

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN
PRIMER SEMESTRE 2018**

Director

Ramiro Manuel Fihman

Subdirectora

Dominique Steinbrecher

Secretario de Redacción

Ignacio Josué Arrossagaray

Tutores/as

Juan Cruz López Guillermón

Karen Ailén Miranda

Redactor

Ezequiel Barnade

Colaboradores/as

Lucía Belén Araque

Agustina Churba

Inés Colombato

Martina Galli

Maite Guerrero

Tamara Laznik

Lucila Belén Martínez

Pablo Hernan Martos

Valentín Otiñano

Francisco Sáez Zamora

Andrea Schuster

Samantha Singer

Juan Manuel Vicente Herrero

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son
estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

RÉPLICA

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación, dichas respuestas deberán ser enviadas, junto con los datos completos del/de la autor/a, a lye@derecho.uba.ar.

2018	100
------	-----

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Aníbal D'Auría
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

ÍNDICE

Editorial	13
-----------------	----

LECCIONES

Cardinaux, Nancy, <i>Las credenciales de los posgrados en las universidades públicas argentinas</i>	17
De Fazio, Federico, <i>La teoría de los principios. Un estado de la cuestión</i>	43
Pezzetta, Silvina, <i>Derechos fundamentales para los demás animales. Especismo, igualdad y justicia interespecies</i>	69

ENSAYOS

Möller Rombolá, Martín, <i>Los apoyos extrajudiciales para el ejercicio de la capacidad en el Derecho argentino</i>	107
---	-----

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Lerose, María Regina, <i>La Teoría Pura del Derecho: un recorrido panteísta hacia la superación del dualismo Estado y Derecho</i>	135
Pedulla, Matías, <i>Sobre la importancia de los conocimientos del autor respecto del juicio de riesgo dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva</i>	149

XV CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY”:
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Lobato, Julieta, <i>El cuidado en la mira</i>	171
Gallardo, Hernán, <i>Las nuevas relaciones de trabajo en la economía on demand. Análisis del caso insignia: Uber</i>	193
Nardini, Gonzalo Roberto, <i>Código del Trabajo y Seguridad Social: necesidad, oportunidad y contenido</i>	213

ENTREVISTAS

Profesor Luigi Ferrajoli	233
¿Cómo publicar y participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	237

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018
“Editorial”, pp. 13-14

EDITORIAL

La vida universitaria, muy a nuestro pesar, se encuentra repleta de insatisfacciones. La carrera de Abogacía en particular es un ámbito en el que nos proponen –desde el comienzo– una lógica competitiva entre compañeros/as, situada en un paradigma de profundo individualismo de larga data. En este marco, encontrar espacios institucionales que sean democráticos y en los que las ideas se colectivicen y se discutan en pie de igualdad representa una memorable satisfacción.

Formar parte de *Lecciones y Ensayos* es romper con la dinámica tradicional que nos plantea la Facultad. Estar en esta Revista representa la virtud de conocer personas, forjar amistades, que en el futuro constituirán desafíos intelectuales fundamentales por parte de compañeros y compañeras que nos rodearán y nos acompañarán en nuestra vida académica, profesional e, incluso, personal.

Este espacio tiene la particularidad de estar dirigido por estudiantes de grado que no obtienen ningún tipo de retribución económica por su labor; trabajamos día a día por hacer una mejor Revista que constituya un foro de discusión académica de profesores/as y alumnos/as, en el que todos/as puedan expresarse, nuevamente, en pie de igualdad.

Por supuesto, tenemos limitaciones. Existe una realidad en la que estamos inmersos/as, atravesada por una fuerte tradición de elitismo académico que, en nuestra Revista, se refleja –por ejemplo– en que solo pueden ocupar cargos de gestión quienes tienen un promedio superior a ocho puntos. Como si una cuenta matemática basada en las consideraciones de determinados/as profesores/as pudiera marcar quién es apto para adquirir un grado mayor de compromiso; como si una convención como lo son las escalas numéricas a la hora de evaluar –atravesada por innumerables factores que van desde nuestro interés en cierta rama del derecho hasta circunstancias ajenas al conocimiento, pero influyentes a la hora de rendir un examen– pudiera reflejar la inteligencia y capacidad de las personas.

Pero además hay un contexto político y social complejo, en el que vemos con mucha nitidez cómo el Derecho se puede utilizar –paradójicamente– para

quitar derechos; creemos que nuestro rol como ámbito de discusión jurídico-política de jóvenes es sumamente importante y fructífero. Los jueves a las 20:00, nos reunimos para debatir trabajos académicos, pero también a pensarnos a nosotros/as mismos/as, cómo queremos funcionar, cómo podemos aumentar la horizontalidad de nuestras decisiones y qué lugar queremos ocupar en la coyuntura política que impacta fuertemente en nuestra Universidad Pública.

Uno de los temas que ha marcado sin lugar a dudas este primer semestre del año 2018 ha sido la discusión en torno a la despenalización y legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. El debate público se reflejó en nuestra Facultad rápidamente al organizarse una multiplicidad de charlas, mesas de debate, conferencias y talleres relacionados con la temática. Como Revista decidimos pronunciarnos públicamente a favor de esta adecuación del Derecho a la realidad, y con posterioridad el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho también lo hizo. Esto muestra la impostergable obligación que tienen las instituciones de estar a altura de la historia y comprometerse con el respeto de los Derechos Humanos. Más allá de los resultados que arroje finalmente nuestro parlamento, celebramos el intenso debate de ideas propuesto e impulsado por el movimiento de mujeres y demás personas con capacidad de gestar.

Pero lo cierto es que todas estas reflexiones –sobre la naturaleza de nuestra carrera, sobre el contexto político, sobre modificaciones legislativas– no aparecen por arte de magia ni como fruto de la introspección; son el producto del contacto y la interacción entre personas con historias de vida diferentes, perspectivas ideológicas incluso contrapuestas y, fundamentalmente, predisposición a oír de forma genuina lo que tiene el/la otro/a para decir. Algunas de esas personas, por razones que quizás nunca lleguemos a comprender, se encuentran en *Lecciones y Ensayos*.

Ya tenemos más de 60 años de historia, y este es el número 100 de nuestra publicación. Para celebrarlo, no tenemos más que agradecer a todas las personas (estudiantes, docentes, autoridades de la facultad, amigos y amigas) que constantemente nos incentivan a ir por más, a no desmotivarnos por las burocracias y las limitaciones estructurales que tenemos, y a continuar haciendo, año a año, *Lecciones y Ensayos*.

Como siempre, invitamos a los/as estudiantes de nuestra Facultad a venir a nuestra Revista y acompañarnos en este proyecto que esperamos que perdure muchos años más.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

CARDINAUX, Nancy, "Las credenciales de los posgrados en las universidades...", pp. 17-41

LAS CREDENCIALES DE LOS POSGRADOS EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS ARGENTINAS*

NANCY CARDINAUX**

Resumen: Este artículo tiene como objetivo principal presentar una descripción del estado actual de los estudios de posgrado en las universidades argentinas, con especial atención a las bajas tasas de acreditación que alcanzan. Se trata de un tema que no ha sido objeto de gran atención por parte de la investigación educativa y, por lo tanto, contamos solamente con algunos datos estadísticos y trabajos aislados, cuya interpretación debe ponerse en diálogo con las representaciones de los actores de este nivel del sistema universitario. Las especializaciones, maestrías y doctorados son abordadas desde su reglamentación actual y la anterior, que data de la década del 90, poniendo especial atención en las condiciones que requiere el trabajo final de acreditación, que aparece en la escasa literatura con que contamos en el tema, así como en los sondeos de representaciones de estudiantes, profesores y directivos, como la instancia en que los estudios de posgrado se discontinúan. El bajo nivel de acreditaciones se relaciona entonces con las dificultades para realizar el trabajo final que los posgrados exigen. En atención a esta constante, se listan las razones que los propios estudiantes de posgrado alegan como las principales dificultades que han encontrado para lograr sus credenciales, especificando algunas que son propias del campo jurídico.

Palabras clave: universidad – posgrados – credenciales – derecho

Abstract: The main objective of this article is to show a description of the present Postgraduate Studies at public Universities in Argentina, focusing on the low graduation rates they reach. As this topic has not been an object of great attention by educational investigation, we only count with some statistics data and isolated pieces of work, whose interpretation must set up a dialogue between

* Recepción del original: 12/03/2018. Aceptación: 14/06/2018.

** Investigadora independiente del CONICET. Profesora titular regular de la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular ordinaria de la Universidad Nacional de La Plata. Directora de un Proyecto UBACyT para grupos consolidados.

the representations of the actors at this level of the University system. Specializations, Masters and Doctorates are addressed from their current regulations to the previous ones, dating from 1990; paying special attention to the needed requirements for the Final Degree Project, which appears on the limited reading material we count with and on the surveyed students, teachers and authorities representations, as the instance where the postgraduate studies are discontinued. Therefore, the low graduation level is related to all the difficulties in carrying out the Final Degree Project demanded by the Postgraduates. In view of this constant, it will be listed below, the reasons why postgraduate students themselves, claim as the major difficulties they have faced to get their degrees, specifying some proper to the Legal field.

Keywords: university – postgrade – diplomas – law

I. INTRODUCCIÓN

Los estudios universitarios en la Argentina receptan una baja tasa de estudiantes. Sabemos que menos del 20% de los habitantes de la franja etárea en que generalmente se cursan estudios universitarios,¹ están cursándolos efectivamente. Esta tasa contrasta no solamente con países que tienen mayor desarrollo económico sino con otros cuyas condiciones socioeconómicas no son muy diferentes a las nuestras. Sabemos además que contamos con una de las coberturas universitarias gratuitas más extendidas de la región, lo cual nos lleva a ser más exigentes con el aumento del número de estudiantes que debería transitar el nivel universitario.

Desde luego incrementar esa cifra es primordial si pretendemos que el país tenga un desarrollo sostenido. El número de estudiantes universitarios y de graduados tiene una estrecha relación con el bienestar de la población

1. La tasa neta universitaria es del 19,3% mientras que la tasa bruta, que no tiene en cuenta las edades de los estudiantes, alcanza el 38,3%, según datos de la Secretaría de Políticas Universitarias. Estos datos, como todos los que siguen y se atribuyen a la SPU, provienen de: Síntesis de Información Estadísticas Universitarias de la República Argentina 2015-2016, editado por el Departamento de Información Universitaria de la SPU. También fueron consultados los Anuarios Estadísticos que la SPU tenía disponibles en su página web pero tales anuarios ya no son publicados, lo cual nos quita valiosa información acerca de la conformación del sistema universitario argentino.

y por supuesto, aunque nunca en segundo lugar, implica la efectivización del derecho a la educación, derecho que no cesa en el ciclo de educación obligatoria, sino que implica a todas las personas y todos los niveles del sistema educativo.

Pero no nos ocuparemos aquí de la educación de grado sino de un tramo mucho más pequeño del sistema universitario, que es el nivel de posgrado. En este nivel, el país presenta números que tampoco son auspiciosos. De acuerdo con los datos que provee la Secretaría de Políticas Universitarias, la tasa de estudiantes de posgrado es baja y mucho más baja aún la de graduados. En el año 2015, y siempre según datos de la SPU, había un total de 160.844 estudiantes de posgrado en la Argentina, distribuidos de la siguiente manera entre las instituciones de gestión pública y privada: las primeras concentraban 126.121 estudiantes y las segundas 34.723. Esto significa que el 78,5% de los estudiantes de posgrado cursaba en instituciones de gestión pública. En cuanto a la relación de nuevos inscriptos y egresados, las universidades públicas concentraban más del 70% de los nuevos inscriptos y el 64,6% de los egresados de posgrado.

Si bien no hay gran diferencia entre el número de universidades públicas y privadas (57 públicas y 49 privadas), algo más del 80% de las privadas son pequeñas mientras que, en el espectro de las universidades de gestión pública, el 48% son medianas, el 39% pequeñas y el 13% grandes, pero algunas de ellas de altísimas magnitudes de estudiantes. Tengamos en cuenta que las universidades públicas, en las que las carreras de grado son gratuitas, suelen imponer aranceles por los estudios de posgrado, a veces mayores que los de muchas universidades privadas. La elección de las universidades públicas, en este caso, es más restringido que en el nivel de grado y el número de graduados que optan por ellas es un indicio del prestigio que se les atribuye por sobre las privadas y/o de la amplitud de su oferta de posgrados.²

Es preciso señalar además que, en el caso de los posgrados, el desgarramiento se produce muchas veces al final de la carrera. Es decir que estudiantes que han cumplido todas las obligaciones curriculares que imponen los

2. No contamos con datos empíricos que den cuenta de la migración de estudiantes egresados de universidades públicas a privadas y viceversa en el nivel de posgrado. Sin embargo, los datos que algunas Facultades de universidades públicas proporcionan nos dejan saber que ellas retienen una parte importante de sus alumnos mientras que reciben una alta tasa de estudiantes que se graduaron en universidades privadas.

posgrados (han cursado, rendido exámenes y/o presentado trabajos finales de cada espacio curricular), nunca llegan a presentar el trabajo final que les permitiría obtener su titulación. Esto contrasta con lo que sucede en el grado universitario, donde la mayor pérdida de estudiantes se produce al inicio de las carreras. Por supuesto es posible que en algunos casos el posgrado sea asumido como una instancia de aprendizaje que no requiera de titulación, pero sabemos que en general los estudiantes elevan la pretensión de obtener sus credenciales y por ende es preciso interrogar cuáles son los obstáculos que se interponen en el camino hacia la graduación.

Veamos los datos que provee en sus diferentes Anuarios la Secretaría de Políticas Universitarias desde 2010 hasta 2014 sobre la relación entre nuevos inscriptos a posgrados y egresados en las universidades públicas y privadas, que nos dejan concluir que las variaciones son similares en unas y otras:

Universidades públicas			
	Estudiantes	Nuevos inscriptos	Egresados
2010	86492	24054	7173
2011	92353	23072	6801
2012	101129	24645	7739
2013	107492	25099	8846
2014	108984	25344	8371

Universidades privadas			
	Estudiantes	Nuevos inscriptos	Egresados
2010	21163	7226	3193
2011	23641	8992	3007
2012	23455	8945	3033
2013	25300	8942	3213
2014	24997	7883	3039

Las universidades públicas cuentan, por lo tanto, con porcentajes muy parecidos de alumnos de grado y de posgrado con respecto a las privadas. Sin embargo, si distribuimos la población universitaria de posgrado por regiones, veremos que en la región metropolitana las universidades de gestión estatal concentran el 62,3% de los estudiantes, mientras que en

el resto de las regiones superan el 90%. Es posible que estos números se incrementen en el futuro porque, si bien la oferta de carreras de grado ha tendido a mejorar fuera de la región metropolitana, la de posgrado es lógico que tarde más en seguir el mismo rumbo. Hay que estar atentos además al crecimiento de la oferta de posgrados virtuales, que hasta ahora es lento, pero puede en el futuro dinamizarse y habrá que ver en ese caso qué tipo de oferta y de demanda de educación de posgrado se genera.³

A continuación, nos ocuparemos de los diferentes niveles de posgrado del sistema universitario argentino.

II. NIVELES DE POSGRADO

Nuestro sistema contempla básicamente tres niveles de posgrado: especializaciones, maestrías y doctorados. La oferta de posgrados en 2016 comprendía 751 doctorados, 1494 maestrías y 1969 especializaciones. Hay otros niveles de posgrados, como cursos de actualización, tecnicaturas, diplomaturas y posdoctorados que no incorporamos aquí porque tienen un caudal menor de estudiantes y además porque no contamos con datos cuantificados fiables sobre sus magnitudes.

Los doctorados y las especializaciones tienen una larga tradición en nuestro país.⁴ El doctorado es contemporáneo a la creación de nuestras universidades y las especializaciones se fueron generando sobre todo para

3. Además de las carreras virtuales, han crecido las *blended* o semipresenciales, que requieren algún tipo de "presencia" de los estudiantes en instancias de examen –por ejemplo– pero el conocimiento se enseña y aprende a través de plataformas virtuales.

4. En el caso del doctorado, si bien en las universidades europeas las tesis fueron originalmente orales, en nuestro territorio solamente la Universidad de Córdoba tuvo tesis orales durante su período jesuítico. En Buenos Aires las tesis siempre fueron presentaciones escritas aunque de distinto tipo de texto según el período histórico. En el caso de la Universidad de Córdoba, luego de su nacionalización y siguiendo la tendencia ya iniciada en Buenos Aires, la primera tesis escrita fue la de Ramón Cárcano en 1884 y postulaba la equiparación de hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Esta tesis tuvo un derrotero que marca las tensiones de la época. Dice Buchbinder: "[l]a tesis fue, en una primera presentación, rechazada por oponerse a las doctrinas de la Iglesia, pero el Consejo Académico, con el respaldo del padrino de tesis, Miguel Juárez Celman, recientemente designado gobernador, la aprobó". BUCHBINDER, P., *Historia de las universidades argentinas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2005, p. 39. La disputa no terminó allí y es signo de un tiempo de luchas al interior de una élite que empezaba a otorgar al doctorado un papel importante.

profundizar conocimientos y, en general, de cara a los ejercicios profesionales. El título de doctor tuvo un derrotero con no pocas alteraciones hasta constituirse en un título académico, es decir que tiene valor en el campo de las universidades y las agencias de investigación. En algunas universidades es necesario para acceder a los máximos escalafones docentes y, cuando no lo es, otorga un puntaje importante dentro del sistema de concursos. En nuestra carrera de investigación nacional del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, las becas tienen por objeto realizar el doctorado y el ingreso a la carrera exige el título de doctor.

En las facultades y escuelas en que la mayoría de los profesores tiene dedicación parcial, es posible que las tesis doctorales sean para muchos de esos docentes, que centran su vida profesional en el ejercicio de otra actividad, el principal y más largo trayecto de investigación que recorren. Sin embargo, como ya lo hemos dicho, si bien los doctorados han crecido en las últimas décadas, el número de tesis doctorales es escaso con respecto a los estudiantes que realizan los cursos de doctorado. Lo mismo sucede en las maestrías y, en menor medida, en las especializaciones, que asumen diferentes formatos de trabajos finales para su acreditación.

Las maestrías tienen una tradición mucho más corta en nuestro sistema académico y es lógico porque con carreras de grado largas como las que nuestras universidades ofrecen, pareciera que especializaciones y maestrías compiten por un mismo público, parte del cual seguirá luego un trayecto de doctorado. En los últimos años, las especializaciones y maestrías han tendido a integrarse en muchas universidades, es decir que algunas especializaciones tradicionales han abierto la posibilidad de continuar con una maestría con un suplemento de cursos y una tesis de maestría y, a su vez, muchas maestrías han creado la carrera de especialización como parte del trayecto de estudios.

La maestría no deja de ser un híbrido en nuestro sistema académico y tal vez recién en estos últimos años ha logrado hacerse un lugar aunque no termine de perfilarse con respecto a los otros niveles de posgrado. A partir de la creación de las maestrías "profesionales", que se diferencian de las académicas, resulta más difícil aún distinguir los perfiles de las especializaciones y este nuevo tipo de maestrías. A continuación, analizaremos las reglas que rigen en general a las especializaciones, las maestrías y los doctorados.

Si bien las universidades y las facultades o escuelas tienen la capacidad de perfilar cada uno de sus posgrados, nos ocuparemos aquí del marco normativo que establece la Ley de Educación Superior y compararemos las

caracterizaciones que hacen de los distintos tipos de posgrado dos resoluciones ministeriales, una que data de 1997 y otra, vigente, de 2011.

II.A. Especializaciones

La Resolución Ministerial 1168/97 dice de la especialización: "Tiene por objeto profundizar en el dominio de un tema o área determinada dentro de una profesión o de un campo de aplicación de varias profesiones, ampliando la capacitación profesional a través de un entrenamiento intensivo. Cuenta con evaluación final de carácter integrador. Conduce al otorgamiento de un título de Especialista, con especificación de la profesión o campo de aplicación".

A su turno la Resolución 160/11 la define de este modo: "La Especialización tiene por objeto profundizar en el dominio de un tema o área determinada dentro de un campo profesional o de diferentes profesiones. En aquellas Especializaciones en las que el área a profundizar sea la práctica profesional se incluirá un fuerte componente de práctica intensiva. Para el egreso, se requiere la presentación de un trabajo final individual de carácter integrador cuya aprobación conduce al otorgamiento del título de 'Especialista', con especificación de la profesión o campo de aplicación".

Como vemos, son pocas las diferencias incorporadas por la segunda resolución. Una de ellas es la obligatoriedad de que el trabajo final integrador sea individual. Este carácter pone en línea dicho trabajo con las tesis de maestría y doctorado y es dable preguntarse si esto es razonable. En la actualidad, la investigación suele llevarse adelante en forma grupal. Los becarios tesistas en general están integrados a proyectos de investigación. Los trabajos finales de carreras de posgrado quedan así como los únicos trabajos individuales del campo académico. En el caso de las especializaciones, esos trabajos no son necesariamente investigaciones pero no es claro por qué no pueden ser de carácter grupal o coautorizadas.

Otra diferencia que se introduce es la preparación del trabajo final integrador. La resolución de 1997 no establecía más que la evaluación debía tener un carácter integrador, lo cual podía ser cubierto con un examen final oral o escrito que integre los contenidos del posgrado. La resolución de 2011, en cambio, se refiere la "presentación de un trabajo final". Se puede entender que esa presentación puede ser oral o escrita, aunque en general se ha interpretado que debe ser escrita. En el caso en que se interpretara que fuera oral, es una presentación y no ya un examen.

Y, finalmente, parece ampliarse el espectro de las especializaciones más allá de los ámbitos llamados "profesionistas", dado que ya no habla de profesiones sino de "campo profesional", incluyendo en ambos casos la posibilidad de la multiprofesionalidad. También es relevante que las prácticas intensivas requeridas lo sean en aquellos casos en que la especialización apunte a "profundizar la práctica profesional". Se dejaría así abierto el camino hacia especializaciones de tipo teóricas que no tuvieran relación con un campo profesional aplicado.

Como ya dijimos, en nuestro país muchas especializaciones han mutado hacia maestrías o se han integrado con carreras de maestría. En el caso del campo jurídico, muchas de ellas son muy frecuentadas por quienes las requieren para sus prácticas profesionales. Así, por ejemplo, las especializaciones en derecho tributario, en derecho administrativo, en derecho de familia son profundizaciones de una rama del derecho.

No olvidemos que en algunos países las especializaciones son los posgrados más requeridos y más caros en el área del derecho justamente porque proporcionan una formación que tiene alto valor en el mercado laboral, mientras que las maestrías y los doctorados son títulos académicos que solo tienen valor de cara al campo académico. En nuestro país las especializaciones no son más onerosas que los demás trayectos y debemos decir que muchos ámbitos profesionales propios de las administraciones burocráticas (la administración de justicia, la procuración, el Ministerio Público Fiscal, etc.) han constituido carreras internas que en cierto modo cubren estas necesidades de especialización y lo hacen de un modo más específico.

Sin embargo, las facultades de derecho ofrecen especializaciones que son altamente requeridas en general por esos profesionales. En otro trabajo hemos destacado las diferencias entre las escuelas judiciales y de la administración pública en general y los posgrados universitarios, que en ocasiones solo se cotejan de cara al puntaje que ofrecen en concursos judiciales y de otras administraciones públicas.⁵ Sin embargo, entendemos que los posgrados universitarios tienen una matriz formativa mientras que las escuelas judiciales y de la administración pública en general han asumido un

5. CARDINAUX, N. y CLÉRICO, L., "La escuela judicial: ¿una escuela para jueces?", *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho*, año 2, n° 3, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2004.

modelo de formación de competencias y, por lo tanto, adquieren un perfil de capacitación en una profesión jurídica específica.

La noción de competencia ha tenido una gran influencia durante las últimas décadas sobre los proyectos de reforma de las carreras de derecho. El proyecto Tuning América Latina, que implicó a un conjunto de universidades e incluyó las carreras de derecho, marcó el límite que ese enfoque tiene en este campo, que atribuye básicamente a la tradición de la dogmática jurídica como “matriz teórica dominante”. El grupo hizo notar, además, que la multiplicidad de actividades profesionales que ejercen los egresados de derecho es también un obstáculo para aplicar la formación por competencias. Este último punto del diagnóstico deja abierta la puerta para la aplicación de dicha formación en el nivel de especialización, ya sea en las universidades o en los programas de capacitación de las organizaciones burocráticas.⁶

II.B. Maestrías

La Resolución Ministerial de 1997 así definía la maestría: “Tiene por objeto proporcionar una formación superior en una disciplina o área interdisciplinaria, profundizando la formación en el desarrollo teórico, tecnológico, profesional, para la investigación y el estado del conocimiento correspondiente a dicha disciplina o área interdisciplinaria. La formación incluye la realización de un trabajo, proyecto, obra o tesis de maestría de carácter individual, bajo la supervisión de un director y culmina con la evaluación por un jurado que incluye al menos un miembro externo a la institución. El trabajo final, proyecto, obra o tesis deben demostrar destreza en el manejo conceptual y metodológico, correspondiente al estado actual del conocimiento en la o las disciplinas del caso. Conduce al otorgamiento de un título académico de magister, con especificación precisa de una disciplina o de un área interdisciplinaria”.

Con variaciones más profundas que en el caso de las especializaciones, dice la resolución de 2011 con respecto a las maestrías: “La Maestría tiene por objeto proporcionar una formación académica y/o profesional.

6. BENEITON, P. y otros, *Reflexiones y perspectivas de la educación superior en América Latina*. Informe final Proyecto Tuning América Latina 2004-2007, Bilbao, Deusto, 2007, p. 109.

Profundiza el conocimiento teórico, metodológico, tecnológico, de gestión, o artístico, en función del estado de desarrollo correspondiente a una disciplina, área interdisciplinaria o campo profesional de una o más profesiones. Para el egreso, requiere la presentación de un trabajo final individual y escrito que podrá realizarse a través de un proyecto, estudio de casos, obra, producción artística o tesis, según el tipo de Maestría, cuya aprobación conduce al otorgamiento del título de 'Magister', con especificación precisa de una sola de estas posibilidades: una disciplina, un área interdisciplinar, una profesión o un campo de aplicación".

Existen dos tipos de maestría:

Maestría académica

La maestría académica se vincula específicamente con la investigación en un campo del saber disciplinar o interdisciplinar. A lo largo de su desarrollo, profundiza tanto en temáticas afines al campo como en la metodología de la investigación y la producción de conocimiento en general y en dicho campo. El trabajo final de una maestría académica es una tesis que da cuenta del estado del arte en la temática elegida y de la implementación de una metodología de investigación pertinente a esta.

Maestría profesional

La maestría profesional se vincula específicamente con el fortalecimiento y consolidación de competencias propias de una profesión o un campo de aplicación profesional. A lo largo de su proceso de formación profundiza en competencias en vinculación con marcos teóricos disciplinares o multidisciplinares que amplían y cualifican las capacidades de desempeño de un campo de acción profesional o de varias profesiones. El trabajo final de una maestría profesional es un proyecto, un estudio de casos, una obra, una tesis, una producción artística o trabajos similares que dan cuenta de una aplicación innovadora o producción personal que, sostenida en marcos teóricos, evidencian resolución de problemáticas complejas, propuestas de mejora, desarrollo analítico de casos reales, muestras artísticas originales o similares y que estén acompañadas de un informe escrito que sistematiza el avance realizado a lo largo del trabajo.

Las maestrías han sido las carreras de posgrado que mayor variación han tenido en este cambio normativo. La división en dos subtipos

resulta desde luego muy importante. Además, en la nueva resolución ministerial parece claro que la maestría pretende tomar mayor distancia con el doctorado. En ambas resoluciones se mantiene la diferencia entre los ejes disciplinar/interdisciplinar y efectivamente ha sido este un gran divisor de este formato. Algunas maestrías han optado por profundizaciones en algún campo disciplinar, pero un gran número de ellas ha pretendido abarcar más de una disciplina y, paralelamente, estudiantes que provienen de carreras diferentes. Un punto de discusión interesante de la política de posgrados de las universidades en la actualidad es cuál ha sido el mejor modelo. Se argumenta en beneficio del disciplinar puro que tiene las ventajas de la especialización con un plus de generación de conocimiento genuino. El modelo interdisciplinar suele defenderse por las virtudes que la reunión de especialistas de diferentes disciplinas acarrea; en este punto, el modelo se parece más al quehacer de la investigación puesto que se conforman objetos de estudio y de investigación que llaman miradas desde distintas disciplinas. En contra, se ha sostenido que las maestrías interdisciplinarias deben formar, por ejemplo, a los economistas en derecho, a los abogados en economía y así sucesivamente y, en definitiva, reúnen diferentes disciplinas, pero en un nivel más básico que el que se logra cuando se parte de un saber compartido y se lo profundiza.

Algunas universidades han sostenido las maestrías en el plano de la interdisciplinariedad o de una disciplina mientras que otras ofrecen ambos tipos. Hay que hacer notar además que algunas de ellas abordan campos que son en sí mismos interdisciplinarios, como por ejemplo la criminología, los estudios de género, las migraciones, etc.

Si focalizamos sobre el tipo de evaluación, veremos que desaparece el requisito que acercaba a las maestrías a la factura de una tesis doctoral, que es la conformación de un jurado que incluya al menos un miembro externo; además no requiere dirección. Sin embargo, los reglamentos que las universidades han generado para sus maestrías suelen exigir la dirección del trabajo de maestría (en algunos casos se reemplaza el nombre de director por el de tutor, consejero, etc.) y también suelen establecer el requisito de al menos un jurado externo.

La tesis es solo una de las variantes que puede escoger el trabajo final requerido. En la resolución de 2009 esos otros formatos podían ser: trabajo, proyecto, obra y tesis. En la de 2011 para la maestría profesional se agrupan: proyecto, estudio de casos, obra, producción artística o tesis y se

abre a "trabajos similares". Las maestrías académicas, en cambio, tienen como exigencia el trabajo de tesis, aunque no pesa sobre estas una exigencia de originalidad, sino que se enfatiza la función formativa que este trayecto tiene. Diríamos que quien atraviesa una maestría debe dar cuenta de que sabe llevar adelante una tesis y, en el caso de una maestría profesional, el formato que la institución haya elegido.

