactado por la comisión de juristas creada por Decreto N°191 del 23 de febrero de 2011, integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Dicho anteproyecto fue elevado al Poder Ejecutivo Nacional, quien a su vez, previo a introducir algunas modificaciones, lo remitió al Congreso Nacional y, en el ámbito del Poder Legislativo, se constituyó para su estudio y discusión una comisión bicameral, en el seno de la cual se desarrollaron audiencias públicas por todo el país y se recibieron ponencias de los ciudadanos e instituciones interesadas. Finalizado este proceso de consultas, la comisión emitió su dictamen, donde volvió a introducir modificaciones y lo puso a consideración de ambas cámaras, que finalmente lo aprobaron, promulgándose el 7 de octubre de 2014. En virtud de la Ley N°27.077, se dispuso que el nuevo Código Civil y Comercial entrara en vigencia el pasado 1° de agosto de 2015.¹⁷

Esto que comentamos son solo algunos hechos que tuvieron lugar en los albores de este siglo XXI y que nos permiten aproximarnos a las transformaciones que debe abordar el derecho en este momento histórico, de manera multidisciplinaria. En este camino, es que presentamos este trabajo, desde una mirada multicultural. Por consiguiente, tendremos en cuenta al paciente como consumidor, analizando las normativas en cuestión y teniendo presente el llamado “diálogo de las fuentes”, como un aporte saludable sobre el derecho del siglo XXI.

En este navegar, la concepción de la salud como bien colectivo no se encuentra ajena a estos cambios de la realidad social y cultural del mundo en que vivimos, en donde las fronteras se diluyen y los derechos del paciente, en su rol de consumidor, ocuparán –a nuestro entender– un papel protagónico.

16. E. Jayme, “Direito internacional privado e Cultura pós-moderna”, p. 60. Citado en L. Scotti, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, Año I, N°1, 2012.

17. S. Barocelli, *El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, 2015.

II. Hacia un cambio paradigmático en el Derecho Civil

El concepto clásico de “responsabilidad” se encuentra en una profunda transformación ya que no es ajeno a los cambios sociales y culturales que se están dando en los últimos años. Hoy en día, se habla de la responsabilidad global ante las complejas realidades. Por esto, para entender estos cambios tenemos que tener en cuenta el contexto del mundo en que vivimos. En este navegar, nos abocaremos a un fenómeno complejo –el derecho de la salud– que se inserta en una problemática actual del derecho de daños, con especial énfasis en su faz preventiva.

Como reconoce Lima Márquez, “en la bellísima expresión de Erik Jayme, es el actual y necesario “diálogo de las fuentes” (*dialogue des sources*) el que permitirá la aplicación simultánea, coherente y coordinada de las muchísimas fuentes legislativas convergentes”.¹⁸ Lo que sucede es que hay que tener presente lo que bien plantea Barocelli, en palabras que compartimos: *La “sociedad de consumo” en la que estamos inmersos desde hace algunas décadas coloca a los consumidores en una situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Relaciones que, en muchos casos, se encaminan en un sendero de conculcación de derechos, incumplimientos, daños materiales e inmateriales, abusos y frustraciones, especialmente entre los consumidores de sectores menos favorecidos. Hay que tener en cuenta esta dimensión sociológica a la hora de la interpretación del Derecho.*¹⁹

Al respecto, el lector especializado en la temática recordará el resonante caso “Gualtieri”, en donde en especial en el voto de la Dra. Argibay se precisa que es difícil concebir algo más privado que el propio cuerpo, ya que el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada, en la que rige el principio de autonomía personal.²⁰

18. C. Lima Márquez, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en G. Stiglitz y C. Hernández (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. 1, p. 144 y ss.

19. S. Barocelli, *op. cit.*, 2015.

20. CSJN, Sentencia del 11 de agosto de 2009, *Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros*, s/ sustracción de menores de 10 años.

Coincidiendo con Tomillo Urbina, observamos que “las posiciones *asimétricas* y las situaciones de *sometimiento* empiezan a no ser toleradas socialmente, cuando no resultan llanamente rechazadas. Nos encontramos ante una sociedad cada vez más moderna y reivindicada que reacciona y se rebela ante realidades que percibe como injustas por impositivas y discriminatorias, un cuerpo social que ya no se resigna a soportar la desigualdad como un *fatuum* insalvable”.²¹

Como vemos, se trata de problemas que, al no tener una respuesta social unívoca, desembocan en una demanda de legislación y eso deviene una típica cuestión de axiología jurídica: cuáles son los valores que debemos proteger y cómo debe hacerse.²²

En definitiva, como bien expresa Garrido Cordobera, todo el que aspire a estudiar profundamente los temas de responsabilidad civil debe analizar las circunstancias del mundo en que vivimos, con el continuo avance de las ciencias y de las técnicas, el creciente número de accidentes, la masificación, la intervención del Estado, la globalización; ya que configurando nuestras circunstancias orteguianas el Derecho no puede sustraerse de ellas, a menos que solo sea un enunciado lógico desprovisto de contenido y estamos convencidos de que el estudio del derecho debe captar los cambios sociales ya que estos son factores genéticos de los sistemas normativos.²³

En este sentido, entendemos que el auge de la sociedad actual, con su producción de bienes y servicios, genera en el individuo la necesidad de adquirir cosas –que en realidad no necesita– mediante inteligentes campañas de publicidad que prometen a veces resultados sorprendentes en cortos períodos, o

21. J. Tomillo Urbina y J. Cayón de las Cuevas (dirs.), *La protección jurídica del Paciente como Consumidor*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Aranzadi, España, 2010.

22. Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, M. Casado (coord.), *Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida*, Barcelona, Signo, 2008. Citado en E. Lamm, *La importancia de la voluntad procreacional...*

23. L. Garrido Cordobera, “Los Daños en la Sociedad Actual”, en Alterini, Atilio A., y Nicolau, Noemí L. (dirs.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 345.

bien, por asimilación, el consumidor cree que por poseer ese bien conseguirá el entorno que rodea la propaganda.²⁴

Sucede entonces que estos cambios tienen un impacto estructural en el siglo XXI, en donde los principios y valores deben ser tenidos en miras al momento de la interpretación de los alcances y efectos de los institutos del Derecho de nuestros días, tanto en el ámbito nacional como internacional. En otras palabras, el llamado derecho de los pacientes se encuentra protegido mediante la plena vigencia del derecho internacional de los derechos humanos.

Siguiendo a Garrido, podemos señalar de esta manera que el principio de no regresividad puede adoptar dos versiones: ser de resultado, referenciado así a las políticas públicas, lo que necesariamente implicará la existencia de indicadores o marcadores empíricos de resultado y la regresividad normativa cuando el dictado de una norma posterior suprime, limite o restrinja derechos concedidos anteriormente.²⁵ Este principio presenta una directa relación con la idea de sustentabilidad y asimismo nos lleva a poner en cuestionamiento la concepción progresiva de la evolución humana.

Y en materia de derechos humanos el último intérprete jurídico ya no es la propia Corte Suprema de Justicia de Nación (CSJN) sino la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), priorizando, entre otros instrumentos internacionales, la implementación plena de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y haciendo una interpretación *pro homine* de los derechos en juego.²⁶

Aquí es entonces donde toma relevancia el principio *pro homine*, entendiéndolo como un principio que pone por encima de todas las cosas al ser humano. Tal principio eleva de tal forma al hombre que cuando este se encuentra en una situación pasible y se pongan en juego interpretaciones que pueden impactar sobre sus derechos y sus garantías, donde puede violarse

24. L. Garrido Cordobera, *Los daños colectivos: prospectiva general*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009, p 59.

25. L. Garrido Cordobera, *Aplicación de los Principios de No regresión, solidaridad y Pro Homine*, Buenos Aires, La Ley, 12 diciembre 2014.

26. D. González-Salzberg, “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista Internacional de Derecho Humanos*, 2011, p. 130.

su rasgo fundamental como ser humano, debe elegirse por aquel camino que preserve su individualidad y la esencia misma como tal, lo cual es un criterio propio de la disciplina de los Derechos Humanos que hoy se vuelve constitutiva del derecho de fondo.²⁷

Como bien nos recuerda Garrido Cordobera, “el *principio pro persona* se deriva en sentido estricto del art. 29 de la CADH pero aun más del propio objetivo y fin del tratado, pues se inspira en valores comunes superiores centrados en la protección del Ser Humano. Además de la CADH esta regla ha sido incorporada al PIDESyC; al Convenio Europeo y a la Carta Africana. A ello debe tender la interpretación de su contenido mínimo y también la denominada interpretación evolutiva, lo cual nos lleva a integrar en el sistema las soluciones que favorezcan más a las personas conforme a las realidades culturales y sociales en las que ellas se insertan. El reconocer a este principio como parte de los Derechos Humanos nos lleva necesariamente a recordar que los mismos tienen una dimensión vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos y una horizontal de respeto recíproco entre los hombres”.²⁸ En similitud, enfatizamos que el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece una interpretación amplia y evolutiva de las libertades humanas y restrictivas de las limitaciones arbitrarias.²⁹

27. F. Millán, *Crónica de una inconstitucionalidad anunciada...* Preferencia del apellido en la Ley 26.618, Blog de Fernando Millán, 2011, <http://millanfernando.blogspot.com.ar/2011/07/cronica-de-una-inconstitucionalidad.html>.

28. L. Garrido Cordobera, *El desafío ambiental del S. XXI: la aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 14.

29. Como nos recuerda Garrido: “Mónica Pinto se refiere al mismo principio como criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma e interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” [M. PINTO, “El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos”, en ABREGÚ y C. COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997. Citado en L. Garrido Cordobera, *Aplicación de los principios de no regresión...*, 2014, p. 4.].

En este camino, bien señala Ciuro Caldani, que un régimen humanista del daño y la reparación debe respetar por una parte la unicidad pero por otro lado atender a la igualdad y a la comunidad respetando las perspectivas individuales y sociales para poder atender a todos los aspectos de la complejidad de la personalidad.³⁰

En este navegar, desde el prisma de la convencionalidad, la CADH se integra con los demás instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica, teniendo en miras la protección internacional de la persona y, por ende, de los grupos más vulnerables. Por tal motivo, hay que recordar que a través de los distintos pactos, convenciones, protocolos y declaraciones, se incorporaron a nuestro texto constitucional, como antes referimos, una serie de derechos fundamentales, aspecto en el cual no nos adentraremos en profundidad a los efectos de este trabajo, pues excede sus alcances y objetivos, pero sí hay que mencionar que varios de estos instrumentos contienen distintas disposiciones referentes a la vida, salud y dignidad de las personas, las cuales integran nuestra Constitución Nacional, otorgándole al Estado Argentino un rol de garante y rector de la salud como derecho de incidencia colectiva.

III. El derecho de la salud necesita mayor autonomía

Celebramos estos avances que se vienen dando en los últimos años en el ámbito del derecho civil, los cuales se consolidan en gran medida con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aunque seguimos asumiendo como natural que el fuero del derecho civil sea el adecuado para dar respuestas a las demandas vinculadas con el derecho de la salud y aquí tenemos que animarnos a cuestionar si quizás no fuera más adecuado que una rama propia del poder judicial con tribunales específicos y con comités de bioética cuente con competencia en dicha materia. Hablemos claro: sostenemos que es necesario un fuero propio para el derecho de la salud.

Necesitamos sumar más conocimiento, sensibilidad y conciencia sobre los sistemas de salud, las complejidades propias de cada sector –público, de

30. M. Ciuro Caldani, “Comprensión axiológica del daño y la reparación”, en *Derecho de Daños*, T. 2, Buenos Aires, La Rocca, 1993.

seguridad y obras sociales y el privado— y sus diferentes niveles —municipal, provincial y nacional—, sin perder de vista los recursos con los que se cuenta y la asignación que se hace de los mismo como también el contexto social, político y económico de lo que hoy llamamos Argentina, con un compromiso ferviente con nuestro pasado aunque con una mirada firme en el porvenir.³¹

Como podemos observar, el derecho de la salud excede al derecho civil y comercial argentino por su naturaleza transversal, su consideración como uno de los derechos económicos, sociales y culturales, por enmarcarse como un derecho constitucional y, por tratarse de un derecho humano.³²

No podemos desconocer que nuestro objeto de estudio —la salud como bien colectivo en Argentina— implica el análisis de un fenómeno complejo en donde hay que tener en cuenta los aportes de las especialidades afines tales como la ciencia política, la economía, la medicina, la salud pública, la

31. Al respecto se puede ver el número extraordinario sobre *Derecho de la Salud* realizado por la revista *En Letra* (2014). En particular, las entrevistas realizadas: a) *Panorama latinoamericano del Derecho de la Salud*, Entrevista a Oscar Cabrera (O'Neill Institute for National and Global Health Law); b) *Un acercamiento a las enfermedades crónicas no transmisibles en Argentina*, Entrevista a Verónica Schoj (Fundación Interamericana del Corazón - Argentina); y, c) *Salud Pública Internacional: la mirada joven desde África del Este*, Entrevista a Kai Cogwer (Global Health Corp Fellowship).

32. Como enseña E. Pregno, “el Derecho de la Salud viene a orientar la búsqueda de respuestas a los dilemas y conflictos que el avance de la biotecnología y la biomedicina plantean.

La justificación de la autonomía de esta ‘neo-rama’ radica en el carácter transversal que porta respecto de las demás ramas jurídicas. El Derecho de la Salud no se descuelga del tronco madre, sino que constituye un verdadero by-pass hacia el interior del mundo jurídico, desde que es preciso realizarla articulando la totalidad de las ramas, las tradicionales y las no tradicionales; en el Derecho de la Salud confluyen, en todas sus manifestaciones, el Derecho Público, el Derecho Privado y las ramas eclécticas.

La aparición de la disciplina reviste importancia no solo desde especulaciones epistemológicas en el mundo jurídico sino también por el alto impacto en la vida cotidiana de las personas, en su avance en la construcción de ciudadanía, el cual debe ser necesariamente acompañado por el saber jurídico.

La proliferación de normativa reguladora de la sanidad, las demandas por mala praxis médica (y las implicancias del juicio de responsabilidad profesional), el ofrecimiento de cursos especializados sobre cuestiones atinentes a Derecho y Salud en las escuelas de leyes, de medicina y afines, son solo algunos destellos que señalan cambios sociales sustanciales insoslayables en la construcción de un objeto jurídico complejo”; E. Pregno, *El Derecho de la Salud*, 2010.

ética médica, la teoría política, la filosofía y la judicialización en salud, entre otras.³³

Cuando abordamos el derecho de la salud lo hacemos teniendo en miras a la paz, la libertad, la autonomía, la dignidad y con un amplio sentido de bioética en respeto de la persona y la humanidad.³⁴ En este navegar, lo

33. En palabras de M. A. Ciuro Caldani: “Es importante que la composición de las ramas del mundo jurídico guarde relación con las necesidades de espacio, tiempo y personas. En nuestros días de cambio de era histórica en los que se desenvuelve una gran tensión entre economía capitalista y tecnología por una parte y democracia y derechos humanos por otra, resulta relevante la consideración de nuevas ramas llamadas a enriquecer, no a sustituir, los planteos tradicionales, demasiado vinculados al capitalismo y la tecnología. Una de esas ramas nuevas a tener en cuenta es, a nuestro parecer, el *Derecho de la Salud*. La noción de *salud*, a menudo muy discutida y variable según el espacio, el tiempo y las personas, posee gran significado en el enriquecimiento de todo el pensamiento jurídico y cultural. Su aporte a la interdisciplinariedad, requisito del saber de nuestro tiempo, es muy importante.

Cuando nos referimos al Derecho de la Salud, de interesantes contactos con el bioderecho, lo hacemos en términos mucho más “abarcativos” del a veces llamado ‘derecho a la salud’. Se trata de una perspectiva que considera a todo el Derecho desde la problemática de la salud, de modo que las distintas ramas tradicionales, como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal, no resultan suficientes para plantear y resolver satisfactoriamente las cuestiones jurídicas respectivas. La jerarquía de la problemática de salud, la *complejidad científico-técnica* de las respuestas al respecto y en especial la debilidad del enfermo (‘in-firme’, ‘infirmus’) son puntos de vista principales para hacer que los despliegues que resultan comunes en las ramas tradicionales deban recibir esta especial consideración.

Las cuestiones de salud *enrarecen* los problemas jurídicos haciendo, por ejemplo, que la apertura o el cierre de un hospital o un sanatorio no sean, v. gr., cuestiones administrativas o comerciales comunes.” [M. A. Ciuro Caldani, “Filosofía trialista del derecho de la salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº28, p. 19 y ss., Cartapacio, <http://www.saludcolectiva-unr.com.ar/docs/SC-220.pdf>].

34. Organización Mundial de la Salud, [http://www.who.int/es/\(19-4-2005\)](http://www.who.int/es/(19-4-2005)); Organización Panamericana de la Salud, http://www.paho.org/default_spa.htm (19-4-2005). Ya en 1947 la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud mostraba la complejidad del concepto respectivo (http://www.zuhaizpe.com/articulos/salud_oms.htm (19-4-200-)). Cabe, asimismo, Internet Sanitario, <http://www.diariomedico.com/enlared/noto30899bis.html> (19-4-2005); Federación Argentina de la Magistratura, Salud, derecho y equidad, Mackinson, G. (dir.), Farinatti, A. (coord.), <http://www.fam.org.ar/libros.asp?id=4> (20-4-2005). Pueden v. Salud, <http://www.eurosur.org/spa/salud.htm> (23-

que proponemos implica un cuestionamiento y un repensar de la relación médico-paciente.³⁵

Hoy en día observamos en nuestro sistema federal de salud un crecimiento de los juicios vinculados al derecho de la salud en nuestro país lo que se conoce como judicialización de la salud, aunque nos preocupa que a veces este aumento no implemente necesariamente un mejoramiento de las condiciones del mismo para la población, lo cual no es un asunto que atañe exclusivamente al poder judicial, sino a todos. En otras palabras, entendemos que más juicios no necesariamente implican una mejor salud e incluso no descartamos que tanta judicialización pueda generar, a veces, resultados no deseables.