Se puede colegir que una tesis debe dar cuenta acabada del estado del arte del campo sobre el que se ha montado el proyecto de investigación, es decir que el tesista tiene que mostrar que conoce los máximos avances teóricos en la materia y que sabe usar las herramientas metodológicas para adentrarse en ese campo. Lo que se espera entonces es que el tesista tenga lo que en algunos medios académicos suele llamarse "suficiencia investigativa". A las maestrías profesionales, en cambio, se les exige "aplicación", es decir que tengan potencial de innovación tecnológica o de repercusión social.

La diferenciación en maestrías académicas y profesionales es también muy relevante por cuanto acerca estas últimas a la especialización en su versión anterior aunque, dado que hemos visto que la especialización se abre al campo académico, podríamos pensar que también la maestría académica queda muy eslabonada con la especialización. En muchas ocasiones, la diferencia entre el título de especialista y de magister exige unas pocas horas de cursos más y una tesis o trabajo final.

La maestría es desde su inicio un formato híbrido, que no formaba parte de nuestro sistema académico y se incorpora en un momento en que parecía que las carreras de grado se iban a acortar. Sin embargo, ese acortamiento de las carreras no se operativizó y por lo tanto resulta extraño que con carreras de grado de seis o siete años se requiera un complemento. En la práctica, la maestría ha venido a ocupar el terreno de las especializaciones de cara al doctorado en las carreras académicas.

Si tomamos los períodos de becas, por ejemplo, el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) ofrece becas doctorales de cinco años, en el curso de los cuales muchos becarios cursan sus maestrías y las acreditan, con esos puntos se incorporan al doctorado y queda pues la tesis doctoral como último tramo. Así, las maestrías académicas se han adosado a las carreras de especialización por un lado y a los doctorados por el otro y entiendo que ha sido su estrategia de supervivencia. Supervivencia exitosa si lo medimos por la cantidad y variedad que nuestras universidades ofrecen.

II.C. Doctorado

La Resolución de 1997 establece con respecto al doctorado: "Tiene por objeto la obtención de verdaderos aportes originales en un área de conocimiento, cuya universalidad debe procurar, en un marco de nivel de excelencia académica. Dichos aportes originales estarán expresados en una tesis de Doctorado de carácter individual que se realizará bajo la supervisión de un director de tesis, y culmina con su evaluación por un Jurado, con mayoría de miembros externos al programa donde al menos uno de estos sea externo a la institución. Dicha tesis conduce al otorgamiento del título académico de Doctor".

A su turno, la Resolución de 2011 dice: "El Doctorado tiene por objeto la formación de posgraduados que puedan lograr aportes originales en un área de conocimiento –cuya universalidad deben procurar–, dentro de un marco de excelencia académica, a través de una formación que se centre fundamentalmente en torno a la investigación desde la que se procurará realizar dichos aportes originales. El Doctorado culmina con una tesis de carácter individual que se realiza bajo la supervisión de un director. La tesis debe constituirse como un aporte original al área del conocimiento de la que se trate, y demostrar solvencia teórica y metodológica relevante en el campo de la investigación científica. La tesis, es evaluada por un jurado que incluye al menos un miembro externo a la institución universitaria y excluye al director. Conduce al otorgamiento del título de 'Doctor' con especificación precisa de una disciplina o área interdisciplinar".

Ambas resoluciones dejan claro que la tesis de doctorado tiene el requisito de la originalidad, de la pretensión de generar conocimiento universal y que es un trabajo individual y dirigido. La exigencia de que uno de los jurados sea externo se mantiene, aunque ya no es necesario que al menos uno de los otros jurados sea externo al programa de doctorado.

La originalidad se usa como adjetivo que acompaña al sustantivo "aporte". La concepción que subyace es la de un sistema científico conformado por teorías que pueden incrementarse, refutarse, pero también producir deslizamientos. No es esperable que cada tesis traiga una nueva teoría, pero sí que haga algún "aporte" a esas construcciones. La novedad puede radicar en alguna nueva hipótesis o argumento de esas nuevas teorías, pero también en la mejor justificación de alguna hipótesis o argumento, así como en el planteo de algún problema que ese cuerpo teórico no puede resolver y exige revisarlo.

La procura de universalidad del conocimiento generado es atinente por supuesto a determinados campos. En otros, como el derecho, las investigaciones son en general locales. Por supuesto hay desarrollos teóricos que pueden pretender universalidad (pretender al menos) pero la mayoría de las investigaciones que se realizan están atadas a un contexto local. Y es divergente la interpretación de cuán local puede ser una investigación en distintas disciplinas. Así, por ejemplo, en una tesis antropológica es posible que el carácter local implique un estudio de caso mientras que el derecho asume una tradición en la que cuesta que "lo local" en ese sentido pleno sea admitido como objeto de una tesis. Se pretende en general que las tesis doctorales tengan alcance al menos nacional o regional y este es un punto interesante a debatir, por cuanto si se elige una u otra definición de "lo local" hay temas de indagación que quedan fuera del alcance de las tesis doctorales.

III. DIFERENTES NIVELES DE POSGRADO, PARECIDOS PROBLEMAS DE ACREDITACIÓN

Como lo adelantamos, el problema común a los tres niveles de posgrado es la escasez de acreditaciones. Especialmente en los doctorados y las maestrías es crítico el bajo número de tesis presentadas y, antes que eso, de proyectos de tesis. Históricamente, este no fue un problema al que las universidades dedicaran gran atención porque se daba por sentado que se trataba de estudiantes plenamente autónomos y, por lo tanto, ya no era responsabilidad institucional que acreditaran sus estudios. En muchas carreras, como suele decirse, todo funcionaba muy bien, excepto que no tenían egresados. Desde hace algunos años, sin embargo, las instituciones han construido un problema alrededor de este punto y no poco contribuyó la acreditación de los posgrados por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria que, entre otros factores, pone el foco en el egreso.

En un trabajo exploratorio realizado por Paula Carlino,⁷ en el que entrevistó a maestrandos que estaban realizando su tesis y magistri que ya la

7. CARLINO, P., "¿Por qué no se completan las tesis en los posgrados? Obstáculos percibidos por maestrandos en curso y magistri exitosos", en *Educure, Revista Venezolana de Educación*, año 9, n° 30, Mérida, Universidad de los Andes, 2005.

habían realizado, reconstruye las representaciones de ellos sobre los principales obstáculos que encuentran o han encontrado en la factura de sus tesis. Entendemos que los problemas que se presentan en la realización de una tesis de maestría no son muy diferentes a los que enfrenta un doctorando. Si bien hay que recalcar que se trata de las representaciones y no de un trabajo sobre prácticas, se puede establecer un orden de esos obstáculos. Reseñamos a continuación los más importantes y haremos algunos comentarios sobre cada uno de ellos:

i. Falta de tiempo, que crea discontinuidad en el trabajo. La falta de tiempo es un importante escollo porque sabemos que, al menos en el campo del derecho, casi todos los estudiantes de posgrado escriben su tesis mientras llevan adelante un trabajo profesional. A eso hay que sumarle que en general están en un tramo inicial de sus ejercicios profesionales, que no suelen ser en los que se puede disponer de mayor tiempo y muchas veces la organización familiar también requiere presencia y trabajo. Ahora bien, esta escasez de tiempo está fuertemente ligada a la discontinuidad; en los relatos de los tesisistas que escuchamos a menudo, vemos que empiezan sus trabajos, los abandonan, los retoman meses más tarde, practican cambios y de ese modo nunca llegan a consolidar siquiera un proyecto. Es decir que están empezando una y otra vez. En una exploración realizada en las dos facultades en las que doy clases, he podido comprobar que es alto el índice de presentación de tesis entre aquellos que confeccionaron un proyecto que fue aprobado por sus respectivas carreras. La escasez de tiempo, pues, es un gran problema, pero tendemos a pensar que, si un maestrando o doctorando pudo cursar las horas que impone un posgrado y realizar los trabajos finales de cada materia, podría dedicar ese tiempo a realizar su tesis.

Sin embargo, en muchos de nuestros posgrados los maestrandos terminan el cursado de sus maestrías sin consolidar un proyecto y este es seguramente un obstáculo muy fuerte. Tengamos en cuenta que hay posgrados en el país y tradiciones sólidas en otros países que requieren un proyecto para el acceso a una maestría o doctorado. Entendemos que cada institución tiene su trayectoria y no es deseable copiar estrategias, pero sí parece que los proyectos deben tener una centralidad que actualmente no tienen.

Muchas veces los tesisistas son los primeros en preguntarse por qué hay que proyectar una tesis. No se presenta proyecto para escribir un artículo, una ponencia o un libro. A lo sumo, se requiere un resumen de lo que se supone se hará. La investigación es planificada, entre otras cosas, porque

compite por financiamiento y, por lo tanto, las instituciones autorizan determinadas líneas de investigación y desechan otras. En el plano de las tesis, un proyecto no viene acompañado de financiamiento (en el caso de los becarios, sus investigaciones no son financiadas, sino que ellos tienen estipendio que les permite dedicarse a tiempo completo a sus tesis) pero sí requiere un aval institucional. Y esa es la tarea que se encomienda a las comisiones o comités de maestría y doctorado.

Los tesisistas que tienen beca para realizar sus posgrados son prácticamente los únicos estudiantes *full time* con que cuentan algunas carreras de posgrado. En estos casos, el trabajo final en general se completa; seguramente a eso contribuye la mayor disponibilidad de tiempo, pero también la exigencia de cumplir con las metas de sus becas que implica poder pasar a la fase siguiente de beca posdoctoral o ingreso a carrera de investigador. También, en muchos casos, esos becarios están incorporados a un proyecto de investigación que está igualmente ceñido a un cronograma en que deben mostrar ciertos logros.

Es interesante también señalar que en nuestro medio no es común que los empleos brinden licencias con goce de sueldo para solventar el tiempo que lleva realizar la tesis y escribirla. La tesis se convierte así en aquello que se hará cuando nada más haya para hacer y sabemos que no está en el *spleen* de esta época ese lapso.

ii. Problemas referidos la relación con los directores. Muchas veces se aduce escasez de tiempo de parte de estos, distancia geográfica, carencia de conocimientos específicos, demora en la lectura y carencia de algunos conocimientos específicos. En nuestro país la labor de dirección está escasamente profesionalizada y, en muchos casos sigue manejándose como un "favor" que un maestro hace a un discípulo. Debe tenerse en cuenta, por una parte, que cuando se evalúa la producción de los investigadores y docentes, la única formación de recursos humanos que se considera es la dirección de investigadores y tesisistas. Por tanto, quienes reúnen las condiciones de directores están obligados a dirigir tesis.

También es cierto que muchas veces vemos malas elecciones, es decir, que se busca los mismos directores, sobrecargados de trabajo, profesores con dedicación simple, que poco tiempo tienen para acompañar a sus tesisistas. En este punto, la selección de jóvenes doctores y hasta magistri que tienen más disponibilidad, no solamente medida en tiempo sino en vocación por llevar adelante un trabajo que les resulta novedoso, muchas veces da buenos resultados. Asimismo, los jóvenes investigadores son quienes más precisados

están de formar recursos humanos así que en muchos casos el interés en la tarea y el juego ganador-ganador se da naturalmente.⁸

El conocimiento específico que los directores deben tener es otro problema no menor. En general, a los directores se los elige en base a su conocimiento disciplinar y eso es correcto, pero llevar adelante una investigación implica el seguimiento de un protocolo que también requiere conocimiento metodológico. Ese conocimiento es compartido en algunas disciplinas, pero en otras, como el derecho, es posible que muchos profesores muy reconocidos en sus disciplinas no tengan ese conocimiento y por lo tanto eso obture la construcción de un objeto de investigación, al menos con una perspectiva diferente a la que ha seguido ese director que probablemente hizo su tesis hace mucho tiempo y con otros protocolos.

iii. Soledad-aislamiento. Podríamos pensar que la soledad es el contexto ideal para escribir una tesis porque la escritura requiere en general cierto aislamiento. Sin embargo, de lo que los tesisistas en general se quejan es de la falta de un entorno institucional en esas escrituras. Quiere decir que escriben sus tesis (y hasta sus proyectos) cuando ya terminaron de cursar sus posgrados y convengamos que es muy difícil hacer esta tarea a solas con el director. El diálogo con pares y con otros profesores es parte de la construcción de un objeto de estudio y nuestros posgrados no suelen ofrecer instancias de seminarios posteriores al cursado de las tesis, que podrían ser un lugar de encuentro de tesisistas muy enriquecedores, no solamente para dialogar con que tienen los mismos problemas sino para aprender de los trayectos ajenos y compartir incógnitas y posibles resoluciones.

El trabajo de investigación es considerado en la actualidad un trabajo colectivo en todas las disciplinas. Son equipos que desarrollan y conjugan las tareas que los lleva a construir una línea de investigación. Esta organización y división del trabajo, que tiene una larga tradición en el

8. Hace tiempo, una alumna de una maestría me dijo que había consultado a un profesor muy reconocido si podía ser su director y la respuesta obtenida fue que no dirigía tesis de maestría pero que volviera a verlo si quería que dirigiera su tesis doctoral. La alumna estaba desconcertada y un tanto molesta. Sin embargo, eso le permitió elegir un director más joven, con menos experiencia pero mayor tiempo y de hecho luego siguió con el mismo su tesis doctoral. Es posible que el profesor que rechazó dirigir esa tesis de maestría no estuviera dispuesto a ponerse al día de un caso como el que pretendía ella analizar en su tesis de maestría pero sí estaba dispuesto a un trabajo de mayor envergadura teórica. En otras ocasiones, los directores mayores ofician como directores y los más jóvenes como co-directores aunque en nuestro sistema no está claro qué función cabe a cada uno de ellos.

marco de otras disciplinas, en el derecho es una novedad. Las cátedras no han sido tradicionalmente unidades de investigación ni lo son y los institutos y departamentos no han sido sucedáneos de grupos de investigación.

Las universidades ofrecen una alternativa a este aislamiento que es la integración de un equipo de investigación. Siempre es un dilema cuánto le aporta un tesista al proyecto grupal y cuánto hay del proyecto grupal en una tesis y, como buen dilema, no se resuelve, sino que se suele aceptar como sucede en cualquier trabajo cooperativo en el que, excepcionalmente, alguien extrae una porción del objeto de estudio y desarrolla un trabajo que es de su autoría exclusiva. Actualmente, la mayoría de los proyectos de investigación acreditados en las universidades tienen en sus equipos tesistas y se ha generado una dinámica adecuada, consistente con la tradición de otras disciplinas.

Queda pendiente saber si en algún momento se abrirá la discusión acerca de la posibilidad de presentar tesis grupales. Es un formato que no está habilitado por las reglas actuales pero la organización colectiva del trabajo de investigación permite avizorar que en el futuro quizás sea posible plantearlo.

iv. Inexperiencia y/o falta de referentes. Es común que cuando les preguntamos a los maestrandos qué tesis han leído no puedan mencionar ninguna. Es decir que se aproximan a una escritura de la que no tienen referentes. Sería absurdo pensar que alguien pueda escribir un ensayo o una novela sin antes ser muy ducho en la lectura de esos géneros. Sin embargo, en el caso de las tesis, parece darse por sentado que hay un formato que el tesista conoce y uno de los problemas que este supuesto presenta es que los estudiantes suelen imaginar que hay un formato establecido y solo tienen que aprender cómo hacerlo. Si vamos al reservorio de tesis de cualquier facultad, nos encontraremos con formatos diversos en tesis contemporáneas. Leer tesis suele ser desencantador para los tesistas en una primera instancia, que recuerda aquellas instancias de la biografía como lectores en que nos encontramos por primera vez con una variación en un género que nos es conocido, pero en una instancia ulterior suele liberar la escritura. Cada tesista seguramente deba atenerse a las reglas que su institución genera, pero esas reglas tienen mayor flexibilidad de la que en general imagina cuando empieza a construir su objeto de investigación.

Las tesis son un género que siempre nos encuentra inexpertos. Salvo excepciones, una sola vez en la vida se escribe una tesis de maestría o de doctorado. La investigación, en cambio, es una profesión y entender el tra-

bajo de tesis como una investigación más con algunas características particulares, como su forma de evaluación, tal vez también libere la escritura de la tensión que produce tratar de encajarla en un rígido formato.⁹

v. Problemas para acotar el tema y plantear el problema de investigación. La escritura a la que recién nos referíamos tiene instancias en que requiere una supervisión estricta y cercana, que es la de la redacción del proyecto de tesis y tengamos en cuenta que esos proyectos no están disponibles para su lectura. Los tesisistas tienen la carga de construir un texto del que no tienen lecturas previas y por eso la supervisión de los directores y la injerencia de los comités o comisiones de posgrados suele ser central. La construcción de un proyecto de investigación es un contenido que se enseña en algunas carreras de grado y tiene horas asignadas en los posgrados. En el caso de la formación jurídica, las horas asignadas a su enseñanza son pocas, sobre todo teniendo en cuenta que no suele ser un contenido transversalizado en toda la carrera, como sí lo es en la enseñanza de otras ciencias sociales. En general, los posgrados delegan la responsabilidad de la transmisión de la caja de herramientas de la investigación científica en los talleres de tesis y cursos de metodología pero es necesario que todos los profesores se impliquen en la tarea, que propongan líneas abiertas de investigación, que muestren cómo se produce conocimiento, que vean a sus estudiantes no como personas a ser instruidas en un curriculum de colección sino como estudiantes que están en la antesala de producir sus trabajos de tesis.

vi. Dificultad al escribir. Como ya dijimos, la escritura tiene diferentes registros y pasar de uno a otro suele presentar grandes dificultades. A veces

9. Dice Howard Becker al respecto: "[l]os escritores académicos tienen que organizar su material, expresar una argumentación con claridad suficiente para que los lectores puedan seguir su razonamiento y aceptar las conclusiones. Cuando piensan que solo existe Una Única Manera Correcta de hacerlo, que cada artículo o monografía que escriben tiene una estructura previa que deben encontrar, hacen que el trabajo sea más arduo de lo que en realidad es. Por otra parte, simplifican su tarea cuando reconocen que existen muchas maneras eficaces de decir algo y que su trabajo solo consiste en elegir una y ponerla en práctica, de modo tal que los lectores sepan lo que están haciendo". BECKER, H., *Manual de escritura para científicos sociales. Cómo empezar y terminar una tesis, un libro o un artículo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 67. Como también enfatiza Becker, las primeras escrituras académicas no suelen tener en cuenta que la mayor parte del trabajo de escritura es de edición. Se edita y reedita un texto hasta llegar a una redacción definitiva pero ese proceso suele quedar velado en los textos que los estudiantes leen.

parece extraño que profesionales que escriben durante casi toda su jornada laboral, luego sean incapaces de empezar siquiera a escribir un proyecto de investigación o que presenten falencias graves cuando lo hacen. Contamos con investigaciones, algunas de ellas comparativas, sobre los procesos de enseñanza y aprendizaje de escritura académica pero no los suficientes.

En el caso del derecho, se aprende una gramática particular durante la carrera, un lenguaje que tiene algunos puntos en común con las formas más tradicionales del lenguaje académico, pero no son idénticos.¹⁰ Las carreras de grado suelen enseñar un tipo de escritura, el propio de su campo, y eso a veces forma parte de su currículum oculto y otras veces está explicitado. Algunas carreras de grado en el área de las humanidades han introducido cursos de escritura propedéuticos en las carreras de grado. En el nivel de posgrado, existe una incipiente oferta de cursos de escritura académica, aunque no hay todavía una currícula estandarizada ni una bibliografía compartida. Mucho menos tenemos datos acerca de la eficacia de estos cursos. Entendemos que la escritura académica debería transversalizarse, conformar una tarea de todas las carreras de grado y posgrado, como ocurre en otros contextos, pero no es lo que sucede en el campo del derecho o al menos no al nivel de impactar positivamente sobre las acreditaciones.

Como sostiene Becker, una tesis empieza a escribirse desde el minuto cero de la investigación. Sin desmerecer las horas de estudio y de aplicación de técnicas de investigación, es difícil que la escritura no atraviese todo el proceso. Si se trata de una tesis de maestría, ya hemos visto que un estado del arte es requisito y puede ser casi toda la tesis. Y un estado del arte se escribe al filo de la construcción del objeto de estudio y su indagación. En el caso de una tesis doctoral, es posible que la escritura sea más reposada y haya mayores trayectos ágrafos, pero de todas maneras la investigación se realiza mientras se escribe. En ambos casos es probable que parte de lo que se escribe sea luego descartado, forme parte del cajón del sastre que cada investigación suele engrosar rápidamente, pero de todos modos la escritura es una rutina diaria o al menos es una rutina.

10. Excede el marco de este trabajo caracterizar ese lenguaje jurídico pero recordemos, a título de síntesis, los efectos de neutralización (predominio de las formas pasivas y giros impersonales) y de apriorización (uso del indicativo, del pretérito perfecto, de la primera o tercera persona del plural) que conceptualiza Bourdieu como predominantes en el campo jurídico. BOURDIEU, P., "Elementos para una sociología del campo jurídico", en BOURDIEU, P. y TEUBNER, G., *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

Becker se pregunta por qué estudiantes capaces de resolver todos sus trabajos finales de cada materia de posgrado, que en general son monografías o pequeños trayectos de investigación, son incapaces de escribir luego sus tesis. Una posible respuesta es que esos trabajos se proyectan mentalmente o en base a breves apuntes y luego pasan a la escritura sin mucho trabajo de reedición. Una tesis, en cambio, es un trabajo que se construye en etapas y requiere de un proyecto que le dé contenido, que la focalice y también la torne viable.

vii. Dificultad de acceso a bibliografía. Es posible que esta falta de acceso tenga que ver, nuevamente, con que las tesis se realizan fuera de ámbitos institucionales. Nuestras universidades invierten en suscripciones a revistas, por ejemplo, a las que no se tiene acceso fuera de sus bibliotecas o hemerotecas y cuentan con bibliotecas más que suficientes para realizar una tesis, pero está claro que nuestros tesistas realizan sus trabajos fuera de esos ámbitos. He realizado varias indagaciones a estudiantes de posgrado y en general entienden que pueden hacer sus trabajos de tesis desde sus casas u oficinas. Es cierto que la conexión a la red nos da hoy posibilidades de acceder a documentos y bibliografía que antes requerían nuestro traslado físico. Sin embargo, hay bibliografía y documentos que exigen que vayamos a consultarlos donde estén y esa estadía en las bibliotecas, hemerotecas, archivos, centros de documentación no suelen estar contemplados en los cronogramas de trabajo. Tampoco computan el tiempo que lleva realizar un buen trabajo de campo: el acceso al campo, la recolección de datos, su análisis, implica un desplazamiento que entre los tesistas de posgrado de derecho no suele tenerse en cuenta.

En lo que hace a la recolección de datos, en general cuando en los proyectos del campo jurídico se plantea un trabajo empírico se suele comenzar pensando cómo recolectar datos primarios. Se obvia así que muchas veces contamos con reservorios de datos que nadie analiza y es cierto que en especial los juristas no son duchos en la recolección de datos porque su formación pone más en el acento en la generación de otras destrezas y tal vez por eso mismo los datos no suelen tener centralidad en las tesis jurídicas. Sin embargo, tampoco suele aprovecharse la profusa producción de datos, de los cuales habrá que chequear su confiabilidad, pero sí forma parte de las capacidades de cualquier profesión jurídica saber interpretar esos datos.

El trabajo empírico es, pues, una persistente deuda en el campo jurídico. Por un lado, somos conscientes de su escasez, pero, por el otro, lo desmerecemos. Los tesistas saben que el buen trabajo empírico requiere

formación y práctica y saben que los primeros trabajos no serán los mejores. Por eso muchas veces resisten “practicar” con sus tesis. Es una encerrona porque, mientras no empecemos a trabajar empíricamente, no fallaremos ni tendremos cómo corregir nuestros errores, pero, por otro lado, nadie quiere que esos errores se manifiesten en un trabajo rigurosamente evaluado como el de una tesis. Quizás, como con la escritura, nos falta aquí también liberar este trabajo empírico y tomar en cuenta que nadie espera un trabajo perfecto de un tesista que no ha cursado una carrera que haga del trabajo empírico un contenido de enseñanza, pero es valorable que se comience a transitar esa senda.

Las tesis y muchos de los trabajos finales de carrera exigen una etapa de defensa, pero esa instancia no es percibida como un escollo para las acreditaciones. La defensa da cuenta de la autenticidad de la tesis –que viene preevaluada por quien la dirige– y es el ritual en que el tesista se encuentra con evaluadores que no conocía al momento de pergeñar y escribir su tesis. En esto se diferencia la tesis de cualquier otro trabajo de evaluación. Cuando un estudiante escribe un examen escrito, presencial o domiciliario, sabe a quién le está escribiendo, tiene claro el auditorio. En el caso de una tesis, en cambio, es dable pensar que debe construir un auditorio universal o que a lo sumo puede conjeturar quiénes serán llamados a leerla de acuerdo con los especialistas que tienen título doctoral.¹¹ En algunos países el nombramiento del jurado es contemporáneo a la inscripción del objeto de tesis y/o el tesista puede sugerir quiénes son los especialistas que

11. En un trabajo que toma como base exámenes escritos en una carrera de grado, concluye una investigadora: “la omisión más significativa en la mayoría de los exámenes es la concepción perelmaniana del auditorio como construcción del orador. Podríamos relacionar también esta omisión con la situación de examen universitario, es decir, con la interacción alumno-docente en que el alumno-orador no puede seleccionar su auditorio, sino únicamente hacer esfuerzos para adaptarse a él mediante el conocimiento del *pathos* de los evaluadores que le ha dado del cursado de materias anteriores, y construyendo su *ethos* con la presentación gráfica –subrayados, notas al pie–, con el uso de un registro formal del lenguaje, con referencias a veces no del todo pertinentes pero que demuestran que ha leído toda la bibliografía y también con citas ‘cultas’”. BEIN, R., “Problemas de comprensión de cuestiones retóricas en la universidad”, en VITALE, M. A. y SCHAMUN, M. C. (comps.), *Tendencias actuales en estudios retóricos*, La Plata, Edulp, 2012, p. 83. Esta situación de examen y las dificultades para construcción del auditorio también se dan en el caso de las tesis aunque, insistimos, en un contexto de mayor incertidumbre porque, en nuestro sistema académico, no se conocen los jurados hasta después de presentada la tesis. Mientras tanto, quien dirige se constituye en el único evaluador del proceso de producción y escritura.

están en mejores condiciones para la evaluación. Esto no es lo que ocurre en nuestro medio, pero, como ya lo dijimos, la escasez de titulaciones de posgrado se produce no porque muchas tesis sean rechazadas sino porque nunca son presentadas y, es más, nunca siquiera se consolida un proyecto. Este es el trayecto en que tenemos que concentrarnos.

IV. CONCLUSIÓN

La escasez de tesis podría tener su legitimadora contrapartida en una excelente calidad. Si tuviéramos un bajísimo número, pero cada tesis introdujera nuevas preguntas de investigación, inaugurara teorías, o al menos hipótesis o argumentos, probaraherramientas metodológicas diseñadas con ingenio, desde una concepción elitista podría aseverarse que el precio de la calidad se paga en términos de cantidad. Sin embargo, si vamos al repositorio de tesis de cualquier universidad, es probable que encontremos algunas tesis de altísima calidad compartiendo anaqueles con otras de calidad media y es posible que con algunas más sobre las que quepa preguntarse cómo atravesaron el proceso de evaluación. También es preciso señalar que, a lo largo de la historia de la ciencia, los científicos que han producido notorios avances en sus disciplinas no necesariamente los hicieron en el curso de sus tesis.

Replantear el problema de las credenciales de posgrado nos lleva a afirmar que el trabajo científico es una labor colectiva y cooperativa de la que solo artificialmente se puede extraer una parte a la que se atribuye autoría individual. Estamos hablando de un grado académico y de un aporte al desarrollo de las disciplinas científicas y, en particular, a alguna línea de investigación que a universidad en que se presenta la tesis o alguna otra agencia de investigación esté llevando adelante. El aporte al obrar colectivo es pues la meta, y concluimos con una reflexión de George Steiner sobre las diferencias entre el trabajo científico y el artístico que tal vez ilumine el camino a seguir: "El genio individual es tan conspicuo en la historia de las ciencias como en la de la literatura y las artes. Pero importa mucho menos. La *Divina Comedia* no se hubiera escrito sin Dante, las *Variaciones Goldberg* sin Bach. La temprana muerte de Schubert deja espacios de sensibilidad sin llenar. Esto no sucede ni en las matemáticas ni en las ciencias. Se dice que un trabajo de álgebra puede revelar un estilo personal. Otro algebrista, sin embargo, habría resuelto el teorema de Fermat o llegado a la conclusión de Riemann. Darwin

no fue otra cosa que el más concienzudo y consecuente de una manada de investigadores en zoología y geología que trabajaban simultáneamente en el umbral de una teoría de la evolución y selección naturales. Una docena de centros de investigación y 'aceleradores de partículas' se afanan hoy con los mismos enigmas en la física de partículas y en la cosmología. Las publicaciones en revistas científicas, los anuncios en las páginas científicas de internet llevan a menudo treinta o más firmas. Las teorías, los descubrimientos, las soluciones matemáticas son, en un sentido fundamental, anónimas y colectivas, sea cual fuere la gloria que la casualidad o las relaciones públicas hayan otorgado a este o aquel individuo. Este trabajo en equipo y la naturaleza inevitable de la tarea –si no se llega hoy al resultado, se llegará mañana– son muy diferentes de lo que experimentan el discípulo del filósofo o el compositor incipiente en una clase magistral. No hubo nada de inevitable en la teoría de las ideas de Platón ni en la Capilla Sixtina".¹²

BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, Howard, *Manual de escritura para científicos sociales. Cómo empezar y terminar una tesis, un libro o un artículo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- BEIN, Roberto, "Problemas de comprensión de cuestiones retóricas en la universidad", en VITALE, María A. y SCHAMUN, María C. (comps.), *Tendencias actuales en estudios retóricos*, La Plata, Edulp, 2012.
- BENEITON, Pablo y otros, *Reflexiones y perspectivas de la educación superior en América latina. Informe final Proyecto Tuning América Latina 2004-2007*, Bilbao, Deusto, 2007.
- BOURDIEU, Pierre, "Elementos para una sociología del campo jurídico", en BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Günther, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.
- BUCHBINDER, Pablo, *Historia de las universidades argentinas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2005.
- CARDINAUX, Nancy y CLÉRICO, Laura, "La escuela judicial: ¿una escuela para jueces?" en *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho de*

12. STEINER, G., *Lecciones de los maestros*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 156-157.

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

41

CARDINAUX, Nancy, "Las credenciales de los posgrados en las universidades...", pp. 17-41

Buenos Aires, año 2, n° 3, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2004.

CARLINO, Paula, "¿Por qué no se completan las tesis en los postgrados? Obstáculos percibidos por los maestrandos en curso y los magistri exitosos", en *EDUCERE, La Revista Venezolana de Educación*, vol. 9, n° 30, Mérida, 2005.

STEINER, George, *Lecciones de los maestros*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. UN ESTADO DE LA CUESTIÓN*

FEDERICO DE FAZIO**

Resumen: El presente artículo tendrá el objetivo de reconstruir un estado de la cuestión acerca de la teoría de los principios en tanto teoría analítica destinada a explicar las propiedades lógicas o estructurales de esta clase de las normas. Por medio de tal reconstrucción se pretenderán corroborar dos hipótesis. La primera hipótesis sostiene que la tesis de la diferencia clasificatoria está justificada; o, mejor dicho, no ha encontrado hasta el momento argumentos o contraejemplos capaces de refutarla. La segunda hipótesis sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cómo deben ser representados conceptual y estructuralmente los principios.

Palabras clave: teoría de los principios – distinción entre principios y reglas – concepto de los principios

Abstract: The goal of this article is to reconstruct the state of the art in the field of the theory of principles, understanding by this an analytical theory oriented to explain the logical structure of this kind of norms. We aim to corroborate two hypotheses. The first one states that the classificatory difference's thesis between principles and rules is justified; or, in other words, that it has been not refuted by any argument or counterexample so far. The second one claims that, notwithstanding the foregoing, the question about how the concept and structure of principles should be represented remains unanswered.

Keywords: theory of principles – distinction between principles and rules – the concept of principles

* Recepción del original: 25/2/2018. Aceptación: 26/3/2018.

** Investigador adscripto del Instituto "A. L. Gioja". Becario del CONICET.

I. INTRODUCCIÓN

El término *teoría de los principios* es ambiguo. Su utilización puede estar destinada a significar, al menos, tres teorías que refieren a cosas diferentes (aunque relacionadas). Así, puede ser usado para connotar: (i) una teoría que afirma que los principios son una clase de las normas jurídicas cuya validez no depende de criterios proporcionados por una regla de reconocimiento, sino de su contenido sustantivo o justicia;¹ (ii) una teoría que sostiene que los principios son una clase de las normas jurídicas que poseen ciertas propiedades lógicas o estructurales específicas que permiten distinguirlas clasificatoriamente de las reglas;² (iii) una teoría de dogmática constitucional que aduce que gran parte de las normas que prescriben derechos fundamentales deben ser interpretadas como principios.³

Este artículo tendrá el objetivo de reconstruir un estado de la cuestión acerca de la teoría de los principios en el segundo de los sentidos apuntados, es decir, como teoría analítica destinada a explicar las propiedades

1. Esta teoría es sostenida por Dworkin en el marco de un “ataque general al positivismo jurídico”. Véase: DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, New York, Bloomsbury, 1997, p. 38 y ss. Sin embargo, esta teoría se encuentra, como mínimo, parcialmente refutada. Varios autores han demostrado que es posible identificar principios por medio de criterios provenientes de una regla de reconocimiento. Cfr. CARRIÓ, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 228; HART, H., “Postscriptum”, en RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, p. 125 y ss.; MACCORMICK, N., “Principles of Law”, en *The Juridical Law Review*, Edimburgo, 1974, pp. 217–226; RAZ, J., “Legal Principles and the Limits of Law”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 81, N° 5, 1972, p. 828.

2. Esta teoría se encuentra representada fundamentalmente por las investigaciones de Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero y Jan-R. Sieckmann. Véase: ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1986, p. 71 y ss.; ALEXY, R., “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en ALEXY, R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1995; ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 23 y ss.; SIECKMANN, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 52-85; SIECKMANN, J., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 13–114; SIECKMANN, J., *Recht als normatives System. Die prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 19-64.

3. A este respecto pueden consultarse las siguientes investigaciones: BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1997; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

lógicas o estructurales de esta clase de las normas. Por medio de tal reconstrucción se pretenderán corroborar dos hipótesis. La primera hipótesis sostiene que la tesis de la diferencia *clasificatoria*, y no meramente gradual entre principios y reglas, está justificada; o, mejor dicho, no ha encontrado hasta el momento argumentos o contraejemplos capaces de refutarla. La segunda hipótesis sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cómo deben ser representados conceptual y estructuralmente los principios.

Sendas hipótesis serán fundamentadas por separado y respetando un determinado orden de exposición. Así, en un primer momento, se analizarán los criterios demarcatorios propuestos por Ronald Dworkin destinados a fundamentar la tesis de la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas y se evaluarán las principales objeciones que han sido dirigidas en su contra (II). En un segundo momento, se examinará el problema relativo a la definición conceptual y estructural de los principios. De esta forma, se tomará como punto de partida a la teoría de los *mandatos de optimización* de Robert Alexy, se evaluarán las principales objeciones internas que ha recibido y se expondrán de manera crítica las teorías alternativas propuestas por Atienza y Ruiz Manero y por Jan-R. Sieckmann, respectivamente (III). Para finalizar se presentarán las conclusiones a modo de cierre (IV).

II. LA DISTINCIÓN CLASIFICATORIA ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Si bien son muchos los autores que dentro del marco de sus teorías distinguen a las normas jurídicas entre principios y reglas, no todos lo hacen con el mismo sentido. Es por ello que suele diferenciarse entre tesis *débiles* y *fuertes* de la separación.⁴ La tesis *débil* sostiene que la diferencia entre principios y reglas es meramente de *grado* según su mayor o menor nivel de generalidad o abstracción.⁵ En cambio, la tesis *fuerte* afirma que la

4. Cfr. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., pp. 72-75; ALEXY, R., *Zum Begriff...*, ob. cit., p. 184; BAYÓN, J. C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 359; GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 132; SIECKMANN, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, ob. cit., p. 53.
5. Cfr. HART, H., ob. cit., p. 199; RAZ, J., ob. cit., p. 838.

diferencia entre principios y reglas no es meramente de grado, sino además *clasificatoria* en virtud de sus propiedades lógicas o estructurales.⁶ Esta última tesis es la que defiende todo partidario de la teoría de los principios (al menos en el sentido estricto que aquí interesa). Por ello, el primer interrogante que puede formularse a esta teoría refiere a cuáles son los criterios demarcatorios que permiten distinguir clasificatoriamente a los principios de las reglas. Un análisis minucioso al respecto debe comenzar con el influyente artículo de Ronald Dworkin titulado *The Model of Rules* (*El modelo de las reglas*).⁷ En lo que sigue será sometido a debate.

II.A. La teoría de Ronald Dworkin

Dworkin inicia su exposición mencionado el conocido caso *Riggs vs. Palmer*, resuelto por el Tribunal de Nueva York en 1889.⁸ El problema del caso era si un heredero testamentario debía recibir la herencia, incluso cuando este, para asegurarse y adelantar su cobro, hubiera asesinado al testador. El heredero basó su pretensión en la regla jurisprudencial que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido. El testamento bajo análisis cumplía, efectivamente, con tales condiciones. No obstante, el Tribunal decidió establecer una excepción a dicha regla, basándose en un principio no escrito que prescribe que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo o injusticia”. Finalmente, el testamento fue declarado inválido y no se efectuó la entrega de la herencia.

De acuerdo con Dworkin, existe una diferencia *lógica* entre la regla que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos es válido y el principio que prohíbe beneficiarse de su propio dolo o injusticia.⁹ Esta

6. ALEX, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., p. 77; ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., ob. cit., p. 29; DWORKIN, R., *Taking Rights...*, ob. cit., p. 40; SIECKMANN, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, ob. cit., p. 53. Por lo tanto, de acuerdo con esta última posición, “toda norma es o bien una regla o bien un principio”. Cfr. ALEX, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., p. 77.

7. Este artículo encuentra compilado en: DWORKIN, R., *Taking Rights...*, ob. cit., pp. 29-64. Posteriormente, la teoría de Dworkin ha modificado parcialmente esta terminología. Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

8. DWORKIN, R., *Taking Rights...*, ob. cit., p. 39.

9. DWORKIN, R., *Taking Rights...*, ob. cit., p. 40. El término “lógica” debe ser entendido en este contexto en un sentido amplio, es decir, no necesariamente vinculado al estudio de la forma de los razonamientos deductivos.

diferencia *lógica* se pone en evidencia sobre la base de dos criterios demarcatorios. El primer criterio indica que las reglas se aplican a la manera *todo-o-nada*, mientras que esto no es así en el caso de los principios.¹⁰ El segundo criterio supone, a su vez, que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso* o de la importancia.¹¹

II.A.1. La aplicación a la manera *todo-o-nada* de las reglas

Que las reglas se apliquen a la manera *todo-o-nada* significa que, si se cumple con su supuesto de hecho, entonces o bien la regla es válida y su consecuencia jurídica determina concluyentemente la decisión o bien es inválida y no aporta en nada a la sentencia.¹² Así, por ejemplo, si se considera válida la regla que exige la firma de tres testigos como condición para la legalidad de los testamentos, entonces siempre serán conforme a derecho aquellos testamentos rubricados por al menos tres testigos y nunca lo serán aquellos rubricados por dos o menos.¹³

Como consecuencia de este carácter *todo-o-nada* se deriva que dos reglas contradictorias entre sí no pueden ser simultáneamente válidas dentro en un mismo sistema jurídico. Sí puede suceder que las reglas tengan excepciones. Pero esto no hace colapsar su carácter *todo-o-nada*. Pues, una proposición que describa a una regla debería considerar todas sus excepciones y cualquier formulación que así no lo hiciese resultaría incompleta. Si la lista de excepciones es muy larga, puede resultar demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla. Pero, en teoría, no hay razón para que no se las pueda enumerar a todas.¹⁴

En cambio, los principios no se aplican de esta manera *todo-o-nada*. Aun cuando resulten válidos y se cumpla con su supuesto de hecho, estos no necesariamente determinan consecuencias jurídicas de manera automática. Solamente enuncian una razón que discurre en una dirección, pero que puede quedar desplazada en virtud de algún otro principio que apunta en una dirección contraria.¹⁵ Así, por ejemplo, el principio que prohíbe

10. *Ibid.*, p. 40.

11. *Ibid.*, p. 43.

12. *Ibid.*, p. 40.

13. *Ibid.*, p. 41.

14. DWORKIN, R., *Taking Rights...*, ob. cit., p. 42.

15. *Ibid.*

beneficiarse del propio dolo suele quedar desplazado en favor de algún otro principio en los casos de usucapión.¹⁶ Sin embargo, esto no significa que el principio que prohíbe beneficiarse de su propio dolo resulte invalidado. Tampoco son tomados estos ejemplos en contrario como excepciones que deberían integrar enunciados descriptivos completos, puesto que estas excepciones no pueden ser enumeradas o previstas de antemano ni siquiera en teoría.¹⁷

II.A.2. Objeciones

El establecimiento de una distinción *clasificatoria* entre principios y reglas sobre la base del criterio demarcatorio que indica que solamente estas últimas resultan aplicables a la manera *todo-o-nada* ha sido blanco de dos objeciones principales. La primera objeción es de índole metodológica y sostiene que, si se admite que todas las reglas, aun las más específicas, poseen *textura abierta*, entonces no es cierto que todas sus excepciones puedan ser conocidas y enumeradas de antemano.¹⁸ La segunda objeción es aún más lapidaria que la anterior y se relaciona con la estructura de los sistemas jurídicos. Si se asume, tal como lo hace Dworkin, que los sistemas jurídicos están conformados no solo por reglas, sino también por principios, entonces las excepciones a las reglas tampoco pueden ser enumeradas de antemano ni siquiera en teoría.¹⁹ Pues, nada impediría que resulte añadida una nueva cláusula de excepción a una regla como resultado de ponderación entre el principio que le subyace y un principio contrapuesto que exhiben mayor peso o importancia.²⁰ Precisamente, esto es lo que sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer*.

Estas objeciones demuestran que el primer criterio sugerido por Dworkin no logra justificar la existencia de una diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas y, en este sentido, se encuentra refutado. Pues, el hecho de que las reglas posean *textura abierta* y que, además, puedan acoger nuevas cláusulas de excepción como consecuencia de la validez de los principios, excluye la posibilidad de que puedan ser aplicadas a la manera *todo-o-nada*. Por lo tanto, debe ser descartado.

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

18. CARRÍO, G., ob. cit., p. 226.

19. ALEXY, R., *Zum Begriff...*, ob. cit., p. 71; HART, H., ob. cit., p. 122.

20. ALEXY, R., *Zum Begriff...*, ob. cit., p. 71.

II.B.1. La dimensión del peso de los principios

Mucho más interesante resulta el segundo criterio demarcatorio reconstruido por Dworkin. Este supone que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso* o de la importancia.

Que los principios cuenten con una *dimensión del peso* significa que cuando estos entran en una contradicción, quien tenga que resolver el problema debe considerar cuál es el peso o la importancia relativa de cada uno de ellos en relación con las especiales circunstancias del caso.²¹ Sin embargo, esto no implica que deba declararse inválido al principio que resulta desplazado o que haya que introducirse una nueva cláusula de excepción.²² Más bien, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios debe preceder al otro. Pero, bajo otras circunstancias, la pregunta respecto de cuál es el principio que prevalece puede ser respondida de manera inversa.²³

Las reglas, contrariamente, no exhiben esta *dimensión*. Cuando se suscita una contradicción entre dos reglas, esta solo puede ser solucionada o bien introduciendo una cláusula de excepción o bien declarando la invalidez de, por lo menos, una de ellas. Si se introduce una cláusula de excepción a una de las reglas, entonces esta, si bien permanecerá válida, ya no resultará aplicable en aquellos casos futuros que presenten las mismas propiedades relevantes.²⁴ En cambio, si se declara inválida a una de las reglas, entonces esta queda directamente expulsada del ordenamiento jurídico.²⁵

II.B.2. Objeciones

La distinción *clasificatoria* entre principios y reglas basada en el criterio demarcatorio de la *dimensión del peso* también ha sido centro de dos objeciones. La primera objeción ha sido detalladamente desarrollada por Joseph Raz, quien sostiene que Dworkin ha puesto en escena un punto

21. DWORKIN, R., *Taking Rights...*, ob. cit., p. 43.

22. ALEXI, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., p. 79.

23. *Ibid.*

24. En este sentido, Afonso da Silva comenta que el agregado de una cláusula de excepción es una declaración parcial de invalidez. Cfr. AFONSO DA SILVA, V., *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 46.

25. ALEXI, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., p. 77.

importante: que las contradicciones entre normas pueden resolverse o bien invalidando total o parcialmente a una de las normas o bien mediante la evaluación de su peso o importancia. Sin embargo, según Raz, esto no está directamente relacionado con una determinada cualidad lógica de las normas. La prueba de ello es que las reglas pueden exhibir, también, una *dimensión del peso* frente a situaciones de contradicción normativa.²⁶ Raz propone dos ejemplos para ilustrarlo.

El primer ejemplo lo extrae del discurso moral. Sugiere tomar, por un lado, la regla que ordena cumplir las promesas y, por el otro, la regla que prohíbe mentir. Es posible imaginar una situación hipotética en que solamente pueda ser cumplida una promesa mintiendo. Ante tal situación, resultaría absurda una decisión que resolviese el conflicto mediante la invalidez de una de las reglas. Lo más razonable es establecer una relación de preferencia entre ellas, teniendo en cuenta cuál es su peso o importancia relativa de acuerdo con las circunstancias del caso.²⁷

El segundo ejemplo lo extrae del discurso jurídico. En el caso *Riggs vs. Palmer* se suscitó una contradicción entre la regla que dispone que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido y el principio que prohíbe beneficiarse de su propia injusticia. Como bien señala Dworkin, este caso se resolvió considerando el peso relativo de las normas en concreto. Siendo esto así, entonces debe concluirse que la regla referida a la validez de los testamentos también adquirió una *dimensión del peso*.²⁸

Sin embargo, a la objeción de Raz pueden oponérsele tres contraargumentos. En primer lugar, es cierto que el ejemplo de la contradicción entre la norma que ordena cumplir las promesas y la norma que prohíbe mentir debe ser resuelto tomando en cuenta sus respectivos pesos relativos en concreto. Pero ello solamente constituye una prueba de que son normas que exhiben una *dimensión del peso*. No prueba, por sí solo, que se trate de reglas. Raz comete aquí una falacia de petición de principio. Desde el punto de vista de una teoría que defienda la tesis *fuerte* de la separación, es posible argumentar que la mencionada contradicción se resuelve en la *dimensión del peso* justamente en razón de que se trata de normas con estructura de principios y no, como presupone Raz, de reglas.

26. RAZ, J., ob. cit., p. 834.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*, p. 837.

En segundo lugar, si bien es cierto que en el caso *Riggs vs. Palmer* se agregó una nueva cláusula de excepción a una regla testamentaria como consecuencia de un juicio de ponderación, ello no significa que la regla haya adoptado una *dimensión del peso*.²⁹ Solamente puede concebirse una colisión cruzada entre un principio y una regla a costa de simplificar inadecuadamente la situación de contradicción.³⁰ Más bien, en el caso *Riggs vs. Palmer* se trató de una colisión entre el principio subyacente a la regla, que ordena respetar a las reglas testamentarias del *Common Law*, y el principio que prohíbe beneficiarse de la propia injusticia.

Por último, el tercer argumento está relacionado con las propiedades estructurales de los sistemas jurídicos. Incluso si se admitiera, siguiendo a Raz, que las reglas también exhiben una *dimensión del peso*, entonces lo único que se habría comprobado es que las reglas no existen.³¹ De esta forma, nos veríamos obligados a admitir que los sistemas jurídicos están compuestos exclusivamente por principios y que las decisiones judiciales dependen exclusivamente de los juicios de ponderación. Sin embargo, esto no puede ser aceptado como una reconstrucción adecuada, puesto que no resulta explicativo de cómo funcionan los sistemas jurídicos vigentes. Por lo tanto, si se parte de que los sistemas jurídicos contienen reglas, pero que, a la par de ellas, existen otras normas que exhiben una *dimensión del peso*, entonces la única alternativa plausible es buscar una explicación por medio de una teoría de los principios.³²

La segunda objeción es diametralmente opuesta a la de Raz y ha sido planteada por Juan Ruiz Manero. Ruiz Manero sostiene que no es cierto

29. SIECKMANN, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, ob. cit., p. 74.

30. DWORKIN, R., *Taking Rights...*, ob. cit., p. 99.

31. SIECKMANN, J., "Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales", en CLÉRICO, L.; SIECKMANN, J. y OLIVER LALANA, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, p. 46. Jan-R. Sieckmann sostiene, con razón, que la objeción de Raz conduce a la paradójica situación de que mientras los teóricos del principialismo terminan defendiendo la existencia de reglas, sus objetores se resignan a concebir el derecho como un modelo puro de principios y ponderación. Cfr. SIECKMANN, J., "Norma jurídica", en FABRA ZAMORA, J., RODRÍGUEZ BLANCO, V. y SPECTOR, E., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2, México D. F., UNAM, 2015, p. 920. Que, si fuera cierta la tesis que indica que las reglas exhiben también una "dimensión del peso", se daría la paradójica situación.

32. SIECKMANN, J., *Problemas de la teoría principialista...*, ob. cit.; CLÉRICO, L., SIECKMANN, J. y OLIVER LALANA, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación...*, ob. cit., p. 46; SIECKMANN, J., *Norma...*, ob. cit., p. 920.

que todos los principios exhiban necesariamente una *dimensión del peso*, puesto que existen algunos que revisten carácter de *absolutos o imponderables*, es decir, que no pueden ser desplazados en favor de otros principios bajo ninguna circunstancia.³³ Un ejemplo al respecto sería el principio de respeto a la dignidad humana.³⁴ Decir que una “conducta justificada es contraria a la dignidad humana” parece ser un oxímoron.³⁵ En verdad, continúa Ruiz Manero, el principio de respeto a la dignidad humana es utilizado en un meta-nivel con el solo efecto de justificar la validez del resto de los derechos fundamentales. Es precisamente por ello que tiene carácter de *imponderable*; pues, sus fundamentos son normalmente reconducidos a través de los derechos fundamentales que él mismo se encarga de justificar.³⁶

Empero, a esta segunda objeción también pueden formularse algunas respuestas. En primer lugar, es cierto que el principio de respeto a la dignidad humana genera una *impresión* de absolutidad o imponderabilidad.³⁷ Ello, principalmente, en razón de que, en la mayoría de los casos, existe un alto grado de probabilidad de que este obtenga prevalencia por sobre los principios que se le oponen.³⁸ No obstante, de ello no se deduce que resulte imponderable o que carezca de una *dimensión del peso*. Un ejemplo ilustrativo al respecto se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán. En el año 1978 se presentó un caso cuya pregunta normativa era si la dignidad humana resulta vulnerada incluso cuando se obliga por la fuerza a un acusado de un delito penal (que se había dejado crecer el cabello y la barba desde su reclusión) a alterar su aspecto externo para adecuarlo al que tenía al tiempo de los hechos y así hacer posible su identificación por parte de los testigos.³⁹ El Tribunal consideró que en dicho caso no se configuraba una vulneración del derecho a la dignidad humana. Ello, en primer lugar, porque la alteración de la imagen

33. RUIZ MANERO, J., *Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar*, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 18, consultado en [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf>] el 11/12/2017.

34. *Ibid.*, p. 20.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*, p. 24.

37. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., p. 95.

38. *Ibid.*

39. ALEXY, R., “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, en *Anuario Parlamento y Constitución*, N° 16, 2014, p. 12.

no implicaba una afectación grave al derecho a la dignidad humana; pues, no tenía el propósito de “humillar” al acusado “ni perseguía algún otro objetivo reprobado por el sistema jurídico”.⁴⁰ En segundo lugar, porque el fin de esclarecer los delitos penales es lo suficientemente importante como para justificar su restricción, ya que “representa un interés prioritario de la comunidad”.⁴¹ Si se considera que una resolución semejante está justificada, entonces no queda otra alternativa que admitir que la norma que prescribe la protección de la dignidad humana puede participar en los juicios de ponderación y, por tanto, exhibe una *dimensión del peso*.

En segundo lugar, aun si se admitiera que el principio de respeto a la dignidad humana se encuentra en un meta-nivel y que solamente tiene por función justificar al resto de los derechos fundamentales (los cuales sí pueden participar de la ponderación), entonces bien podría argumentarse que, en los hechos, el principio de respeto a la dignidad humana exhibe una *dimensión del peso* de tipo indirecta.⁴² Pues, no excluye la posibilidad de que un derecho fundamental por él justificado pueda resultar desplazado o restringido en favor de alguna razón de utilidad o bienestar colectivo.

La neutralización de las objeciones y contraejemplos formuladas tanto por Raz como por Ruiz Manero pone en evidencia que el segundo criterio propuesto por Dworkin, relacionado con la *dimensión del peso* de los principios, resiste a sus diversos intentos de refutación. De esta manera, representa un punto de partida lo suficientemente fructífero, a partir del cual no solo puede cimentarse la tesis de la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas, sino además la definición conceptual de los principios.

III. EL CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS

Hasta el momento se ha demostrado que la tesis de la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas resiste a sus intentos de refutación. No obstante,

40. BverfGE 47, 239 (247).

41. *Idem*.

42. Un argumento similar es presentado por Zuleta. Cfr. ZULETA, H., “Comentario al artículo ‘Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar’ de Juan Ruiz Manero”, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, consultada en [http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-zuleta.pdf] el 11/12/2017.

con ello no puede darse por concluida la discusión; pues, aún queda pendiente una explicación acerca de por qué los principios exhiben una *dimensión del peso* mientras que las reglas no. Esto conduce, indefectiblemente, al problema de la definición de los principios. Por ello, en lo que sigue se realizará una exposición crítica del estado de la cuestión sobre el tema. Así, se tomará como punto de partida la conocida teoría de los *mandatos de optimización* de Alexy y se considerarán las objeciones y propuestas alternativas aportadas, respectivamente, por Atienza y Ruiz Manero y por Jan-R. Sieckmann.

III.A. La teoría de Robert Alexy

De acuerdo con Alexy, la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas se explica conceptualmente en razón del diferente tipo de mandato que prescriben. Así, los principios exhiben una *dimensión del peso* porque son *mandatos de optimización* (Optimierungsgebote).⁴³ Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible, de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas.⁴⁴ Por lo tanto, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida exacta de su cumplimiento depende de cuáles sean las circunstancias empíricas y normativas efectivamente existentes.⁴⁵ El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado, fundamentalmente, por los principios que exigen una solución en contrario.

En cambio, las reglas carecen de una *dimensión del peso* porque son *mandatos definitivos o exactos*.⁴⁶ Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la medida exacta en que ellas lo exigen, ni en más ni en menos.⁴⁷ Por ende, se caracterizan porque no pueden ser cumplidas en diferentes grados, sino o bien cumplidas o bien incumplidas y ello, precisamente, en razón de que cuentan con determinaciones en el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas.⁴⁸

En contra de la definición de los principios como *mandatos de optimización* se han elevado innumerables objeciones, tanto externas como

43. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., p. 75.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*, p. 76.

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*

48. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit.

internas. Las objeciones externas son aquellas realizadas a partir de un marco teórico que rechaza la tesis de la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas. Un ejemplo al respecto resulta aquella crítica esgrimida por Jürgen Habermas,⁴⁹ quien considera que la definición de los principios como *mandatos de optimización* supone una “pérdida de su carácter deontológico”.⁵⁰ No obstante, y toda vez que no forma parte de los propósitos de este trabajo realizar una defensa de la teoría de los *mandatos de optimización*,⁵¹ las objeciones externas no serán consideradas. Sí resultan de interés, en cambio, las objeciones internas que ha recibido, es decir, aquellas realizadas a partir de un marco teórico que acepta la tesis de la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas sobre la base del criterio de la *dimensión del peso*. En lo que sigue serán analizadas y evaluadas.

III.B. La teoría de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero

Si bien Atienza y Ruiz Manero adhieren a la tesis de la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas, rechazan el concepto de los principios como *mandatos de optimización* por considerarlo o bien incom-

49. Habermas sigue en este punto a Klaus Günther, quien sostiene que no existe una diferencia estructural entre dos clases de normas (los principios y las reglas), sino que solamente existe un diverso modo en que son aplicadas. Cfr. GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1988, p. 270.

50. HABERMAS, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005, p. 328. En el mismo sentido, véase: VELASCO, M., “Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica”, en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, N° 39, 2016. Algunas respuestas relevantes tendientes a compatibilizar los conceptos de norma y de mandatos de optimización se encuentran en: ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., p. 133 y ss.; ARANGO, R., “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO, L., SIECKMANN, J. y OLIVER-LALANA, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 73-90; BEADE, G. A., “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana”, en BEADE, G. A. y CLÉRICO, L. (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 253-297.

51. En este sentido, Sieckmann señala que las objeciones que pueden ser realizadas en contra del concepto de los principios como mandatos de optimización no resultan atribuibles automáticamente al resto de las teorías conceptuales acerca de los principios. Cfr. SIECKMANN, J., *Problemas de la teoría principialista...*, ob. cit., p. 44.

pleto o bien distorsivo.⁵² De acuerdo con ellos, no es necesariamente verdadero que todos los principios resulten gradualmente cumplibles; pues, existen ejemplos de principios que establecen consecuencias jurídicas definitivas o exactas, es decir, que solamente pueden ser o bien cumplidos o bien incumplidos.⁵³

Así, los principios deben ser diferenciados entre *directrices* y *principios en sentido estricto*.⁵⁴ Las primeras son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica también abierta, esto es, la consecución de un estado de cosas u objetivo pasible de ser cumplido en diferentes grados.⁵⁵ Un ejemplo de una *directriz* es el artículo 51.1. de la Constitución española que dispone: "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos". En cambio, los *principios en sentido estricto* son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica cerrada, es decir, que califican deónticamente a una acción cierta o determinada.⁵⁶ Un ejemplo al respecto surge del artículo 14 de la Constitución española que prescribe: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social".

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, de esta última disposición puede extraerse la siguiente norma como parte de su significado: "Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual) y respecto del caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con este, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social".⁵⁷ De esta reconstrucción se sigue que, independientemente que el supuesto de hecho de la norma que prohíbe discriminar exige un juicio de ponderación, su consecuencia ju-

52. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., ob. cit., p. 34.

53. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., ob. cit., p. 32.

54. *Ibid.*, p. 31.

55. *Ibid.*, p. 33.

56. *Ibid.*, p. 32.

57. *Ibid.*

rídica es de cumplimiento definitivo o exacto, puesto que "o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento".⁵⁸

Si lo anterior es correcto, entonces la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas no puede ser explicada estructuralmente sobre la base del tipo de mandato que establecen, sino en virtud de alguna otra característica. Atienza y Ruiz Manero sugieren que esta explicación puede ser hallada en el ámbito de los respectivos supuestos de hecho de las normas. Así, la razón por la que los principios exhiben una *dimensión del peso* radica en que se trata de normas que correlacionan un *supuesto de hecho abierto* con una solución jurídica (que puede ser tanto abierta como cerrada).⁵⁹ Un supuesto de hecho es abierto cuando las propiedades relevantes que lo conforman no están ni siquiera genéricamente determinadas. Esto es lo mismo que decir que son *normas categóricas*,⁶⁰ en el sentido de que su supuesto de hecho solamente está compuesto por aquella condición que constituye su contenido y ninguna otra condición adicional.⁶¹ En cambio, las reglas carecen de esa *dimensión* en virtud de que correlacionan un *supuesto de hecho cerrado* con una solución jurídica (que también puede ser tanto abierta como cerrada). Un supuesto de hecho es cerrado cuando las propiedades relevantes que lo componen son independientes de su contenido.⁶² Esto significa que se trata *normas hipotéticas*, puesto que su supuesto de hecho no solo está compuesto por aquella condición que constituye su contenido, sino además por otras condiciones adicionales que no se infieren directamente de aquel.⁶³

Sin embargo, es dudoso que la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas pueda ser explicada estructuralmente sobre la base de los supuestos de hecho de las normas. Ello, principalmente, porque no existe una conexión necesaria entre las *normas categóricas* y la *dimensión del*

58. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., ob. cit., p. 33.