En este navegar, es sabido que cumplir con los derechos de la salud implica cumplir con una diversidad de derechos afines tales como la alimentación, la vivienda, el trabajo, la vida, la no discriminación, la igualdad, el acceso a la justicia y a la información, la libertad, entre otros.³⁶

4-2005); Brasil, Biblioteca Virtual em Saúde, História da Saúde e da Medicina, <http://www.bvshistoria.coc.fiocruz.br/> (23-4-2005); Departamento de Medicina Preventiva y Salud Pública e Historia de la Ciencia, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid, <http://www.ucm.es/info/dosis/> (23-4-2005)". Citado en M. A. Ciuro Caldani, "Filosofía trialista de la salud", *op. cit.*

35. Cabe resaltar aquí lo que bien señala Andorno cuando reflexiona acerca de lo que él llama el naciente bioderecho internacional expresando que "la globalización creciente en todos los ámbitos que caracterizan nuestra época también alcanza a los desarrollos biomédicos y a su regulación legal. Parece claro que hoy en día los países no pueden enfrentar de modo aislado los nuevos desafíos derivados de la medicina y de la genética. Por el contrario, resultan imprescindibles la cooperación internacional y una cierta armonización de las normas nacionales a fin de asegurar el respeto de la dignidad humana y de los derechos humanos en esta nueva área caracterizada por avances vertiginosos. Sin duda, esta tarea es compleja, ya que implica alcanzar acuerdos sobre temas muy sensibles entre países con diversas tradiciones culturales, filosóficas y religiosas. Sin embargo, este objetivo no es de imposible realización, ya que el derecho internacional presupone la existencia de ciertos principios universales. El mayor desafío consiste, por lo tanto, en determinar cuáles son esos principios propios del ámbito biomédico que trascienden la diversidad cultural entre los pueblos"; R. Andorno, "La Convención de Oviedo: un hito en la internacionalidad del derecho biomédico", en Regazzoni, Carlos (dir.), *Salud y Ciencia Pública*, Seminario de investigación sobre La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Buenos Aires, Fundación Sanatorio Güemes, 2011, pp. 91-106.

36. En palabras de M. Aizenberg: "[é] Y por qué pensar en salud? Porque ello implica permitir el desarrollo sostenible, individual y colectivo, como pilares de una sociedad

El Comité de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas señala que el derecho de la salud no trata solo de un derecho a estar sano sino de un conjunto de derechos, prerrogativas, principios y libertades, incluyendo la existencia de un sistema de protección de la salud que garantice iguales oportunidades para el disfrute del más alto nivel posible y plena realización de salud. Por consiguiente, cuando hablamos de salud hablamos de los alcances del mismo según su vigencia en el ámbito internacional tomando en cuenta la observación número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁷

Y una herramienta interesante en aras de la plena realización del derecho de la salud es brindada en nuestro país por el Derecho de los Pacientes,³⁸ en donde se garantiza, entre otros aspectos, la existencia de un trato digno, equitativo y no discriminatorio como instrumento de protección de los sujetos vulnerables de la relación médico-paciente. Esto permite brindar

más justa, ya que los más afectados por los problemas de salud resultan ser los sectores vulnerables, condicionados por variables relacionadas al ambiente, la falta de trabajo y vivienda, la mala alimentación. De allí nuestra profunda preocupación y vocación por el aseguramiento y restitución de derechos, a través de una abogacía capacitada y una sociedad empoderada.

Asistimos como perplejos observadores a la globalización de las complejidades de los procesos de salud/enfermedad, que parecen decididos a no respetar las fronteras y jurisdicciones que el hombre ha trazado, con sangre en ocasiones [...]

Los avances tecnológicos en materia sanitaria, la aparición de nuevos tratamientos y medicamentos que otorgan sobrevida a enfermedades antes mortales, la mayor información por parte de la sociedad sobre temas médicos, y la creciente demanda de la ciudadanía peticionando servicios y prestaciones sanitarias, nos plantea permanentes desafíos que involucran el balance entre derechos y necesidades, atravesados por profundos dilemas, en términos bioéticos y de justicia distributiva, donde sobrevuela la pregunta acerca de si es posible todo para todos.

Ello nos obliga a realizar nuevos esfuerzos de conceptualización para aprehender estos complejos fenómenos, que requieren un enfoque dialógico, transdisciplinario y colaborativo en métodos y modelos"; M. Aizenberg, "Prólogo", *Derecho de la Salud, En Letra*, 2014.

37. Observación General N°14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACIÓN GENERAL 14. (General Comments), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view=1>

38. Consagrados por Ley N°26.529, *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*, modificada por Ley N°Ley 26.742, reglamentada a través del Decreto 1089/2012.

un real cumplimiento del deber genérico de no dañar, del deber esencial de informar y del deber específico de brindar asistencia a toda persona que presenta una necesidad médica, en beneficio de su plena libertad e igualdad, ya que las personas viven –y mueren– en sociedad. Por tal motivo, es de gran relevancia el debido cuidado de la privacidad, teniendo presente los ideales de grandeza expresados en el Preámbulo de nuestra Carta Magna *con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.*

Al respecto, bien destaca Aizenberg que la importancia que revisten los derechos de los pacientes en este contexto, como eje básico de las relaciones médicas, ha sido puesta de manifiesto por las organizaciones internacionales: la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa, entre otras entidades, las cuales han promovido declaraciones y sancionaron legislaciones y protocolos relacionados con esta temática.³⁹

En concordancia, creemos en el desarrollo humano sustentable o sostenible para armonizar la aparente dicotomía desarrollo versus problemas sociales y calidad de vida, con el objeto de poder hacer una contribución en miras a la salud como derecho de incidencia colectiva.

Al respecto, en un destacable e interesante trabajo, Garrido Cordobera y Busto Lago se abocan al estudio de los diferentes daños con particular tratamiento de los riesgos de desarrollo relacionándolos con la nocividad que conlleva un producto que al tiempo de su inserción en el mercado era considerado inocuo aunque con los avances de las investigaciones científicas y tecnológicas posteriores se pone en evidencia su dañosidad.⁴⁰ Por tal motivo, con acierto sostiene Pérez Bustamante que “el debate sobre los avances y desafíos que plantea al derecho a la salud y sus interrelaciones con otras disciplinas es impostergable. En síntesis, la sociedad avanza a una

39. M. Aizenberg y A. Roitman, *Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional*, Suplemento La Ley, Buenos Aires, 29 de diciembre de 2009.

40. L. Garrido Cordobera y J. Busto Lago, *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada derecho argentino y derecho español*, Madrid, REUS, 2010.

velocidad que el derecho necesita alcanzar con rapidez si deseamos habitar en un mundo con normas jurídicas vivas”.⁴¹

Sin embargo, somos conscientes de los determinantes del derecho de la salud y del derecho del consumidor, es decir, de la relación de consumo y de la relación médico-paciente, ya que la política, la economía, la medicina, la alimentación, la vivienda, entre múltiples factores influyen y tienen relación directa sobre el objeto de estudio que motiva el presente aporte.

Hablemos claro: nuestra constitución es eminentemente kantiana dado que la idea de dignidad impregna toda la Carta Magna y, por ende, lo complejo radica en determinar el contenido de este principio de dignidad. Por esto, no es de extrañar que el Código Civil, haciendo eco de esto, regule expresamente la inviolabilidad de la persona humana y las afectaciones a la dignidad.

Es necesario, entonces, recordar que el derecho tiene la misión social de luchar permanentemente por un mundo más justo y equitativo en donde no se pierda y se valore lo invisible y esencial de la persona, es decir, la dignidad de todo ser humano y, por ende, su humanidad.⁴²

Pensemos por un instante la infinidad de supuestos que se presentan a diario en los establecimientos de salud de nuestro extenso y diverso país que involucran a consumidores vulnerables e incluso a pacientes y consumidores hipervulnerables, como por ejemplo, un menor de edad con una capacidad especial que presenta una enfermedad poco frecuente (EPF), entre muchos otros.⁴³

41. L. Pérez Bustamante, “La protección de la salud en el régimen tuitivo de derecho del consumo”, en Regazzoni, Carlos (dir.), *Salud y Conciencia Pública*, Seminario de investigación sobre La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Buenos Aires, Fundación Sanatorio Güemes, 2011, p. 172.

42. Como nos enseña Antoine de Saint-Exupéry en *El Principito*, un libro clásico de la literatura infantil: *solo se puede ver bien con el corazón, lo esencial es invisible a los ojos*.

43. Al respecto de la situación de la lucha de los derechos de la salud en el caso de Argentina ver: P. Bergallo, “Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la ‘rutinización’ de los reclamos individuales de cobertura?”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen Siri, (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 59-96.

Como es sabido, el derecho del consumidor es un derecho humano de tercera generación y la salud ha sido reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. A esta altura creemos no caben dudas acerca de que la salud es un bien no solo individual sino también colectivo que merece la protección de los Estados. Es aquí donde cobran importancia los planes de capacitación y fomento llevados adelante en aras de la concientización de la población sobre sus derechos como consumidores y usuarios de los servicios de salud, en sus diferentes subsistemas (privado, a través de las empresas de medicina prepaga; de la seguridad social, a través de las obras sociales; y de la salud pública).

Sucede que los consumidores se enfrentan a diario a las asimetrías propias de la relación de consumo a las cuales se le suman las desigualdades de la relación médico-paciente, ya que el paradigma de igualdad real y no discriminación consagrado en la Constitución Nacional, en el Código Civil y en diversos instrumentos internacionales a veces se ve afectado por las múltiples tensiones, límites, abusos y desequilibrios de la práctica de consumo y médica. En otras palabras, si nos referimos a las relaciones, diálogos y avances que se presentan entre la ley del consumidor, de la ley de derecho de los pacientes y el Código Civil no podemos dejar de tener en miras a la igualdad real de oportunidades y a la efectiva tutela de la persona humana y esto hoy se visibiliza a través de la consagración que debe imperar en los ejes del derecho del consumidor y del derecho de la salud, es decir, en la relación del consumidor y en la relación médico-paciente del trato digno y equitativo.

En este sentido, entendemos que no puede abordarse el presente tema objeto de este aporte desde una concepción binómica o dual del derecho del consumidor y/o del derecho de la salud, ya que estamos en presencia de una problemática de la humanidad.

III. Los derechos de incidencia colectiva en Argentina: una asignatura pendiente

Como bien desarrolla Garrido Cordobera, en la doctrina se intenta construir un andamiaje adecuado que recepte la desaparición de límites tajantes entre nociones tales como Derecho Público y Derecho Privado, como

Derecho Civil y Derecho Comercial, categorizando al individuo inserto en una comunidad para hablar de los derechos “de los consumidores”, y de esos intereses colectivos o difusos.⁴⁴

Como sostiene Mosset Iturraspe, el derecho moderno que quiera progresar en la búsqueda del bien común debe luchar por la solución justa en materia de responsabilidad civil, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo.⁴⁵ Actualmente, se admite como centro o núcleo aglutinante en la llamada teoría general del derecho de daños al daño injustamente sufrido, aceptándose la vulneración de los intereses simples o supraindividuales, y no solamente el interés legítimo o un derecho subjetivo.⁴⁶

Es sabido que el derecho a la reparación del daño moral o material injustamente sufrido, ha sido emplazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosos fallos, como derecho constitucional. En este sentido, coincidimos con Pizarro, en el carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango igualmente constitucional del principio *alterum non laedere*, el cual prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana, como bien se desarrolló en el trascendental precedente jurisprudencial de Aquino, entre otros.⁴⁷

Como nos enseña Garrido Cordobera, el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, y también, en una concepción

44. A. Morello, “La defensa de los intereses difusos”, J. A., 1981; Morello y Stiglitz, “La responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la jurisprudencia”, LL, 1987-D, p. 364; M. Zavala de González, “Daño colectivo”, en Derecho de Daños, p. 437. Citado en L. Garrido Cordobera, *Los daños colectivos: perspectiva general*, op. cit., p. 34.

45. J. Mosset Iturraspe, “Nuevas fronteras de la responsabilidad civil”, en la *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, N°1, 1977, p. 136.

46. L. Garrido Cordobera, “Los Daños en la Sociedad Actual”, en Alterini, Atilio A., y Nicolau, Noemí L. (dirs.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 355.

47. R. Pizarro, *Modernas fronteras de la responsabilidad civil...*, 2005.

más amplia, asegurar a los grupos intermedios o a la sociedad la protección y reparación de los denominados intereses colectivos y además contempla una redimensión del daño. Su eje central se sitúa en el daño y en la protección a los damnificados mediante una adecuada y pronta reparación, pero sin olvidarnos de la etapa de prevención.⁴⁸

Resulta claro entonces que si bien la doctrina y la jurisprudencia vienen delineando los alcances de los derechos de incidencia colectiva y en particular su primacía frente a los derechos individuales es necesario que el reconocimiento del Código Civil se concretice a través de una ley particular, poniendo en valor las disposiciones constitucionales y convencionales vigentes. En este navegar, creemos que el Derecho tiene el deber de brindar nuevas soluciones jurídicas a los actuales problemas sociales, como medio para hacer realidad los postulados de nuestra Carta Magna, con un claro objetivo dirigido al porvenir.

Por consiguiente, hoy tenemos la posibilidad de dar respuestas a los fenómenos de la compleja realidad que se nos presenta en el mundo actual a través de estos llamados derechos de incidencia colectiva, los cuales hacen referencia a esa pluralidad de riesgos que debemos enfrentar a diario más allá de las fronteras territoriales de los Estados, y la salud no es ajena a estos peligros. De manera tal que, si bien no se trata de un bien colectivo (indivisible), se presentan intereses individuales homogéneos y una causa fáctica común que permiten la consideración de la incidencia colectiva del derecho de la salud.

Como se ha expresado en una reciente sentencia del caso Uber, “a pesar de existir un conocido trabajo jurisprudencial realizado por el máximo tribunal del país en materia de procesos colectivos, en particular a partir de los casos ‘Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)’; ‘Halabi, Ernesto c/PEN – Ley 25873 Dto. 1563/04 s/Amparo ley 16986’; ‘PADEC c/Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales’; ‘Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/Ordinario’; ‘Municipalidad de

48. L. Garrido Cordobera, “Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños”, en Ortiz, Tulio (coord.), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010, p. 137.

Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo', entre otros, y del dictado de las Acordadas CSJN N°32/2014 y la N°12/2016, esas decisiones no alcanzan para suplir la ausencia de la reglamentación mencionada".⁴⁹ En similitud, la acordada 12/2016 recién entrará en vigencia a partir de octubre de 2016.

En otras palabras, como bien visibiliza Garrido Cordobera y compartiendo sus reflexiones, hoy tenemos una nueva víctima de tipo plural que será la de los grupos o comunidades cuya integridad física es objeto de agresión, ya que se analiza el fin del derecho y su función social. Por esto, no es posible reconocer la existencia de una clase de intereses de incidencia colectiva y bienes colectivos tutelados, denominado en el código bienes en relación a los derechos de incidencia colectiva y no sostener su reparación.⁵⁰

En similitud, manifiesta Garrido Cordobera, que "los intereses difusos o colectivos serían entonces los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, comunidades ligadas en virtud de goce por parte de cada una de ellas de una misma prerrogativa, de forma tal que la satisfacción de la porción de intereses se extiende a todos, del mismo modo que la lesión afecta simultáneamente y globalmente a la comunidad. Preferimos hablar de interés colectivo o como hace el código de interés de incidencia colectiva ya que el derecho afectado es social, y aunque existan intereses individuales también comprometidos, esto no varía la naturaleza de la lesión."⁵¹

De esta forma, bien apunta Gordillo, que "en nuestro país existieron también innovaciones, aunque mucho más tardías, jurisprudenciales y doctrinarias, en la admisión de la tutela judicial de los intereses difusos en las acciones de clase [...]. Resulta de todo ello que el tema del derecho subjetivo *stricto sensu* esté destinado a perder importancia a medida que se extiende la tutela a otras situaciones; el derecho de incidencia colectiva es una noción

49. "Sindicato de peones de taxis de la Capital Federal y otros contra GCBA sobre Otras demandas contra la autoridad administrativa", Expte.: C3065-2016/0, sentencia del 13 de junio de 2016.

50. L. Garrido Cordobera, *Los derechos e intereses de incidencia colectiva y los daños en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

51. L. Garrido Cordobera, *Los derechos e intereses de incidencia colectiva y los daños en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. Esta tendencia superadora viene siendo preanunciada en todos los ordenamientos contemporáneos. Es cada vez más frecuente en el derecho comparado englobar en un solo concepto el derecho subjetivo y el “interés personal, legítimo y directo”. Es más, este a su vez resulta comprensivo, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos, intereses difusos, intereses comunitarios, preservación de la legalidad urbanística, protección de los derechos de los vecinos, adecuada prestación de servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad.⁵² La experiencia bien indica que los derechos colectivos son más legítimamente defendidos por entidades no gubernamentales o vecinos, usuarios, afectados, que por las administraciones públicas, estas últimas frecuentes agentes de daño y no de protección jurídica, sujetos pasivos antes que activos de la pretensión de tutela”.⁵³

Por esto, entendemos que la salud no es solo un derecho subjetivo reconocido constitucional y convencionalmente, sino más bien un derecho social y con una observable incidencia colectiva atento a que las enfermedades trascienden los límites territoriales de los Estados en sus diferentes niveles, pudiendo afectar a la comunidad en su conjunto.

IV. Conclusiones

Hacemos votos para una inmediata regulación de la salud como bien colectivo en el país, en sus diferentes modalidades, adecuada a la realidad sanitaria del mundo en que vivimos, considerando necesario repensar la relación médico-paciente.

Creemos que la reglamentación y el reconocimiento de la incidencia colectiva en el derecho de la salud es la mejor solución de cara a la Argentina

52. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, pp. 299-301, p. 493 y ss. y sus referencias, donde también se advierte la proximidad de ambas instituciones. El caso del medio ambiente es quizá el más claro en que hay tanto tutela del derecho subjetivo como del derecho de incidencia colectiva a la salud y un medio ambiente sano [...]”. Citado en: A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo II, Capítulo II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, p. 100.