59. *Ibid.*, p. 31.

60. *Ibid.*

61. VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 91. La norma que ordena cerrar la puerta es categórica porque sus condiciones de aplicación (que haya una puerta, que esté abierta, etc.) se infieren directamente del contenido de la norma. En cambio, la norma que ordena cerrar la puerta, si es que llueve es hipotética, ya que prevé una condición adicional que no se infiere de su contenido (que llueva). Cfr. NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 76.

62. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., ob. cit., p. 32.

63. VON WRIGHT, G. H., ob. cit., p. 91.

peso. Es sencillo hallar ejemplos de normas que son categóricas y, a la vez, reglas, esto es, normas que están excluidas de los juicios de ponderación. Un primer ejemplo es el artículo 15 (segunda parte) de la Constitución española, que prescribe: “Queda abolida la pena de muerte [...]”.⁶⁴ Un segundo ejemplo se encuentra en el artículo 1 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas, que dice: “Nadie será sometido a una desaparición forzada”.

Por otro lado, Atienza y Ruiz Manero no alcanzan probar que los *principios en sentido estricto* sean normas definitivas o exactas, esto es, que solamente pueden ser o bien cumplidas o bien incumplidas. Pues, si bien es cierto que la norma que reconstruyen a partir del artículo 14 de la Constitución española exige un cumplimiento definitivo o exacto, ello es solo como consecuencia de la cláusula de excepción no escrita y agregada por ellos que dispone: “[...] y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con este, tenga un mayor peso [...]”. Sin embargo, la pregunta decisiva acerca de si el artículo 14, sin el agregado de esa cláusula, estatuye o no un principio permanece sin respuesta alguna.⁶⁵ Siempre que a un principio se le agregue esa cláusula, contendrá una consecuencia normativa definitiva o exacta.⁶⁶ Pero esto resulta trivial,⁶⁷ ya que previamente debe ser relativizado de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas realmente existentes.

Por último, tampoco parece correcta la afirmación que indica que todos los *principios en sentido estricto* poseen necesariamente una consecuencia jurídica cerrada, en el sentido de calificar deónticamente a una acción cierta o determinada. Esto se pone especialmente en evidencia cuando se analizan normas que prescriben la realización de derechos fundamentales de prestación. Los derechos de prestación pueden exhibir tanto un objeto definido como disyuntivo.⁶⁸ Exhiben un objeto definido cuando el grado de

64. Este primer ejemplo es tomado de LOPERA MESA, G., “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, N° 27, 2004, p. 232.

65. ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 121.

66. *Ibid.*, p. 122.

67. *Ibid.*

68. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte...*, ob. cit., p. 420; CLÉRICO, L., *Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...*, ob. cit., p. 395; O’NEIL, O., *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press,

su cumplimiento debido solamente puede ser alcanzado por medio de una única acción positiva idónea. Esto sucede, por ejemplo, cuando el derecho fundamental a la salud solamente puede ser garantizado a través del otorgamiento de un único medicamento técnicamente adecuado.⁶⁹ En cambio, exhiben un objeto disyuntivo cuando el grado de su cumplimiento debido puede ser alcanzado alternativamente por más de una acción positiva idónea. Tal es el caso de cuando el derecho a la vivienda digna puede ser garantizado o bien con la entrega de un inmueble en propiedad o bien con el pago de un alquiler o bien con el desembolso de un subsidio habitacional.⁷⁰ Si esto es así, entonces los denominados *principios en sentido estricto* sí puede prescribir el cumplimiento de ciertos estados de cosas sin que ello traiga aparejada, necesariamente, la ejecución de determinadas acciones.

III.C. La teoría de Jan-R. Sieckmann

Jan-R. Sieckmann representa un segundo autor que, por un lado, acepta la tesis de la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas, pero, por el otro, objeta el concepto de los *mandatos de optimización*. Aunque lo hace sobre la base de razones diferentes. De acuerdo con Sieckmann, el concepto de los *mandatos de optimización* no puede explicar la *dimensión del peso* de los principios, puesto que solo constituye una regla de segundo nivel.⁷¹ Un *mandato de optimización*, como tal, no admite un cumplimiento gradual, sino definitivo o exacto: o bien se cumple en un grado óptimo o bien se lo incumple.⁷² Por lo tanto, no puede colidir con otros mandatos de optimización ni puede ser susceptible de ponderación alguna.⁷³

Alexy ha reconocido que esta objeción es acertada. Pero considera que, si se hacen algunas precisiones, la noción de los principios basada en la tesis de la optimización puede ser preservada.⁷⁴ En este sentido, indica

1996, p. 132; SIECKMANN, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, ob. cit., p. 39.

69. DE FAZIO, F., "El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales", en *Revista Derecho del Estado*, N° 41, 2008.

70. *Ibid.*

71. AARNIO, A., "Las reglas en serio", en AARNIO, A.; GARZÓN VALDÉS, E. y USITALO, Y. (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 27; SIECKMANN, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, ob. cit., p. 65.

72. SIECKMANN, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, ob. cit., p. 65.

73. *Ibid.*

74. ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, ob. cit., p. 108.

que es necesario diferenciar entre los *mandatos a optimizar* (optimierende Gebote) y los *mandatos de optimización* (Optimierungsgebote).⁷⁵ Los primeros son los objetos de la ponderación y, como tales, prescriben un deber ideal, en el sentido de que aún no han sido relativizados en lo que refiere al ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas.⁷⁶ Por el contrario, los *mandatos de optimización* son reglas de segundo nivel que ordenan que sus objetos, los *mandatos a ser optimizados*, sean cumplidos en la mayor medida posible. Los principios, en tanto objeto de la ponderación, no son entonces *mandatos de optimización* sino *mandatos a optimizar*.⁷⁷ No obstante, esta nueva distinción propuesta por Alexy agrava los problemas, en lugar de resolverlos. Pues, no brinda ninguna explicación acerca de por qué es necesario que los objetos de la ponderación exhiban la estructura de mandatos. En principio, nada impide que puedan participar de la ponderación normas con la estructura de permisiones, prohibiciones e incluso normas secundarias que atribuyen competencias. Si esto es así, entonces la tesis de la diferencia *clasificatoria* no puede ser explicada en razón del tipo de mandato que, respectivamente, los principios y las reglas establecen.⁷⁸

Es precisamente como consecuencia de estos problemas que Sieckmann propone un concepto alternativo. Así, de acuerdo con él, la razón de por la cual los principios exhiben una *dimensión del peso* radica en que se trata de normas que son utilizadas como *argumentos normativos*, es decir, como demandas o pretensiones en favor de que una determinada norma sea aceptada como definitivamente válida.⁷⁹ Toda vez que los *argumentos normativos* solamente son utilizados para demandar la validez definitiva de algo, pueden colidir entre sí y resultan susceptibles de ponderación.⁸⁰ Así, por ejemplo, ante el supuesto de una opinión insultante, el principio de libertad de expresión demanda que el insulto deba ser definitivamente permitido, mientras que el principio de protección del honor demanda que

75. ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, ob. cit.

76. *Ibid.*

77. *Ibid.*, p. 109.

78. SIECKMANN, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, ob. cit., p. 67; SIECKMANN, J., *Recht als normatives System...*, ob. cit., p. 23; SIECKMANN, J., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 181.

79. SIECKMANN, J., *El modelo de los principios...*, ob. cit., p. 82.

80. SIECKMANN, J., "Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien", *ARSP*, Beiheft 53, 1994, pp. 205-213.

deba ser definitivamente prohibido.⁸¹ En cambio, las reglas carecen de esa *dimensión* porque son normas que son utilizadas en el marco de *aserciones normativas* (*normative Aussage*), esto es, como proposiciones que expresan la validez definitiva de una norma como resultado de un juicio de ponderación.⁸² Es precisamente en virtud de este carácter proposicional que las reglas que entran en una contradicción no pueden ser válidas simultáneamente; pues, no puede sostenerse con sentido que las opiniones insultantes deben ser, al mismo tiempo, definitivamente permitidas y prohibidas.⁸³

Si esto es así, entonces los principios entendidos como *argumentos normativos* pueden ser, en un primer vistazo, representados estructuralmente como mandatos de validez definitiva:

(1) $O VAL_{DEF} N$

En donde "O" representa al operador deóntico del mandato o la obligación y "" predica la validez definitiva de una norma "N".

Sin embargo, esta primera representación no es del todo precisa, ya que no aclara nada con respecto a si (1) es un principio que forma parte del significado de un *argumento normativo* o si, más bien, es una regla o norma definitiva que forma parte del significado de una *aserción normativa*.⁸⁴ En este sentido, se trata de un enunciado ambiguo. Por ello, el punto decisivo para diferenciar los *argumentos normativos* de las normas definitivamente válidas se encuentra en que los primeros tienen la estructura de *mandatos de validez reiterados*.⁸⁵ De acuerdo con esta idea, un *argumento normativo* que se usa como razón para un juicio de ponderación consiste en una estructura infinita o ilimitada de mandatos de validez definitiva, donde la validez de cada uno de ellos viene exigida por un mandato de validez definitiva de nivel superior.⁸⁶ Por tanto, su estructura debe ser representada del siguiente modo:

81. SIECKMANN, J., *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Portland, Hart Publishing, 2012, p. 45.

82. SIECKMANN, J., *El modelo de los principios...*, ob. cit., p. 82.

83. SIECKMANN, J., *The Logic of Autonomy...*, ob. cit., p. 45.

84. SIECKMANN, J., *El modelo de los principios...*, ob. cit., p. 86.

85. *Ibid.*, p. 87.

86. SIECKMANN, J., *La teoría del derecho...*, ob. cit., p. 191.

- (2) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N
 (3) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N

Y así sucesivamente.

De un modo más resumido, la reiteración infinita de mandatos de validez puede ser simbolizada así:

- (4) ... O VAL_{DEF} N

Ahora bien, la teoría de los *argumentos normativos* también ha sido blanco de objeciones. Una primera objeción ha sido planteada por Robert Alexy. De acuerdo con él, el hecho de que la estructura de los *argumentos normativos* comience con el operador deóntico del mandato “O” y no por el predicado de su validez definitiva “” indica que no se trata de nada diferente a una norma en su puro sentido semántico, es decir, sin ninguna referencia con respecto a su validez.⁸⁷ Pero esto no permite explicar el carácter vinculante de los principios.⁸⁸ Paradójicamente, la representación estructural de los *argumentos normativos* tampoco podría comenzar con el predicado de su validez definitiva “”, porque en ese caso se convertiría en una norma definitiva o regla. La salida propuesta por Sieckmann es una oscilación entre “O” y “” que se reitera infinitamente. Sin embargo, critica Alexy, esto no representa una aclaración positiva acerca de qué son los principios. Solamente nos dice algo que ya se sabía: que los principios no son normas en sentido puramente semántico ni normas con validez definitiva.⁸⁹ Sieckmann ha dado respuesta a esta objeción. Aduce que Alexy se vale de un argumento del hombre de paja,⁹⁰ puesto que reemplaza una concepción que entiende a los *argumentos normativos* como requerimientos que poseen una estructura infinita de mandatos de validez por otra concepción que los concibe como una “oscilación” entre dos estructuras finitas.⁹¹ Pero esto constituye una mala interpretación, ya que a partir de dos de estructuras finitas no puede deducirse una estructura infinita.⁹²

87. ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, ob. cit., p. 114.

88. *Ibid.*, p. 116.

89. *Ibid.*, p. 117.

90. SIECKMANN, J., *La teoría del derecho...*, ob. cit., p. 194.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*

Una segunda objeción que puede hacerse en contra de la teoría de los *argumentos normativos* es que su estructura como mandatos de validez reiterados conduce a un interminable regreso al infinito. Esto es, sin dudas, cierto. Sin embargo, de acuerdo con Sieckmann, no representa un problema, puesto que la función argumentativa de los *argumentos normativos* es justamente en este aspecto distinta de la de las *aserciones normativas*. Estas últimas pretenden expresar lo que es el resultado de una argumentación y, con ello, concluir a primera vista con toda ulterior fundamentación.⁹³ Por el contrario, los *argumentos normativos* buscan o bien abrir o bien continuar la argumentación. Quien ofrece un *argumento normativo* está dispuesto a considerar preguntas y contraargumentos. Con todo, la extensión de la cadena de argumentos puede contar con límites pragmáticos, ya que las propias reglas del discurso racional que establecen cargas de la argumentación.⁹⁴ Así, un proponente solamente está obligado a ofrecer nuevos *argumentos normativos* en caso de que existan objeciones o contraargumentos.⁹⁵

Una tercera objeción se relaciona con la idea de que solamente las reglas o normas definitivamente válidas pueden ser representados por medio de proposiciones normativas, mientras que los principios o *argumentos normativos* tiene un "carácter no proposicional".⁹⁶ Esto es cierto siempre y cuando se entienda a las proposiciones normativas como enunciados descriptivos de normas definitivamente válidas, las cuales pueden o bien guiar directamente la acción o bien integrar la premisa normativa mayor de un silogismo jurídico. Sin embargo, no queda claro por qué deberíamos asumir un concepto tan estricto de las proposiciones normativas;⁹⁷ pues, si se las concibe de este modo, entonces no puede explicarse una parte del trabajo de la dogmática jurídica consistente en describir cuáles son los principios válidos dentro de un determinado sistema normativo y que deben ser tomados en cuenta por los jueces como *argumentos normativos* a favor o en contra de una determinada decisión jurídica. En estos contextos, los juristas parecen hacer uso de la función descriptiva del lenguaje

93. SIECKMANN, J., *El modelo de los principios...*, ob. cit., p. 96.

94. *Ibid.*, pp. 97, 242 y ss.

95. Cfr. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie der rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1978, p. 244.

96. SIECKMANN, J., *El modelo de los principios...*, ob. cit., p. 85.

97. ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, ob. cit., p. 113.

y no de su función argumentativa. Si esto es así, entonces formulan proposiciones normativas, aunque en relación con normas que no son definitivamente válidas. Quizá, una salida posible sea diferenciar entre dos clases de proposiciones normativas. Por un lado, aquellas que refieren a la validez de principios o *argumentos normativos*, es decir, al carácter vinculante de las razones que deben ser tenidas en cuenta en los juicios de ponderación y, por el otro, aquellas que refieren a la validez definitiva de normas, es decir, a las razones dirigidas directamente para la acción o la toma de decisiones jurídicas.

IV. CONCLUSIONES

Como se indicó en la introducción, este artículo tuvo el propósito de reconstruir un estado de la cuestión acerca de la teoría de los principios en tanto teoría analítica destinada a explicar las propiedades lógicas o estructurales de esta clase de las normas. Tal reconstrucción ha permitido corroborar dos hipótesis.

La primera sostiene que la tesis de la diferencia *clasificatoria* y no meramente gradual entre principios y reglas está justificada. El criterio demarcatorio sobre el cual se apoya tal distinción ha sido advertido por Dworkin al sostener que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: *la dimensión del peso*. Que los principios cuenten con una *dimensión del peso* significa que cuando estos entran en una contradicción, quien tenga que resolver el problema debe considerar cuál es el peso o la importancia relativa de cada uno de ellos en relación con las especiales circunstancias del caso. Pero esto no implica que deba declararse inválido al principio que resulta desplazado o que haya que introducirse una nueva cláusula de excepción. Más bien, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios debe preceder al otro. Pero, bajo otras circunstancias, la pregunta respecto de cuál es el principio que prevalece puede ser respondida de manera inversa. Las reglas, contrariamente, no exhiben esta *dimensión*, puesto que cada vez que se suscita una contradicción entre ellas, esta solo puede ser solucionada o bien introduciendo una cláusula de excepción o bien declarando la invalidez de, al menos, una de ellas. Existen algunos autores que ofrecen objeciones y contraejemplos destinados a rebatir que pueda establecerse una diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas sobre la base del criterio de la *dimensión del peso*.

Sin embargo, como se ha mostrado, ninguno de ellos consigue alcanzar una refutación.

La segunda hipótesis sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cómo deben ser representados conceptual y estructuralmente los principios. Aquí han sido analizadas tres definiciones alternativas. La primera, y quizá más conocida, es la definición de Alexy que entiende a los principios como *mandatos de optimización*. Empero, se advertido que los *mandatos de optimización* no permiten explicar la *dimensión del peso* de los principios, puesto que tienen la estructura de reglas de segundo nivel. Alexy ha intentado dar respuesta a esta objeción distinguiendo entre *mandatos de optimización* y *mandatos u objetos a ser optimizados*, sindicando a los segundos, exclusivamente, como principios. Pero esta distinción agrava los problemas, ya que no es necesariamente cierto que los *objetos a ser optimizados* deban poseer necesariamente la estructura de mandatos. La segunda definición analizada es aquella ofrecida por Atienza y Ruiz Manero. De acuerdo con ellos los principios son normas que correlacionan un *supuesto de hecho abierto* con una solución jurídica. Esto es lo mismo que decir que se trata de *normas categóricas*. No obstante, aquí se ha demostrado que no existe una relación necesaria entre las *normas categóricas* y la *dimensión del peso* de los principios, toda vez que es posible hallar ejemplos de *normas categóricas* que exhiben la estructura de reglas y que son aplicadas por medio de un razonamiento subjuntivo. La última definición presentada es la propuesta por Sieckmann, quien define a los principios como *argumentos normativos* que tienen la estructura de *mandatos de validez reiterados* y un carácter no-proposicional. Esta teoría parece ser la que mejor resiste a las críticas. No obstante, aún no es del todo claro por qué las proposiciones normativas deben ser entendidas en un sentido tan estricto, que solamente las circunscriba a aserciones descriptivas de la validez definitiva de normas. Esto no parece ser reconstructivo de una parte del trabajo de la dogmática jurídica consistente en describir cuáles son los principios válidos dentro de un determinado sistema normativo.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, "Las reglas en serio", en AARNIO, Aulis, GARZÓN VALDÉS, Ernesto y USITALO, Yrki (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

- AFONSO DA SILVA, Virgílio, *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2002.
- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1978.
- , *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1986.
- , “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1995.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, en *Anuario Parlamento y Constitución*, N° 16, 2014.
- ARANGO, Rodolfo, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO, Laura, SIECKMANN, Jan y OLIVER-LALANA, Daniel (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- BAYÓN, Juan C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- BEADE, Gustavo A., “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana”, en BEADE, Gustavo A. y CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1997.
- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- CLÉRICO, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en BEADE, Gustavo A. y CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

- DE FAZIO, Federico, “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista derecho del Estado*, N° 41, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Nueva York, Bloomsbury, 1997.
- , *Law’s Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- ETCHEVERRY, Juan B., ¿De qué hablamos cuando hablamos de principios? Una aproximación a los principios jurídicos desde una perspectiva funcional, manuscrito, 2017.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1988.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005.
- HART, Herbert, “Postcriptum”, en RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- LOPERA MESA, Gloria, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, N° 27, 2004.
- MACCORMICK, Neil, “Principles of Law”, en *The Juridical Law Review*, Edimburgo, 1974.
- O’NEIL, Onora, *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 81, N° 5, 1972.
- RUÍZ MANERO, Juan, “Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, consultada en [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf>].
- SIECKMANN, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- , “Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien”, *ARSP*, Beiheft 53, 1994.
- , *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- , *Recht als normatives System. Die prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

- , “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R. y OLIVER-LALANA, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- , *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Portland, Hart Publishing, 2012.
- , *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- , “Norma jurídica”, en FABRA ZAMORA, Jorge, RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica y SPECTOR, Ezequiel, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2, México D. F., UNAM, 2015.
- VELASCO, Marina, “Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica”, en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, N° 39, 2016.
- VON WRIGHT, George H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979.
- ZULETA, Hugo, “Comentario al artículo ‘Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar’ de Juan Ruiz Manero”, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, consultada en [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-zuleta.pdf>].

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

PEZZETTA, Silvina, "Derechos fundamentales para los demás animales...", pp. 69-104

DERECHOS FUNDAMENTALES PARA LOS DEMÁS ANIMALES. ESPECISMO, IGUALDAD Y JUSTICIA INTERESPECIES*

SILVINA PEZZETTA**

Resumen: En este trabajo presento argumentos a favor de reconocerles derechos a los demás animales. Esta posición, que rechaza el especismo como discriminación injustificada, descansa en razones sobre las que ya hay consenso en la comunidad académica. En este sentido, no necesitamos confeccionar herramientas conceptuales especiales o nuevas, podemos simplemente recurrir a las que ya tenemos para rechazar la injusticia interespecies. A tal fin, desplegaré los argumentos en dos secciones. En primer lugar, presentaré una breve discusión sobre qué es un derecho y cuáles son sus fundamentos. Las teorías usualmente empleadas para el caso humano se ofrecerán como apropiadas para los demás animales. En esta sección introduciré el término especismo, que opera como la razón más importante para negar la extensión de derechos que aquí propongo. En la segunda parte desarrollaré los aspectos de una teoría política para los derechos de los animales según la propuesta de Sue Donaldson y Will Kymlicka. A manera de introducción, presentaré un primer apartado con motivos de interés humano para finalizar con la explotación de los demás animales en el entendimiento de que podrían servir a quienes no están convencidos de que es un mal en sí mismo.

Palabras clave: derechos fundamentales – animales – especismo – justicia

Abstract: I present in this work reasons to support the recognition of rights for the rest of the animals. This position, that rejects speciesism as an unjustified discrimination, rest in arguments already accepted in the academic realm. Therefore, we do not need to make new theoretical tools or prepare some special concepts, we can simply use the ones we have, with the correspondent adaptations.

* Recepción del original: 23/04/2018. Aceptación: 10/05/2018.

** Doctora en Derecho, investigadora CONICET, profesora de la Facultad de Derecho (UBA).

I will deploy my arguments in two sections to defend my position. First, I will briefly discuss what is a right and which are its foundations. Theories usually used in the human case will be offered as appropriate for animals too. In this section I will also introduce the term speciesism, which operates as the main reason to deny the extensions of rights I propose here. In the second section, I will describe the political theory for animal rights offered by Sue Donaldson and Will Kymlicka. Before these two sections I will present some motivations to finish animal exploitation based purely on human interests because they may be useful to those who are not convinced interspecies injustice is in itself intolerable.

Keywords: fundamental rights – animals – speciesism – justice

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo presento un conjunto de argumentos que apoyan la postura que reclama la urgencia de reconocerles derechos a los demás animales. Esta posición, que asume el rechazo del especismo como discriminación injustificada, descansa en una serie de razones morales, jurídicas y políticas sobre las que ya hay un grado de consenso en la comunidad académica. Entre estas razones se encuentran la defensa de la igualdad, del derecho a la libertad y de la necesidad de organizarnos de manera justa en términos de sociedad política. En este sentido, cuando pensamos en los demás animales, no necesitamos confeccionar nuevas y especiales herramientas conceptuales, sino que, afortunadamente, tenemos simplemente que recurrir a las que ya están en nuestra posesión, con sus necesarias adaptaciones, así como acudir a nuestras formas usuales de razonamiento. El mayor obstáculo, no obstante, es que estas formas de razonar, nuestros principios morales, lo que consideramos como las promesas y funciones de cualquier derecho mínimamente razonable, se enfrentan a una serie de creencias¹ profundamente arraigadas que impiden su extensión a los demás animales.

1. Además de las creencias mencionadas, cuando presentamos el caso de defensa de los derechos para el resto de los animales nos encontramos con una serie de argumentos falaces que se esgrimen con una altanería que difícilmente se vea en otro terreno de discusiones. Entiendo que en nuestro medio académico el tema es nuevo, aunque no lo es a nivel internacional ya que tiene al menos cuarenta años de publicaciones especializadas, centros

Entre estas creencias sobre los demás animales hay dos que me gustaría destacar por su importancia y porque, paradójicamente, presentarlas a la vez permite ver que se contradicen entre sí, obligándonos a optar por una de ellas. Por un lado, consideramos usualmente que los seres humanos constituimos una notable excepción entre los animales. Gozamos supuestamente de únicas y especiales características que generan entre nosotros y el resto de los animales un abismo ontológico² que, además, nos coloca por encima de ellos. Esta posición, que no resiste el análisis científico desde que la teoría de la evolución nos posiciona como una parte más del conjunto de los seres vivos, está en el fondo de las justificaciones de todas las injusticias que les causamos a los demás animales. Por el otro, y al mismo tiempo, muchísimos seres humanos convivimos, o hemos convivido, o tuvimos experiencias

dedicados a la materia en universidades de primer nivel y cursos de grado y posgrado. Filósofos, autores e intelectuales de la talla de Peter Singer, Will Kymlicka, Óscar Horta, Christine Korsgaard, Martha Nussbaum, Paula Casal, J.M. Coetzee y Catherine MacKinnon, entre decenas de otros, han escrito sobre la materia rechazando la situación actual que viven los animales a nuestras manos. Esto da cuenta de que se trata no solo de una injusticia que debe ser rechazada, sino que hay serios argumentos para hacerlo. No obstante, para las personas interesadas en presentar cuestiones como el supuesto sufrimiento de las plantas o el problema de matar mosquitos o cucarachas, como si fueran argumentos que ponen en crisis la línea de trabajo en que me inscribo, me veo en la obligación de sugerir bibliografía básica. En relación con las plantas y su alegado sufrimiento, recomiendo cualquier texto básico de biología en que se explicarán las diferencias entre ser vivo con sistema nervioso central o descentralizado y ser vivo que no lo posee. Por razones evolutivas, además, el dolor en las plantas no tendría sentido porque no pueden movilizarse de manera lo suficientemente rápida como para huir de él. Sobre los mosquitos o los insectos en general, en principio hay dudas sobre si sienten dolor. Las evidencias parecen indicar que sí pero que no tienen una experiencia subjetiva de esta experiencia. Sea como sea, es falaz suponer que si los insectos, o las plantas, sufrieran de alguna manera —o por seguir el argumento, de esta— que mamíferos, aves y peces, entonces la solución es que nada importe y que no tenga sentido el principio de causar el menor daño posible. La propuesta que sostengo no está basada en la pureza sino en revisar el daño evitable que hacemos de manera intencional o por descuido inexcusable. Respecto de las preguntas comunes sobre plantas, insectos, evolución de los humanos gracias a la carne, lo natural o no de una dieta sin carne, el escenario de la isla desierta, el león y la gacela y la falacia del rechazo al especismo como postura que busca la perfección de no dañar jamás ninguna forma de vida, y otras de igual estilo, sugiero el libro de difusión —pero basado en la mejor bibliografía científica y filosófica actuales— de HORTA, O., *Un paso adelante en defensa de los animales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2017.

2. MOSTERÍN, J. y REICHMAN, J., *Animales y ciudadanos. Indagación sobre el lugar de los animales en la moral y el derecho de las sociedades industrializadas*, Madrid, Talasa, 1995, pp. 20-22.

directas con animales, en general domesticados, como perros y gatos. Así, de ellos creemos que podemos entenderlos, que tienen inteligencia, capacidad de sufrir y gozar, de entender nuestras acciones y de acompañarnos. En suma, nos sentimos muy cercanos, a veces tanto como si fueran un miembro más de nuestras familias. Incluso estamos dispuestos a ayudarlos, en ocasiones heroicamente, como cuando bomberos arriesgan su vida para salvar a un perro o como cuando las personas se niegan a ser evacuadas para quedarse con animales que las autoridades no les permiten llevar con ellos. En cuanto a estos animales, simplemente, nos causaría horror si se los golpeará, torturara, encerrara o asesinara por razones como la tradición, la diversión o el placer gastronómico. Estas acciones, que consideramos incorrectas como mínimo, que impediríamos incluso si estuviera en nuestras manos, son las mismas que, no obstante, les infringimos a trillones de animales a diario, sin que tengamos para ello ninguna justificación válida. Así, sostener ambas creencias a la vez, la de la espléndida diferencia y las justificaciones que esta nos permite en términos de explotación de animales como vacas y cerdos, y la creencia de que los animales como perros o gatos merecen algún grado de respeto, como mínimo, o incluso mucha consideración y hasta un lugar en nuestras familias,³ es una inconsistencia. Esta inconsistencia,⁴ no obstante, sirve para explorar y descartar la creencia equivocada que, como explicaré, es la primera de ellas.

Pero además de las creencias contradictorias que mencioné, hay otro obstáculo de distinto orden para avanzar en una discusión sobre la

3. KYMLICKA, W., "Social membership: animal law beyond the property/personhood impasse", en *Dalhousie Law Journal*, Vol. 40, N° 1, Halifax, 2017.

4. Siobhan O'Sullivan denomina la "inconsistencia interna" a esta discriminación entre animales que protegemos legalmente y aquellos a los que prácticamente se les puede hacer cualquier cosa siempre que ese daño esté "justificado" y no constituya, por eso, una crueldad "innecesaria". Explora esa inconsistencia en su libro *Animals, equality and democracy*. Según explica allí los filósofos se han concentrado ya lo suficiente en la que denomina "inconsistencia externa", que, como veremos, se plasma en esa forma de distinguir meramente basados en la especie cuando esta no es una razón relevante al comparar entre seres igualmente sintientes. Para la autora, la inconsistencia interna es en parte el resultado de la falta de contacto cotidiano de las personas con los animales denominados de granja o de consumo. O'SULLIVAN, S., *Animals, equality and democracy*, Londres, Palgrave MacMillan, 2011. Muchas ONG animalistas explotan esta inconsistencia para sensibilizar al público general y tienen campañas que muestran las similitudes entre vacas, cerdos y perros. Ver, por ejemplo: [<https://www.animalequality.net/node/748>] y su nota sobre las similitudes entre perros y cerdos.

necesidad del reconocimiento de los derechos de los demás animales. Este obstáculo es que quien lee no solo se encontrará, probablemente, interpellado en sus creencias, sino que, además, se enfrentará a una crítica a sus acciones cotidianas, principalmente al hecho de comer productos de origen animal. Y esta crítica es obvia si se tiene en cuenta que para obtenerlos son necesarias esas acciones de crueldad, violencia y finalmente la muerte de animales usualmente invisibles, como cerdos y vacas, pero que son iguales en todo lo demás a los perros y gatos que en general respetamos como mínimo. Es común que frente a una crítica la primera reacción sea la defensa y la autojustificación, así como la búsqueda de argumentos que permitan sostener nuestra posición. Por eso, le pido a mi lectora o lector, que intente seguir los razonamientos a pesar de eso. Después de todo, quienes trabajamos desde teorías anti especistas sabemos que hay condiciones estructurales que operan para sostener el sistema de injusticias interespecies y que la forma de terminar con ellas no es acusar a individuos, que viven en un sistema social que legitima lo que sucede de las formas más creativas,⁵ sino instar a la revisión de prácticas y estructuras por igual, así como por generar condiciones que hagan al menos legítimamente pensable terminar con la injusticia a la que sometemos a los demás animales. Justamente, habré alcanzado mi objetivo si quien lee los argumentos que presento y considera las evidencias empíricas producidas por científicos de diversas disciplinas que quizás desconozca, concede al menos que el problema de la injusticia contra los demás animales no es un tema menor, ni banal, ni que deba esperar a un mundo ideal en que todos los problemas de los animales humanos estén definitivamente resueltos.

Hechas estas aclaraciones, entonces, para poder desarrollar los objetivos que me propuse, la defensa del reconocimiento de los derechos para los demás animales, el trabajo se desplegará bajo el siguiente esquema. En primer lugar, me centraré en las discusiones teóricas sobre qué es un derecho y, por tanto, qué fundamentos hay para atribuir o reconocer derechos y

5. En este sentido, ver el trabajo de ALMIRÓN, N., "Favoring the elites: think tanks and discourse coalitions", en *International Journal of Communication*, consultado en [<http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/6670/2171>], el 1/4/18, sobre las maneras en que distintos grupos económicos, entre ellos el de la industria ganadera, genera consenso social a través de la influencia de la opinión pública. También ALMIRÓN, N., "The political economy behind the oppression of other animals. Interest and influence", en ALMIRÓN, N.; COLE, M. y FREEMAN C.P., *Critical animal and media studies*, Nueva York, Routledge, pp. 26-41.

a quiénes. Esta manera de empezar es un tanto distinta de la más canónica sobre la cuestión de la personalidad legal⁶ para los animales, pero está, obviamente, relacionada con ella. Al desarrollar esta cuestión sobre qué es un derecho me referiré al especismo, sus defensas y los argumentos para rechazarlo. De esa manera, espero adelantarme a las posibles críticas que, muy probablemente, se basen en esa forma de discriminación antes que en un genuino desacuerdo respecto de los argumentos para extender los derechos a no humanos.⁷ En la segunda parte trataré con mayor extensión qué derechos para qué animales según la más reciente teoría política para este caso. En este apartado, siguiendo el mismo método que el del primero, intentaré adelantar algunas críticas que ya son lugares comunes en los intentos de sostener el especismo y rechazar el reconocimiento de los derechos para los demás animales. Pero antes del desarrollo de los objetivos en esos dos apartados me referiré, brevemente, a los problemas que causa a los humanos la explotación de los demás animales. Aunque la injusticia interespecies es por sí misma una cuestión de importancia, en general, se desestima su conexión inescindible con afectaciones a los humanos tales como la contaminación, problemas de salud, pobreza y desigualdad. Por ello, a continuación, dedicaré una sección en la que expondré argumentos independientes del rechazo del especismo para terminar con la explotación de los demás animales. Estos tienen por finalidad mostrar cómo la explotación animal, sobre todo en relación con el consumo de productos de origen animal, genera un impacto enorme y negativo en los intereses humanos,

6. Sobre este tema se puede ver: HORTA, O., "La cuestión de la personalidad legal más allá de la personalidad humana", en *Revista Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 2011, N° 34, consultado en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_343.pdf], el 10/12/17. O el trabajo de uno de los pioneros en la estrategia judicial para que en sede judicial sean declarados personas los grandes simios, WISE, S., "Animal rights. One step at a time", en SUNSTEIN, C. y NUSSBAUM, M., *Animal rights. Current debates and new directions*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 19-50. También mi trabajo: "Aportes teóricos para la discusión sobre los animales no humanos como sujetos de derecho" en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, La Plata, Año IV, Vol. II, diciembre 2017, consultado en [<http://revistaleca.org/journal/index.php/RLECA/article/view/107>], el 10/1/18.

7. Después de todo, ya se acepta la idea de derechos colectivos, derechos de la naturaleza, hay sujetos de derechos no humanos como lo son las personas jurídicas e incluso ríos, libros o templos. También se considera posible sostener que las generaciones futuras de humanos tienen derechos. Ver WISE, S., ob. cit.

así como también la forma en que afecta a los sectores más vulnerables y pobres de distintas sociedades.

II. LAS CONSECUENCIAS PARA LOS HUMANOS DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS DEMÁS ANIMALES

La situación de explotación y abuso a la que sometemos a los demás animales es en sí un tema que merece nuestra atención porque, como presentaré más adelante, no hay razones morales relevantes para diferenciar entre el sufrimiento de dos seres basados únicamente en la especie a la que pertenecen. Por ello, no debería ser necesario agregar argumentos que apelen al interés de los humanos para justificar la necesidad de acabar con esta injusticia. Sin embargo, es muy importante mostrar la relación entre la situación de los demás animales y muchos problemas graves para nuestra especie. Y esto por tres motivos al menos. El primero es que, aun cuando quien lea no sienta la más mínima preocupación por los demás animales, seguramente sí tiene interés en el bienestar de la especie humana. En general, son desconocidos los efectos ambientales, en la salud pública y económicos de la explotación animal, en especial de la destinada a producir alimentos de origen animal. Por ello, lo que les hacemos a los demás animales no puede ser considerado un asunto de elección personal puesto que tiene consecuencias sociales —además de afectarlos directamente de formas muy graves— que no pueden ser ignoradas por nadie que esté interesado en los humanos.

En segundo lugar, estas consecuencias son objeto de crítica de quienes trabajan en temas como la protección de la naturaleza y el derecho a un ambiente sano. Por ello, espero aquí mostrar cómo ambos temas están ligados y no puede obviarse la cuestión animal. De hecho, en general, la primera asociación que se hace cuando se defienden derechos para los demás animales es con posturas ecologistas. Pero se trata de una asociación que ni la teoría ni la práctica ratifican,⁸ lamentablemente. Aunque en realidad sería

8. La bibliografía a favor de los derechos para los animales se encuentra dividida. Hay autores que explican la incompatibilidad de los intentos de alianza. Hacen bien en explicar cuáles son los conflictos reales, tanto teóricos como prácticos, entre las posturas animalistas y las ambientalistas. Ver, por ejemplo, FARIA, C., "Muerte entre las flores: el conflicto entre el ecologismo y la defensa de los animales no humanos", en *Revista Viento Sur*, N° 125, 2012,

esperable que hubiera muchos puntos de contacto entre los defensores de la naturaleza o del medio ambiente y los de los derechos para los demás animales, se trata de posiciones con algunos claros puntos en conflicto. Esto es lo que también sucede con quienes trabajan por el fin de la dominación y la explotación de los humanos, que dejan de lado la interseccionalidad que, finalmente, es una tercera razón para que quienes se ocupan de nuestra especie incorporen a los animales dentro del círculo de sus preocupaciones. Aunque las conexiones en este último caso son, a primera vista, menos aparentes que las que existirían entre los ecologistas/ambientalistas y quienes defendemos los derechos para los demás animales,⁹ existe numerosa bibliografía dedicada a mostrar las relaciones entre las distintas formas de explotación y dominación. En especial, los estudios críticos animales hacen énfasis en la interseccionalidad.¹⁰ Exponer brevemente aquí todos estos problemas servirá, entonces, para poner de manifiesto cómo se trata de una cuestión de gran importancia para aquellas personas preocupadas por la naturaleza, la desigualdad y la pobreza, la salud y la explotación.

En relación con el medioambiente, y en conexión también con la pobreza, lo primero que hay que señalar es el enorme impacto contaminante que tiene el consumo de animales no humanos como alimento. La industria cárnica es la actividad humana que genera el mayor número de

consultado en [https://www.vientosur.info/IMG/pdf/VS125_C_Faria_Muerte_entre_flores.pdf], el 3/3/2017 y, de la misma autora, su tesis doctoral, *Ethics goes wild. The problem of wild animal suffering and nature intervention*, consultado en [<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/385919/tcf.pdf;jsessionid=F977E6711C7B32D102AF2202BC5A8357?sequence=1>], el 1/3/2017. Otros, en cambio, hacen esfuerzos por acercar a las partes a pesar de reconocer esas diferencias obvias entre los que buscan proteger entidades como ecosistemas o especies y quienes, en primer lugar y de manera fundamental, defendemos individuos que sí pueden sufrir. Entre ellos se encuentran Sue Donaldson, Will Kymlicka y Jesús Mosterín.

9. Cabe aquí aclarar que ni todas las defensas de los demás animales rechazan el especismo, ni todas las que lo hacen se fundamentan en los mismos marcos teóricos. Lo mismo sucede con las corrientes de ética ambiental o de respeto de la naturaleza en lo que a sus objetivos y fundamentos se refieren. Aquí simplifico la cuestión por razones de extensión y asumo que cuando me refiero a defensa de los derechos animales me limitó a cualquier posición anti especista. Para un recorrido de los puntos de vista desde los que esto es posible se puede ver: COCHRANE, A., *An introduction to animals and political theory*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010.

10. Los trabajos publicados en la revista digital *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales* dan cuenta de esta línea de investigación sobre la interseccionalidad.

animales explotados, produciendo así el daño más evidente también para los humanos. La cría y matanza de animales domesticados denominados de consumo es la acción humana que les produce el sufrimiento más intenso, provocado de manera intencional y directa, matando anualmente a trillones de peces y animales terrestres en todo el mundo. Las condiciones de cría, mayoritariamente intensivas, están muy lejos de esas imágenes idílicas que vemos en medios masivos de comunicación o en las publicidades de productos de origen animal.¹¹ En relación con los animales terrestres, el informe de la FAO, *La larga sombra del ganado*,¹² detalla el grave daño al medioambiente que provoca esta actividad humana que produce más contaminación que todo el transporte junto:

"El sector ganadero reviste una importancia fundamental ya que es responsable del 18 por ciento de las emisiones de gases de efecto invernadero medidos en equivalentes de CO₂, un porcentaje mayor que el correspondiente a los medios de transporte. Asimismo, el sector pecuario produce el 9 por ciento de las emisiones de CO₂ de origen antropógeno, la mayor parte de las cuales se deben a los cambios en el uso de la tierra (principalmente, la deforestación) causados por la expansión de los pastizales y la superficie destinada a la producción de forrajes. La ganadería es también responsable en medida aún más significativa de la emisión de algunos gases que tienen un mayor potencial de calentamiento de la atmósfera. Así, por ejemplo, el sector emite el 37 por ciento del metano antropógeno, el cual proviene en su mayor parte del proceso de fermentación ocurrido en la digestión entérica de los rumiantes y tiene un potencial de calentamiento global (PCG) 23 veces mayor que el del CO₂, y el 65 por ciento del óxido nitroso antropógeno, cuyo PCG es 296 veces mayor que el del CO₂, en su mayor parte proveniente del estiércol. La ganadería también es responsable de casi las dos terceras partes (64 por ciento) de las emisiones

11. NAVARRO, A., *Representaciones e identidades del discurso especista: el caso de la carne vacuna y sus derivados en la Argentina (2000–2012)*, tesis doctoral, consultado en [http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/52068] el 10/11/2017. De la misma autora se puede ver también: "Carnismo y educación especista: redes de significaciones en las representaciones sociales que estructuran el especismo antropocéntrico en Argentina", en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, La Plata, Año I, Vol. I, diciembre 2014, consultado en [http://revistaleca.org/journal/index.php/RLECA/article/view/45], el 2/10/2017.

12. *La larga sombra del ganado. Problemas ambientales y opciones*. Informe de la FAO, 2006, consultado en [Informhttp://www.fao.org/docrep/010/a0701e/a0701e00.HTM], el 5/1/2017.

antropógenas de amonio, las cuales contribuyen significativamente a la lluvia ácida y a la acidificación de los ecosistemas".¹³

Además, como ya han señalado diversos académicos y la misma FAO, la cría de animales para consumo humano es una forma irracional de manejo de recursos. La comparación entre el uso de agua, tierras y combustibles utilizados en la cría de animales con los mismos usos para la siembra de alimentos para consumo humano directo, así como la comparación entre calorías y proteínas producidas, arroja resultados siempre desfavorables para la cría de animales.¹⁴ El caso de nuestro país es especialmente relevante porque la siembra de soja¹⁵ ha sido criticada por su impacto ambiental, por el desplazamiento de poblaciones vulnerables y por el uso del glifosato, que causa enfermedades y muertes entre los habitantes de zonas rurales. La soja producida tiene como destino más importante el mercado chino,¹⁶ que la emplea para alimentar animales. El consumo de carne de animales

13. *La larga sombra del ganado*, ob. cit, p. 22.

14. En su libro *Liberación Animal*, Peter Singer dedica un capítulo, el 4, a las comparaciones entre comer animales y vegetales en términos de eficiencia para el medio ambiente y para paliar el hambre en el mundo. Remito a la lectora o lector a este capítulo. SINGER, P., *Liberación animal*, Madrid, Trotta, 1999. Para datos actuales sobre este problema se puede ver, también, el sitio web de la organización ambientalista Mighty Earth: [<http://www.mightyearth.org/avoidablecrisis/>].

15. Según el informe de la FAO: la expansión de la producción ganadera es un factor fundamental en la deforestación, especialmente en América Latina, donde se está produciendo la deforestación más intensa: el 70 por ciento de las tierras de la Amazonia que antes eran bosques hoy han sido convertidas en pastizales y los cultivos forrajeros cubren una gran parte de la superficie restante. Alrededor del 20 por ciento de los pastos y praderas del mundo, un 73 por ciento de las cuales está situado en zonas áridas, presenta algún grado de degradación causada principalmente por el sobrepastoreo, la compactación y la erosión resultantes de la acción del ganado. Estas tendencias afectan particularmente a las tierras áridas ya que la ganadería es el único medio de vida para los pobladores de estas áreas. ob. cit, p. XXI.

16. Ver por ejemplo la publicación de una revista para el sector agropecuario que da cuenta del mercado chino que absorbe la producción de soja modificada genéticamente para consumo de los animales usados como alimento humano, consultado en [<http://www.revistachacra.com.ar/nota/13996/>], el 2/4/2018. En la misma línea la noticia que publica la página web del sector agroempresarial, consultado en [<https://www.agroempresario.com.ar/nota-111.html>] el 1/4/2018. También la noticia de la BBC sobre este tema consultado en [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/01/130118_china_sacia_hambre_soja_occidente] el 2/04/2018. El informe de la FAO citado también explica este uso de la soja. Por último, ver el informe sobre la carne que comemos, consultado en [https://www.boell.de/sites/default/files/meat_atlas2014_kommentierbar.pdf] el 1/4/2018.

es lo que está detrás del daño causado por la soja, pero, paradójicamente, las críticas a este monocultivo no señalan ese dato ni cuestionan ese consumo. Incluso más, el veganismo como postura ética es ridiculizada o sencillamente ignorada en general. Paradójicamente también es ignorada o desestimada por quienes se ocupan de temas como los daños del monocultivo, del uso de plaguicidas o por quienes abogan por la soberanía alimentaria. El consumo de productos de origen animal está, además, relacionado con enfermedades graves humanas¹⁷ y con la resistencia bacteriana.¹⁸ Es necesario agregar que este consumo de carne o lácteos no es una elección espontánea, sino que existen grandes inversiones en *think tanks* y *lobbies*¹⁹

17. Entre los muchos estudios que muestran correlaciones entre el consumo de carne y algunos tipos de cáncer se pueden ver: ANDREATTA, M. M., *Patrón alimentario y desarrollo de tumores de vías urinarias en Córdoba*, consultado en [<https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/258>] el 10/8/2016 y AUNE, D.; DE STEFANI, E.; RONCO, A.; BOFFETTA, P.; DENEOPELLEGRINI, H.; ACOSTA DENEOPELLEGRINI, G.; MENDILAHARZU, M., "Meat Consumption and Cancer Risk: a Case-control Study in Uruguay", consultado en [<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19640186>] el 5/5/2017. Con esto no pretendo afirmar que el consumo de carne causa cáncer sino, simplemente, señalar que importa riesgos que no son menores en cuanto al desarrollo de algunos tipos de esta enfermedad. Además, también está asociada a otras como la obesidad y enfermedades cardiovasculares. Por el contrario, una dieta basada estrictamente en vegetales tendría impacto positivo para evitar algunos tipos de enfermedades. Ver FARCHI, S.; DE SARIO, M.; LAPUCCI, E.; DAVOLI, M. y MICHELOZZI, P., "Meat consumption reduction in Italian regions: Health cobenefits and decreases in GHG emissions", consultado en [<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0182960>] el 1/12/2017, HYUNJU, K.; CAULFIELD, L. E. y REBHOLZ, C. M., "Healthy Plant-Based Diets Are Associated with Lower Risk of All-Cause Mortality in US Adults", consultado en [<https://academic.oup.com/jn/article-abstract/148/4/624/4965931>] el 5/4/2018.

18. Una de las consecuencias menos visibles del consumo de animales no humanos en términos de salud humana es el problema de la resistencia bacteriana producida por el uso de antibióticos. De hecho, el uso de antibióticos en animales que son convertidos en comida es un factor de enorme preocupación entre los científicos. Al respecto, se puede ver: LANDERS, T.; COHEN, B.; WITTUM, T. y LARSON, E., "A Review of Antibiotic Use in Food Animals: Perspective, Policy, and Potential", en *Public Health Rep.*, 2012 Jan-Feb; 127(1), consultado en [<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3234384/>] el 10/4/2018.

19. Recientemente el Instituto de Promoción de Consumo de Carne Vacuna publicó una serie de informes que muestran preocupación por el avance de las críticas a la carne como alimento y considera a quienes dejaron de comerla "terroristas". Este desafortunado término se inscribe en la línea de desprestigio personal que se utiliza para desacreditar las posiciones éticas y políticas que rechazan la explotación animal. Consultado en [<http://www.ipcva.com.ar/files/revcarne/revcarnearg201802.pdf>] el 1/4/2018. El mismo instituto está preocupado por la mala imagen de la carne de *feedlot* y se muestra preocupado por el desarrollo de

para alentarlo, a pesar de todos los efectos negativos que tiene lo que, a su vez, implica un problema en términos democráticos.²⁰ Por último, cabe señalar que la producción de carne beneficia solo a algunos sectores económicos concentrados y es consumida por sectores sociales con suficiente poder adquisitivo, impactando negativamente en las poblaciones que son desplazadas, por ejemplo, para sembrar soja para alimentar animales o para criar animales.²¹ Por estas razones, la cría está asociada a la pobreza y la desigualdad.

Pero además de la utilización de animales no humanos como alimentos, que normalmente se considera algo inevitable,²² hay otras industrias y actividades igualmente dañinas para los humanos. Las recreativas, como la

la denominada "*clean meat*" o carne de laboratorio, consultado en [<http://www.ipcva.com.ar/files/casilda201608.pdf>] y en [http://www.ipcva.com.ar/files/BIFARETTI_MDQ2017.pdf] el 1/6/2017. Esto tiene duras implicancias prácticas en países como EE. UU. en que las acciones de activistas que logran capturar imágenes de la violencia que sufren los animales en granjas se persiguen penalmente. Ver en este sentido el caso discutido en sede judicial para que se considere inconstitucional la legislación de Iowa que impide esa difusión según informa en su página web una ONG dedicada a la defensa legal de los animales, consultado en [<http://aldf.org/press-room/lawsuit-challenging-iowas-ag-gag-law-proceeds-states-motion-dismiss-denied/>] el 19/4/2018.

20. Puesto que los *lobbies* y *think tanks* representan intereses de grupos económicos, pero apuestan a estrategias para presentarlos como neutrales y basados en evidencias científicas, y por su poder de influencia en la toma de decisiones, representan un desafío en términos de tomas de decisiones imparciales por parte de representantes políticos en el ejecutivo o legislativo. También desbalancean la opinión pública por medio de campañas en que presentan sus intereses disfrazados de verdades científicas. Ver al respecto los trabajos citados de Nuria Almirón sobre las formas en que las compañías lácteas financian congresos e investigaciones que arrojan resultados siempre favorables a su consumo, así como también consiguen subsidios y eximiciones de pago de impuestos.

21. En este trabajo no me refiero a la pesca que, en sí misma, encierra otros daños al medioambiente y a la salud humana. Tanto la pesca en ríos y mares como la piscicultura tienen impactos similares a los de la cría de animales terrestres. A los fines que me propuse, basta como muestra el problema que describo. Sobre todo teniendo en cuenta que en Argentina está más extendido el consumo de mamíferos y aves como alimentos.

22. En ANDREATTA, M. M., "Veganos en riesgo? Un análisis de los cuestionamientos habituales a la calidad nutricional de la alimentación vegana", consultado en [<https://goo.gl/CPfGrJ>] el 8/12/2017, la autora da cuenta de la desinformación de los profesionales argentinos de la salud sobre una dieta sin productos de origen animal y las dificultades que encuentran los veganos en las consultas médicas y con nutricionistas. Son mayoría los que aún creen que no es posible vivir sin comer animales o derivados de ellos, como huevos o lácteos, desconociendo así la información científica relevante al respecto.

caza, con impacto directo en la supervivencia de especies amenazadas, o el entretenimiento que causa sufrimiento a los individuos en cautiverio, como es el caso de los zoológicos, y los espectáculos con animales. En estos casos, la relación con los intereses humanos se puede observar en lo que el campo de los estudios críticos animales ha denominado la cuestión de la interseccionalidad. Así, la dominación, explotación y violencia interespecies forman parte de la dominación, explotación y violencia con que algunos humanos han tratado, y tratan, a otros considerados inferiores, indeseables o no humanos. Es decir, seres humanos que han sido y son animalizados y cosificados, como es el caso de las personas que forman parte de los pueblos originarios, las personas negras y las mujeres. Esta interseccionalidad, que también aparece en el consumo de carne,²³ es evidente cuando se estudian los discursos legitimadores de prácticas como la caza. También es fácilmente detectable en el origen de los zoológicos²⁴ y en las formas en que actualmente se intenta defender su subsistencia. Por último, la presencia de animales no domesticados en las ciudades provoca reacciones similares a las que provocan los migrantes.²⁵ La idea de que hay jerarquías naturales y que algunos tienen más derechos que otros en función de características moralmente irrelevantes, es la base común que legitima distintas formas de opresión, dominación, violación de derechos y desigualdades.

En resumen, tanto por razones ambientales como por los efectos en la salud y las situaciones de desigualdad y pobreza que genera, el consumo de alimentos de origen animal, la actividad que mayor daño les causa, debería ser un foco de inquietud intensa de cualquier persona preocupada por los intereses humanos. Y la interseccionalidad entre la explotación animal y otras formas de explotación y discriminación debería ser un llamado de atención para quienes estén ocupados por lograr mayor igualdad. No es posible ignorar que los argumentos para justificar la discriminación de los

23. Ver, por ejemplo, ADAMS, C., *Proteína feminizada: significado, representaciones e implicancias*, consultado en [<https://goo.gl/H13r3a>], el 20/1/2018.

24. BRAVERMAN, I., *Zooland. The institution of captivity*, Stanford, Stanford University Press, 2013.

25. Por ejemplo, Colin Jerolmack explora cómo las palomas urbanas se convirtieron en animales sin derecho a vivir en ninguna parte y cómo los discursos sobre ellas espejan los discursos que rechazan a grupos humanos como los migrantes o las personas que viven en la calle. JEROLMACK, C., "How pigeons became rats: the cultural-spatial logic of problem animals", en *Social Problems*, 55, Issue 1, 1 February 2008, consultado en [<https://academic.oup.com/socpro/article-abstract/55/1/72/1640224?redirectedFrom=fulltext>] el 1/8/2017.

demás animales son los mismos que en los casos de discriminación hacia humanos. Afortunadamente, se pueden aplicar también al caso de los demás animales los mismos principios y razonamientos que respetamos cuando se trata de rechazar las injusticias y discriminaciones entre humanos. Y eso intentaré demostrar en los siguientes apartados en los que abordaré el objetivo puntual de este trabajo: una argumentación que defienda la idea de derechos fundamentales para los demás animales y una teoría política para remediar la injusticia interespecies.

III. TENER INTERESES Y TENER DERECHOS. ESPECISMO Y NEGACIÓN DE LOS DERECHOS PARA LOS DEMÁS ANIMALES

¿Pueden los animales no humanos tener derechos? ¿Qué derechos? ¿Cuáles serían sus fundamentos? Estas preguntas, que están conectadas a su vez con la discusión sobre la personalidad legal para los demás animales, pueden ser contestadas utilizando las respuestas que se han dado para incluir progresivamente a grupos de humanos que fueron excluidos cuando surgió la idea de los derechos humanos.²⁶ Efectivamente, los derechos humanos no fueron aplicables a todos los humanos por igual. Basten como ejemplos la esclavitud, la segregación racial, el colonialismo y la discriminación hacia las mujeres que se extendieron durante casi dos siglos luego de las declaraciones de derechos más importantes. La argumentación en torno a la arbitrariedad e inconsistencia en la no aplicación de esos derechos humanos a tales casos fue una de las causas que contribuyó a la finalización de esas injusticias. Alegaré aquí que es una inconsistencia la no extensión de esos derechos a los animales no humanos. Para eso cabe aclarar, en primer lugar, que voy a utilizar la expresión derechos básicos o fundamentales de ahora en más porque es a lo que se refiere, en última instancia, la expresión derechos humanos. Esto se inscribe en la línea de muchos autores que prefieren, por eso, hablar de derechos a secas o derechos de la sintiencia,²⁷ término al que me referiré enseguida. En suma, el

26. Ver por ejemplo el trabajo de KYMLICKA, W., *Human rights without human supremacy*, consultado en [<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00455091.2017.1386481>] el 1/11/2017.

27. COCHRANE, A., *From human rights to sentient rights*, consultado en [<https://philpapers.org/rec/COCFHR>] el 2/2/2017.

objetivo es ampliar el alcance de ese gran instrumento que son los derechos fundamentales a los demás animales.

Como sostiene Paula Casal²⁸ en su defensa de la consagración de los derechos básicos para los homínidos, hay cinco discusiones de importancia en la actualidad en torno a los derechos humanos o fundamentales. Estas discusiones son también significativas para el caso de los derechos de los animales, puesto que se replican cada vez que alguien afirma que los demás animales tienen derechos o que deberían tenerlos. En el trabajo citado, la autora se preocupa por desarrollarlas y ponerlas en relación con los derechos para los grandes simios. Su postura, a la que adhiero, es que cualquiera sea la posición que se tome en esas discusiones, siempre podrá avalarse que los grandes simios, y muchos otros animales también,²⁹ deberían tener o tienen derechos. Seguiré a Casal en su presentación, pero, además, explicaré qué es el especismo y la importancia de la sintiencia. En definitiva, es el especismo, antes que las críticas teóricas,³⁰ lo que está detrás del rechazo de los derechos fundamentales para los no humanos.

28. CASAL, P., *Los derechos homínidos. Una defensa ecuménica*, consultado en [<http://revistas.um.es/daimon/article/view/217741>] el 10/4/2018.

29. Hay una enorme variedad de animales. Sobre algunos de ellos, como los mamíferos, aves y peces, no hay dudas de que son sintientes. Sobre otros hay dudas que se van despejando, como el caso de los cangrejos. Y sobre muchos otros quizás nunca sepamos si tienen experiencias subjetivas o siquiera si sienten dolor. En todo caso, debe aplicarse el principio de precaución y no dañarlos ante la duda razonable. Sobre los distintos criterios al respecto se puede ver el trabajo citado de Steven Wise y las formas de afrontar este problema.

30. Por supuesto que lo que les hacemos a los demás animales no está basado simplemente en un error del razonamiento. De otra forma, bastaría simplemente con explicarle a alguien por qué está equivocado para que automáticamente se convierta en vegano. El especismo, de manera más amplia, es opaco y es un conjunto de creencias, valores y prácticas sobre las que no se reflexiona cotidianamente, que atraviesa las culturas de distintas sociedades y que forma parte de los consensos sociales. Hay, además, intereses económicos muy importantes para sostener las industrias que se basan en la explotación de los demás animales que, por su parte, contribuyen al sostenimiento de ese especismo, como señala Nuria Almirón en los trabajos citados. Por otro lado, se puede afirmar que no es un problema de desacuerdo teórico rechazar que los animales tengan derechos fundamentales por cuanto en el caso humano tampoco estamos de acuerdo en muchos aspectos teóricos y aun así son pocos los casos en que se negaría que por esa razón no podemos pensar en términos de derechos o que hay que suspenderlos hasta logra mayor consenso. Eso no significa, por supuesto, ignorar las discusiones en torno a la importancia de los derechos humanos, sus fundamentos o los problemas de su especificación y aplicación.

De esas cinco discusiones, la primera me obliga a adoptar una precisión terminológica extra. Hasta los utilitaristas³¹ hablan de derechos de los animales, aun cuando el derecho positivo no se los acuerde o lo haga en un sentido mínimo, y lo hacen por razones de comodidad. En general, además, se habla sin mayores determinaciones sobre los derechos de los animales no humanos o se insta a su reconocimiento como sujetos de derecho lo que, a su turno, tendría como resultado reconocerles derechos. Esta primera discusión es la cuestión del origen de los derechos humanos, ¿son naturales o son una construcción cultural? Si fueran naturales, o morales³² —esa categoría emparentada con la idea de derecho natural—, se puede hablar sin más aclaraciones de derechos de los animales. Así, por ejemplo, una postura como la de Tom Regan es el resultado de considerar a los animales no humanos como sujetos—de—una—vida³³ que tienen, por ello, valor inherente del que, a su vez, se derivan principios que son el fundamento de los derechos morales de que gozan. Por otra parte, algunos autores consideran que los derechos humanos son artefactos o construcciones culturales y, como tal, relativos. Estas construcciones, eventualmente, pueden convertirse en derechos positivos. Sin estos, no hay posibilidad de hablar de derechos, salvo en sentido retórico, por comodidad o estrategia. Si alguien adoptara esta posición, por un lado, diría que los animales tienen pocos o ningún derecho. Pero eso no significaría el fin de la discusión sobre el tema. Se trata de brindar argumentos sobre si esta situación es correcta o no y eso nos llevaría, enseguida, a las siguientes cuestiones relacionadas con los fundamentos, funciones y clases de derechos humanos, replicables en el caso que aquí presento.