53. A. Gordillo, *op. cit.*, pp. 97-100.

digna, igualitaria y saludable que nos merecemos, en donde podamos vivir con menos odio y con más respeto, tolerancia e igualdad, ya que en definitiva, como nos enseña el maestro Ciuro Caldani, la salud está relacionada con ese sentimiento que llamamos amor.

Esto implicaría que Argentina sea un país respetuoso de la tutela de la dignidad humana en el marco de la cultura occidental en el mundo y, a su vez, evitaría tener que recurrir a buscar en el exterior el efectivo cumplimiento de los derechos de los pacientes en su rol de consumidores y usuarios del servicio de salud que, sin discriminación alguna, garantiza el derecho internacional de los derechos humanos. Estaríamos así, ante un despertar de los derechos de incidencia colectiva.

Bibliografía

- Abregú, Martín y C. Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- Aizenberg, Marisa (dir.), *Estudios acerca del derecho de la salud*, Buenos Aires, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014.
- “Prólogo”, en Testa, Martín, Litvachkes, Juan y Jiménez, Ezequiel (coords.), *Derecho de la Salud*, Buenos Aires, *En Letra*, Número extraordinario, diciembre 2014 [Disponible en línea] <http://www.enletra.com/#!en-letra--e/cplj> (Consultado: agosto de 2016).
- Aizenberg, Marisa, y Roitman, Adriel J., “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, Buenos Aires, Suplemento *La Ley*, 29 de diciembre de 2009, disponible en <http://doctrina2.derecho-de-lasalud.com.ar/2009/12/los-derechos-de-los-pacientes-y-su.html>. (Consultado: agosto de 2016).
- Alterini, Atilio, *La Universidad Pública en un proyecto de Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- Alterini, Atilio, y Nicolau, Noemí (dirs.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- Andorno, Roberto, “La Convención de Oviedo: un hito en la internacionalidad del derecho biomédico”, en Regazzoni, Carlos (dir.), *Salud y Conciencia Pública*, Seminario de investigación sobre La Problemática de los Daños

- en la Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Buenos Aires, Fundación Sanatorio Güemes, 2011 [Disponible en línea] http://www.fsg.com.ar/facebook/ediciones_pdf/salud_y_conciencia_publica.pdf (Consultado: agosto de 2016).
- Bauman, Zygmunt, *Vida de consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Barocelli, Sergio S., “El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, 2015 [Disponible en línea] <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf> (Consultado: agosto de 2016).
- “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia”, Buenos Aires, *La Ley*, DJ 29/05/2013, 2013.
- “El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación”, en Garrido Cordobera, Lidia, *Revista Jurídica de Daños*, Buenos Aires, IJ Editores, N°6, 2013 [Disponible en línea] <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65871&print=2> (Consultado: agosto de 2016).
- Barocelli, Sergio S., y Testa, Martín A., “Los derechos humanos de las comunidades originarias en la sociedad de consumo”, Ponencia presentada en las III Jornadas de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales, Comisión de Derechos Humanos y Políticas Públicas, Buenos Aires, Instituto Gioja, 2012.
- Bello Janeiro, Domingo, “El consentimiento informado ‘humanizado’ frena las reclamaciones”, España, 2015, en Martínez Platel, Ricardo (entrev.), *Redacción Médica* [Disponible en línea] <http://www.redaccionmedica.com/noticia/el-consentimiento-informado-humanizado-frena-las-demandas-89645> (Consultado: marzo de 2016).
- Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998.
- Cruces, Ariel G., Ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI, “La moderna pero humana Autonomía de la voluntad”, San Miguel de Tucumán, 2011 [Disponible en línea] <http://derechoportal.blogspot.com/2011/11/la-moderna-pero-humana-autonomia-de-la.html> (Consultado: marzo de 2016).

- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Comprensión axiológica del daño y la reparación”, en *Derecho de Daños*, T. 2, Buenos Aires, La Rocca, 1993.
- “Filosofía trialista del derecho de la salud”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N°28, p. 19 y ss., Cartapacio [Disponible en línea] <http://www.saludcolectiva-unr.com.ar/docs/SC-220.pdf> (Consultado: junio de 2016).
- Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Los derechos e intereses de incidencia colectiva y los daños en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- *Aplicación de los Principios de no regresión, solidaridad y pro homine*, Buenos Aires, La Ley, 12 diciembre 2014.
 - “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por productos”, en Garrido Cordera, Lidia (dir.), *Revista Jurídica de Daños*, Buenos Aires, IJ Editores, marzo, 2012, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=48819&print=2> (consultado: marzo de 2016).
 - “Virtualidades de la salud como derecho humano”, en Regazzoni, Carlos (dir.), *Salud y Conciencia Pública*, Seminario de investigación sobre La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Buenos Aires, Fundación Sanatorio Güemes, 2011 [Disponible en línea] http://www.fsg.com.ar/facebook/ediciones_pdf/salud_y_conciencia_publica.pdf (Consultado: agosto de 2016).
 - “Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños”, en Ortiz, Tulio (coord.), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.
- Garrido Cordobera, Lidia M. R., y Busto Lago, J., *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada derecho argentino y derecho español*, Madrid, REUS, 2010.
- *Los daños colectivos: perspectiva general*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009.
- Garrido Cordobera, Lidia M. R., y Kunz, Ana (dirs.), “Cuestiones ambientales”, Seminario problemática de los daños en la sociedad actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” y Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, La Ley, 2009.
- “El desafío ambiental del S. XXI: la aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009 [Disponible en línea]

- <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-desafio-ambiental-del-siglo-xxi.-la-aplicacion-de-los-principios-de-no-regresion-de-solidaridad-y-pro-homine> (Consultado: agosto de 2016).
- “La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad Civil, Libro Homenaje a Francois Chabas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007.
 - “Los Daños en la Sociedad Actual”, en Alterini, Atilio y Nicolau, Noemí (dir.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
 - *Los daños colectivos y su reparación*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1992.
 - “La reparación de daños colectivos: daños con motivo de encuentros futbolísticos”, en *Cuadernos de Investigación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y sociales “Ambrosio L. Gioja”, 1988 [Disponible en línea]. http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigacion3.pdf (Consultado: agosto de 2016).
- Goldenberg, Isidoro, “Daño a los derechos de la personalidad”, en *Derecho de daños. Homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1989.
- González-Salzberg, Damián, “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista Internacional de Derecho Humanos*, 2011.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo II, Capítulo II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009 [Disponible en línea] http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo2.pdf (Consultado: agosto de 2016).
- Jayme, Erik, “Direito internacional privado e Cultura pós-moderna”, en *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme, volumen 1, número 1, Porto Alegre, marzo de 2010, citado en Scotti, Luciana, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, Año I, N°1, 2012.

- Jurio, Mirta L. y Parra, Ricardo A., “El concepto de Contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, 2015.
- Krieger, Walter y S. Barocelli, Sergio Sebastián, *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.
- Lamm, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho*, Universitat de Barcelona, 2012 [Disponible en línea] http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm (Consultado: abril de 2016).
- Lima Márquez, Claudia, “La defensa del consumidor en Brasil. Dialogo de fuentes”, en G. Stiglitz y C. Hernández (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, T. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Llamas Pombo, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico*, Madrid, Trivium, 1988, p. 60, citado en Tallone, Federico C., *El Consentimiento informado en el Derecho Medico*, Año LXVI, N°165, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- Medrano, Laura, “El derecho a la salud como derecho de incidencia colectiva y la especial protección de grupos vulnerables”, en *Suplemento Salud*, N°21, Buenos Aires, Diario DPI, 14/12/2015.
- Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, “La internalización, la integración y la globalización de los derechos personalísimos”, en Alterini, Atilio A. y Nicolau, Noemí L. (dirs.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- Ortiz, Tulio, Curso del Ciclo Profesional Orientado de la carrera de Abogacía, *Poder Político e Internet*, Facultad de Derecho UBA, 1er bimestre 2016.
- “Pero, ¿qué es la Globalización?”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, www.eldial.com, Buenos Aires, Ed. Albremática, 2007.
- *Política y Estado*, Buenos Aires, Estudio, 1996.
- Pérez Bustamante, Laura, “La protección de la salud en el régimen tuitivo de derecho del consumo”, en Regazzoni, Carlos (dir.), *Salud y Conciencia Pública*, Seminario de investigación sobre La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Buenos Aires, Fundación Sanatorio

- Güemes, 2011 [Disponible en línea] http://www.fsg.com.ar/facebook/ediciones_pdf/salud_y_conciencia_publica.pdf (Consultado: agosto de 2016).
- Pinto, Mónica, “Entrevista a Mónica Pinto”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2007, 83, p. 209 y ss. [Disponible en línea]. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/entrevista-a-la-doctora-monica-pinto.pdf> (Consultado: agosto de 2016).
- “El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos”, en Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- Pregno, Elian, “El Derecho de la Salud”, Curso del Ciclo Profesional Orientado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, <http://www.elderechodelasalud.com.ar/index.html>, (Consultado: marzo de 2016).
- Pizarro, Ramón Daniel, *Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005.
- Rabinovich-berkman, Ricardo, *¿Cómo se hicieron los Derechos Humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*, Vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2013.
- Scotti, Luciana, “La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, Universidad de la República, N°38, ene.-jun. 2015, pp. 213-224 [Disponible en línea] <http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/511> (Consultado: agosto de 2016).
- “La “maternidad subrogada” en la legislación y jurisprudencia argentinas”, en *En Letra*, Buenos Aires, 2014, Año I, N°1, pp. 47-78 [Disponible en línea] http://media.wix.com/ugd/05acff_abb18e381754402191325cd639c85ef1.pdf (Consultado: agosto de 2016).
- “El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, en *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, Año I, N°1, 2012 [Disponible en línea] <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reco->

- nocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf (Consultado: agosto de 2016).
- “Vigencia del derecho internacional privado: viejos y nuevos escenarios”, en Ortiz, Tulio (coord.), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.
 - “La protección del consumidor en los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos”, en Feldstein de Cárdenas, Sara (dir.), *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Málaga, Universidad de Málaga, 2008.
- Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Testa, Martín, Litvachkes Juan y Jiménez, Ezequiel (coords.), “Derecho de la Salud”, en *En Letra*, Número extraordinario, Buenos Aires, diciembre 2014 [Disponible en línea] <http://www.enletra.com/#!en-letra--e/cplj> (Consultado: agosto de 2016).
- Testa, Martín y Cruces, Ariel, “La educación para el consumo. Una mirada digna y saludable sobre el consumidor alimentario”, Buenos Aires, *Revista Electrónica del Instituto Gioja*, Buenos Aires, 2014 [Disponible en línea] http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0012A008_0007_investigacion.pdf (Consultado: agosto de 2016).
- Testa, Martín, “La privacidad de la historia clínica. Pensando el pasado y proyectado el futuro: Una Argentina digna y saludable”, *IX Concurso de Ensayos Ignacio Winizky de Derecho Civil, Revista Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, 2012. (Jurado: Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y Alberto Bueres) [Disponible en línea] <<http://es.scribd.com/doc/124824914/La-privacidad-de-la-historia-clinica-Pensando-el-pasado-y-proyectando-el-futuro-Una-Argentina-digna-y-saludable>> (Consultado: agosto de 2016).
- Ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, “Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI”, *El Principio de Prevención y el Derecho de Daños Colectivos, en el siglo XXI*, San Miguel de Tucumán, 2011 [Disponible en línea] <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C14/C14-004.pdf> (Consultado: marzo de 2016).

Tomillo Urbina, Jorge y Cayón de las Cuevas, Joaquín (dirs.), *La protección jurídica del Paciente como Consumidor*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Aranzadi, 2010.

Verbic, Francisco, *Class Actions en Argentina* [Disponible en línea] <https://classactionsargentina.com/> (Consultado: agosto de 2016).

Yamin, Alicia Ely y Gloppen Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2013.

Diego Alcorta, maestro de generaciones

*Luis María Bunge Campos**

Resumen

Una evocación de la vida y obra de Diego Alcorta, médico precursor de la psiquiatría en la Argentina y profesor de Filosofía en la Universidad de Buenos Aires desde 1828 hasta 1842. Se trata de un hombre que tuvo una gran influencia en quienes fueron sus alumnos, entre los que se han destacado los integrantes de la generación de 1837.

Palabras clave: filosofía, organización nacional, generación de 1837, Universidad de Buenos Aires, Rosas, psiquiatría.

Diego Alcorta, teacher of several generations

Abstract

An evocation of the life and works of Diego Alcorta, physician and forefather of psychiatry in Argentina, Professor of Philosophy at the University of Buenos Aires from 1828 to 1842. Alcorta was a man that had a great influence over generations of students, among which were some distinguished members of the Generation of 1837.

Keywords: Philosophy, National Organization, Generation of 1837, University of Buenos Aires, Rosas, Psychiatry.

* Abogado (UBA), Profesor Adjunto Regular de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA), Profesor de la carrera de especialización en Derecho Penal (UBA), Profesor Titular de Derecho Penal, Parte Especial (UB), Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal; luisbungecampos@derecho.uba.ar.

I. Introducción

La escena comienza una noche de 1840 en Balcarce y el río; un grupo de unitarios pretende embarcarse hacia Montevideo, ese destino frecuente de nuestros compatriotas. En esos momentos una partida los sorprende y mueren Oviden, Lynch, Riglos y Carlos Maisson. Este hecho aparece en las memorias del Gral. José María Paz y en las *Tablas de Sangre* de Rivera Indarte. La imaginación del novelista ubica a dos personajes más: Daniel Bello y Eduardo Belgrano, quien resulta malherido. Daniel lleva al herido a la casa de su prima en la calle Larga de Barracas (hoy Montes de Oca) y allí decide llamar a un médico para que atienda las heridas de Belgrano y propone al Dr. Diego Alcorta. Eduardo Belgrano, el héroe romántico de la novela, se opone con hidalguía: “Mi vida vale muy poco en el mundo para que se expongan por ella una mujer como tu prima, y un hombre como nuestro maestro”. A lo que Bello le responderá: “Tú, yo, cada joven de nuestros amigos, cada hombre de la generación a la que pertenecemos, y que ha sido educado en la UUniversidad de Buenos Aires, es un compromiso vivo, palpitante, elocuente del doctor Alcorta. Somos sus ideas en acción; somos la reproducción multiplicada de su virtud patricia, de su conciencia humanitaria, de su pensamiento filosófico. Desde la cátedra, él ha encendido en nuestro corazón el entusiasmo por todo lo que es grande: por el bien, por la libertad, por la justicia. Nuestros amigos que están hoy con Lavalle, que han arrojado el guante blanco para tomar la espada, son el doctor Alcorta. Frías es el doctor Alcorta en el ejército; Alberdi, Gutiérrez, Irigoyen son el doctor Alcorta en la prensa de Montevideo. Tú mismo, ahí bañado en tu sangre, que acabas de exponer tu vida por huir de la patria antes que soportar en ella la tiranía que la oprime, no eres otra cosa, Eduardo, que la personificación de las ideas de nuestro catedrático de filosofía”.

Esa es la descripción de Alcorta que nos brinda Mármol en su inolvidable novela *Amalia*. La carga emotiva de sus palabras nos habla de la influencia y del afecto que ese profesor despertó en la generación de 1837 y, al estudiarlo, advertimos que fue enorme. No hay alumno de Alcorta que no se refiera a él con la misma admiración y afecto que el que Mármol pone en boca de su personaje. A medida que nos adentramos en los sentimientos que Alcorta provocó veremos que es unánime. Lo que justifica adentrarnos en el estudio del personaje.

Hay tres clásicas biografías de Alcorta: la de Pastor Servando Obligado en “Las Estatuas de la Universidad”; la de Juan María Gutiérrez en

“Orígenes de la enseñanza pública en Buenos Aires”, y la de Paul Groussac que acompañaba la edición de las *Lecciones de Filosofía* de Alcorta que sus alumnos rescataron de apuntes y que, en parte, había sido publicada por Gutiérrez en el libro mencionado, que fue publicada por los *Anales* de la Biblioteca, y que venía acompañada de los fragmentos de la *Autobiografía* de Vicente Fidel López dedicados a Alcorta. Groussac tuvo la ventaja de consultar las anteriores biografías. La edición de la colección de la Biblioteca ha sido reeditada recientemente por el Fondo Nacional de las Artes.

II. Primeros años

Martín Diego Alcorta nació en Buenos Aires el 11 de noviembre de 1801, hijo de un vasco que murió cuando Diego tenía cinco años. Era el menor de cinco hermanos, recibió una educación muy esmerada y en 1818 ingresó al Colegio de la Unión del Sud que había sido establecido un año antes por decreto como continuador del de San Carlos, cuyo edificio ocupaba.

Beatriz Bosch ubica a Diego Alcorta como compañero de aula de Gramática de Justo José de Urquiza. También en ese curso señala a Manuel Belgrano, el amigo entrañable y futuro cuñado de Alcorta.¹ En estos momentos se puede disparar la imaginación para preguntarse si habrán dialogado alguna vez Diego y Justo José. De hecho no hay registros en los que Urquiza haga referencia a su condiscípulo; además de que el entrerriano pasó “sin pena ni gloria”,² como señala Bosch, por el colegio ya que Urquiza debió volver rápidamente a su provincia. Igual no deja de ser un bello juego de la imaginación pensar en los posibles diálogos de estos adolescentes en el marco de las ilusiones, sueños y dificultades propios de la época que atravesaban.

Estos dos hijos de vasco que compartieron ese tiempo en el colegio estarán llamados a cambiar la historia; uno a través de la acción, el otro por la influencia que ejerció en sus discípulos.