En efecto, como Casal defiende en el trabajo citado, no importa el posicionamiento sobre el origen de los derechos para avanzar en la discusión sobre si deberíamos comportarnos respecto de los animales humanos de manera tal que se respeten cuestiones fundamentales como su vida, su libertad y su integridad física. En términos generales, hay acuerdo sobre qué derechos básicos tenemos los humanos, pero no sobre cuestiones como

31. Recordemos que los utilitaristas no creen que existan otros derechos que no sean los positivos.

32. Me refiero a la postura de Carlos Nino desarrollada, sobre todo, en *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación. Ver NINO, C., *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación, 2da. ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989.

33. REGAN, T., *The case for animal rights*, Londres, Routledge, 1988, p. 243.

su origen, fundamentos o funciones. No hay motivo para pretender que en el caso no humano suceda algo distinto o para que se arguya que su falta de solución es un obstáculo para asumir posturas sobre de su caso. Si se afirma que tenemos esa obligación de respetar su vida, su libertad y su integridad física eso significaría que podemos hablar, en principio, de sus derechos fundamentales. Asimismo, supone que se deberían ofrecer argumentos respecto de las otras cuatro discusiones en torno a los derechos humanos que señala la autora. Estas son: si los derechos tienen como base el estatus moral de su portador o su función instrumental; si los derechos se fundan en los intereses o en la capacidad de elección de quiénes los poseen; si los derechos son metas o restricciones; y si los derechos son solo negativos o también positivos.

Especialmente relevantes para defender los derechos para los demás animales son las que abordan el problema de la fundamentación –basada en el estatus moral o en la función instrumental de los derechos– y las referidas al conflicto entre las posturas del interés versus la capacidad de elección como explicación de a quiénes se debe justificadamente atribuir derechos. Mencionaré brevemente la concepción de los derechos como metas o restricciones y dejaré la cuestión de la distinción entre derechos negativos y positivos para el apartado siguiente porque allí trataré los derechos positivos que, de acuerdo con las nuevas teorías políticas para los derechos de los animales, alegan que sus derechos son más que los negativos tradicionales, a la vida, a la libertad y a la integridad. Así, entonces, una manera usual de abordar el problema de los derechos es hacerlo considerando que estos están basados en el estatus moral de quienes los gozan. Por eso, las personas humanas serían las únicas que tienen dicho estatus moral³⁴ y, por lo tanto, las únicas que pueden tener derechos. Cuando se analiza qué significa o cuál es el fundamento de ese estatus moral enseguida vemos que no puede ser un asunto meramente de biología. Es entonces que aparece una serie de razones para atribuir estatus moral a determinados seres por sus capacidades, usualmente capacidades cognitivas complejas o cierta capacidad para ser agentes morales, que son las que tienen los adultos humanos típicos. Sin embargo, este estatus moral superior, derivado de

34. Para ver autores que sostienen la postura del estatus moral en distintas versiones ver HORTA, O., *Why the concept of moral status should be abandoned*, consultado en [<https://philpapers.org/rec/HORWTC-3>] el 10/4/2018.

ciertas características como las mencionadas, presenta dificultades al ser confrontado con el postulado de que todas las personas humanas tienen los mismos derechos fundamentales. Si el estatus moral depende de tener ciertas capacidades, pero se afirma a su vez que todos los humanos son iguales, esta contradicción necesita una solución en el caso de tener que explicar el estatus moral de los niños o de las personas con discapacidad mental severa, por ejemplo. Es en esta instancia que podemos encontrar la relación entre estas justificaciones y el especismo para, a su vez, introducir el término y las razones para rechazarlo en tanto forma de discriminación injustificada. Hacerlo hará más sencillo avanzar con la presentación de la cuestión del estatus moral y su contracara, la defensa del interés como base de los derechos.

El especismo, de acuerdo con la definición de Horta, es la discriminación o trato desventajoso e injustificado hacia aquellos que pertenecen a una o más especie/s determinada/s.³⁵ Esto implicaría, en la práctica, que el trato, los bienes, la ayuda y/o los derechos se atribuirían de manera perjudicial respecto de los individuos que no forman parte de una especie o especies determinadas.³⁶ Además del especismo antropocéntrico, es decir, el que privilegia a la especie *Homo sapiens*, también puede suceder que se prefiera una especie de animal no humano por sobre otras especies de animales no humanos, i.e., protección de animales de compañía y olvido del resto de los animales. Es a esta situación a la que me refería al comienzo de este trabajo cuando señalé la denominada inconsistencia interna que genera que protejamos a algunos animales y explotemos a otros. En suma, será un prejuicio antropocentrista, aunque no necesariamente consciente, el que guíe la toma de decisiones respecto los demás animales partiendo de la base de la superioridad de los seres humanos³⁷, y/o de los animales que más se les parezcan.

35. HORTA, O., *¿What is speciesism?*, consultado en [<https://masalladelaespecie.files.wordpress.com/2010/05/whatisspeciesism.pdf>] el 1/12/2017, p. 5.

36. Por ejemplo, al momento de considerar una institución como el zoológico, la libertad de los animales no humanos que están encarcelados allí no importa porque no se trata de animales pertenecientes a la especie *Homo sapiens*. En cambio, la privación de la libertad de los humanos solo se acepta si está justificada legítimamente de acuerdo con las leyes vigentes que, a su vez, deben respetar los principios de los derechos humanos.

37. Antropocéntrico (referido al antropocentrismo) y antropocentrista (como desviación discriminatoria que perjudica a los animales no humanos) son términos que tienen implicancias para el discurso moral que es lo que aquí interesa. En cambio, antropogénico y antrópico refieren a procesos, objetos o efectos producidos por los seres humanos. Aunque

Horta explica que el especismo se defiende tradicionalmente de cinco maneras.³⁸ Estas cinco formas clásicas de defensa de la discriminación injustificada por especie son: 1) definicional o no argumental: se defiende el especismo sin aportar razón/es que lo justifique/n; 2) argumentos basados en criterios que pueden probarse: 2.1) *Criterios referidos a características de los individuos y/o* 2.2) *Criterios basados en relaciones especiales entre individuos*; 3) argumentos basados en criterios que no pueden ser probados: 3.1) *Criterios basados en características que poseen los individuos tales como el alma o el espíritu que no pueden ser confirmados o refutados* y 3.2) *Criterios basados en relaciones que no pueden ser confirmados o refutados* ("especie elegida", "especial importancia de la especie humana"). Como surge de manera clara, solo resulta interesante desde un punto de vista teórico, y también práctico, referirse a aquellos argumentos que se basan en criterios susceptibles de ser refutados o corroborados en un sentido intersubjetivo y empírico, de otra manera, no hay posibilidad de discutir al respecto. Así, las refutaciones también clásicas a los argumentos especistas toman en cuenta los argumentos de los puntos 2.1. y 2.2.: los basados en una característica que serviría para trazar una línea entre animales humanos y no humanos de forma tal que queden fuera de la comunidad moral los segundos, o los que establecen alguna forma de relación que sería única entre los animales humanos –que serviría de base para la distinción entre especies– y que convertiría a las desigualdades subsecuentes en justificadas. Puede suceder que se sostenga más de un criterio a la vez, pero eso no cambia la refutación ni tampoco lo injustificado del posicionamiento especista.

Ahora bien, al analizar los argumentos que defienden el especismo basados en características individuales que separen a los animales humanos de los no humanos vemos que suelen elegirse las siguientes: lenguaje, cultura,

no se trata de lo mismo, claramente, se suele considerar que algo de origen humano sólo puede/debe tener efecto sobre los humanos lo que constituye la denominada falacia del origen. Así, es común encontrar posturas que sostienen que el derecho es hecho por seres humanos y, por tanto, solo para ellos, como si hubiera una especie de impedimento ontológico para hacer extensiones a otros animales. Algo que desconoce, además, el hecho de que el derecho no es hecho ni por todos los humanos ni para todos ellos y eso no impide reclamar la inclusión de los que no participaron históricamente o de los que son sistemáticamente marginados.

38. HORTA, O., *What is...*, ob. cit., pp. 13-14.

capacidad cognitiva compleja, inteligencia, racionalidad y/o capacidad de ser moralmente responsables. En cuanto a la justificación por medio de la tesis de las relaciones especiales, se subraya generalmente la capacidad humana para formar sociedades complejas y asumir en ellas obligaciones y derechos. Para que estas características puedan funcionar como una barrera o criterio de distinción entre animales humanos y no humanos deberían ser poseídas por todos los humanos y por ningún animal no humano. Esto es, si algún humano no la posee, entonces no funciona como barrera o, en todo caso, dejaría fuera al humano en cuestión. Como en general no se acepta dejar afuera a los humanos que carecen de ciertas capacidades, entonces el argumento para no hacerlo ya no está basado en la propiedad en cuestión, sino que pertenece a la especie humana, *ergo*, es un argumento especista. Y, si la poseen algunos no humanos, estamos frente al mismo escenario: no funciona como criterio o no debería excluirse de la consideración moral al no humano que la posee, esto último suele ser aceptado en algunas ocasiones.³⁹ Esta forma de señalar los límites de la selección de características individuales y relacionales se denomina "argumento de la superposición de especies" y sirve para refutar la discriminación especista.

Pero además de señalar que no hay ninguna característica que tengan solo los humanos y todos ellos, existe otra forma de refutación mucho más importante. Se trata del "argumento de la relevancia moral" de las características seleccionadas: el lenguaje, el razonamiento, las relaciones sociales complejas, la agencia moral o cualquier otra característica verificable de esta índole. Al momento de deliberar y decidir sobre un tratamiento que afectará a los demás, y también sobre quiénes serán considerados "los demás", las características elegidas para tomar decisiones deben tener relación directa con las consecuencias de la acción o acciones específicas. Esto es, un rasgo como poseer o no la capacidad del lenguaje no tiene relevancia moral en la decisión sobre si se debe afectar la integridad física o la libertad de un ser que sí tiene la capacidad de sufrir esas vulneraciones. Lo que sí tiene relevancia moral es la capacidad de tener experiencias subjetivas de dolor y placer, es decir, la denominada sintiencia,⁴⁰ que es lo que permite

39. Por ejemplo, en las declaraciones de sujetos no humanos de animales con características muy similares a las humanas o en las argumentaciones —estratégicas o no— de proyectos como Gran Simio: [<http://proyectogransimio.org/que-es-el-pgs>].

40. Sobre la sintiencia, como una capacidad diferente de la mera reacción ante un estímulo, se puede ver la obra citada de Peter Singer, *Liberación animal*, primer capítulo. También,

afirmar que restringir la libertad o afectar su integridad física son una vulneración de derechos a menos que haya alguna justificación especial para esas acciones.⁴¹ Así, capacidades como la razón o la posibilidad de ser responsable moral o legalmente por los actos propios no son aspectos considerados en las teorías éticas ni jurídicas, ni en los ordenamientos legales vigentes que estimamos justos, para establecer que los seres humanos son susceptibles de igual consideración moral y jurídica en cuanto a sus derechos básicos.⁴² No obstante, en razón del especismo, suele exigirse alguna característica de esta naturaleza para otorgar consideración moral o derechos a los demás animales y, al no tenerla, finalmente se los niega. En otras palabras, es la especie la que determina cómo se actúa en contra de los demás animales, de manera injustificada en este caso. Así, el mayor estatus moral lo tendríamos los seres humanos.

La idea del estatus moral privilegiado, como vimos, supone problemas tanto en cuanto a su inconsistencia para incluir a todos los humanos como en relación con su arbitrariedad para ser una barrera entre especies. Por esa razón, explicar los derechos en función de una teoría que los considera un instrumento para proteger el interés parece mucho más adecuado, retomando así la cuestión sobre la discusión de la fundamentación de los derechos que había interrumpido para incorporar el problema del especismo. La capacidad de tener intereses es, en realidad, lo que importa⁴³ para adscribir derechos que sean protectorios de aquellos. Así, todos los animales con sistema nervioso central son sintientes, esto es, tienen la capacidad para

y en un desarrollo más complejo, se puede recurrir a la discusión sobre distintas formas de considerar que los animales con ciertas características, como un sistema nervioso central, tienen experiencias subjetivas o son individuos que merecen igual consideración que los humanos, en DONALDSON, S. y KYMLICKA, W., *Zoopolis: A political theory for animal rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 24-32. Sobre la distinción entre conciencia y auto-conciencia, ligada a la discusión sobre quiénes son sintientes y para qué individuos la muerte es peor, ver SINGER, P., *Ética práctica*, Cambridge University Press, 1995, capítulo 5.

41. Las justificaciones son del mismo tipo que en el caso de los animales humanos.

42. Igual consideración de intereses, igual respeto o igualdad de derechos no significa igualdad de tratamiento puesto que este tendrá en cuenta diferencias relevantes como, por ejemplo, necesidades dependientes de la especie, del estado de salud o de características individuales específicas.

43. No obstante, también es posible tomar la teoría del estatus moral y defender los derechos para los animales. En su trabajo, Casal da el ejemplo de una autora que sostiene que los grandes simios tienen estatus moral completo y que, por tanto, merecen tener derechos.

tener experiencias subjetivas de dolor y placer y, por ende, interés en evitar lo primero y perseguir lo segundo. Una capacidad cognitiva compleja no es un dato por sí mismo relevante, ni mucho menos fundamento correcto, para otorgar derechos protectorios. Pensemos, por ejemplo, en el interés en evitar ser torturado. Nadie diría que un ser humano con un coeficiente intelectual extraordinario tiene mayor estatus moral que otro, ni mucho menos mayor interés en no ser torturado, que alguien cuya inteligencia está por debajo del promedio y que, por lo tanto, es peor torturar a alguien inteligente que a alguien que no lo es. Lo mismo sucedería en el caso del derecho a la libertad o a la vida. Parece más razonable como explicación que los derechos son formas de proteger intereses básicos y que la capacidad de tener intereses no tiene que ver con la posibilidad de reflexionar lingüísticamente al respecto. Una enorme cantidad de animales no humanos son seres sintientes,⁴⁴ con capacidades cognitivas diferentes tanto si se comparan especies e individuos, por ello tienen interés⁴⁵ en que sus derechos fundamentales sean respetados. Esta situación se da también entre humanos: a lo largo de nuestras vidas tenemos distintas capacidades cognitivas y la idea de que somos seres autónomos solo se ajusta a períodos específicos y, en muchos casos, no representa la vida de muchos humanos con distintas discapacidades. Sin embargo, mientras tengamos sintiencia, tenemos interés en que se respeten nuestros derechos fundamentales como mínimo. Estas situaciones muestran la razonabilidad de otorgar derechos a todos los seres con sintiencia, como mínimo.

El interés, por lo expuesto, parece entonces una base más sólida para explicar qué es un derecho y para qué sirve. Esta discusión sobre si los derechos se otorgan debido al estatus moral de su portador o si son un instrumento protectorio de intereses se relaciona estrechamente, como argumenta Casal en el trabajo mencionado, con el problema de decidir si los derechos se basan en los intereses de quienes los tienen o deberían tenerlos —no ya si son instrumentos para protegerlos— o en su capacidad de elección. Una vez más, la capacidad de elección parece una base insegura también

44. Sobre las diferencias respecto de la sintiencia entre animales, pero también entre personas humanas, se pueden ver las obras citadas de Peter Singer, Steven Wise, Sue Donaldson y Will Kymlicka.

45. Recordemos que tener interés no significa poder reflexionar lingüísticamente al respecto sino tener capacidad de sintiencia o, en los otros términos que desarrollan los autores de *Zoopolis*, ser un individuo o tener subjetividad.

para el caso de los humanos. No todos los humanos pueden decidir y todos pasamos por etapas como la niñez en la que no podemos hacerlo, o las atravesaremos si sufrimos un accidente o estamos muy enfermos. La protección de decisiones puede ser el fundamento de algunos derechos, pero los derechos básicos parecen estar orientados a la protección de intereses, puedan o no los protegidos tomar decisiones sobre estos. En este sentido, no obstante, conviene decir algo respecto de la capacidad de decisión de los demás animales. Se han hecho muchísimos esfuerzos por negar la capacidad de agencia⁴⁶ de los demás animales y sus actos de resistencia,⁴⁷ los intentos de comunicar deseos y las diversas formas de colaboración entre especies o con humanos. Típicamente, se ha tratado de interpretar todos ellos como meros actos instintivos que no deben ser antropomorfizados. Sin embargo, se empieza a cuestionar esta negativa que está basada, además, en esa supuesta separación tajante entre las motivaciones humanas y las animales.⁴⁸ Si bien es cierto que antropomorfizar puede generar un sesgo en la interpretación, el antropocentrismo es también un sesgo que impide reconocer en los animales sus acciones deliberadas. La bibliografía más reciente,⁴⁹ tanto etológica como de ética animal, revisa esta negación. A su vez, cualquiera que haya convivido con animales sabe que tienen no solo intereses sino capacidad de elección.

Entonces, si consideramos los derechos como instrumentos para proteger intereses, que a su vez encuentran su fundamento último en estos,

46. Para una discusión sobre la agencia animal y distintas definiciones de ella ver: WEISBERG, Z., "Animal agency: what it is, what it isn't, and how it can be realized", en AALTOLA, E. y HADLEY, J., *Animal ethics and philosophy. Questioning the orthodoxy*, Rowman y Littlefield International, 2015, pp. 63-80.

47. En *Zoopolis* los autores citan extensamente ejemplos registrados sobre animales tomando decisiones de involucrarse en salvatajes de humanos u otras decisiones sobre alimentación o con quién vivir.

48. Estas cuestiones suelen tratarlas quienes se dedican a la filosofía de la mente. En este sentido, se pueden consultar los trabajos de DANON, L., por ejemplo: *Animales, conceptos y contenidos*, consultado en [http://revistaleca.org/journal/index.php/RLECA/article/view/111/95] el 10/1/2018.

49. Por ejemplo, ROWLANDS, M., *Can animals be moral?*, Nueva York, Oxford University Press, 2012. En el mismo sentido se puede ver la obra de Franz De Waal. Y, sin dudas, fue Jane Goodall la que contribuyó al quiebre de la separación entre humanos y no humanos al registrar por primera vez la creación de herramientas por parte de chimpancés. Sus estudios dieron cuenta, además, de la complejidad de las sociedades de estos animales, de la forma en que establecen alianzas, de que son capaces de mentir y de hacer la guerra por territorios.

queda por resolver la discusión acerca de si los derechos son metas o constricciones. En general son los utilitaristas quienes emplean una visión de los derechos como metas sociales porque estiman que estos pueden ayudar a maximizar la felicidad. No obstante, como bien señala Casal, no es necesario ser utilitarista para considerar a los derechos como metas.⁵⁰ Desde otras posturas podría también estimarse que los derechos lo son. No obstante, en el caso de los animales no humanos interesa especialmente pensar si la idea de derechos como constricciones, que es la idea que Ronald Dworkin⁵¹ reflejó en su comparación de los derechos como cartas de triunfo, tiene sentido. Si los derechos tienen algún valor es porque se pueden oponer frente a los intereses de una mayoría, porque sirven para proteger a cada individuo al impedir hacer cálculos meramente agregativos a la hora de tomar decisiones legislativas o judiciales, por ejemplo. Así, en el caso de los derechos para los demás animales, la fortaleza de sus derechos radica en que sean considerados como constricciones, igual que lo son para el caso de los humanos. Si los derechos de los animales no lo fueran carecería de sentido llamarlos derechos. De hecho, muchas posiciones sostienen que los animales tienen derechos, o algunos derechos, pero que estos ceden cada vez que sea necesario para satisfacer algún interés humano, por más banal que sea.⁵² Pero si se pudieran violar los derechos de los animales cada vez que algún humano obtuviera algún beneficio al hacerlo, parecería poco fundamentado hablar de derechos.

Para resumir, entonces, estos derechos que protegen la vida, la libertad y la integridad física de los animales no humanos están basados en su

50. Acá presento una simplificación de lo que desarrolla Casal y lo hago para bien de la argumentación general. Por supuesto que hay posturas que son más complejas, o que no se encasillan simplemente en una u otra opción. Pero para el caso que aquí definiendo creo que basta presentar así la discusión. En última instancia, ni para el caso de los derechos para humanos ni para los no humanos habrá posturas con las que todos acuerden.

51. DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, cap. 7.

52. Una posición usualmente denominada "bienestarismo" encarna este tipo de pensamiento. Los animales tienen derecho a no sufrir innecesariamente. Claro que lo necesario del sufrimiento siempre depende del interés humano. Y las situaciones de supuesta necesidad enfrentan en realidad el interés vital de un animal de seguir vivo, no ser limitado en su libertad o integridad física al deseo de degustar algún tipo de comida, divertirse de determinadas maneras o conseguir una clase específica de abrigo o calzado de los humanos. Todas "necesidades" perfectamente reemplazables por otras que no violen derechos fundamentales de los demás animales.

capacidad para tener intereses, es decir, en el hecho de que son seres sintientes, por lo que tiene sentido pensar que los derechos son instrumentos importantes también para ellos. Y que está justificado teóricamente, además de éticamente, garantizárselos. En el próximo apartado avanzaré más allá de estos derechos básicos o fundamentales, que en general asumen el carácter de derechos negativos, y presentaré una nueva discusión que representa lo que se llama el "giro político". Este giro, que atraviesa el movimiento de los derechos de los animales en este momento, nos coloca en el escenario de pensar relaciones justas entre especies. E implica, entre otras cosas, el postulado de que los animales tienen también derechos positivos.

IV. DERECHOS BÁSICOS NEGATIVOS Y DERECHOS POSITIVOS PARA LOS ANIMALES. JUSTICIA INTERESPECIES Y SOCIEDADES MIXTAS

Sin derechos básicos no es posible pensar en una justicia interespecies, pero estos no son suficientes. Claramente, en una situación como la actual, en que los animales no humanos sufren todas las formas de violencia y explotación imaginables, pensar en que se logre la protección efectiva de esos derechos sería ya una revolución comparable con el fin de la esclavitud humana. Sin embargo, y a pesar de que estamos lejos de alcanzar eso, la bibliografía reciente sobre ética animal apuesta a plantear la discusión en términos políticos. Así, ya no basta con aceptar que tenemos obligaciones morales respecto de los demás animales, con rechazar el especismo como discriminación injustificada, con dejar de distinguir de formas inconsistentes entre animales que cuidamos y animales que explotamos, ni con sostener que los demás animales tienen o deberían tener ciertos derechos fundamentales. Se puede, y también es posible que sea incluso más convincente, pensar a los animales como miembros políticos⁵³ de distintas comunidades según el grupo al que pertenezcan, domesticados, salvajes o los que viven en nuestras ciudades sin ser domesticados ni salvajes en sentido estricto. En definitiva, si rechazamos el especismo, empezaremos a ver a los demás animales de otra forma, su presencia en distintos territorios nos hará pensar enseguida en otras

53. De hecho, Kymlicka muestra que se están abriendo, por fuera de las estrategias profesionales de activistas y académicos, otras maneras de reconsiderar a los animales y son, precisamente, como miembros de las familias o como miembros de equipos de trabajo. KYMLICKA, W., "Social membership...", ob. cit.

cuestiones que simplemente no aparecen en la discusión sobre qué derechos y por qué deberían tenerlos los demás animales. Las preguntas serán ahora qué lugar político deberían ocupar los animales domesticados y los animales urbanos no domesticados que conviven en nuestras sociedades con nosotros, qué derechos políticos tienen los animales salvajes sobre los territorios que ocupan –muchas veces también compartidos con humanos– y qué derechos positivos, entonces, tendrían todos ellos.

Donaldson y Kymlicka, en su obra *Zoopolis. Una teoría política para los derechos de los animales*,⁵⁴ llaman a la teoría del derecho animal que está centrada en derechos negativos básicos “la teoría tradicional”. Pero a esta idea de derechos básicos negativos, sostienen, le falta otra dimensión que es constitutiva también de la visión liberal: la idea de ciudadanía. Las versiones tradicionales de la teoría del derecho animal⁵⁵ se han focalizado en los argumentos a favor de la igual consideración moral de los animales y, por ende, en dar razones para apoyar el reconocimiento y la protección de sus derechos básicos: a la vida, la libertad y la integridad física. Estos argumentos les han permitido demostrar la incorrección moral de prácticas como la ganadería, la experimentación animal, la caza, el cautiverio en zoológicos y cualesquiera otras en que se violen esos derechos. Y así, nuestras obligaciones se transforman en derechos negativos: lo que debemos hacer es abstenernos de dañarlos o perjudicarlos directa y deliberadamente. Las causas de este énfasis en la abstención, sostienen Kymlicka y Donaldson, son, por un lado, que el origen de la mayor cantidad de violaciones a los derechos básicos es el producto de los daños directos en ámbitos como la cría de animales para comerlos y, por el otro, el fracaso del movimiento para convencer masivamente a la gente de abandonar estas prácticas. Sin embargo, también es posible que se deba a una comprensión un tanto pobre de nuestras relaciones con los demás animales. Estas relaciones son, en gran parte, de convivencia e interacción, como en el caso de los animales domesticados y los liminales. Con las diferencias del caso, también la interacción y la convivencia son marcas distintivas de nuestras relaciones con los animales salvajes. Estas relaciones suponen una variedad de situaciones que dificultosamente puedan solucionarse simple-

54. DONALDSON, S. y KYMLICKA, W., *Zoopolis. A political...*, ob. cit.

55. Por versiones tradicionales los autores se refieren a los aportes de teóricos como Peter Singer, Tom Regan o autores inscriptos en la línea crítica, la ética de la virtud o el neo aristotelismo que rechazan el especismo. Todas ellas se mueven en el plano de la ética o bien en el marco de la respuesta clásica de la abstención del daño.

mente “dejando a los animales en paz”, es decir, dejando de matarlos, cazarlos o encerrarlos, o impidiendo la reproducción de los domesticados hasta lograr su extinción, como sostiene la propuesta abolicionista.

Para estos autores, de lo que se trata es de agregar a la teoría de los derechos de los animales una perspectiva política. Y esta perspectiva política engrosa la teoría de los derechos para enmarcarlos en una teoría de la ciudadanía que sirve para abordar mejor nuestras relaciones con ellos. Desarrollan esta teoría de la ciudadanía, además, haciendo uso de una descripción mucho más detallada del estado actual de las relaciones con la enorme variedad de animales con los que convivimos o con los que interactuamos y en cuyas vidas impactamos de formas muchas veces inadvertidas. En primer lugar, no distinguen solo entre dos categorías de animales, como lo hacen las teorías de los derechos de los animales tradicionales, los domesticados y los salvajes. La teoría de la ciudadanía distingue y utiliza tres categorías: animales domesticados, salvajes y liminales. Para todas ellas serán aplicables los derechos básicos negativos. Y surgirán además otros derechos para ellos y nuevos deberes de los humanos en virtud de las relaciones históricas y actuales con los demás animales. La teoría de la ciudadanía y sus categorías –ciudadano, soberanía, residentes, extranjeros– permiten dar cuenta de, y analizar, la coexistencia e interrelaciones entre animales humanos y no humanos de una forma inédita hasta el momento. Esas relaciones serán distintas según se trate de animales domesticados, salvajes o liminales, esta última categoría abarca a los animales que viven en espacios urbanos sin formar plena parte de nuestras comunidades. Convivimos en territorios y espacios con animales que son invisibilizados por las prácticas sociales y que las teorías tradicionales no consideran –liminales–, con otros que son objeto de los abusos más notorios pero culturalmente más tolerados –domesticados de consumo– y, por último, con animales salvajes generalmente imaginados como parte de una naturaleza separada y ajena a las influencias humanas o, que al menos, debe ser simplemente dejada en paz o, en todo caso, bien administrada por los humanos. Estas relaciones deben ser revisadas y evaluadas por una teoría que, a la vez que reconozca los derechos fundamentales de los animales, pueda articular un conjunto de ideas sobre qué significa esto en términos de organización social justa.