En ese colegio, Alcorta formó la entrañable amistad de Manuel Belgrano y escuchó las enseñanzas de su profesor de filosofía, Juan Crisóstomo Lafinur, que ejercerá una enorme influencia en el pensamiento de Diego,

1. Bosch, Beatriz, *Urquiza y su Tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 2da. ed., 1980, p. 6.

2. *Ibid.*

ya que Lafinur es quien “introdujo la enseñanza de la ideología en Buenos Aires”,³ según enseña Diego Pro. A esta escuela adscribirá Alcorta y será de enorme influencia entre sus discípulos.

III. Estudiante de medicina

“Después de algunas vacilaciones se decidió a seguir la carrera de medicina. A los veinte años de edad desempeñaba el cargo de practicante mayor en el Hospital general de hombres”,⁴ recuerda Juan María Gutiérrez.

Su paso por la carrera de medicina nos lo muestra como un estudiante comprometido con la carrera de un modo realmente importante. En 1958, siendo Florencio Escardó decano de la Facultad de Medicina, le obsequió el libro de actas original de la Sociedad Elemental de Medicina a José Luis Molinari, quien en 1967 publicó junto con Carlos Ursi un trabajo en la Academia Nacional de la Historia.⁵ Ese trabajo nos brinda acceso a las actas de esta sociedad que funcionó entre el 26 de junio y el 16 de diciembre de 1824. Tenía sesiones semanales, en la que uno o más de sus miembros exponían diferentes temas que luego se observaban para lo que se designaba un “observador”.⁶ “Diego Alcorta llevaba probablemente el número 1, fue el primer socio presidente y el *alma mater* de la sociedad”.⁷ Ocupó el cargo de presidente hasta el 19 de octubre. En su breve existencia esta sociedad celebró treinta y dos reuniones,⁸ lo que realmente no es poco. Diego Alcorta fue expositor en tres oportunidades; en la sesión del 3 de julio sobre la simpatía (desde el punto de vista médico); el 1 de agosto expuso sobre el olfato; el 15 de noviembre sobre el pulso.⁹

3. Pro, Diego F., *Historia del Pensamiento Filosófico Argentino*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1973, Cuaderno I, p. 159.

4. Gutiérrez, Juan María, *Origen y desarrollo de la Enseñanza Pública Superior en Buenos Aires*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915, p. 619.

5. Molinari, José Luis y Ursi, Carlos, *Diego Alcorta y la “Sociedad Elemental de Medicina”: 1824*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, Investigaciones y Ensayos I, 1967.

6. cf. Molinari y Ursi, *op. cit.*, p. 7.

7. *Ibid.*

8. Cf. Molinari y Ursi, *op. cit.*, p. 8.

9. Cf. Molinari y Ursi, *op. cit.* Pp. 8-15.

Esto nos muestra dos cualidades en Alcorta: por un lado su interés académico, su curiosidad y, por el otro, su capacidad organizativa y de liderazgo.

Recordemos que la Facultad de Medicina como tal y no como departamento, tal como había sido creada en 1822, se organizó por decreto del 3 de mayo de 1826.¹⁰

En el momento de poder graduarse como doctor “carecía de recursos pecuniarios para subvenir”¹¹ los gastos que requería esa función por lo que solicitó al rector una dispensa; la que le fue otorgada en virtud de “sus cualidades preferentes”.

El 26 de junio de 1826 había presentado su tesis doctoral, un breve estudio sobre la “manía aguda” que es el primer trabajo sobre psiquiatría escrito por un argentino y publicado en nuestro país.¹² Este breve trabajo nos muestra a Diego Alcorta como un médico que se encuentra absolutamente al día en cuanto a la bibliografía de la época; su título nos remonta a la clasificación de las enfermedades mentales de Pinel. Según el juicio crítico de una autoridad en la psiquiatría del siglo XIX como José Ingenieros: “Revelaban, sí, sagaz discernimiento inspirándose en lo que era por entonces la mayor novedad en esa ciencia; trasuntaban las ideas que Pinel y Esquirol habían agitado en Francia, para redimir a los alienados de las cadenas con que venían cargando desde hacía varios siglos, las preocupaciones religiosas”.¹³

Un estudio reciente nos confirma lo dicho por el maestro positivista: “En este punto, Alcorta introduce algunas aseveraciones de Philippe Pinel (1755-1826), célebre médico francés cuyos saberes originaron la legislación psiquiátrica francesa de 1838. Por un lado, Alcorta retomaba de Pinel la premisa de buscar en los tejidos la localización de las enfermedades, principio también compartido por el vitalismo o la denominada Escuela de Montpellier.”¹⁴

10. Cf. De Ángelis, Pietro, *Recopilación de las Leyes y Decretos promulgados en Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, Segunda Parte, 1836, p. 773..

11. ÉGutiérrez *op. cit.*, p. 619.

12. Cf. Ingenieros, José, *La Evolución de las Ideas Argentinas*, Buenos Aires, Elmer Editor, 1946, T. II, p. 102.

13. *Ibid.*

14. Di Pasquale, Mariano, “Diego Alcorta y la difusión de saberes médicos en Buenos Aires”, 1821-1842”, en *Dynamis*, vol. 34 N°1, Granada, 2014.

Debo en este punto citar un párrafo de esa tesis que nos muestra al médico humanista en toda su extensión. “En el tratamiento de ninguna enfermedad tiene el médico tanta necesidad de las luces de la filosofía como en el de la manía. ¡Cuán conocida la influencia de las pasiones y su grado de fuerza, al considerarlas como medios curativos! ¡Y cuánto no debe desconfiar de sus propias fuerzas un médico filósofo al observar las infinitas variedades de la sensibilidad individual! Obligado a tratar enfermos por lo general indóciles, es una prudencia ilustrada la que solamente podrá dictar los medios de represión sin exaltarlos, los medios suaves sin manifestarles debilidad; ieste tino particular es en lo que estriba la base del tratamiento!”.

Recordemos que estas palabras fueron escritas en 1827 cuando todavía se trataban las afecciones mentales con agua helada, encierro y castigos corporales.

En ese año se enfermó de lo que Gutiérrez llama “una enfermedad al pecho”¹⁵ y fue asistido en casa de su amigo Manuel Belgrano, con cuya hermana María Josefa se casó en la catedral el 15 de abril de 1828.¹⁶ Su mujer fue una parte importante tanto en la vida de Diego como en su relación con sus discípulos. Vicente Fidel López recuerda: “Se había casado con la señorita Josefa Belgrano: la virtud, la modestia, la bondad y la inocencia en persona. Su marido era un amigo y compañero para nosotros; comíamos y almorzábamos en su casa y vivíamos alrededor de su persona y de su familia; hablábamos con él de todo; no tuvo hijos, y nosotros éramos para él la *corona doméstica y universitaria*”.¹⁷

IV. El catedrático

A fines de 1827 Fernández de Agüero dejó la cátedra de Ideología -- que así se llamaba la materia en una clara posición dogmática en su dicta-

15. Gutiérrez, *op. cit.*, p. 619.

16. cf. Groussac, Paul, “Prólogo” en Alcorta, Diego, *Lecciones de Filosofía*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, sin fecha, Colección Autobiografías, Memorias y Libros olvidados Nro.º11, p. 19.

17. López, Vicente Fidel, “Autobiografía”, fragmento publicado en Alcorta, Diego, *Lecciones de Filosofía*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, sin fecha, Colección Autobiografías, Memorias y Libros olvidados, Nro. 11, p. 199.

do— en la joven Universidad de Buenos Aires; en el concurso para proveer esa cátedra se presentaron dos contendientes; Diego Alcorta y un adversario cuyo nombre no ha pasado a la historia. Groussac nos cuenta que la oposición se llevó a cabo en San Ignacio el 1 de febrero de 1828.¹⁸ El jurado destacó en forma unánime sus “ventajas remarcables”.¹⁹ A partir de entonces y hasta su muerte Alcorta enseñará filosofía en el curso de la Universidad que era común a todos; durante dos años todos los estudiantes que cursaron en la Universidad de Buenos Aires, entre 1828 y 1842 fueron alumnos de Alcorta.

Gutiérrez nos cuenta que era tal el afecto que sentían sus alumnos por el Dr. Alcorta que “sus discípulos quisieron mostrar la gratitud que le profesaban costeadando un buen retrato litográfico del maestro querido”.²⁰ La respuesta de Alcorta es un modelo de humildad y buenos sentimientos por lo que reproduzco la transcripción que de ella hace Gutiérrez:

“Mis queridos discípulos:

Me conocéis lo bastante para saber la resistencia que oponen a lo que exigís de mí la conciencia de mi poco mérito y mi genial aversión a dar publicidad a afectos que son de carácter privado.

Sin embargo, creo en esta ocasión deber sobreponerme a mis inclinaciones en favor de vuestra resolución, que juzgo tanto como más sincera y generosa, cuanto ya nada tenéis que esperar de mí en ningún sentido.

La razón que me determina es el saber que todo hombre de buen sentido debe considerar la prenda de cariño que me ofrecéis, como una señal de la fuerza en vosotros de sentimientos que os honran, y que en las relaciones domésticas o de un orden más elevado, serán el germen de virtudes distinguidas.

Vuestra gratitud sólo es para mí la más halagüeña compensación de mis tareas, pero no una prueba de mi mérito; porque el corazón inocente de la juventud, y de la juventud porteña, no puede dejar de aficionarse a una persona que ha tratado diariamente por dos años consecutivos a

18. Cf. Groussac, *op. cit.*, p. 18.

19. *Ibid.*

20. Gutiérrez, *op. cit.*, p. 620..

quien no tiene motivo de aborrecer. Pero cuando este testimonio es tan fuerte en vosotros que os lleva a hacer un sacrificio y demostrarle de un modo singular, mostráis una bella disposición del alma que no debo contrariar con una mezquina resistencia.

Haced, puees, como gustéis, y estad seguros que la certeza de vuestro amor respetuoso es el mayor bien que posee mi corazón, y forma las principales delicias de vuestro amigo y maestro.

Diciembre 23 de 1835”.²¹

Su paso por la Universidad también nos muestra ese compromiso que es una constante en la vida de Alcorta. El 17 de diciembre de 1833,²² el gobernador Viamonte aprobó la reforma universitaria proyectada por una comisión que integraron los doctores José Valentín Gómez, Diego Estanislao Zabaleta y Vicente López y Planes. Según este nuevo régimen el gobierno de la Universidad pasaba a cargo de un Consejo Directivo, el cual fue establecido por decreto del 15 de mayo de 1834, e integrado por los siguientes catedráticos: de Derecho Canónico, doctor José León Banegas; de Derecho Civil, doctor Rafael Casagemas; de Nosografía Médica, doctor Cosme Argerich, y de Ideología, doctor Diego Alcorta. Consejo que duró menos de un año ya que el 11 de mayo de 1835 por decreto se suprimió el Consejo Directivo de la Universidad.²³

No terminan aquí las vicisitudes universitarias; en 1838 Rosas redujo la mayor parte del presupuesto dedicado a educación y suprimió la enseñanza gratuita y los sueldos de los profesores universitarios.²⁴ Este recorte de fondos duró todo el resto del gobierno de Rosas: “durante catorce años la Universidad no ha de recibir sino subsidios ocasionales”;²⁵ no necesito decir que Alcorta siguió enseñando sin cobrar sueldo.

21. *Ibid.*

22. De Angelis, Pietro, *Recopilación de las Leyes y Decretos promulgados en Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, Segunda Parte, 1836, p. 1.187.

23. De Angelis, *op. cit.*, p. 1273.

24. Babini, José, *Historia de la Ciencia en la Argentina*, Buenos Aires, Dimensión Argentina, 1986, p. 104.

25. Halperín Donghi, Tulio, *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, 2da. ed., p. 43.

V. La Ideología

La filosofía de la ideología francesa, como la llama Pro,²⁶ es una derivación filosófica de la escuela de las luces. Pro la concibe como un modo de conciliar el racionalismo de la Ilustración francesa con el empirismo inglés:²⁷ “Como el iluminismo del siglo XVIII, los ideólogos afirman que la razón es el supremo tribunal que debe entender en todos los problemas que inquietan a los hombres [...]. Mantienen su doctrina del progreso que tiene los siguientes caracteres: fe en la razón legisladora, cierto antihistoricismo, tendencia a la universalización y descuido de la particularidad, optimismo activo”.²⁸ Esto por su condición de sensualistas, en el sentido de que el conocimiento se recibe a través de los sentidos. Sus representantes más relevantes en Francia son Condorcet, Condillac y Destutt de Tracy, de enorme influencia en Alcorta. Pro definirá la enseñanza de Alcorta en éstos términos: “Enseñaba metafísica, lógica y retórica según los cauces de la filosofía de Destutt de Tracy...”, agregando que “sus ideas son las de un ideólogo puro y textual”.²⁹ No obstante la afirmación de Pro, hay que destacar que en la obra de Alcorta encontramos que cita más a Condorcet y a Condillac que a Destutt de Tracy.

La influencia de la ideología en Buenos Aires es enorme, al punto tal de que el nombre de la materia que enseñaba Alcorta era “Ideología”, no “Filosofía”. Era la escuela que enseñó Fernández de Agüero antes que Alcorta en la Universidad y, también, la que aprendió el propio Alcorta de Lafinur en el Colegio de la Unión del Sud; ambos profesores, enseñaban Ideología. Además de ser la escuela de sus propios profesores, es la que influía el pensamiento de la época en Buenos Aires, es la que profesaba Pinel, el psiquiatra que siguió en su tesis. Ingenieros dice que la influencia de la ideología en Alcorta fue determinada por su apego a las teorías de Pinel.³⁰

Si comparamos la obra de Destutt de Tracy con la de Alcorta, encontraremos a favor de este último que por su condición de médico puede explicar

26. Pro, Diego, *Historia del Pensamiento*, *op. cit.*, p. 159.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. Cf. Ingenieros, *op. cit.*, p. 102.

las sensaciones, la sensibilidad y los procesos mentales con una solvencia mucho mayor que el filósofo francés.

Pero no es esa la parte que nos importa de las enseñanzas del maestro argentino, sino aquellas que indujeron a Mármol a poner en boca de su personaje Daniel Bello: “Somos sus ideas en acción; somos la reproducción multiplicada de su virtud patricia, de su conciencia humanitaria, de su pensamiento filosófico”.

VI. Las enseñanzas de Alcorta

Es importante transcribir algunos fragmentos de las enseñanzas de este médico humanista, que tanta influencia ejerció en sus alumnos.

En primer lugar, su concepción del hombre como un ser sociable, en los términos del “apetito societatis” del que nos habla Hugo Grocio, pero con una explicación basada en las necesidades de subsistencia, con lo que añade un ingrediente, digamos, positivista: “El hombre es un ser social por naturaleza. Si echamos una ojeada sobre las primeras épocas de su vida, reconoceremos un ser que no puede de ningún modo bastarse a sí propio; éél perecería si la sociedad le abandonara: su primer sentimiento es la necesidad y su primer sensación es el dolor”.³¹

Pero esta sociedad nace de una decisión de los hombres, con lo que abraza una posición decididamente contractualista: “Esta necesidad de sociedad lo lleva a protegerla con su fuerza individual, para estar protegido a la vez por la fuerza general. Hay un contrato tácito entre los pueblos y cada ciudadano; de la felicidad recíproca de cada contratante se deriva la felicidad común. El bien particular está siempre encerrado en el bien general; este bien general es el fundamento del edificio social”.³² Aquí advertimos que su concepción del bien común es la de un bien que integra a los bienes particulares, en lugar de ser la sumatoria de ellos, como lo conciben otros autores.

Es importante detenernos en las enseñanzas sociales de Alcorta que tanto influyeron en hombres como Alberdi, Gutiérrez, López. Así debemos

31. *Curso de Filosofía*, en Alcorta, Diego, *Lecciones de Filosofía*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, sin fecha, Colección Autobiografías, Memorias y Libros olvidados N°11, pp. 73-74.

32. *Ibid.*

analizar su concepción de los deberes del hombre en sociedad: “[...] es muy fácil deducir los deberes del hombre social. Pueden reducirse a los siguientes: 1). No ofender a nadie en su vida, hacienda y honor, pues estos objetos son la fuente de la felicidad social: sin esta garantía la sociedad se disolvería por sí propia. Una consecuencia de este deber, es que se deben cumplir sus compromisos y observar sus contratos. 2) Siendo los bienes que la sociedad procura comunes a todos, todos deben concurrir a soportar la carga que ella les impone. 3). Tendiendo las acciones criminales a disolver la sociedad, todos los ciudadanos deben por su parte coadyuvar a la autoridad encargada de castigarlas. 4) La verdad es una de las primeras necesidades del hombre, porque frecuentemente en los cambios que constituyen la sociedad, nos vemos precisados a fiarnos de la palabra de los demás. 5) Si cada uno hiciera lo que quisiera, la sociedad se disolvería por el fermento de los intereses y pasiones opuestas; de aquí se sigue el deber de reglar la autoridad legítima y obedecer las leyes que emanan de ella”.³³

Un elemento esencial de la concepción iluminista es la idea de progreso ilimitado, que es la esencia del pensamiento de la modernidad; en Alcorta esta idea se plasma de un modo virtuoso en las palabras con las que terminaba el curso: “El espíritu humano, pues, se perfecciona cada día. En las ciencias de hecho y de experiencia, y en las de puro razonamiento, es de rigurosa necesidad que los siglos posteriores sepan más que los primitivos, a menos que se rompa el hilo de la tradición, pues el aumento de las ideas rectifica gradualmente los métodos, y la rectificación de los métodos facilita a su vez el medio de conocer mejor la verdad”.³⁴

Imaginemos por un minuto que volvemos a tener veinte años y estamos sentados en un banco de la universidad, y nuestro profesor de filosofía despide el curso con estas palabras: “Los hombres, por consiguiente, valdrán más a medida que sean más instruidos. Pero eso no sería suficiente; una desgraciada experiencia nos ha demostrado que generalmente los siglos más ilustrados han sido los más corrompidos. Las pasiones son un obstáculo a la dicha del hombre y de los pueblos, y en vano es que se instruya a los jóvenes, si por una inadvertencia funesta se descuida el hacer servir las luces a dar mayor perfección a las costumbres. Es preciso, pues, buscar y practicar

33. *Ibid.*, pp. 74-75.