Convendrá en este punto, entonces, hacer alusión a cómo los autores de *Zoopolis* explican qué significa emplear la categoría “ciudadanía” para los demás animales y cómo esto sirve para distinguir los grupos mencionados: domesticados, salvajes y liminales. Los autores advierten, antes que nada, que

se rechaza instintivamente la categoría ciudadanía porque se la relaciona con la participación política democrática antes que con ninguna otra cosa. No obstante, analizar las dimensiones de la ciudadanía lleva a descubrir tres aspectos que ella incluye: el derecho a la nacionalidad, la idea de soberanía popular y la agencia política democrática. Estas tres dimensiones de la ciudadanía son constituyentes de esta y están presentes en cada uso de la categoría. En términos históricos, la ciudadanía fue, primero, una manera de localizar a los individuos en territorios. El ciudadano era un nacional de algún estado. Todavía hoy eso es así en la medida en que las personas son consideradas ciudadanas aun en el caso de que su territorio esté gobernado de forma totalitaria, por ejemplo, y no tengan derecho a participar políticamente y aunque sus derechos básicos sean permanentemente violados. La segunda dimensión, la de la soberanía popular, hace su aparición en las teorías de la legitimación política orientadas a fundamentar la autoridad cuando las ideas de dios, una dinastía o casta, dejaron de ser útiles para eso. La soberanía popular significa que el estado le pertenece al pueblo y esta idea es un avance respecto de la mera pertenencia territorial a una nación. Donaldson y Kymlicka dicen que se puede ser ciudadano en el primer sentido y no en el segundo: los esclavos en EE. UU. eran considerados nacionales, pero no se gobernaba en su nombre, no eran parte del pueblo soberano. En la actualidad, y de manera general, la ciudadanía involucra además alguna idea de participación política en una organización democrática. Esto quiere decir que los ciudadanos de un estado pueden, y tienen derecho por eso, a participar en la deliberación política y la constitución de legislación. Es esta dimensión la que necesita de capacidades específicas como la racionalidad, la agencia y la posibilidad de seguir reglas de comportamiento y actuar respetando la reciprocidad. Pero las tres dimensiones forman parte del concepto de ciudadanía, a pesar del enorme énfasis que se hace sobre la última de ellas, y las tres tienen una gran importancia a la hora de pensar el caso de los demás animales:

“Tanto en el caso humano como en el animal, una tarea central de la teoría de la ciudadanía es explicar cómo determinamos la pertenencia a comunidades políticas y, sobre esa base, determinamos qué derechos de la ciudadanía se aplican a qué individuos. De hecho, argumentamos que categorizar a los animales dentro de esta clase de marco de la ciudadanía clarifica un número de problemas que han afectado históricamente a la teoría de los derechos de los animales”.⁵⁶

56. KYMLICKA, W. y DONALDSON, S., *Zoopolis. A political...*, ob. cit, p. 58, traducción propia.

Entonces, las tres dimensiones son relevantes para los animales dado que, en su caso, no se respeta ninguna de ellas. La forma en que los autores de *Zoopolis* argumentan especialmente sobre la tercera dimensión de la ciudadanía para los animales es a través del paralelo con nuevos movimientos de ciudadanía, como el de las personas discapacitadas, que ponen en crisis el modelo paternalista. Las personas con discapacidad ya eran consideradas ciudadanas en los primeros dos sentidos, pero no en el último. El reciente movimiento de las personas con discapacidad busca alcanzar el objetivo de la participación política como ciudadanos no limitada únicamente al sentido de participar en debates legislativos y votaciones sino siendo partes activas y visibles, así como por medio del desarrollo de una agencia dependiente que les permita expresar su voluntad. En el caso de los animales estamos frente a la misma situación. Además de reconocerles el derecho a una nacionalidad, y a que sean considerados sus intereses a la hora de gobernar, será inevitable pensar cómo respetar su agencia. Quizás sea este el aspecto más resistido de la teoría que se desarrolla en *Zoopolis*. No obstante, esta última dimensión, la de la agencia política, está emparentada con la forma en que se sostiene la igualdad y se rechaza el especismo. La ciudadanía no es un asunto que debe analizarse a partir del establecimiento de determinadas capacidades que constituirán el requisito a cumplir para ser considerado ciudadano. Por el contrario, la ciudadanía es un concepto normativo, como la igualdad. Esto involucra reconocer a los demás como seres con un bien subjetivo —con una capacidad para expresarlo variable de individuo a individuo, y también en el transcurso de cada vida— y rechazar el paternalismo innecesario al mismo tiempo que se atienden valores como la autonomía, la participación, la autenticidad y la autodeterminación. Estos aspectos forman parte de lo que involucra ser ciudadano y son parte de la idea de agencia y subjetividad.

Llegados a este punto, entonces, Donaldson y Kymlicka están en condiciones de mostrar los fundamentos de las tres categorías en que dividen a los animales que dependen del tipo de relaciones que tenemos con ellos. Así, los animales domesticados son aquellos que hemos hecho dependientes de nosotros a través del proceso de domesticación que generó, entre otras cosas, la convivencia forzada y un entendimiento mutuo. Esto último es tanto lo que posibilita su explotación como una relación justa. Los animales domesticados deben ser considerados ciudadanos de nuestras sociedades. Los animales salvajes, por su lado, son aquellos que no desean, ni pueden, convivir con nosotros. El con-

cepto central en su caso es el de soberanía sobre sus propios territorios. La categoría liminal busca establecer un marco justo de derechos para esos animales que, tanto sea por un proceso de asilvestramiento como el contrario, de incorporación y adaptación de animales silvestres a las urbes, conviven en nuestros espacios sin interactuar ni depender específicamente de humanos individualizables. Los animales liminales tendrán derechos de residencia. Vemos así que cada categoría generará distintas clases de derechos y deberes que son los que orientarán prácticamente las acciones políticas colectivas.

Así las cosas, si los animales domesticados fueran considerados conciudadanos de nuestras comunidades tendrán derechos que impliquen acciones directas de ayuda y protección que se sumarán a los tradicionales derechos fundamentales. Estos derechos, a veces llamados positivos o relacionales, aparecen como consecuencia de nueve escenarios presentes en las relaciones entre ciudadanos humanos, en algunos casos, y en las específicas relaciones entre humanos y animales no humanos, en otros. Esos escenarios, o situaciones, son: la socialización básica; la movilidad y el uso del espacio público; la protección frente a los daños y agresiones; la cuestión del uso de productos de origen animal que no involucren la muerte; el trabajo de los animales; la asistencia médica; aspectos de la reproducción sexual; la alimentación; la representación política. Dados los límites de extensión de este trabajo, me parece importante focalizarme en que los animales domesticados como conciudadanos tendrían derecho a la protección contra todo tipo de daños, incluidos los causados por predadores, derecho a la asistencia médica, a recibir una alimentación que no involucre matar a otros animales, a ser socializados a fin de poder convivir, a usar los espacios públicos y moverse libremente, a que las políticas públicas los contemplen y a tener representantes. En *Zoopolis*, por la extensión y la atención a las implicancias prácticas, se trata exhaustivamente la cuestión del trabajo de los animales domesticados y los posibles factores que harían aceptable usar en ocasiones huevos o lana (no así leche que nunca podría obtenerse sin extremo sufrimiento para las vacas y sus hijos). No es este el lugar para discutir estas cuestiones debido no solo a que las formas de la obtención de estos productos, o a que las formas en que algunos animales podrían trabajar sin que eso implicara graves violaciones a sus derechos, están muy lejos de la realidad actual, sino porque tampoco resultan un aporte para los objetivos de este trabajo. En el mismo sentido, en un escenario en que la explotación haya cesado, la reproducción de los animales

domesticados supondrá nuevos interrogantes que no pueden explorarse aquí por las razones antedichas.

Ahora bien, los animales salvajes son también tratados como miembros políticos, pero de sus propias comunidades. Esto implica, en primer lugar, un problema de establecimiento de fronteras y territorios. Los autores hacen extenso uso del concepto de soberanía compartida y referencia a casos humanos en que esta se ha puesto en práctica. Pero, y más importante aún, se dedican a tratar tres formas normalmente dejadas de lado en relación con los derechos de los animales salvajes. No solo debemos dejar de matarlos y capturarlos para mantenerlos en cautiverio sino, además, deberemos terminar con la invasión y colonización de sus territorios, tener en cuenta los efectos secundarios de nuestros desarrollos urbanos o industriales —que contaminan y afectan los territorios de estos animales— y, finalmente, empezar a realizar intervenciones directas en los casos en que estos animales estén sufriendo. La intervención en la naturaleza es distinta de otras posturas. Tanto de la clásica, que es de no intervención, fundamentada en que no tenemos obligaciones de ayudar sino solo de abstenernos en el caso de los animales salvajes⁵⁷ o, de la más nueva, que sostiene que, igual que en el caso de los estados fallidos humanos, también debemos ayudar a los animales que sufren, sin que importe si la causa de ese sufrimiento es “natural” o provocada por los humanos.⁵⁸ La intervención propuesta en *Zoopolis* se limita a los casos en que sirva para mantener el equilibrio del ecosistema del que se trate o bien a las intervenciones a pequeña escala que no lo afecten.⁵⁹

Por último, la situación de los animales liminales es tratada, por primera vez, con detalle y extensión. Los animales liminales son los que conviven con nosotros y florecen como especie, en zonas urbanas. No responden rígidamente a una clasificación biológica y, a diferencia de los animales domesticados, pueden ser sociables, pero no establecen fuertes lazos comunicati-

57. No debemos ayudarlos porque el daño no lo causamos nosotros, o bien tenemos obligaciones imperfectas de ayudarlos en tal caso, como otro argumento para la no intervención. También hay otra forma de defender la no intervención a partir de la idea del “floreCIMIENTO”: los animales salvajes florecen como tales en un ambiente en que hay predadores y presas. Solo así son lo que son. Estos argumentos, y los autores que los defienden, son bien descriptos en *Zoopolis* y a ella me remito.

58. Ver la tesis de Catia FARIA citada, *Ethics goes wild...* También ver la obra de HORTA, *Un paso adelante en defensa de los animales*, ob. cit., pp. 177-188.

59. Como rescatar a un individuo o poner comida para pequeños grupos de animales silvestres.

vos y afectivos con nosotros, y su dependencia es flexible. Pero, a diferencia de los salvajes, no huyen de nosotros. Una misma especie puede tener miembros que vivan como domesticados, salvajes o liminales, piénsese en los conejos, por ejemplo. Y la constitución de una especie, o de un grupo dentro de la misma especie, en animal liminal es producto de acciones humanas: son poblaciones que se han quedado sin territorio propio o bien son domesticados o silvestres que se mantenían en cautiverio que han sido abandonados, o han escapado, y que ahora viven relativamente bien adaptados a los entornos urbanos. Algunos animales liminales, incluso, no parecen tener ya parientes en territorios salvajes o, aún más, ni siquiera un lugar al que volver, como las palomas *Columba livia*. Para esta clase de animales los autores proponen el estatus de residente. Como tales, además de los derechos fundamentales, tendrían el derecho de residencia, a que se erijan barreras anti estigma para evitar persecuciones y exterminios y a recibir una asistencia limitada, así como a que los diseños urbanos se adecúen a su presencia para evitar que se violen sus derechos fundamentales. Quizás, en el futuro, algunos animales liminales puedan convertirse en domesticados, recibiendo así el mismo conjunto de derecho. Sin embargo, esa es una situación por ahora solo hipotética.

En suma, si los animales tienen derechos básicos, es necesario que puedan hacerlos valer en los diversos territorios en los que viven. La solución a la injusticia inter especies no se resuelve meramente dejando de explotarlos o absteniéndonos de dañarlos intencionalmente, sino que, además, debemos pensar en las formas de convivir respetando tanto los derechos negativos como los positivos, según sea la clase a la que pertenezca cada animal, así como, y con la misma importancia, las características de ese individuo. Porque, en definitiva, el valor más importante de los derechos es que sirven de barrera protectora de la vulnerabilidad que nos caracteriza como seres sintientes.

V. CONCLUSIONES

Como dicen Donaldson y Kymlicka, los argumentos para sostener la discriminación especista requieren de contorsiones intelectuales cada vez más difíciles de realizar y sostener. De hecho, son pocos los filósofos profesionales que defienden la especie como barrera única que justifique las injusticias a que sometemos al resto de los animales sintientes. Y este es el resultado de cuarenta años de publicaciones especializadas en la materia que han logrado que, al

menos en el plano académico, sean ahora los que apoyan la explotación animal quienes tengan que hacer esfuerzos por justificarla. Además, en el plano social, los movimientos anti especistas son cada vez más, están más profesionalizados y presentan importantes logros. A pesar de todo esto, el panorama es sombrío al menos en dos aspectos. El primero es que el consumo de animales como alimentos no solo no baja, sino que está en franco aumento.⁶⁰ Razones culturales asocian comer carne con el bienestar y la riqueza y la mejora económica de la población a nivel mundial, así como su crecimiento, aumenta la demanda. Esto no hace más que empeorar la situación por cuanto será cada vez mayor el número de animales que viven y mueren en el peor de los mundos posibles. A su vez, la expansión humana a cada vez más territorios tiene un impacto negativo en la vida de los animales salvajes que ni siquiera es tomado en cuenta a nivel de los individuos afectados, sí a nivel ecosistema y especies que, no obstante, no tienen capacidad de sufrir. El segundo, que aquí es de especial relevancia, es que en el campo jurídico apenas si aparecen tímidas posiciones a favor de algunos animales como los grandes simios. Y, en comparación con la enorme cantidad de bibliografía especializada en ética y más recientemente en teoría política, la teoría y la filosofía del derecho⁶¹ casi no se han expresado al respecto. En este sentido, espero que este breve trabajo muestre cómo la exploración de los fundamentos de los derechos puede ser útil para contribuir a la finalización de esta injusticia.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, Carol, *Proteína feminizada: significado, representaciones e implicancias*, consultado en [<https://goo.gl/H13r3a>], el 20/1/2018, pp. 72-98.
- ALMIRÓN, Nuria, "Favoring the elites: think tanks and discourse coalitions", en *International Journal of Communication*, consultado en

60. Ver informe de FAO citado.

61. De todas maneras, ya hay mucho trabajo de abogados y teóricos que buscan incidir en el campo jurídico yendo más allá de las usuales estrategias de denunciar maltrato o crueldad o instar a la pronunciación de personalidad legal para animales como grandes simios, que son muy importantes y necesarias solo que es menester aumentar el caudal de herramientas y estrategias jurídicas. En este sentido se puede ver el proyecto Saskia Stucki consultado en [<http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/public-international-law/trilogy-on-a-legal-theory.cfm>] el 12/12/2017.

- [<http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/6670/2171>], el 1/4/2018, pp. 4350-4369.
- , "The political economy behind the oppression of other animals. Interest and influence", en ALMIRÓN, Nuria; COLE, Matthew y FREEMAN, Carrie P., *Critical animal and media studies*, Nueva York, Routledge, pp. 26-41.
- ANDREATTA, María M., *Patrón alimentario y desarrollo de tumores de vías urinarias en Córdoba*, consultado en [<https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/258>] el 10/8/2016.
- , ¿Veganos en riesgo? Un análisis de los cuestionamientos habituales a la calidad nutricional de la alimentación vegana, consultado en [<https://goo.gl/CPfGrJ>] el 8/12/2017.
- AUNE, Dagfinn; DE STEFANI, Eduardo; RONCO, Álvaro; BOFFETTA, Paolo, DENEÓ-PELLEGRINI, Hugo; ACOSTA DENEÓ-PELLEGRINI, Giselle; MENDILAHARZU, María, *Meat Consumption and Cancer Risk: a Case-control Study in Uruguay*, consultado en [<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19640186>], el 5/5/2017, pp. 429-436.
- BRAVERMAN, Irus, *Zooland. The institution of captivity*, Standford, Standford University Press, 2013.
- CASAL, Paula, *Los derechos homínidos. Una defensa ecuménica*, consultado en [<http://revistas.um.es/daimon/article/view/217741>] el 10/4/2018, pp. 7-25.
- COCHRANE, Alasdair, *An introduction to animals and political theory*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010.
- DANON, Laura, *Animales, conceptos y contenidos*, consultado en [<http://revistaleca.org/journal/index.php/RLECA/article/view/111/95>], el 10/1/2018, pp. 108-135.
- DONALDSON, Sue y KYMLICKA, Will, *Zoopolis: A political theory for animal rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- FARCHI, S.; DE SARIO, M.; LAPUCCI, E.; DAVOLI, M. y MICHELOZZI, P., *Meat consumption reduction in Italian regions: Health cobenefits and decreases in GHG emissions*, consultado en [<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0182960>] el 1/12/2017.
- FARIA, Catia, "Muerte entre las flores: el conflicto entre el ecologismo y la defensa de los animales no humanos", en *Revista Viento Sur*, N° 125, 2012, consultado en [https://www.vientosur.info/IMG/pdf/VS125_C_Faria_Muerte_entre_flores.pdf] el 3/3/2017, pp. 67-76.

—, *Ethics goes wild. The problem of wild animal suffering and nature intervention*, consultado en [<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/385919/tcf.pdf;jsessionid=F977E6711C7B32D102AF2202BC5A8357?sequence=1>] el 1/3/2017.

HYUNJU, Kim; CAULFIELD, Laura E. y REBHOLZ, Casey M., *Healthy Plant-Based Diets Are Associated with Lower Risk of All-Cause Mortality in US Adults*, consultado en [<https://academic.oup.com/jn/article-abstract/148/4/624/4965931>], el 5/4/2018, pp. 624-631.

—, *La larga sombra del ganado. Problemas ambientales y opciones*, Informe de la FAO, 2006, consultado en [<http://www.fao.org/docrep/010/a0701e/a0701e00.HTM>] el 5/1/2017.

HORTA, Oscar, *Un paso adelante en defensa de los animales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2017.

—, "La cuestión de la personalidad legal más allá de la personalidad humana", en *Revista Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 2011, N° 34, consultado en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_343.pdf] el 10/12/2017, pp. 55-83.

—, "What is speciesism?", en *The Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, N° 23, 2010, consultado en [<http://www.springerlink.com/content/g0l0j4615j676t60/>] el 1/12/2017, pp. 243-266.

—, "Why the concept of moral status should be abandoned", en *Ethical theory and moral practice*, 20 (4), consultado en [<https://philpapers.org/rec/HORWTC-3>] el 10/4/2018, 899-910.

JEROLMACK, Colin, *How pigeons became rats: the cultural-spatial logic of problem animals*, consultado en [<https://academic.oup.com/socpro/article-abstract/55/1/72/1640224?redirectedFrom=fulltext>], el 1/8/2017, pp. 72-94.

KYMLICKA, Will, *Human rights without human supremacy*, consultado en [https://www.academia.edu/34785380/Human_Rights_without_Human_Supremacism_2017_] el 1/11/2017.

—, "Social membership: animal law beyond the property/personhood impasse", en *Dalhousie Law Journal*, Vol. 40, N° 1, Halifax, 2017, pp. 123-155.

LANDERS, Timothy; COHEN, Bevin; WITTUM, Thomas y LARSON, Elain, "A Review of Antibiotic Use in Food Animals: Perspective, Policy, and Potential", en *Public Health Rep.*, 2012 Jan-Feb; 127(1), consultado en [<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3234384/>] el 10/4/2018, pp. 4-22.

- MOSTERÍN, Jesús y REICHMAN, Jorge, *Animales y ciudadanos. Indagación sobre el lugar de los animales en la moral y el derecho de las sociedades industrializadas*, Madrid, Talasa, 1995, pp. 20-22.
- NAVARRO, Alexandra, *Representaciones e identidades del discurso especista: el caso de la carne vacuna y sus derivados en la Argentina (2000–2012)*, tesis doctoral, consultado en [<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/52068>] el 10/11/2017.
- , "Carnismo y educación especista: redes de significaciones en las representaciones sociales que estructuran el especismo antropocéntrico en Argentina", en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, La Plata, Año I, Vol. I, diciembre 2014, consultado en [<http://revistataleca.org/journal/index.php/RLECA/article/view/45>] el 02/10/2017, pp. 53-103.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2da. ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- O'SULLIVAN, Siobhan, *Animals, equality and democracy*, Londres, Palgrave MacMillan, 2011.
- PEZZETTA, Silvina, "Aportes teóricos para la discusión sobre los animales no humanos como sujetos de derecho", en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, Año 4, Vol. 2, diciembre 2017, consultado en [<http://revistataleca.org/journal/index.php/RLECA/article/view/107>] el 10/1/2018, pp. 16-40.
- REGAN, Tom, *The case for animal rights*, Londres, Routledge, 1988, p. 243.
- ROWLANDS, Mark, *Can animals be moral?*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- SINGER, Peter, *Ética práctica*, Cambridge University Press, 1995.
- , *Liberación animal*, Madrid, Trotta, 1999.
- WEISBERG, Zipporah, "Animal agency: what it is, what it isn't, and how it can be realized", en AALTOLA, Elisa y HADLEY, John, *Animal ethics and philosophy. Questioning the orthodoxy*, Rowman y Littlefield International, 2015, pp. 63-80.
- WISE, Steven, "Animal rights. One step at a time", en SUNSTEIN, Cass y NUSSBAUM, Martha, *Animal rights. Current debates and new directions*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 19-50.

ENSAYOS

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

MÖLLER ROMBOLÁ, Martín, "Los apoyos extrajudiciales para el ejercicio...", pp. 107-131

LOS APOYOS EXTRAJUDICIALES PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO*

MARTÍN MÖLLER ROMBOLÁ**

Resumen: La incorporación con rango constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en nuestra normativa y, posteriormente, la sanción de Código Civil y Comercial han dotado a nuestro sistema jurídico de la figura del apoyo. Ante este contexto, el presente trabajo tiene como finalidad explorar la posibilidad de implementar sistemas de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de manera extrajudicial, sin que esta tenga que ser restringida; es decir, de manera independiente a los procesos de determinación de la capacidad, como medio para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Palabras clave: convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – capacidad jurídica – sistemas de apoyos para el ejercicio de la capacidad – salvaguardias – disposiciones en previsión de la propia incapacidad

Abstract: The incorporation into our country, with constitutional status, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and, subsequently, the enactment of the Civil and Commercial Code have endowed our legal system with the figure of the support. Given this context, this paper aims to explore the possibility of implementing support systems for the exercise of legal capacity in an extrajudicial manner, without having to restrict it; that is to say, with no attachment to the processes of determination of the legal capacity, as a means to guarantee the full exercise of the rights of persons with disabilities.

Keywords: convention on the rights of people with disabilities – legal capacity – support systems for the exercise of legal capacity – safeguards – advanced directives

* Recepción del original: 05/03/2018. Aceptación: 19/04/2018.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de un proyecto de investigación sobre la aplicación del modelo de apoyos, nos proponemos en este trabajo indagar sobre los llamados “apoyos extrajudiciales” (*cfr.* art. 43 Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCCN–). Para ello, es necesario hacer al menos una breve referencia a qué queremos decir cuando hablamos de apoyos. En un sentido muy amplio, apoyo “es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad”,¹ por lo cual resulta evidente que es algo que todos los seres humanos prestamos y a lo cual recurrimos constantemente en nuestra vida en sociedad. Sin embargo, en el caso de las personas con discapacidad, los apoyos necesarios para lograr una vida con pleno ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones no suelen encontrarse disponibles en el entramado social, radicando allí la necesidad de intervención del ordenamiento jurídico.

La palabra “apoyos” surge expresamente de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378, con jerarquía constitucional por ley 27.044), que la utiliza al menos 19 veces (Preámbulo, arts. 4, 9, 12, 16, 19, 20, 23, 24, 26, 29), aunque con variados significados. El citado informe de la relatora² ofrece un gran panorama de apoyos bajo la Convención, que abarca una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica; el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica, y los servicios comunitarios.

1. INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en 34° período de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/34/58.

2. INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en 34° período de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU, A/HRC/34/58, p. 20.

Dentro de este amplio espectro, en el presente trabajo nos focalizaremos en los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, respecto de los cuales la relatora señala:

“Algunas personas con discapacidad pueden desear apoyo para tomar decisiones y, de ese modo, ejercer su capacidad jurídica. Los Estados deben reemplazar los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por regímenes de apoyo para la adopción de decisiones que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, como los convenios de apoyo, los grupos de apoyo entre iguales, el apoyo para la autogestión y las instrucciones previas, entre otros”. Justamente, los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica los encontramos en el inciso 3 del artículo 12 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que establece: “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”.

En esta línea, en un sentido más acotado, nuestro Código Civil y Comercial (CCCN) en su art. 43 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 sus bienes y celebrar actos jurídicos en general’.

En efecto, el CCCN establece el modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, en principio, para aquellos casos en que la persona pueda requerirlos a raíz de una alteración mental permanente o prolongada o de una adicción, siempre que el ejercicio de su plena capacidad pueda resultar en daños a su persona o sus bienes. De esta manera, se receptan en buena medida los mandatos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Esto se enmarca dentro del llamado modelo social de la discapacidad, el cual se basa en considerar que las causas que dan origen a la discapacidad son preponderantemente sociales. De tal manera, se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción que resulta de la interacción entre una deficiencia y barreras sociales que impiden la plena inclusión. Así, se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas –incluyendo las que tengan una discapacidad– sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Se busca, entonces, eliminar las barreras impuestas por la sociedad que no

permiten su plena inclusión, de modo que las personas con discapacidad puedan ser aceptadas tal cual son.³

En este sentido, la principal nota distintiva es que el bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona, en contraposición con el modelo tutelar-sustitutivo que regía en el Código de Vélez Sarsfield, en el que se buscaba la protección de la persona sobre la base de estándares “objetivos”, impuestos desde fuera sin tomar en consideración ni la voluntad de la persona ni las características particulares de cada caso. Es decir que la finalidad de este sistema es otorgarle a cada individuo las herramientas y apoyos necesarios para que pueda ejercer sus derechos por sí mismo, de acuerdo con sus propios parámetros.⁴

Habiendo delineado brevemente los contornos de la figura del apoyo, queremos hacer foco en una variante particular de este, el apoyo extrajudicial al que refiere el art. 43 CCCN, sobre el cual el propio código, en una omisión legislativa que creemos que debería ser superada, nada dice más allá de esa sucinta referencia a que el apoyo puede ser toda medida de carácter judicial o extrajudicial. Por ello seguidamente intentaremos desarrollar una serie de consideraciones sobre el concepto mismo del apoyo extrajudicial y su posible implementación.

II. EL APOYO EXTRAJUDICIAL: ESBOZO DE UNA DEFINICIÓN

Al referirnos a los apoyos extrajudiciales entramos en uno de los terrenos más novedosos e inexplorados del Código en materia de capacidad, por lo que resulta necesario hacer algunas consideraciones, partiendo del texto legal e interpretando, a partir de su teleología, algunas cuestiones dentro del espectro de situaciones que este no regula.

Como primera consideración, entendemos que la idea de apoyo extrajudicial refiere a aquel apoyo designado mediante un acuerdo entre la persona necesitada de este y la propia persona o institución que va a officiar

3. OLMO, J. P., “Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿crónica de una responsabilidad internacional anunciada?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 4, N° 6, Buenos Aires, La Ley, julio 2012.

4. KRAUT, A. J. y PALACIOS, A., “Comentario al art. 43 CCC”, en LORENZETTI, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, t. 1, pp. 246-252.

como tal, con la finalidad de brindarle ayuda o representación para la toma de decisiones. Esta noción responde a la necesidad de darle entidad jurídica a situaciones ya existentes en la realidad sin que haga falta recurrir a un proceso de determinación de la capacidad, el cual muchas veces no es imprescindible aun siendo conveniente la designación del apoyo. Como se ve, este concepto requiere un gran número de precisiones y ajustes, que procuraremos desarrollar a continuación.

Como su nombre lo indica, los apoyos extrajudiciales de los que habla el artículo 43 CCCN tendrían que poder ser implementados sin necesidad de un proceso judicial de determinación de la capacidad. Ahora bien, la redacción del artículo 43 parece acotar mucho la dimensión “extrajudicial”, pues no se refiere a cómo se instrumentan. No obstante, estos apoyos parecen, en cierta medida, incluidos en el último párrafo del art. 43 que dispone:

“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”.

En este sentido, podemos imaginar que la obligación de requerir intervención judicial obedece a la voluntad de cumplir con las salvaguardias que dispone el art. 12 CDPD. A su vez, nos parece que ello podría ser excesivo y que podrían darse casos en que se designen apoyos en forma extrajudicial sin necesidad de intervención judicial. Volveremos luego sobre este punto.

Un segundo elemento importante de la definición es la finalidad de los apoyos. Dice el artículo 43 CCCN que ellos apuntan a “la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”. Ahora bien, esta enunciación plantea algunas cuestiones que resulta necesario profundizar. Por un lado, el supuesto más sencillo es el referido a la “celebración” de actos jurídicos. Es un caso muy claro y que se inserta con facilidad en la noción civilista de capacidad. Lo mismo sucede con la idea de “administrar” bienes, que siempre presupone la celebración de distintos actos jurídicos. Más indeterminado y difuso es el alcance que pueda tener lo referido a las decisiones “para dirigir su persona”. Aquí los fallos judiciales sobre capacidad suelen incluir aspectos vinculados con derechos personalísimos y otros actos de contenido extrapatrimonial. Es

un espectro amplio y difícil de determinar para la regulación precisa de obligaciones jurídicas en un convenio o acuerdo que signifique apoyos. Hay aspectos que son más claros, como los referidos a la “codecisión” en temas médicos y otros claramente excluibles, como el testamento, matrimonio u otros actos personalísimos. En cambio, existen otras facetas más difíciles de regular, como pueden ser los apoyos que apuntan a acompañar tratamientos terapéuticos, ayudar con la medicación, acompañar en general para las acciones de la vida cotidiana. En este punto entra en juego la variedad de apoyos a la que hicimos referencia al inicio de la nota.

Señalábamos que el CCCN, más allá de definir el concepto de apoyo, nada dice sobre cómo podría implementarse este extrajudicialmente, a pesar de que contempla específicamente la posibilidad de que el interesado proponga personas de su confianza. No obstante esto, de un primer análisis del último párrafo del art. 43 CCCN que citáramos anteriormente, pareciera surgir que este no da lugar a un apoyo designado por fuera de los estrados judiciales, toda vez que resultaría necesaria la designación judicial de cualquier medida de apoyo relacionada con el ejercicio de la capacidad. Tal como adelantáramos, entendemos que tal previsión responde a que el juez estaría actuando como salvaguardia, si utilizamos la terminología de la Convención, en tanto debe garantizar que mediante esa designación no se desvirtúe la finalidad del sistema y se pueda generar un daño hacia la persona tutelada, ya sea por existir un conflicto de intereses o una posibilidad de influenciarla negativamente. Una interpretación excesivamente rigurosa en este sentido podría dar lugar a soluciones disvaliosas, por lo que consideramos que hay supuestos en los cuales podría darse la designación de apoyos sin necesidad de intervención judicial, como trataremos más adelante.

Vale aclarar que el artículo 12 de la CDPD, referido a la capacidad jurídica, nombra tanto a apoyos como salvaguardias, pero estas últimas no son reguladas expresamente como tales en el Código, lo cual no debe ser óbice para su presencia en las normas existentes (de hecho, ya hemos mencionado que en el artículo 43 el juez actúa como salvaguardia) o que las mismas normas de la CDPD sean operativas, dado que se encuentran explícitamente desarrolladas en un texto de jerarquía constitucional. Con respecto a la significación que debe dársele a este término, se ha entendido⁵

5. SANJUAN, A., *El modelo social de la discapacidad*, consultado en [<http://www.unionde-magistrados.com.ar/site/image/stories/union/documentos/saludmental.pdf>] el 20/1/2018.

que refiere a todas aquellas medidas que tengan por objeto evitar el ejercicio abusivo y la acción negligente por parte del apoyo para la toma de decisiones. Estas salvaguardias deben tener por finalidad que las medidas de apoyo designadas respeten los derechos, la voluntad y la preferencia de la persona con discapacidad, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida y que estas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. De esta manera, y tal como está configurado nuestro sistema jurídico, entendemos que quienes deben actuar como salvaguardias son tanto los magistrados como el Ministerio Público.