34. Alcorta, *op. cit.*, pp. 192-193.

los medios de que las costumbres públicas hagan progresos análogos a los de la razón, y ligar al estudio de las diversas ciencias las reglas morales que deben dirigir su uso. Entonces todas ellas servirán a la humanidad sin depravarla, los pueblos medirán su estimación sobre los servicios que hubiesen recibido, y entonces, también, la filosofía, que jamás debió ser otra cosa que la sabiduría misma, completará la dicha del género humano”.³⁵

Alcorta alternaba sus clases con su profesión de médico, que ejercía activamente; ello no fue obstáculo para que, además, tuviera una breve participación política.

VII. Diputado

En 1832 fue elegido diputado en la Legislatura representando a San Isidro. Los biógrafos suelen considerar esta experiencia como algo menor.

Es verdad que en la breve vida de Alcorta su paso por la Legislatura no fue más que una nota a pie de página, pero su participación fue importante y valiente. En la sesión del 29 de septiembre de 1832, a poco de incorporarse y en plena discusión acerca de la reelección de Rosas como gobernador y con facultades extraordinarias dijo: “La necesidad de vivir constitucionalmente es una necesidad vital, necesidad que está sancionada por la mayoría de toda la Provincia; necesidad que ha sido el objeto primordial después que la independencia nuestra ha sido un medio para esta libertad civil”.³⁶ Había que hablar de “la necesidad de vivir constitucionalmente” en 1832; pero su intervención no terminó allí, hablando de las facultades extraordinarias dijo: “Nosotros, los que ocupamos este puesto, no podemos hablar de nuestros deberes sancionando esta ley que aniquila las mismas formas que nos hemos comprometido a sostener”.³⁷

Había que plantarse de ese modo frente a Rosas, y este joven de treinta y un años lo hizo con total serenidad y éxito; Alfredo Palacios en su biografía de Echeverría nos dice que se reeligió a Rosas gobernador pero “sin poderes

35. *Ibid.*, p. 193.

36. Barba, Enrique M., *El Primer Gobierno de Rosas*, en Academia Nacional de la Historia, “Historia de la Nación Argentina”, dirigida por Ricardo Levene, Buenos Aires, El Ateneo, 3ra. edición, 1957, Vol. VII, p. 65.

37. *Ibid.*

discrecionales, que la Legislatura rechazó después de un magnífico discurso de don Diego Alcorta”.³⁸

Pero no quedó allí su compromiso con la vida constitucional como bellamente la llama, sino que fue más allá. El 19 de diciembre de 1833, durante el gobierno de Balcarce, presentó un proyecto de constitución para la provincia de Buenos Aires, junto con Mateo Vidal y Justo García Valdés. Ese proyecto fue publicado por Juan Carlos Corbetta en 1983, en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en cuyo sitio de internet puede consultarse. Los diputados señalan que no pueden “lisonjearse de presentar una obra original y propia de su invención [...] porque en esta materia los maestros más clásicos de la política han extendido hasta tal punto los conocimientos y analizado de tal suerte las ideas, que es difícil, sino imposible, poder crearse de algo nuevo”. Y continúan: “L“a Comisión caminando por la senda que ellos han trazado y respetando los principios y métodos adoptados por las repúblicas más libres y civilizadas, nuestras contemporáneas, no han hecho más que acomodarlos a nuuestras circunstancias, haciendo de ellos aquellas aplicaciones que aconseja la experiencia y que los sucesos han marcado”.

El proyecto adopta la forma republicana y federal y se estructura primero la parte orgánica que organiza la forma de gobierno y deja los derechos de las personas para la última sección bajo la denominación de “disposiciones generales”.

El artículo 141 disponía que “todos los habitantes de la provincia tienen un derecho a ser protegidos en el goce de su vida, reputación, libertad, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de ellas sino conforme a las leyes”. El 142 consagraba la igualdad ante la ley; el 143 retomaba el principio general contenido en el decreto sobre libertad de imprenta de 1811 que establecía un jurado especial para estos delitos: “Todo hombre puede publicar por la prensa sus pensamientos y opiniones. Los abusos cometidos por este medio serán juzgados en virtud de una ley particular y calificados por un tribunal de jurados”. El 144 hablaba del allanamiento de morada al decir: “Ninguna orden para hacer pesquisa en algún lugar sospechoso, arrestar una o más personas sospechosas, o embargar sus propiedades, será exequible, si no está

38. Palacios, Alfredo, *Esteban Echeverría, Albacea del Pensamiento de Mayo*, Buenos Aires, Claridad, 3ra. edición, 1955, p. 304.

acompañada por una especial designación de las personas u objetos de pesquisa, arresto o captura”; el 147 abolía la confiscación de bienes.

Y, para terminar con esta enumeración, es muy importante destacar lo que decía el artículo 170: “Jamás podrá en la provincia el Poder Ejecutivo ser investido con facultades extraordinarias, para disponer de las vidas ni fortunas de los particulares, ni trastornar el orden y forma de la administración establecidos por las leyes. Ni la asamblea general, o la comisión permanente en caso urgente de no poder convocar aquélla, podrá suspender el beneficio de la seguridad individual conocido en las otras partes por el de habeas corpus, excepto en ocasiones las más estrechas y urgentes de rebelión e invasión, y por un tiempo limitado que no pase de tres meses. Fenecido este término, sin necesidad de declaratoria alguna, se entra en el régimen legal”. Este proyecto que, obvio es decirlo, no recibió sanción fue presentado en 1833 en la Legislatura, dos años antes del asesinato de Facundo Quiroga que determinó que se invistiera a Rosas con la suma del poder público y las facultades extraordinarias.

Su paso por la legislatura culminó en enero de 1834 cuando renunció y se retiró de la política. Probablemente hubiera empleado la conocida expresión de Orgaz, “cansancio moral”.

VIII. Alcorta hombre

La admiración y el cariño que le tienen sus discípulos nos muestran a ese hombre de especiales virtudes. La carta con la que acepta que sus estudiantes le hagan un retrato es elocuente cuando señala que no debe contrariar con su mezquina resistencia el gesto generoso de sus alumnos. Esos mismos, que en el testimonio de López, almorzaban y cenaban en su casa. Gutiérrez nos muestra ese delicado aspecto de su persona: “El Dr. Alcorta era un pensador y un hombre de abnegación. Su aula en la Universidad, atendiendo a la robustez de la razón de la juventud, sus consejos de cabecera a los enfermos, absorbían su vida entera. Su desprendimiento puede medirse por el siguiente billete con que contestaba a una persona de su conocimiento a quien había asistido y le pedía cuenta de sus honorarios: ‘Mi amigo: he encontrado en casa una cartita de Ud. que me apresuro a contestar, asegurándole que si hay algo que pueda hacerme formar una idea favorable de mí mismo, es el de creerme útil a mis amigos. No me quite Ud. esa ilusión ni la oportunidad de ejercitarla; pues en ello recibe un placer su amigo.

Alcorta”.³⁹ La delicadeza que resume esta carta nos muestra lo que Mármol llama “su virtud patricia”. Ahora bien esa persona de su conocimiento que había asistido, según Gutiérrez, debe ser él mismo o alguien a quien él envió ya que esa misma carta figura en el epistolario de Gutiérrez.⁴⁰

Esteves Sagú lo recuerda simplemente como “el excelente y bondadoso Dr. Alcorta”.⁴¹

IX. El juicio de López

“Regresamos y yo me incorporé en 1830 a la clase de filosofía y bellas letras o retórica, que regenteaba el inolvidable doctor don Diego Alcorta: allí me uní en permanente amistad con Jacinto Rodríguez Peña, Carlos Tejedor, Félix Frías, Miguel Esteves Sagú y muchos otros. Alberdi, Cané, M. Paz, muy ligados con nosotros también, eran, sin embargo, de un curso anterior”;⁴² así Vicente Fidel López desgrana los nombres de los alumnos de Alcorta, sus “distinguidos”, como él los llamaba;⁴³ puede uno lisonjearse con haber tenido de alumnos a semejantes hombres. Pero hay algo más en Alcorta, algo que lo hace de enorme influencia para nuestra historia. López lo resume así: “He dicho que en el curso del doctor Alcorta comenzó a tomar forma mi carácter y personalidad. Lo seguí con mucha aplicación: Hasta ahora recuerdo el grande apotegma que le servía de base para la síntesis de las ciencias morales: ‘Hay mérito y demérito en nuestras acciones. Luego tenemos libre albedrío, y somos responsables de nuestros procederess’”.⁴⁴

39. Gutiérrez, *op. cit.*, p. 620.

40. cf. Biblioteca del Congreso de la Nación, *Colección Doctor Juan María Gutiérrez, Archivo-Epistolario*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1979, T. 1, documento 1.

41. Esteves Sagú, Miguel, *Apuntes Históricos. Recuerdos para mis hijos al correr de la pluma*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1980, p. 7.

42. López, Vicente Fidel, “Autobiografía”, fragmento publicado en Alcorta, Diego, *Lecciones de Filosofía*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, sin fecha, Colección Autobiografías, Memorias y Libros olvidados N°11, p. 197.

43. Cf. López, *op. cit.*, p. 199.

44. *Ibid.*, p. 197.

Culmina el recuerdo de López destacando: “No sé si era por inclinación natural o por el prestigio del maestro, el hecho es que yo me fanaticé de tal modo por esta materia, que se vino a connaturalizar con el rumbo de todas mis ideas; y como contraprueba referiré que, conversando en Chile con Alberdi sobre nuestros primeros estudios (Alberdi había sido del primer curso o bienio de Alcorta, yo del segundo), me decía ‘¡Qué enseñanza aquella de Don Diego! ¡Qué sentido práctico! ¡Qué sensatez para mantenerse en el terreno de lo inteligible y de lo útil! Y qué fuerza de influjo para darle a nuestras mentes la forma en que él concebía lo que enseñaba’”.⁴⁵

Enrique Barba lo resume: “Diego Alcorta, por no señalar más que el que mayor simpatía despertó entre la juventud, fue un maestro en toda la extensión de la palabra. Enseñó con la palabra y con el ejemplo. Austero e insobornable, fue el maestro de toda una generación. En la cátedra y en la política sus discípulos aprendieron la lección que no olvidarán más”.⁴⁶

X. Su muerte

Cuenta López –que, como escribía muy bien, debo transcribir por pura justicia– que “una noche, en altas horas, dieron grandes golpes a su puerta, y tres o cuatro mazorqueros (vivía en el barrio de Montserrat, y a poco más de una cuadra estaba el cuartel de la Mazorca) se presentaron buscándolo con urgencia por llamado de Cuitiño, jefe del cuartel. La alarma de la familia fue grande. Los mazorqueros le dijeron que no se alarmara, pues era que Cuitiño acababa de tener un fuerte ataque de colerina.⁴⁷ Asimismo, su señora no les creyó. Saltó de la cama, se arrebozó, tomó el brazo de su marido, y se entró con él en las piezas de Cuitiño. El doctor Alcorta lo asistió, su señora ayudó a hacer las cataplasmas y otros remedios. A la madrugada pasó el ataque”.

Es el momento de traer a la memoria esa “enfermedad del pecho” que lo atacó de joven y de la que nos habló Gutiérrez para comprender el des-

45. *Ibid.*, p. 199.

46. Barba, Enrique M., *Las Reacciones contra Rosas*, en Academia Nacional de la Historia, “Historia de la Nación Argentina”, dirigida por Ricardo Levene, Buenos Aires, El Ateneo, 3ra. edición, 1957, Vol. VII, p. 392.

47. Diarrea en forma de cólera.

enlace, probablemente ocasionado por la enorme impresión de esa noche.

Gutiérrez nos dice que “Expiró en brazos del Dr. Argerich (D. Cosme), y de su discípulo el Dr. Guillermo Rawson, al oscurecer del día 7 de enero de 1842”.⁴⁸ La imagen que nos brinda Gutiérrez al decir que murió en brazos de estos dos médicos nos evoca una imagen de una muerte apacible en un lecho de enfermo, cuando en realidad no parece haber sido así.

Pietro de Angelis le escribió a Tomás Guido una carta fechada el 14 de enero de 1842 en la que dice: “El pobre Alcorta, Dn.. Diego, se cayó muerto de repente mientras estaba conversando con Dn. Cosme Argerich. Su pérdida ha sido generalmente sentida y muchos hechos ignorados de su filantropía se han repetido en su elogio”.⁴⁹

Su muerte a los cuarenta y un años no deja de ser una metáfora universitaria; estaba acompañado de su profesor de cirugía, Cosme Argerich, y de su alumno Guillermo Rawson; con los años Rawson ejercerá la misma cátedra de filosofía de Alcorta.⁵⁰

Pocas personalidades han tenido tal influencia en sus alumnos como la de Alcorta. Inútil sería aquí repasar la obra que dejaron sus alumnos y es imposible no ver en ella las huellas de las enseñanzas de Alcorta.

Nuestra Constitución, nuestro primer Código penal, obra de Carlos Tejedor, en cada una de estas obras debe estar presente la viva personalidad de Diego Alcorta.

Hoy muchos hospitales llevan su nombre y eso hace justicia al médico. Podríamos recordarlo simplemente por ser el primer argentino que escribió sobre psiquiatría, pero no alcanza, por haber sido una voz valiente que se levantó en defensa de los derechos fundamentales en épocas oscuras, y tampoco alcanza, todo ello en sus breves cuarenta y un años.

La profunda marca que sus enseñanzas dejaron en sus discípulos se reflejó en las obras de toda la generación del '37, marcada por el maestro: cada monumento a Alberdi o a Gutiérrez, lleva el reflejo del maestro.

Por ello quise recordarlo, porque también soy producto de esa misma universidad que lo formó y en la que transcurrió su vida.

48. Gutiérrez, *op. cit.*, p. 621.

49. Barba, *Las Reacciones contra Rosas*, *op. cit.*, p. 392, nota 1.

50. Rawson ejerció brevemente la cátedra de filosofía, entre 1857 y 1858.

Bibliografía

- Alcorta, Diego, “Lecciones de Filosofía”, Fondo Nacional de las Artes, Buenos Aires, sin fecha, Colección Autobiografías, Memorias y Libros olvidados N 11.
- Babini, José, *Historia de la Ciencia en la Argentina*, Buenos Aires, Dimensión Argentina, 1986.
- Barba, Enrique M., *El Primer Gobierno de Rosas*, en Academia Nacional de la Historia, “Historia de la Nación Argentina”, dirigida por Ricardo Levene, Buenos Aires, El Ateneo, 3ra edición, 1957, Vol VII.
- Barba, Enrique M., *Las Reacciones contra Rosas*, en Academia Nacional de la Historia, “Historia de la Nación Argentina”, dirigida por Ricardo Levene, Buenos Aires, El Ateneo, 3ra edición, 1957, Vol VII.
- Biblioteca del Congreso de la Nación, *Colección Doctor Juan María Gutiérrez, Archivo-Epistolario*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1979, T 1.
- Bosch, Beatriz, *Urquiza y su Tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 2da ed., 1980.
- De Angelis, Pietro, *Recopilación de las Leyes y Decretos promulgados en Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1836.
- Di Pasquale, Mariano, “Diego Alcorta y la difusión de saberes médicos en Buenos Aires, 1821-1842”, en *Dynamis*, vol.34 no.1, Granada 2014.
- Esteves Sagui, Miguel, *Apuntes Históricos Recuerdos para mis hijos al correr de la pluma*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1980.
- Groussac, Paul, “Prólogo” en Alcorta, Diego, “*Lecciones de Filosofía*”, Fondo Nacional de las Artes, Buenos Aires, sin fecha, Colección Autobiografías, Memorias y Libros olvidados N 11.
- Gutiérrez, Juan María, *Origen y desarrollo de la Enseñanza Pública Superior en Buenos Aires*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915.
- Halperín Donghi, Tulio, *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, EUDEBA, 2002, 2da ed.
- Ingenieros, José, *La Evolución de las Ideas Argentinas*, Buenos Aires, Elmer Editor, 1946, T II-
- López, Vicente Fidel, *Autobiografía*, fragmento publicado en Alcorta, Diego, “Lecciones de Filosofía”, Fondo Nacional de las Artes, Buenos Aires, sin fecha, Colección Autobiografías, Memorias y Libros olvidados N 11.

Molinari, José Luis y Ursi, Carlos, *Diego Alcorta y la “Sociedad Elemental de Medicina”: 1824*, Buenos Aires, 1967, Academia Nacional de la Historia, Investigaciones y Ensayos I.

Palacios, Alfredo, *Esteban Echeverría, Albacea del Pensamiento de Mayo*, Buenos Aires, Claridad, 3ra edición, 1955.

Pro, Diego F., *Historia del Pensamiento Filosófico Argentino*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1973, Cuaderno I.

De nuevo la tensión universalismo-multiculturalidad. Examen de una “tercera vía” a propósito de la jurisprudencia constitucional latinoamericana en materia indígena

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas**

Resumen

Uno de los desafíos más complejos que debe afrontar una teoría general de los derechos humanos lo constituye lo que podría caracterizarse como el test de universalidad. ¿Son estos válidos aquí y allá? O, por el contrario, la multiculturalidad –y el pluralismo jurídico que de ella deriva– revela concepciones incompatibles que tornan inútil cualquier juicio de reproche sobre el contenido de las conductas que puedan catalogarse como intrínsecamente perversas o radicalmente encomiables. En este trabajo me propongo defender, con apoyo en ejemplos jurisprudenciales del constitucionalismo latinoamericano, una teoría universal de los derechos humanos que reconozca las diversidades culturales y, más aún, que se enriquezca con ellas, de modo que pueda ofrecer una perspectiva mínima en cuanto al resguardo de ciertos bienes básicos de las personas a partir del dato de la multiculturalidad.

Palabras clave: derechos humanos, universalismo, multiculturalismo, interculturalidad, jurisprudencia constitucional latinoamericana.

* Abogado (UBA); Doctor en Derecho (Univ. Navarra, España); Profesor Titular Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA); Premio accésit Academia Nacional de Derecho por la obra “Teoría del Derecho” (2010); renatorabbibaldi@gmail.com.

Newly found tension between universalism and multiculturalism. Study of a third way regarding Latin American constitutional case law concerning native communities

Abstract

One of the most complex challenges that a general theory of human rights must face is what could be characterized as the universal test: are these valid through the world? Or, on the contrary, the multiculturalism (and the judicial pluralism that it implies), reveal incompatible conceptions, which may turn useless any judgement over behaviors that may be considered perverse or radically praised.

In this essay, my purpose is to support, with the help of some judicial examples of Latin American constitutionalism, a universal theory of Human Rights that recognizes cultural differences, further on, they may be enriched with them, and maybe offer a minimum perspective on behalf of people's "basic values" and yet recognizing the fact of multiculturalism.

Keywords: Human Rights, Universalism, Multiculturalism, Interculturalism, Latin American Constitutional Jurisprudence.

I. Introducción

Uno de los desafíos más complejos que debe afrontar una teoría general de los derechos humanos lo constituye lo que podría caracterizarse como el test de universalidad. ¿Son estos válidos aquí y allá; ayer, hoy y mañana? ¿Existe un fondo común que compromete a toda persona en tanto que tal y de la que se infieren exigencias básicas que anclan en la "unidad de la especie humana", como reflexiona Todorov?¹ O, por el contrario, la multiculturalidad –y el pluralismo jurídico que de ella deriva– revela concepciones incompatibles, que tornan inútil todo juicio de valor y, más aún, cualquier juicio de repro-

1. Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, Madrid, Siglo XXI, 2010 (del francés por M. Mur Ubarsat), p. 437.

che sobre conductas que puedan catalogarse como intrínsecamente perversas o radicalmente encomiables. En ese contexto, ¿puede defenderse una teoría universal de los derechos humanos en el horizonte del multiculturalismo? En este papel me propongo responder de forma positiva a esta pregunta: propicio, en línea de principio, que la multiculturalidad no es incompatible con el universalismo, por lo que cabe, con buenas razones, defender una noción de los derechos humanos que reconozca las diversidades culturales y, más aún, que se enriquezca con ellas, de modo que termine por ofrecer una teoría mínimamente universal en punto al resguardo de ciertos bienes básicos de las personas a partir del dato de la multiculturalidad.² Me valdré para ello del desarrollo teórico que proporciona la denominada “interculturalidad” y que, según estimo, halla un interesante banco de prueba en la incipiente jurisprudencia constitucional latinoamericana en punto a las relaciones de las comunidades indígenas entre sí y con respecto a las autoridades estatales y grupos y personas ajenos a dichas etnias.

La “interculturalidad” asoma como una propuesta superadora del par universalismo-multiculturalismo.³ Como es sabido, el “universalismo” postula la existencia de ciertos bienes básicos al ser humano, lo que indica que se trata de títulos anejos a cada una de las personas; cognoscibles por todos y desde los que es posible formular un juicio laudatorio o de reproche respecto de una determinada conducta.⁴ Esta tesis encuentra correlato en la legislación internacional (incluso en documentos, como el Convenio 168 de la OIT que procuran resguardar y desarrollar la diversidad cultural) y en el

2. Pueden leerse más referencias al respecto en mi estudio *Universalismo vs. Multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia argentina*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2013, vol. 40, pp. 17-55.

3. He planteado este asunto por primera vez en *Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas. De la tensión universalismo-multiculturalismo a la interculturalidad*, en Douglas Price, Jorge/Duquelski, Diego (coords.), “XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, interculturalidad y Derecho”, *Infojus*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2014, pp. 55-78 (reproducido, con correcciones y actualizaciones, en Martínez Muñoz, Juan Antonio, “Multiculturalismo y derechos humanos”, Porrúa-Red Integral de Juristas para la Integración Americana, México, 2015, pp. 317-338).

4. Cfr., por todos, Alexy, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?” (del alemán por R. Soderó), *Ideas y Derecho*, Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, 6, 2008, p. 14.

derecho constitucional comparado. Si bien su fortaleza estriba en plantear un escenario de máximo reconocimiento de los bienes básicos de la humanidad (tanto en una perspectiva de “moral densa” como de “moral tenue”, para seguir a Walzer),⁵ su debilidad se halla en que da por supuesto lo que muchos controvierten y, acaso más relevante aún, en que ignora las particularidades culturales que constituyen una dimensión insoslayable del ser humano. Desde estos presupuestos, el salto hacia perspectivas liberales o “singularistas” (pienso en Rawls) es tan corto como infecundo.⁶ Y asimismo es corto y nada satisfactorio el tránsito hacia perspectivas “etnocentristas” (postura que considera la cultura propia como la única válida, por lo que todas las demás deben adecuarse a ella), las que reconocen diversos ejemplos históricos y actuales en todas las geografías del orbe.

Este último aspecto plantea una radical diversidad cultural que torna estéril cualquier intento de consensuar mínimos compartidos y, menos, un juicio de valor sobre las conductas de que se trate, pues impera un escepticismo en materia cognoscitiva. Si bien se destaca en el ámbito penal, donde brega por evitar sanciones con sustento en la tesis del “error culturalmente condicionado”, ello no resuelve la justicia o injusticia de la conducta en cuestión. ¿Cabe entonces abstenerse de todo juicio? Es más, ¿corresponde fomentar dicha abstención de modo que los estados asuman una suerte de *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même* a toda cultura, cualquiera sea la índole de las conductas que estas desarrollen? Todorov ha descrito con precisión las consecuencias de adoptar una respuesta del tipo que, en definitiva, remite a un horizonte relativista: “El relativismo consecuente renuncia a la unidad de la especie humana, lo cual es un postulado aún más peligroso que el etnocentrismo ingenuo de algunos colonizadores. La ausencia de unidad permite la exclusión, la cual puede llevar al exterminio. Por añadidura, el relativista, incluso el moderado, no puede denunciar ninguna injusticia [...] por temor a que estas formen parte de una tradición cualquiera, distinta a la suya: ni la excisión, ni los sacrificios humanos, merecen ser reprobados; por lo tanto, se podría decir que los propios campos de concen-

5. Walzer, Michael, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1996 (del inglés y con estudio introductorio de R. del Águila), p. 35.

6. Rawls, John, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, pp. 554-555.

tración pertenecen, en un momento dado de la historia rusa o alemana, a la tradición nacional. La situación no es mucho mejor en el caso de esas formas particulares del relativismo que son el nacionalismo y el exotismo”.⁷ De ahí que, afirma Garzón Valdés, “no es verdad que de la diferencia de las culturas pueda inferirse sin más su incomensurabilidad” proposición que, de ser verdadera, en cuanto aquí interesa, conduciría a señalar que no resultará “posible afirmar la vigencia universal de los derechos humanos”.⁸

Parecería, entonces, que, si un multiculturalismo así planteado no proporciona una respuesta satisfactoria para una teoría universal de los derechos humanos, el universalismo que se propicia no puede prescindir del papel que desempeña la historia en la peripecia humana y, por tanto, las circunstancias de tiempo y lugar que le son connaturales. Un esfuerzo por superar ambas tesis lo asume la denominada perspectiva “interculturalista”.

Con todo, cabe aquí efectuar una precisión. Bajo esta denominación no se propicia, como sucede con algunos autores (por ejemplo Fonet-Betancourt o, más claramente, Ochoa García)⁹ un diálogo entre culturas que meramente se ciña a *describir* las obvias diferencias existentes sin emitir juicio valorativo respecto de estas. Si así fuera, nada se habría avanzado, pues un “interculturalismo” concebido de ese modo colapsa en el “multiculturalismo”. Por el contrario, el “interculturalismo” defendido en este texto y que encontraría sustento en la jurisprudencia a examinar, busca algo más: abandona la sola descripción para internarse el difícil campo de lo *prescriptivo*, por cuanto asume que ninguna forma de vida puede pretenderse inmune a toda evaluación moral. Y al hacerlo se huye de un etnocentrismo simplista y, por tanto arrogante, propiciando, por el contrario, y como escribe Habermas, una “colaboración recíproca” pues “únicamente” sobre esa base “los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona”.¹⁰

7. Todorov, nota 1, p. 437.

8. Garzón Valdés, Ernesto, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2012, pp. 12 y 15.

9. Cfr, por todos, González de Prada, María Victoria, “Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2/1/14, p. 3.

10. Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, LV, 64, mayo 2010 (del alemán por J. Aguirre Román, revisión por E. Mendieta y M. Herrera), p. 9 (énfasis añadido).

Rescato esta idea de “colaboración recíproca” la que, en cuanto aquí interesa, traduzco como el desafío de integrar los particularismos históricos de todos los participantes, para trascenderlos en aquellos aspectos que concitan, como se mencionó recién, “la unidad de la especie humana”. Autores que asumen tan diversas filosofías, como Josef Raz o Robert P. George, parecen compartir esta tesis. El primero postula que las distintas culturas son “precondición y factor que da forma y contenido a la libertad individual” ya que “solo a través de su socialización en una cultura puede uno escoger las opciones que dan sentido a la vida”.¹¹ El segundo expresa que “para la tradición del derecho natural, la obligación de una autoridad internacional de respetar la autonomía cultural y por lo tanto de permitir la diversidad cultural, está basada en el principio de subsidiaridad y en la diversidad de bienes comunes básicos y de los modos razonables en los que los individuos concretan esos bienes en sus vidas”.¹²

En ese contexto, como se adelantó, la alternativa intercultural halla una plataforma de trabajo de la mayor relevancia en el estudio del derecho indígena en su relación con el derecho estatal en los países latinoamericanos. En estos, en efecto, se perciben fuertes tensiones en la relación entre las costumbres de las comunidades aborígenes y las normas escritas del sistema estatal, lo que está dando lugar a una rica jurisprudencia que, al tiempo que procura ir aportando soluciones de especie, puede permitir que, analizadas dichas decisiones en conjunto, surjan elementos de interés para una configuración de una teoría de los derechos humanos de validez general o universal. No se trata, como es obvio, de una empresa sencilla que, como se adelantó, se halla en pleno desarrollo. Sin embargo, compartiré en lo que sigue ciertas conclusiones que, acaso, pueden brindar alguna ayuda para esta compleja cuestión a partir del análisis de tres casos resueltos por la jurisprudencia constitucional procedente de Ecuador, Colombia y la Argentina: se trata de tres casos que tienen que ver con el exigente desafío de una coexistencia posible entre comunidades indígenas y de estas con no indígenas.

11. Raz, Joseph, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 177.

12. George, Robert P., “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 242.

II. Relevancia práctica del tema

1. Derecho a la vida y a la libertad y error de prohibición ante el delito de homicidio y de secuestro

Corte Constitucional de Ecuador, caso 72-14-CN, 6/8/14

a) En materia penal es conocido que la ausencia de comprensión de la ilicitud de una determinada conducta acarrea la exclusión de pena. Se trata, ciertamente, de un supuesto excepcional. Quienes lo prohíjan hacen referencia que resulta aplicable respecto de individuos pertenecientes a grupos que viven en estado de aislamiento total, hipótesis cada vez más difícil de hallar. Y aún en estos casos, la doctrina no lo admite, sin más, respecto de graves delitos, dando a entender que existiría un fondo común, en cuanto concierne a ciertos bienes básicos, que atraviesa sincrónica y diacrónicamente el decurso humano.¹³

La jurisprudencia ecuatoriana ofrece un ejemplo de interés originado en la examinación en la cuestión prejudicial planteada por el juez de primera instancia ante la instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio que habrían cometido miembros de la nacionalidad Waoranis (pueblo indígena de reciente contacto), quienes a raíz del homicidio de dos ancianos de su comunidad a manos de los Taromenane (pueblo indígena en aislamiento), “organizó una incursión a la selva con el propósito de buscar rastros” y “localizar a familias de pueblos aislados con el propósito de darles muerte”, procediendo a sustraer dos niñas de 3 y 6 años de edad y de “dar muerte a varios miembros de las familias en aislamiento” (Descripción de los hechos...). La consulta se basa en que la Corte determine si el art. innumerado anterior al 441 del CP (“quien con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso [...] ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado...”) viola el 57 de la CE (“Se reconoce y garantizará a las comunas [...] indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos [...] internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”, entre los que menciono, a título ejemplificativo: “1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad,

13. Sobre este tópico, a partir de la autoridad, entre otros, de Zaffaroni o Garcia Vitor, cfr. mi trabajo citado en la nota 3.

sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social...”).

b) El planteo hace al núcleo del tema bajo examen: una consideración irrestricta de las culturas, en el sentido de que por el mero hecho de existir exige no solo su respeto sino, en rigor, el aliento de las estructuras estatales, conduciría a bloquear cualquier tipo de reproche respecto del caso de especie. Es más, en puridad, lo que las autoridades estatales deberían realizar es fortalecer tales conductas de modo que no desaparezcan. Se trataría, pues, de una peculiar forma de “paternalismo”, ya que, como se anticipó, el Estado es llamado a “intervenir” bien en nombre de la “no intervención”. Se está, pues, ante la hipótesis del “aislamiento moral” que conduce a Steiner/Alston a expresar, críticamente, que “un Estado compuesto de regímenes de autonomía segregada se parecería más a un museo de antigüedades sociales y culturales que a un ideal de derechos humanos”.¹⁴ Por el contrario, una consideración lineal del art. 57, en tanto sujeta las tradiciones ancestrales a lo que prescribe la Constitución y los pactos internacionales tampoco resuelve satisfactoriamente el tema, pues podría revelar un etnocentrismo que prescinde de la consideración del otro y del horizonte comprensivo en que este actúa como punto de partida para lograr ese “ideal de derechos humanos” recién sugerido que está en la base del proyecto constitucional y, acaso también, en el de la comunidad Waoranis, pues, como expresa su defensor, “los hechos que hoy se quieren juzgar desde la cosmovisión del mundo Waorani son hechos constitutivos para merecer una sanción, están establecidos en sus códigos de honor estas conductas como actos antijurídicos...” (Dr. Jorge Acaro).

¿Cómo razona la Corte? Para ella, si bien el art. 441 “es una norma penal imperativa, no puede ser aplicada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige”, esto es, “desde una perspectiva intercultural [...] acercándose objetivamente a los rasgos y prácticas culturales de los respectivos grupos involucrados”, ya que la norma en cuestión “no presenta vicios de constitucionalidad”, por lo que de lo que se trata es de que “su aplicación al caso concreto [no] generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto

14. Steiner, Henry/Alston, Philip, “Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities”, en *Notre Dame Law Review*, 66, p. 28.

de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral dado el conflicto entre un pueblo en asilamiento Taromenane y un pueblo de reciente contacto Waorani...” (II, 1, p. 19).

¿Cuáles son, entonces, esos principios de “diversidad étnica y cultural” convocados para discernir este aspecto? En otro precedente (Sent. 008-09-SAN-CC) la Corte acudió a los de “continuidad histórica” de los pueblos en cuestión, los que “no obstante su colonización [...] están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales”; el de la “diversidad cultural” de esas comunidades respecto de otras; el de “interculturalidad”, el que alude a un “diálogo fundamentalmente epistémico” en el que “los pueblos indígenas [no] sean los convidados de piedra”, máxime “al existir posiciones hegemónicas” de modo que los “pueblos hacen uso de diversas formas de producir [...] conocimiento para relacionarse entre sí, con la naturaleza...” y el de la “interpretación intercultural”, el que entraña “una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales” a partir del “enfoque sustentado en la diversidad cultural”.

Ahora bien, en ese horizonte hermenéutico, el tribunal plantea reglas de interpretación que se acomodan a un esquema jerárquico de las fuentes del derecho, para lo cual sigue a la Corte Constitucional de Colombia. Dicho esquema expresa: “1. A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, bien que “2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”. Es más: “3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural” y “4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”.

c) De lo expuesto emanan interesantes lugares de trabajo para nuestro tema. Deseo remarcar ahora dos aspectos. El primero tiene que ver con el “diálogo epistémico”, el que surge como oposición a las “posiciones hegemónicas” que, si bien se miran, exhiben procedencias diversas: no solo se originan, respecto de las comunidades indígenas, por parte de los estados nacionales, sino, también, entre los grupos originarios (como sucede en este caso y en el próximo) o desde estos hacia personas procedentes de culturas no indígenas (como se verá en el último ejemplo de este papel). En efecto; el abuso de la fuerza no es un dato ajeno, pero tampoco lo es el esfuerzo de la Razón por “domesticarlas”, para apropiarme de una expresión de

Saint-Exupéry que me recuerda, a su vez, al famoso diálogo de Sócrates con Calicles en el *Gorgias* platónico.¹⁵ El segundo, que la presentación de las fuentes del derecho ubica a los derechos constitucionales en la cúspide jerárquica, constituyendo un “mínimo obligatorio de convivencia”.

Obsérvese ahora este último aspecto, bien que ello no entraña abandonar el primero: ¿no significa esa jerarquización asumir un planteamiento hegemónico? ¿No supone dar por sentado lo que, precisamente, debe desentrañarse, a saber, un mínimo no negociable concerniente a los bienes primarios de todo ser humano? La prevención planteada parece salvada con el párrafo siguiente: “Corresponderá al juez de la causa, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y todos los elementos de convicción necesarios, determinar en qué medida los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa así como si dentro de su cultura se evidencian estas prácticas como actos propios de su cultura, o si por el contrario son ajenas a la misma y por lo tanto objeto del derecho penal” (p. 21).

El *dictum* introduce dos consideraciones de relevancia. La primera es metodológica, cuestión sobre la que tanto se insiste en este trabajo. Es posible que la comunidad Waorani asuma como propio el mínimo obligatorio de convivencia estructurado en torno de los derechos fundamentales constitucionales, tal y como estatuyen las leyes supremas comparadas; los pactos internacionales y la jurisprudencia dictada en su consecuencia. Pero a ello se *llega* al cabo de un laborioso camino que incluye, como bien pide la Corte, el concurso de antropólogos y sociólogos, rasero que permite otra mirada –más amplia– del caso. No es un punto del que se parte, sino al que se arriba. Sobre tales bases, si fuera cierto lo indicado por el defensor de esa comunidad, en el sentido de que esta asume como reprochable la conducta en cuestión (puesto que forma parte de su “código de honor”), la existencia de un núcleo de principios comunes a todo ser humano con prescindencia de sus accidentes estaría garantizada, cuanto menos en cuanto concierne al derecho a la vida de quienes fueron privados de ella y a la libertad de los menores raptados. El franco encuentro intercultural propiciado por el tribunal habría entonces rendido frutos provechosos. Si, por el contrario, no fuera

15. Cfr. en relación con esto último, Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016, 4º, pp. 149-152.

verdadero lo indicado por la defensa, entonces el valladar de la incomprensión de la conducta reprochada liberaría de sanción a quienes incurrieron en los actos referidos. Con todo, como lo he señalado en el trabajo citado en la nota 3, ello no resuelve la cuestión en torno de la injusticia o justicia intrínseca del acto en cuestión, que es lo determinante. Empero, aun en esta última hipótesis, no es poco lo que se ha avanzado: el encuentro intercultural es una metodología virtuosa pues huye deliberadamente del bloqueo en el que incurren tanto la perspectiva multicultural cuanto una versión reductiva de lo universal.

La segunda es lo que resta de ese tránsito. Dicho esfuerzo implica que el grado de conocimiento intersubjetivo es muy superior al de inicio y que, en consecuencia, el parejo respeto por el otro ha aumentado significativamente. Desde allí, el salto a la afirmación del reconocimiento del *neminem laedere* grabada a fuego desde la Roma estoica en adelante no parece tan lejana en el supuesto de que la incomprensión de las conductas bajo examen fueran ciertas (lo que, como se dijo, no parece que lo sean). Como se ve, más allá de algunas inconsistencias o reproches, la jurisprudencia glosada parece encaminarse a través de una interculturalidad no meramente descriptiva o constatativa, sino dispuesta a penetrar en el corazón antropológico del otro, hacia una universalidad de la que quepan extraer conductas mejor o peor configuradas para una coexistencia social pacífica.

2. La proporcionalidad de la sanción y la prohibición del destierro y de confiscar bienes ante condenas que traspasan el principio de responsabilidad individual

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 254/94, sent. 30/5/94

a) En esta causa se revisa la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tolima, confirmatoria de la decisión del Cabildo Indígena de El Tambo, el cual, según surge de las constancias de la causa, reunido en asamblea y luego de diversas amonestaciones previas, había expulsado de la comunidad al recurrente y a su familia, a raíz del hurto de cultivos, animales y productos agrícolas en los que aquel habría incurrido (cfr. Sentencia, consids. 1 y 12). A juicio de este último, la decisión vulnera diversas normas constitucionales.

Como primera medida, la Corte precisa los criterios que guiarán su decisión. Así, reconoce que la Constitución Política de Colombia ha creado una jurisdicción indígena (art. 246) bien que tanto esta como las funciones de

autogobierno encomendadas a los consejos de esa naturaleza (art. 330) “deben ejercerse [...] según sus usos y costumbres pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores” (consids. 7.3 y 7), precisando, a ese respecto, las reglas de interpretación que se han mencionado en la citada causa de la Corte Constitucional ecuatoriana 0072-14-CN (cfr. consids. 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4) a la luz de las cuales deben resolverse “las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de” estos “órdenes jurídicos diversos” (consid. 7). De ello se concluye que la Corte sujeta los procedimientos indígenas a que no sean contrarios a la Constitución.

Se postula entonces, en el contexto de una reconocida multiculturalidad, un universalismo de base representado por los “derechos fundamentales”, los que “constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional...” (consid. 7.2), cuyos usos y costumbres, en consecuencia, “deben ser, *en principio*, respetados” (consid. 7.1, énfasis añadido). El matiz “en principio” es indicativo de la perspectiva filosófica que late en el pronunciamiento, el que se refuerza con la cita de Agnes Heller y de Norberto Bobbio. La primera rechaza un “relativismo ético extremo”, acogiendo el “respeto de la especificidad cultural salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona”. Desde esta lógica, el segundo considera las cartas internacionales de derechos humanos como “la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores” (consid. 10).

Se advierte, pues, que la sentencia fija ese “consenso entre todos los hombres” en el resguardo de los derechos más básicos o primarios de las personas y en la exclusión de la violencia pues, de lo contrario, resultaría imposible no ya un esquema de descubrimientos recíprocos (que denomino “situación de no diálogo”), sino ni siquiera el dato mismo de la coexistencia (que menciono como “situación de supresión del otro”). Es entonces sobre tales bases que el Tribunal examina si la decisión comunitaria cercenó los derechos constitucionales invocados por la recurrente.

b) Así, en lo relativo al agravio suscitado por su expulsión de la comunidad, considera que “no vulneró la prohibición del destierro” pues esta “solo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las co-

munidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio...” (consid. 12). Sin embargo, no corren idéntica suerte adversa los agravios relativos a la confiscación y a la proporcionalidad de la sanción. Comenzaré por este último.

Para el Tribunal “la pena impuesta [...] involucró la expulsión de este y de su familia [...] colocando a” estos últimos “en una *situación económica y social de desventaja* por sus circunstancias especiales. De esta forma, la pena *trascendió a la persona del infractor* [...] evidenciándose como *desproporcionada* y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos”, que descartan expresamente esa trascendencia. La Corte no se ciñe, empero, al simple recurso normativo: “Para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la *extinción de su filiación antropológica*; de otro lado, la [...] forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la *alteración radical de su modo de vida* y la necesidad de *interactuar en condiciones de inferioridad*”. Asimismo, la negativa del cabildo “a aceptar de asignar la parcela que trabajaba [...] a su hijo mayor [...] *priva irracionalmente a sus hijos de la única fuente de subsistencia...*” (consid. 15, énfasis añadido), además de que, añade en el mismo considerando “desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación”.

En cuanto a la confiscación, la que es definida como “la apropiación, a título de pena, por parte del Estado [...] de los bienes de una persona *sin el pago de una contraprestación*”, el constituyente la ha descartado expresamente porque “impondría un doble castigo para el delincuente, *extensivo a los herederos*”, pues todos se “verían expuestos a una situación de *indigencia y absoluto despojo*”. Para el Tribunal, no cambia las cosas el carácter colectivo de la propiedad indígena, pues “el régimen punitivo no puede contener sanciones que aparejen consecuencias *tan extremas* para el sujeto y su familia próxima, como las que provendrían de *la pérdida absoluta de sus posibilidades de subsistencia*” (consid. 13).

Sobre tales bases, la Corte casa la decisión de la anterior instancia y ordena el dictado de otra “con estricta sujeción a las normas constitucionales del debido proceso, en particular cuidando de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento...”, concretamente, “la *integridad física* de sus hijos” (consid. 17).

c) Las expresiones enfatizadas remiten, sin mayor esfuerzo argumentativo, al reconocimiento de ciertas exigencias básicas que atraviesan al ser

humano en cualquier circunstancia histórica: la injusticia que entraña la extensión de una pena a quien no la cometió; la no indemnización por las mejoras introducidas en un bien comunitario; la privación de medios de subsistencia a quienes son ajenos a la causa y, por tanto, la afectación de su integridad física o la negativa, acorde con usos o costumbres propios, de transferir en cabeza de un heredero no incurso en delito alguno el cuidado de la parcela asignada a una familia, parecen constituir conductas que afectan, radicalmente, a toda persona aun cuando algunas de estas participen de grupos sociales en los que lo comunitario exhibe una relevancia superior a la de otros grupos. Desde esa lógica, la sentencia que, como se vio, había asumido un universalismo de base, con buenas razones, justifica su punto de partida respecto de los bienes fundamentales que menciona para todo ser humano, más allá de su condición o función.

Con todo, no sucede lo mismo al convalidar la expulsión so pretexto de que el destierro alude al extrañamiento del territorio nacional y no del comunitario, lo que no pasa de ser una exégesis meramente normativa-fenomenológica que no penetra en el corazón del problema, el que, sin embargo, es expresamente abordado por la Corte cuando refiere que “bajo una *perspectiva antropológica*, la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la *pérdida de su identidad cultural* y la separación física del resto de la comunidad” (consid. 12). En todo caso, que “esta práctica de condenar al ostracismo al infractor de las normas internas de la comunidad” sea “frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales” (*ibid.*) ni justifica la expulsión de toda la familia (pues surge de las constancias de la causa que las amonestaciones previas a la expulsión habían sido dirigidas al causante y no a su familia), ni autoriza la expulsión del imputado sin el cumplimiento de mínimos reconocimientos (v. gr., la indemnización por lo trabajado, en tanto, surge del expediente, que dicho reconocimiento también forma parte de las prácticas comunitarias).

Más allá de esta última observación, juzgo que la resolución comentada se inscribe en la metodología y fundamentación que se viene prohibiendo: suscribe una interculturalidad (por lo demás, expresamente señalada por su Constitución), esto es, la necesidad de un diálogo franco entre culturas diversas que anima, además de una dimensión descriptiva, una prescriptiva a partir de puntualizar ciertas exigencias básicas a cualquier ser humano que la situación de especie desconoce y cuyo desconocimiento –y esto es lo

decisivo— no es producto de una imposición extraña a la comunidad, sino que, según las constancias del caso, surge que también esta última las asume como propias. De esta manera, el planteamiento reviste especial interés pues denota la propuesta de animar una convivencia quebrada al interior de las comunidades indígenas a partir del reconocimiento de ese mínimo ético-jurídico difícil de no encontrar en toda práctica social.

3. El derecho a trabajar, a permanecer en el territorio y a la igualdad, ante actos discriminatorios

Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Argentina, caso Prado, 12/10/10

a) En esta causa se plantea el desafío de la intercomunicación no ya *ad intra* de una comunidad indígena, sino entre integrantes de esta y quienes no pertenecen a la misma. El Tribunal conoce del recurso planteado por un miembro de la comunidad Kolla con asiento en Iruya, provincia de Salta, que había sido procesado por el delito de alentar a la persecución y el odio contra personas de origen no indígena, a las que conminó a que abandonen dicho pueblo, en el que trabajaban como guía turístico y en un hotel pues, caso contrario, “serían echados de cualquier manera”. Asimismo, de las constancias de causa surgió que el encartado alienta a los estudiantes de lugar a que “no se junten con los foráneos” y que fuera del ejido local la comunidad indígena ejerce “facultades de jurisdicción exclusivas en temas jurídicos [...] y administrativos” (consid. IX).

De lo expuesto, surge con claridad que el imputado invocó una jurisdicción que, contrariamente a lo que sucede en Ecuador y Colombia, no está legalmente prevista en la Argentina. Sin embargo, más allá de ese dato —que bien podría alterarse a través de una reforma legal—, lo determinante aquí es la conducta que late detrás de esa invocación: es que aun poseyendo una jurisdicción del estilo, poco rédito cabrá extraer de un planteamiento que se estructura a partir de la lisa y llana exclusión del “otro”.

A juicio del tribunal de alzada, que confirmó lo resuelto en la anterior instancia,¹⁶ decisión que se halla firme,¹⁷ la conducta y los documentos citados confrontan con los derechos constitucionales de “entrar, per-

16. Cám. Fed. Apel. Salta, “Prado, S. y ot.”, *in re*, sent. del 12/10/2010.

17. Cám. Fed. Cas. Penal, Sala IV, causa 13.354, *in re*, sent. del 29/3/12.

manecer, transitar y salir del territorio argentino”; “trabajar y ejercer una industria lícita” y a la “igualdad”, y se arrogan facultades administrativas y judiciales a la comunidad indígena que el actor dice representar que, de conformidad con nuestra arquitectura constitucional, son del resorte de las autoridades municipales, provinciales y nacionales. A su vez, con sustento en el Preámbulo de la Constitución Nacional que invita a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”; en otros documentos internacionales (constitucionales e infraconstitucionales) y en la inveterada jurisprudencia del Alto Tribunal, consideró que los derechos reconocidos en aquella lo son “para todos los hombres, más allá de su raza, religión, sexo o cualquier otro accidente o condición”, por lo que confirmó el procesamiento al considerar que la conducta reprochada resulta “potencialmente hábil para alentar la persecución o el odio contra [...] personas residentes en Iruya pero no nacidas en esa localidad y que no pertenecen a las etnias indígenas ni practican su pertinente ‘cosmovisión’ [...] y aun contra aquellas que, oriundas del lugar, se relacionan con aquellos...” (consid. XI, párr. 15).

Como se aprecia de lo expuesto, y al igual que lo visto en el anterior precedente respecto, en especial, de terceros ajenos al delito reprochado, la conducta del encartado incurre en la negación del “otro”, del que, por ende, estaría justificado prescindir de “cualquier manera”. Como expresa el Tribunal, dicha afirmación implica “considerar a la persona como un mero objeto (y no como un sujeto); como una cosa susceptible de [...] eliminación o, para decirlo kantianamente, como ‘algo que pueda usarse como simple medio’, lo que choca no solo con las cláusulas recién citadas a título de ejemplo [...] sino, en definitiva, con el espíritu que dio vida al texto supremo y que conduce a que las personas sean consideradas ‘en todas las acciones como fin en sí’” (consid. X, 5º párr.). De ahí que, con cita de un precedente del Alto Tribunal, recuerda que “un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es [...] desalentar [...] el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la *sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas*”; deber este que, añade la Corte Suprema, posee “indiscutible validez moral” (consid. X, 4º párr., el énfasis se ha añadido), validez esta que, si bien se mira, es la causa que dispara la posterior recepción legislativa (nacional e internacional) de normas que consagran dicho temperamento.

b) La cámara salteña desnuda, pues, un “etnocentrismo”, en el caso, de origen indígena pero de comunes consecuencias a toda postura semejante

en tanto expropia al “otro” con sustento en la exacerbación de un particular punto de vista, lo que torna inviable toda apertura hacia una mínima base de entendimiento recíproco. Alexy lo ha expuesto de manera persuasiva cuando reflexiona que quien jamás puede entrar en una situación de diálogo y de fundamentación “no participa en aquello que uno puede llamar ‘la forma de vida más universal de la persona’”, la cual “afirma que todas las formas humanas de vida contienen necesariamente universales teórico-argumentativos que pueden ser expresados a través de las reglas del discurso. Puede suceder que [...] estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero solo desaparecerán totalmente si los miembros de una forma de vida pierden completa y definitivamente su capacidad de formular la pregunta: ‘¿por qué?’ [...] En esta medida, la teoría del discurso rastrea los potenciales de la razón existentes en la realidad humana. En este sentido es, para usar una formulación de Höffe, ‘un esclarecimiento de la existencia de la persona’”.¹⁸

Existiría, pues, un universalismo de base que interpela a la apertura encuentro del uno con el otro al menos, y para decirlo hermenéuticamente, desde la estructura lógica de la pregunta.¹⁹ El camino es semejante tanto en el precedente colombiano como en el argentino: este universalismo no constituye un punto de llegada, sino de partida. ¿Partida hacia dónde? Hacia el referido encuentro con el “otro” en aras de reconocerse con las diferencias de que dan cuenta geografías y tiempos históricos describen, pero que, no obstante, disciernen lazos de exigencias compartidas. Es, pues, el turno de la interculturalidad no meramente constatativa, sino exploratoria o indagativa (para apropiarme libremente de la expresión “pensamiento indagativo” –*fragendesdenken*– de Peter Habërle)²⁰ en los pliegues recónditos del ser humano. El art. 75, inc. 17 de la Constitución argentina, reformado en 1994, colabora en esa perspectiva.

18. Alexy, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2ª, 1997 (del alemán por José M. Seña), p. 147.

19. Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 y sucesivas ediciones (traducción castellana de la 4ª edición (1975) por A. Aparicio y R. De Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977), p. 369.

20. Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Kögnstein/TS, 1980, p. 3.

c) Por de pronto, se hace cargo de la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, luego de lo cual, “garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”, y reconoce la “propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Lo primero es una importante asunción de un dato de la realidad. Las restantes tres proposiciones son hondas en implicancias.

La primera de ellas (“respeto a la identidad”) entraña el resguardo de lo que se ha llamado la originaria “soberanía espiritual”²¹ de personas y pueblos, hoy trágicamente desvirtuada por doquier. Si en verdad el “otro” cuenta, no cabe sino tomarlo en serio, es decir, asumir su “otredad” como dimensión intocable ante lo que, nuevamente con Kant, no se impone otra conducta que la que dimana de la palabra “respeto”.²² Ahora bien, como se ha adelantado ya, de ello no se sigue que las culturas sean inconmensurables ni que, en consecuencia, quepa colapsar en un derecho “alternativo” en el que todo diálogo está vedado por inservible.

De eso da cuenta la segunda proposición (“educación bilingüe e intercultural”), que se erige en la perspectiva necesaria y complementaria de la anterior, pues está suponiendo que aquella identidad no es ni la única existente, ni se halla aislada de otras en el mundo globalizado en el que hoy se habita ni, menos aún, es pretendidamente superior a otras. Una educación del estilo (en rigor, lo educacional es un ejemplo, pues se trata de un curso de acción que cabe extender a todos los órdenes de la vida) entraña que se han puesto en práctica, como pedía Alexy, algunas de esas formas universales de vida desplegadas a través de las reglas del discurso. Se está ya en una perspectiva diversa en tanto, reflexiona Todorov, “los rasgos universales provienen, no del mundo empírico, objeto de observación, sino del avance mismo del espíritu humano”,²³ esto es, de lo que Hervada denomina el “tipo humano resultante de la evolución histórica, mediante el proceso

21. Juan Pablo II, “Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas” del 5/10/95, *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, N°41, pp. 7-9.

22. Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (del alemán por E. García Morente), Madrid, Espasa, 1983, p. 94.

23. Todorov, nota 1, p. 31.

cultural y civilizador”.²⁴ La apertura al “otro” supone entonces un camino que conduce no solo a la capital pregunta de “por qué” sino que, desde ella, ahora heideggerianamente, puesto que coexistimos (*mit sein*) se infiere una preocupación por el otro (*für Sorge*).²⁵

Y en ese horizonte se inscribe la tercera proposición en tanto esa clase de propiedad comunitaria viene a añadirse (no a suplantarse) a la propiedad individual regulada históricamente en la Constitución. Se trata de otro modo de vincularse las personas con las cosas a partir de usos inveterados que, como escribe Walzer, se hallan “culturalmente integrados” y son “completamente significativos”²⁶ para cada tradición.

En este horizonte, el “encuentro” de culturas, sin renunciar a una “moral crítica”, como alude Garzón Valdés,²⁷ permite un ascenso en el tipo humano que, llevado al ámbito jurídico, enlaza con el conocido criterio jurisprudencial de la “armonización” (también llamado de la “concordancia práctica”) de los derechos constitucionales a partir del resguardo de sus “contenidos esenciales”.²⁸ El Tribunal lo emplea cuando, de un lado, reivindica aspectos de las notas indígenas objeto de análisis que reclaman, v. gr., la no interferencia en su “cosmovisión indígena”; el cuidado de sus lugares sagrados; el resguardo de su pudor”; más, de otro, rechaza las amenazas de expulsión de los visitantes “estacionados temporalmente” en el lugar (confs. consid. XII, 6º párr. y IX, b, 3º párr.). De ahí que, concluye, el reconocimiento de los usos y costumbres indígenas “no entraña –ni puede así ser considerado– la preterición de los derechos de terceros o de otros grupos (lo que se halla expresamente vedado por el art. 19 de la Ley Suprema)”, sino que, por el contrario, todos estos grupos, en tanto “se apoyan en una base común: la dignidad del ser humano [...] se sitúan en la línea del perfeccionamiento de

24. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1990, 6º, p. 103.

25. Cfr, a partir del autor de *Sein und Zeit*, las sugerentes consideraciones de Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 1984, esp. pp. 125-126.

26. Walzer, nota 5, p. 37.

27. Garzón Valdés, nota 9, p. 17.

28. Cfr, por todos con referencias doctrinarias y jurisprudenciales, Rabbi-Baldi Cabanillas, *Teoría del Derecho*, nota 15, pp. 329-333.

los ideales constitucionales antes descriptos...”, en tanto “las diversas culturas [...] lejos de dividir y empobrecer a la humanidad, la enriquecen con el aporte de sus diversas perspectivas...” (consid. XII, párrs. 4º y 5º). Y concluye que esta solución es coherente con lo dispuesto por los documentos internacionales, tal el frecuentemente invocado Convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos indígenas y tribales en países independientes” (1989) o el texto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, organizada por la ONU (1993). El primero, es categórico cuando expresa que si bien dichos pueblos tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”, ello solo es posible “siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). El segundo, de modo análogo, dispone que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, sin que ello implique ignorar que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí” (art. 5) (consid. cit., párr. 6º).

El pronunciamiento evade, pues, la tensa dialéctica “universalismo-multiculturalismo”: su respuesta transita la vía de la interculturalidad indagativa apostando, de la mano de la filosofía jurídica constitucional a la posibilidad del demorado “reencuentro” entre quienes siempre estuvieron y quienes se fueron integrando con posterioridad.

III. Conclusiones

Las páginas precedentes dan cuenta de la trabajosa búsqueda en torno de un fundamento común para el respeto universal de ciertos bienes fundamentales del ser humano. El campo de estudio ha sido la jurisprudencia constitucional latinoamericana, cuyas respuestas proporcionan estimulantes elementos de reflexión que se sitúan, si cabe la expresión, en una interculturalidad “ascendente”. Es que si algún universalismo resulta posible, este no puede realizarse al margen de la historicidad de las personas y las comunidades. Y si esa dimensión histórica alguna enseñanza ofrece, ella consiste en que su recorrido aspira a arribar al núcleo duro donde, en verdad, se dirime el sentido mismo de la existencia humana. Como explica Walzer, “cualquiera sea el origen de la idea de justicia, o cualesquiera sean los argumentos en que se basa una u otra sociedad, quienes hablan de jus-

ticia terminarán encontrándose en un terreno común y concentrándose en puntos similares, tales como la tiranía política o la opresión a los pobres”.²⁹

El camino de la interculturalidad así entendido puede ofrecer resultados más alentadores para una teoría de los derechos humanos que pretenda dar respuesta a los graves desafíos de la sociedad multicultural contemporánea. Por lo pronto, permitiría despejar ciertos malentendidos semánticos. Así, que esa urdimbre de contenidos que desde la modernidad se conocen como derechos humanos se hayan tematizado de modo prevalente en Occidente, ni los hace “occidentales” (como se le reprocha, negativamente, fuera de ese ámbito geográfico-cultural o como lo asumen, positivamente, algunos –v. gr. el liberalismo–); ni, tampoco, los abstrae de la realidad (como advierten bien los comunitarismos en contra de las tesis “singularistas”). Es que –y esto es lo decisivo– la historia registraría que existe una universalidad dentro de las particularidades espacio-temporales que recorre la humanidad. El repudio del rapto de menores o el homicidio bajo una lógica de venganza; el destierro de quien no han cometido reproche alguno; la condena a la indigencia del inocente o la expulsión de un territorio por razón de raza, para no citar sino los ejemplos estudiados en estas páginas, parecen aludir a un universalismo, para apropiarme de una idea de Alexy, como “idea regulativa”³⁰ que trasciende épocas y lugares pero que, conviene precisar, no está fuera de la historia. Por eso, escribe Walzer, el minimalismo moral es “re-iterativamente particularista y localmente significativo” y se halla “íntimamente ligado con las moralidades máximas creadas aquí y allá, en lugares y tiempos específicos”.³¹

Pero, además, al requerir la interculturalidad, metodológicamente, una apertura al “otro”, pone a este último en el centro de la escena. Alexy lo ha explicado persuasivamente: “Hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero,

29. Walzer, nota 5, p. 38. Cfr. asimismo p. 41, en la que se lee “los miembros de todas las diferentes sociedades, *porque son seres humanos*, pueden reconocerse unos a otros y a sus peculiares maneras, responder a las mutuas peticiones de ayuda, aprender los unos de los otros, y manifestarse (a veces) los unos en las manifestaciones de los otros” (énfasis añadido).

30. Cfr. entre otros estudios y a título ejemplificativo, Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, 5, 1988, p. 151.

31. *Ibid.*, p. 40.

la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo”.³²

Lo expuesto está suponiendo una apertura sociológica pero fundamentalmente antropológica que se presenta especialmente virtuosa en el ámbito jurisprudencial por cuanto la presencia del principio *audiator et altera pars* evita abstracciones y simplificaciones que redundan, invariablemente, en la exclusión del “otro”, antesala, como bien lo ha visto Todorov, de su posible exterminio. Los casos precedentemente examinados se inscriben en esa lógica de razonamiento más allá de que, en muchos supuestos, no brindan una respuesta con autoridad de cosa juzgada, lo que no debe extrañar, pues se está ante búsquedas y desarrollos transidos de dinamismo.

De ahí que me parezca oportuno concluir con el testimonio de muchas mujeres indígenas latinoamericanas, es decir, de quienes proceden de ámbitos en que lo personal (en el sentido de lo individual) tiende a considerarse menos gravitante que en otros contextos, por cuanto dichos estudios “manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a esta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo ‘respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas’”, señalando que entre la lista de costumbres propias “que sí les gustan”, se hallan “cuando los padres no obligan a las niñas a casarse”; “que nos dejen estudiar” o que “*caminen por igual, hombres y mujeres*” (Causa Ruiz, consid. 13, párr. 4°, énfasis añadido). En definitiva, la encuesta refleja una fina enseñanza acerca del respeto incondicional del ser humano, que emerge de una firme apertura intercultural superadora de términos extremos que, para recordar a Leibniz, plantean las bases del “estado óptimo”.

Bibliografía

Alexy, Robert, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997 (traducción del alemán por José M. Seña).

32. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, reimpr. 1997 (del alemán por E. Garzón Valdés), p. 141.

- “¿Derechos humanos sin metafísica?” (traducción del alemán por R. Sodero), *Ideas y Derecho*, Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, 2008.
- “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, reimpr. 1997 (traducción del alemán por E. Garzón Valdés).
- Cámara Fed. Cas. Penal, Sala IV, causa 13.354, *in re*, sent. del 29/3/12.
- Cámara Fed. Apel. Salta, “Prado, S. y ot.”, *in re*, sent. del 12/10/2010.
- Douglas Price, Jorge/Duquelski, Diego (coords.), “XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, interculturalidad y Derecho”, en *Infojus*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014.
- Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 y sucesivas ediciones (traducción castellana de la 4ª edición, 1975) por A. Aparicio y R. De Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977.
- Garzón Valdés, Ernesto, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2012.
- George, Robert P., “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- González de Prada, María Victoria, “Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2/1/14.
- Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Kögnstein/TS, 1980.
- Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Diánoia*, LV, 64, mayo 2010 (del alemán por J. Aguirre Román, revisión por E. Mendieta y M. Herrera).
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- Juan Pablo II, “Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas” del 5/10/95, *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, N°41.

- Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (traducción del alemán por E. García Morente), Madrid, Espasa, 1983.
- Martínez Muñoz, Juan Antonio, “Multiculturalismo y derechos humanos”, México, Porrúa-Red Integral de Juristas para la Integración Americana, 2015.
- Rawls, John, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1999.
- Raz, Joseph, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Steiner, Henry/Alston, Philip, “Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities”, en *Notre Dame Law Review*, 66.
- Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, Madrid, Siglo XXI, 2010 (del francés por M. Mur Ubarsat).
- Walzer, Michael, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1996 (traducción del inglés y con estudio introductorio de R. del Águila).

Comentario bibliográfico

Lora, Laura Noemí (coord.), *La infancia herida. Perspectiva socio-jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

*Angélica Cuéllar Vázquez**

El texto coordinado por la Dra. Laura Noemí Lora realiza un análisis interdisciplinar, desde la óptica de la sociología jurídica, sobre la niñez/adolescencia y el problema de la práctica del derecho. Dicha problemática, no solo como una cuestión actual de construcción normativa internacional y regional, sino como una problemática fáctica de la práctica de la acción jurídica, que engloba las instituciones de justicia, sus normas y sus operadores. En este aspecto, el trabajo de análisis coordinado por Lora aborda desde la perspectiva de la “sociología de las ocupaciones jurídicas”, es decir, desde el estudio de la dicotomía entre lo normativo y lo fáctico del derecho, la cuestión de la niñez y la adolescencia. Es bajo este foco que son estudiados los principios normativos internacionales y regionales, como el de “acceso a la justicia”, “interés superior del niño” y otros derechos de la infancia responsables del Estado, desde el estudio de su realidad fáctica en la práctica jurídica. Es decir, desde el análisis real de su aplicación, y su desarrollo, como una acción social.

El texto consta de cinco estudios realizados por el equipo de trabajo coordinado por la Dra. Lora, los cuales, con su particularidad, pretenden dar cuenta desde la perspectiva socio-jurídica de la cuestión de la infancia y su relación con el derecho.

* Licenciada, Maestra y Doctora en Sociología de la Universidad Nacional Autónoma de México. Realizó un posdoctorado en la Universidad de Milán en Sociología Jurídica bajo la tutoría de Vincenzo Ferrari. Profesora de carrera en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM desde 1986. En 2014 obtuvo el Premio Universidad Nacional en el área de Docencia en Ciencias Sociales. Imparte cursos de Metodología y Sociología Jurídica; acuellarunam@gmail.com.

El primer trabajo, realizado por la Dra. Lora, estudia la problemática de las madres encarceladas y la cuestión jurídica de sus hijos e hijas menores de cinco años. En este sentido se analiza la construcción socio-jurídica del criterio normativo del “interés superior del niño”, y su puesta en práctica por los agentes jurídicos. Lora describe que el origen de este principio, como un principio regulador de los derechos de los menores, pretende servir como facultad jurídica para resguardar el desarrollo integral y para respetar el derecho universal de los menores a ser sujetos de derecho. Dotándolos de capacidad para ser escuchados e integrarlos como agentes activos de las cuestiones jurídicas que les atañen. Entendiéndolos como sujetos capaces de elaborar criterios y juicios propios los sitúa, siguiendo a Lora, como agentes constructores de subjetividades que deben ser tomados en cuenta.

Estas cuestiones normativas, que representan un ideal jurídico, son contrastadas empíricamente mediante el análisis fáctico de las prácticas jurídicas, tanto las particularidades de las sentencias como las narrativas propias de los agentes de justicia; estas muestran las contradicciones entre la norma y la realidad jurídica. En este aspecto, se analiza el caso argentino y se hace énfasis en las situaciones particulares de la solicitud de “prisión domiciliaria” como oportunidad para la convivencia entre la madre y el menor. La autora señala, la existencia de diferentes barreras y obstáculos jurídicos y extrajurídicos, en el pleno desarrollo de dicho principio normativo. Entre ellos se pueden señalar las barreras económicas, culturales y sociales que impiden el acceso a la justicia, propias de las condiciones específicas ya sea de clase o de género. Por otro lado, las barreras jurídicas, vislumbradas en los criterios “lógico-normativos” de la consciencia jurídica de los jueces. Estos criterios se desentienden de las condiciones específicas y se concretizan en cada caso, así como la amplitud de nuevos criterios para la evaluación de la infancia, la familia y la maternidad, para construir una sentencia mucho más objetiva e integral.

Si a estas dificultades empíricas de la práctica jurídica con respecto a la infancia se le añaden los obstáculos estructurales, como son el poco desarrollo y participación del Estado en la construcción de políticas públicas encargadas de la maternidad y de la infancia, además de la poca sensibilización y capacitación de los agentes jurídicos en materia de infancia y derechos humanos, la “integridad superior del niño” se convierte en una ambigüedad jurídica, usada por los jueces de manera arbitraria y sin criterios objetivos. Este ideal normativo se separa de su realidad jurídica, así como su objetivo

principal: defender, respetar y resguardar los derechos de los menores y de sus madres, como concluye la autora. El ideal normativo y el objetivo principal se mantienen en una situación de vulnerabilidad constante. Por lo cual, se recomienda re-pensar, en lo normativo como en lo práctico, dicho principio para su mejor aplicación.

En el segundo texto, desarrollado por Sergio Andrés Delgadillo, se estudia desde el aspecto formal y normativo la conceptualización del “arresto domiciliario” como medida alternativa de prisión y beneficio del niño y su madre encarcelada. Esta idea planteada por el autor refiere al estudio de los fundamentos normativos que hacen del “arresto domiciliario” una oportunidad viable para el desarrollo integral de los niños, adolescentes y para las madres en el desarrollo pleno de la maternidad. Delgadillo empieza señalando que los criterios jurídicos que sustentan el “arresto domiciliario” están basados en los principios generales del derecho humano de las personas privadas de la libertad, las convenciones de los derechos de los niños y las niñas, y la protección de la vulnerabilidad de las mujeres encarceladas.

Por su parte, el tercer texto, elaborado por Laura Vanesa Medina, trata los aspectos socio-jurídicos del “acceso a la justicia” para niños, niñas y adolescentes (NNyA), enfocándose en sus fundamentos normativos y jurídicos. Medina señala que el “acceso a la justicia” aplicada a los NNyA está sustentado en dos aspectos principales: la defensa material (el respeto a ser oídos y escuchados) y la defensa técnica (el derecho a un asesor jurídico especialista en infancia). A grandes rasgos, la constitución del derecho al acceso a la justicia por parte del niño señala la estipulación de los NNyA como sujetos de derechos, merecedores de la palabra y beneficiarios de la ayuda jurídica por parte de un abogado, constituyéndolos como agentes partícipes de las prácticas jurídicas.

Esto representa, para la autora, un cambio de paradigma en el entendimiento y tratamiento de los NNyA, comprendiéndolos como agentes activos y constructores de subjetividades. Se dejan de lado las doctrinas dogmáticas y paternalistas que observan la infancia como “objeto de protección” y no como sujetos de derechos. Esto representa una restructuración en la valoración del objeto jurídico de la infancia, posicionándola ya no en el resguardo del “interés moral” de la sociedad, sino como un sujeto que tiene que ser comprendido en su complejidad y particularidad. Se apuesta a su desarrollo personal.

El cuarto trabajo, escrito por Marcela Moreno Buján, analiza el proceso jurídico de la mediación y sus incidencias en torno a la participación de los

niños, niñas y adolescentes. La medición, como reseña la autora, parte de un movimiento que reclama la transformación del sistema jurídico, y los procedimientos de solución de controversias realizadas por este. Demanda un sistema más eficaz, transparente y expedito. La mediación se inserta como una opción alternativa en la solución de conflictos que, con base en la comunicación, pretenda solucionar las controversias entre las partes afectadas, dando solución pronta e integral a los conflictos jurídicos.

El quinto y último trabajo, realizado por Berny Barquero en tierras costarricenses, analiza la importancia de la enseñanza deportiva para los desarrollos integrales de los niños, niñas y adolescentes. El deporte se inserta dentro de los derechos universales de los infantes, bajo varios fundamentos como son: el derecho a la educación, al deporte, al juego y al libre esparcimiento. De esta manera, la enseñanza y práctica deportiva se posiciona como un elemento importante en el desarrollo integral de la infancia y se convierte en una destacada actividad del Estado para tratar las problemáticas propias de la adolescencia como son la violencia, la drogadicción y la deserción escolar.

El caso costarricense, estudiado por Barquero, señala por una parte los beneficios que un sistema integral de colegios deportivos presenta, como el desarrollo integral de los infantes, la oportunidad de enfrentar diferentes problemáticas de delincuencia y violencia, y el de producir atletas profesionales y de alto rendimiento.

Sin duda alguna, *La infancia herida* constituye una lectura obligada para los interesados en el conocimiento de la forma en la que el derecho opera en la sociedad, no siempre desde los principios y postulados de las normas jurídicas. Es una espléndida compilación de la Dra. Laura Lora.