Surge, entonces, la necesidad de conciliar, por un lado, la necesidad de reconocerle a la persona su autonomía para que pueda designar los apoyos que considere necesarios sin necesidad de recurrir a un juez, con todo lo que esto conlleva en términos de pérdida de tiempo, trámites engorrosos y limitaciones a su libertad para decidir lo que es mejor para sí mismo y, por el otro, la función de salvaguardia frente a posibles vulneraciones de derechos que cumple el juez en tanto garante último de la protección de la persona. Estos dos extremos, como se verá, no tienen por qué ser opuestos.

Otra cuestión que cabe plantear refiere al hecho de que el CCCN regula la designación de apoyos dentro de la sección tercera del capítulo II, correspondiente a las restricciones a la capacidad. Ahora bien, en sentido estricto la posibilidad de designar los apoyos que sean necesarios es un derecho que asiste a toda persona y no tiene por qué estar vinculado a los procesos de determinación de la capacidad; máxime si se considera que, de asumirse esto, el concepto mismo de apoyo extrajudicial o las propias palabras de la relatora sobre los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica que citamos al iniciar este trabajo no serían más que letra muerta. En cualquier caso, se pueden idear diversos sistemas de control, judiciales o no, de los acuerdos de apoyo celebrados por los particulares, contando para ello con la asistencia interdisciplinaria a que hace referencia el CCCN, sin la necesidad de vincular de manera inescindible al apoyo con las restricciones a la capacidad de ejercicio. Sobre ello nos referimos seguidamente.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Resultaría paradójico que las instituciones que recepta nuestro ordenamiento jurídico para asistir a las personas que necesitan un acompañamiento en su capacidad de ejercicio no puedan ser utilizadas por una persona

que podría beneficiarse de ellas, aunque no haya recibido una sentencia de restricción a la capacidad. Consideramos que la persona con discapacidad que requiera el apoyo o asistencia que preconiza la CDPD, como medio para el ejercicio de su capacidad jurídica, no debería verse previamente restringida o privada de ella.

En esta línea, un concepto troncal que surge de la CDPD es que las personas con discapacidad deben estar jurídicamente protegidas, lo cual no debe confundirse con que deban estar judicialmente incapacitadas. De allí se desprende, como marca con claridad Silvia Fernández, que “la ley debe graduar el apoyo, no la capacidad”.⁶

Por ello, es necesario preguntarse, como bien señala Giavarino,⁷ qué sucede si un sujeto con plena capacidad jurídica, por ejemplo, tiene comportamientos erráticos en la atención de su salud o cuidado personal que lo colocan en riesgo sanitario o si es una persona con deficiencias educacionales o limitaciones sensoriales que está en inferioridad de condiciones para negociar ciertos actos patrimoniales. En tales supuestos, podría plantearse la posibilidad de designar apoyos, aunque puedan ser con un alcance limitado y para un simple acto jurídico claramente identificado o con un alcance más amplio, para lo cual el concepto de apoyo extrajudicial podría ser una solución acorde. Cabe destacar que el hecho de que en lo patrimonial se prevea la institución de la “lesión” (art. 332 CCCN) para revisar actos jurídicos celebrados en desigualdad de condiciones por situaciones deficitarias del sujeto lesionado, no resulta suficiente para asegurar la no vulneración de derechos, sumado a que es una solución posterior a que se produzca el daño, pudiendo, en cambio, arbitrarse medidas que permitan *ex ante* que la persona ejerza sus derechos en un pie de igualdad.

Esto nos pone frente a la necesidad de repensar la letra del Código Civil y Comercial en cuanto al alcance que debe dársele al apoyo para el

6. FERNÁNDEZ, S., “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 52, Abeledo Perrot, 2011, p. 229.

7. GIARINO, M., “La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en ABREUT DE BEGHER, L. E. et al., *Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, pp. 124-128.

ejercicio de la capacidad jurídica, interpretando el texto legal en su conjunto y a la luz de la CDPD.

A tal efecto, vale reparar en la redacción dada al art. 103 referido a la competencia del Ministerio Público, en tanto establece que su actuación procede "...respecto de personas [...] incapaces y con capacidad restringida y, de aquéllas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos...". En este artículo, el CCCN distingue tres supuestos distintos:

- a. Como primera medida, nombra a la persona incapacitada, que conforme al art. 32 procederá cuando esta se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.
- b. Como segundo supuesto se menciona a la persona con capacidad restringida, en cuyo caso, corresponderá la designación judicial de los apoyos que resulten necesarios, conforme los arts. 32, 34, 38 y concordantes.
- c. En tercer lugar, menciona, como un supuesto independiente a los dos mencionados anteriormente, a las personas cuyo ejercicio de la capacidad requiera de un sistema de apoyos, dando a entender, de esta manera, que hay supuestos en los cuales se pueden designar apoyos por fuera de los procesos de determinación de la capacidad.

A su vez, también se menciona a la designación de apoyos para el instituto de la inhabilitación, reservado para casos de prodigalidad, tal como dispone el art. 48.

Coincidimos con la mencionada autora⁸ cuando señala que, de lo expuesto, se desprende que el CCCN, en su art. 43, regula los "sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad" como una institución autónoma y con una finalidad propia, lo cual permitiría deducir que resulta aplicable a todo tipo de situación donde esté comprometido el ejercicio de la capacidad jurídica plena.

De esta manera, se trataría de una institución independiente de los supuestos que menciona el art. 32 CCCN para la procedencia de una

8. GIAVARINO, M., ob. cit., p. 128.

limitación a la capacidad de ejercicio, a saber: “persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.

Hecha esta aclaración, entendemos que, por la naturaleza de la figura en análisis, el universo de casos a los cuales podría ser aplicable va a ser algo limitado. Esto así, en tanto para poder realizar un acuerdo de apoyo es de toda lógica que se exija como requisito indispensable comprender los alcances del acto que se está celebrando, por lo que en todos aquellos casos en que haya una alteración mental severa, que impida verdaderamente interactuar con su entorno y comunicar su voluntad de manera clara, no podría ser suplida la intervención judicial.

Siempre es dable remarcar que los apoyos constituyen ajustes “a medida”, en virtud del reconocimiento de la diversidad propia de la discapacidad, por lo que la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades, debiendo diseñarse a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona.⁹ Más allá de esto, existen ciertos supuestos en los cuales *prima facie* podrían ser de mucha utilidad los apoyos extrajudiciales, tales como el caso de las personas con discapacidades no mentales que requieran de ayuda para superar barreras comunicacionales o de otro tipo para la expresión de la voluntad. Estos apoyos ayudarían a la toma de decisiones, aunque no habría subyacente una situación de restricción a la capacidad. La figura podría otorgar a la persona la posibilidad de contar con las herramientas necesarias para promover el ejercicio de sus derechos en un pie de igualdad, pudiendo designar los apoyos necesarios con los límites y consideraciones que se juzguen pertinentes.

Asimismo, sería aplicable al caso de personas con discapacidades mentales leves, para las cuales muchas veces la iniciación de un proceso de determinación de la capacidad no resulta verdaderamente necesaria, pudiendo designarse como apoyo a un familiar o institución para que cumpla una función de acompañamiento en todo lo necesario o incluso requiriendo el asentimiento del apoyo para actos de disposición. De igual manera, podría ser una buena herramienta en casos de adicciones, en los cuales la

9. FERNÁNDEZ, S., “Comentario al artículo 43”, en HERRERA, M., CAMELO, G. D. y PICASSO, S. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, t. I, p. 152.

persona elija designar, por ejemplo, a una institución para que sea su apoyo y lo asista en la toma de decisiones durante su recuperación.

Estos conceptos van en consonancia con la clasificación de los apoyos propuesta por diversos autores, entre ellos Carina Jorge,¹⁰ quien divide a los apoyos en “forzosos”, por un lado, que serían aquellos que solo podrían ser impuestos en virtud de una resolución judicial en supuestos en los que se pueda tener en consideración restricciones a la capacidad de ejercicio, y “voluntarios”, por el otro, que derivan de la voluntad de la propia persona, en cuyo caso estaríamos hablando de lo que denominamos apoyos extrajudiciales.

En este sentido, encontramos que el apoyo extrajudicial podría configurar una posibilidad análoga a la reconocida en España para los supuestos de incapacitación por vía de lo que se denomina poderes preventivos o el mandato de autoprotección, aspectos que también serán objeto de análisis, pero no limitada a las instituciones que requieran la previa restricción de la capacidad en el sentido antes mencionado y siempre reconociendo el derecho de la persona afectada a intervenir en su diseño, establecimiento y contenido.¹¹

De lo expuesto se desprende que los apoyos extrajudiciales serían aplicables en aquellos casos en que sean necesarios para cuidar de la persona o de sus bienes debido a la disminución de las facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad de ejercicio, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. No obstante esto, aún en aquellos casos en que haya una limitación a la capacidad de ejercicio dictada en sede judicial, con la consiguiente designación de apoyos, entendemos que

10. JORGE, C. S., *En búsqueda de una realidad propia para el sistema de apoyos para la persona con discapacidad mental en la República Argentina*, MJ-DOC-11233-AR.

11. Al respecto, resulta muy interesante el análisis que se hace de las posibilidades de un apoyo voluntario en el derecho español partiendo de la CDPD en CABELLO DE ALBA JURADO, F., “Alternativas al procedimiento de incapacitación”, en JORNADAS AEQUITAS DEL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la convención*, Madrid, 25 y 26 de abril de 2013, consultado en [<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias>] el 25/1/2018.

podría considerarse la designación extrajudicial de otros, siempre que no se superponga con las funciones de aquellos nombrados por la sentencia y se cumplan las limitaciones indicadas por esta.

IV. FORMA DE IMPLEMENTACIÓN Y PUBLICIDAD

Otro gran asunto a dilucidar es cómo se podría instrumentar el acuerdo de apoyo, considerando la necesidad de no tener que recurrir a sede judicial, pero al mismo tiempo resguardando los derechos de la persona interesada y de terceros. A tal efecto, pueden considerarse distintas variantes que difieren en el grado de reconocimiento de la voluntad en este campo, cuestiones que, mientras no exista una regulación legal específica, deberán ser resueltas por la jurisprudencia.

Una primera variante a considerar sería reconocer, casi con un carácter absoluto, la voluntad de la persona afectada, permitiendo la designación de apoyos mediante un instrumento privado, el cual sería plenamente operativo y estaría subordinado enteramente a lo que las partes pacten, dándoles el alcance que estas consideren necesario. Si bien una interpretación en este sentido propicia el reconocimiento de la voluntad de la persona, no se puede soslayar que su aplicación plantea una serie de problemas que parecen infranqueables.

Está claro que deberían potenciarse cauces adecuados para que la autonomía de la voluntad de estas personas, en la medida de sus posibilidades, tenga su reflejo en la constitución y funcionamiento de las medidas de apoyos que necesiten, pero en pos de la rapidez y el respeto de la autonomía no se los puede dejar librados a posibles violaciones de sus derechos; máxime si se considera que se trata de sectores que se encuentran entre los más vulnerables de la población. Además, el instrumento privado tendría que tener fecha cierta en los términos del art. 317 CCCN para poder ser oponible a terceros. En tal sentido, la inscripción del instrumento privado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas podría operar como un hecho constitutivo de fecha cierta.

En este punto hay que recordar que el artículo 12 de la CDPD impone que es deber de los estados asegurarse de que se 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. Vale concluir, entonces, que debe encontrarse un equilibrio entre protección y autonomía, por lo que un acuerdo de apoyos celebrado mediante instrumento privado, sin ningún tipo de salvaguardia iría en contra de la finalidad misma de la Convención y del Código.

Una segunda variante, que, entendemos, supera muchos de los inconvenientes señalados anteriormente, sería celebrar todo acuerdo de apoyos mediante instrumento público, siendo este un requisito formal necesario para la validez del acto, con la finalidad de otorgar un mayor grado de seguridad sobre cuál es la voluntad de la persona y la inexistencia de influencias indebidas.

Tal como se señalara, la figura del apoyo transita por andariveles separados al proceso de determinación de la capacidad, pero esto no obsta a que se tengan que disponer las correspondientes salvaguardias. En este sentido, se puede argumentar que sería propicia la intervención notarial en la celebración del acuerdo, siendo este mediante instrumento público, al efecto de dotar de seguridad a los negocios jurídicos en que intervengan dichas personas y los que con ellas contraten, por lo que la intervención de una autoridad pública que vele en el tráfico extrajudicial por la valoración adecuada de su capacidad, de la inexistencia de vicios en la formación de su voluntad y de la adecuación a la legalidad de estos, funciones normalmente adjudicadas a los escribanos,¹² aparecería como indispensable.

En contra de esta idea, se podría alegar que la exigencia de la instrumentación mediante instrumento público sería un requisito posiblemente violatorio del principio de igualdad y no discriminación, ya que podría impedir la constitución de las medidas de apoyo necesarias a aquellas personas que no puedan afrontar los gastos que se derivarían de dicho acto. Si bien este es un argumento atendible, ya hemos señalado que no sería posible, a la luz de la CDPD, la constitución de medidas de apoyo extrajudiciales sin contar con las debidas salvaguardias. Una alternativa que también podría ser evaluada al efecto de salvar este obstáculo es la creación de otro tipo de estructuras que sirvan para garantizar y controlar el cumplimiento de estas salvaguardias, como podría ser la creación de una autoridad

12. ETCHEGARAY, N., *El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. Declaración del mundo interior*, consultado en [<http://www.revista-notariado.org.ar/2016/11/el-notario-y-el-juicio-de-capacidad-del-requiere-frente-al-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>] el 25/1/2018.

pública que centralice la constitución de medidas de apoyo voluntarias, vigilando el cumplimiento de los extremos mencionados.

A su vez, en el caso de que la persona que celebra un acuerdo, designando en él a una o más personas para que actúen como sus apoyos para la toma de decisiones, sea pasible de ver limitada su capacidad de ejercicio, estas disposiciones dictadas por los afectados deberían ser vinculantes para el juez y, por consiguiente, para que este se desvíe de la voluntad expresada por el afectado imponiendo otros apoyos, deberían justificarse de manera explícita las razones que llevan a considerar que esa designación podría vulnerar los derechos del afectado y de ninguna manera podría imponerse un apoyo distinto al que la persona requiere si esta tiene la posibilidad de comunicar su intención y no manifiesta su conformidad.

La tercera variante posible sería requerir la homologación judicial de todo acuerdo de apoyos, como requisito para su validez. Tal interpretación encontraría sustento en el hecho de que el art. 43 CCCN dispone que es deber de los jueces procurar la protección de la persona respecto a conflictos de intereses o influencias indebidas, por lo que, haciendo una interpretación literal del citado artículo, parecería insoslayable la intervención judicial, actuando como salvaguardia.

Sin embargo, como ya hemos señalado, entendemos que una interpretación demasiado estricta en este sentido podría dar lugar a soluciones disvaliosas, desvirtuando el sentido del Código y de la CDPD, exigiendo ritualismos que podrían significar una restricción excesiva a la libertad; máxime si se considera que el nuevo paradigma que instaura la CDPD implica un reconocimiento a la autonomía de la persona con discapacidad para que ejerza sus derechos como un igual en la sociedad. Asimismo, difícilmente podría hablarse de un apoyo extrajudicial si se exige en todos los casos la intervención judicial para su designación.

En todos los supuestos, se trata de soluciones novedosas que tendrán que ser sopesadas por los operadores del derecho y que, hasta tanto no exista una regulación legal específica, quedarán en manos de los jueces.

Otra cuestión de relevancia que hace a la protección tanto de la persona como de terceros que celebren negocios jurídicos con ella, es la publicidad registral. En ese sentido el art. 39 CCCN dispone que la sentencia que determine la restricción de la capacidad debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Esta inscripción, como se notará, no hace referencia a la designación del apoyo (sea judicial o extrajudicialmente),

sino que lo que se busca publicitar es la restricción de la capacidad. Por ello, entendemos que, además, deberían ser registrados los acuerdos de apoyos, especificando la modalidad bajo la cual fueron constituidos (por ejemplo, si se requiere asentimiento del apoyo para actos de disposición), a efectos de otorgar publicidad hacia terceros de aquellas situaciones que podrían afectarlos al momento de celebrar negocios jurídicos con la persona.

Por otro lado, como bien señala Jorge,¹³ sería propicio analizar como alternativa a lo mencionado anteriormente, la posibilidad de crear un registro a nivel nacional en el cual se dejen plasmados los distintos apoyos que se dicten a favor de la persona. Centralizar la inscripción de los apoyos favorecería la realidad de estos, pues es muy amplia la gama de posibilidades que pueden representar los apoyos, volviendo siempre al concepto de que el apoyo es un “traje a medida”, por lo que puede encontrarse que se requiera asentimiento de este para actos de disposición, que tenga funciones de representación conforme al art. 101 inc. “c”, entre muchísimas otras modalidades, además de que este registro permitiría que el apoyo designado extrajudicialmente pueda tener la publicidad que corresponde.

Nuevamente, resulta de utilidad traer el ejemplo de España, donde, a partir de la ley 1/2009, surge la obligación de inscribir en el Registro Civil Central los distintos hechos, situaciones y resoluciones judiciales o actuaciones notariales que puedan afectar a la persona con discapacidad.

V. LAS DISPOSICIONES EN PREVISIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD COMO UN APOYO EXTRAJUDICIAL

Hasta el momento, nos hemos referido principalmente a las posibilidades que le asisten a una persona de determinar, en los supuestos en que esto sea posible, quién va a actuar como su apoyo por existir en ese momento una situación que obsta al pleno ejercicio de sus derechos de manera autónoma.

A su vez, existe otra variante que comparte la misma finalidad y que está mucho más desarrollada por la doctrina y la legislación comparada; a saber, las disposiciones en previsión de la propia incapacidad, también llamadas mandato de autoprotección. Este instituto refiere a la posibilidad de disponer medidas atinentes tanto a lo personal como patrimonial (en lo que

13. JORGE, C. S., ob. cit.

a nosotros nos interesa, designación de curador o apoyos) para el supuesto futuro y eventual de que sobrevenga una incapacidad.

En definitiva, desde un punto de vista teórico, no sería más que disponer que determinadas personas o instituciones actúen como apoyos extrajudiciales o voluntarios, con la salvedad de que su validez está sujeta a la condición suspensiva de que ocurra un hecho incapacitante, por el cual la persona no tenga el discernimiento necesario para expresar su voluntad.

Al respecto, en la Observación General Nro. 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, específicamente dedicada al art. 12 de la CDPD, se señala:

“Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada. El momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental”.

Como se ve, en esta observación el Comité refuerza la idea de promover la autonomía de la persona para que pueda designar todas las medidas concernientes a su futuro, incluyendo quiénes van a ser sus apoyos. Este concepto va en la misma línea de lo expresado hasta aquí sobre la posibilidad de designar los apoyos necesarios de manera extrajudicial, solo que en este caso con ciertas características particulares en cuanto a que la designación es previa a la situación en que estos resultan necesarios.

En nuestro Código encontramos que el art. 139 dispone que “[l]a persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”. En verdad, como bien señalan Lafferriere y Muñiz, aunque el artículo citado refiere a directivas anticipadas “su alcance aparece limitado a la cuestión del discernimiento de quién ejerce la ‘curatela’. Incluso, a pesar de que se habla de ‘designar’ al curador, se trata de una ‘propuesta’ que en todos los casos debe ser ‘aprobada judicialmente’

y pasar por el procedimiento previsto en los artículos 31 y siguientes del CCC”.¹⁴ En igual sentido, no gozan de la operatividad de las directivas médicas anticipadas, a las cuales refiere el art. 60, dado que estas no requieren de homologación judicial.

Otro aspecto dudoso, dada la incompleta redacción de este artículo que solo refiere a la curatela, es si estas “directivas anticipadas” serían aplicables a los apoyos. Por nuestra parte, siguiendo nuevamente a los autores citados,¹⁵ entendemos que se impone la respuesta positiva a la pregunta, basándonos en el art. 43 CCCN en cuanto dispone que “[e]l interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo” y por aplicación directa de la CDPD.

Cabe aclarar que todas las consideraciones vertidas previamente sobre los apoyos extrajudiciales son aplicables a este supuesto. Por ello es que se podrían emitir directivas anticipadas para supuestos ajenos a los procesos de determinación de la capacidad.

En este punto, vale hacer referencia una vez más al ejemplo español, donde las directivas anticipadas en previsión de la propia incapacidad son plenamente operativas y vinculantes para el juez, salvo que de ello pueda surgir un daño a la persona.

Se ha postulado en ese país que estas directivas anticipadas podrían instrumentarse por medio de un contrato de mandato, a través de los denominados poderes preventivos.¹⁶

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con que el CCCN en su art. 1329 dispone que el mandato se extingue por la incapacidad del mandante, lo cual nos pone ante una disyuntiva sobre si se podría instrumentar las disposiciones en previsión de la propia incapacidad mediante este contrato. En principio, consideramos ineludible que la pérdida de discernimiento del mandante produce la extinción del mandato, más allá de

14. LAFFERRIERE, J. N. y MUÑIZ, C., ¿Contempla el nuevo Código Civil y Comercial un “mandato de autoprotección” en materia de capacidad?, en V JORNADAS NACIONALES SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS, Buenos Aires, 1 y 2 de junio de 2017.

15. LAFFERRIERE, J. N. y MUÑIZ, C., ob. cit.

16. RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos*, en XLV JORNADAS DE LA FUNDACIÓN AEQUITAS, San Cristóbal de La Laguna, 11 de noviembre de 2011, consultado en [http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias] el 26/1/2018.

las diversas interpretaciones que se han hecho de este artículo,¹⁷ por ser un requisito inherente y esencial del instituto, lo cual no implica que no existan, de *lege lata*, herramientas al efecto de disponer medidas para una futura falta de capacidad.

A tal efecto, resulta necesario distinguir mandato y poder, que al decir de Negri Pisano:¹⁸

“Son dos figuras que pueden coexistir, pero ello será una cosa accidental, no necesaria. Pueden celebrarse mandatos que no faculden para representar [...] y hay poderes independientes de la existencia de un mandato. De donde se deduce que mandato y poder no son el lado interno y el lado externo de una misma relación jurídica, sino dos relaciones jurídicas diversas entre sí, que únicamente coinciden de hecho en muchos casos. Constituye por tanto una necesidad jurídica hallar la separación rigurosa entre estos dos conceptos. Se trata de dos negocios jurídicos completamente distintos, basados en supuestos diferentes y de contenido y efectos diversos”.

Concluye este autor que “[e]l poder es el instrumento para cumplir la finalidad perseguida por la relación de gestión, pero no forma parte de esta ni puede confundírsele con ella. La relación básica origina el derecho del apoderado para actuar y generalmente su obligación de hacerlo. Pero su facultad de actuar proviene del poder”.

En consecuencia, coincidimos con Brandi Taiana,¹⁹ quien señala que, en cuanto al requisito de la capacidad exigible para celebrar actos jurídicos en cada momento, deberá estarse a los requisitos propios del negocio subyacente y no es requisito esencial de la representación la capacidad del representado al momento de su ejercicio.

Al respecto, resulta necesario recurrir a la regulación del CCCN en cuanto a la representación voluntaria, que, en lo que a nosotros nos interesa, estipula:

17. Para un análisis con mayor profundidad de la temática, ver LAFFERRIERE, J. N. y MUÑIZ, C., *Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial unificado*, consultado en [<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2112.pdf>] el 27/1/2018.

18. NEGRI PISANO, L. E., *La representación voluntaria. El poder y el mandato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, p. 133.

19. BRANDI TAIANA, M., *El poder al servicio del derecho de autoprotección*, consultado en [<http://www.revista-notariado.org.ar/2016/04/el-poder-al-servicio-del-derecho-de-autoproteccion/>] el 27/1/2018.

“Artículo 362. Caracteres. La representación voluntaria comprende solo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo...”. Conforme venimos sosteniendo en este trabajo, toda persona puede designar quién va a ser su apoyo o curador y dictar otras medidas de autoprotección.

“Artículo 364. Capacidad. En la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento, para el representante es suficiente el discernimiento”.

“Artículo 380. Extinción. El poder se extingue [...] h) por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado”.

Surge de lo expresado por los autores citados y de las previsiones de nuestro Código que el contrato de mandato no es el instituto idóneo para servir a las disposiciones en previsión de la propia incapacidad, por cuanto, como contrato, se extingue por la discapacidad sobreviniente del mandante. Asimismo, vale aclarar que las causales de extinción del poder y del contrato de mandato son diferentes, toda vez que el poder, como herramienta independiente del contrato de mandato y que puede tener origen en un acto o negocio subyacente diferente, no se extingue por la incapacidad sobreviniente del poderdante, sino por la falta de esta al momento de su otorgamiento.

Por ello, seguimos nuevamente a la autora citada²⁰ en cuanto dice:

“El poder como instituto abstracto independiente del contrato de mandato es una herramienta eficaz que puede otorgarse con causa en un acto de autoprotección. En este caso, la extinción del poder se regirá por las reglas de su causa subyacente y, por tanto, nacerá a la vida jurídica ante la existencia de la discapacidad. De esta manera, evitamos forzar la letra expresa de nuestras normas vigentes y conculcar principios esenciales del contrato de mandato con el fin de coadyuvar a la autogestión de una eventual futura discapacidad. [...] Lo anterior no obsta que puedan otorgarse poderes que tengan como negocio subyacente un contrato de mandato y, además, un acto de autoprotección, razón por la cual, a pesar de la extinción del mandato por la discapacidad sobrevenida, el poder seguirá vigente con motivo del acto de autoprotección que también le subyace. Ello nos permitirá, en la práctica, contar con un medio legítimo indubitable de actuación frente a terceros que, a la par que protege a la persona con discapacidad, protege la seguridad jurídica del tráfico negocial”.

20. BRANDI TAIANA, M., ob. cit.

Una cuestión que surge es si puede considerarse al “apoyo” extrajudicial como un contrato de mandato o un poder y cuáles serían las diferencias entre ellos.

En principio, el apoyo extrajudicial aparece como una figura más amplia y con contornos menos definidos que tanto el mandato como el poder, pero que eventualmente pueden subsumirse y actuar estos como supuestos de apoyos voluntarios.

Como hemos visto, la figura del apoyo admite una multiplicidad de variantes adaptadas siempre a la naturaleza de la persona y que, por su naturaleza, refiere a un papel más de asistencia que de representación, sin perjuicio de que puedan adoptar esta variante conforme al art. 101 inc. “c”. De allí se desprende que, cuando el mandato o el poder sean herramientas de las cuales se vale la persona necesitada de soportes para el desarrollo de su capacidad de ejercicio y se cumplen las salvaguardias a las que repetidamente hemos hecho referencia, ambas figuras podrán configurar supuestos de apoyos extrajudiciales, aunque de más está decir que estos no se agotan allí.

A su vez, es dable destacar que lo que hemos expuesto en relación a las disposiciones en previsión de la propia incapacidad puede ser perfectamente extrapolado hacia los acuerdos de apoyo que celebre una persona que en ese momento requiere asistencia para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica, sin limitar esta figura a disposiciones de autoprotección que tendrán efecto en el futuro.

En todos los supuestos, es necesario recordar que, conforme surge de las salvaguardias que establece el art. 12 CDPD y la observación del Comité que hemos citado anteriormente, va a ser la propia persona quien determine el alcance y la duración de la medida de apoyo y podrá modificarla o dejarla sin efecto siempre que no se encuentre privada de su discernimiento y, por consiguiente, pueda comprender el alcance de sus decisiones.

Por último, vale mencionar un ejemplo de la doctrina española²¹ sobre cómo se podrían implementar en la práctica las instituciones que hemos desarrollado. Pensemos en una persona que encarga a otro su futuro o presente cuidado, le suministra los poderes necesarios que incluyen los actos jurídicos que lo autoriza a realizar. Es en este momento, los poderes que le otorga, cuando además puede establecer cautelas o controles superpuestos al propio mandato. Por ejemplo, en un mandato a un hijo (que es el que

21. RUEDA Díaz de RABAGO, ob. cit.

se va a encargar de la atención y, eventualmente, puede ser retribuido por ello) puede establecer que para actos de enajenación de inmuebles sea preciso el asentimiento de varios de ellos.

VI. ¿QUIÉNES PUEDEN SER APOYOS?

Otro aspecto que también resulta necesario plantear es quiénes pueden officiar de apoyos. Está claro que las personas humanas pueden serlo, lo cual es el escenario más común, habida cuenta de que normalmente la designación de apoyos no es más que darle exigibilidad jurídica a una situación de la realidad, en la cual suelen ser los familiares u otras personas cercanas quienes actúan como tales.

La cuestión resulta más dudosa en cuanto a las personas jurídicas. En principio, el CCCN nada dice respecto a si pueden o no ser apoyos, en otra omisión que hubiese sido propicio salvar, regulando explícitamente esta posibilidad; máxime si se considera lo novedoso de las figuras en cuestión. Ahora bien, pese a no estar expresamente regulado, tampoco está prohibido que lo sean, por lo que se puede interpretar que nada obstaría a que se introduzca la figura del apoyo, tanto el designado judicialmente como el extrajudicial, en cabeza de personas jurídicas, sean estas privadas o mixtas, siempre que tengan una finalidad tuitiva hacia las personas con discapacidad y se cumplan con las correspondientes salvaguardias.

Un sistema que bien nos podría servir a título de ejemplo es el español, en el cual la función de apoyos la cumplen las fundaciones tutelares. Estas son personas jurídicas que cuentan con un área de gestión y dirección, un área social y otra jurídica adaptada a cada persona.²²

Cabe recordar que una de las características fundamentales del sistema de apoyos es ser un “traje a medida” de cada persona, para, de esa manera, poder aportar soluciones específicas para promover la autonomía y asegurar el más completo goce de los derechos. En este sentido, los sistemas operados por personas jurídicas con un alto grado de especialización, división de tareas y profesionales de distintas áreas parecieran ser una

22. RODRÍGUEZ FANELLI, L. y JORGE, C. S., “Las personas jurídicas como curador y/o apoyo especializados de la persona con padecimiento mental”, en BUERES, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. 1A, pp. 354-361.

solución acorde a la teleología del sistema, ya que pueden brindar soluciones completas y que, en definitiva, sirvan para asegurar tanto la protección de la persona como para la promoción de su autonomía.

En nuestro país, como señalamos, entendemos que no habría impedimentos a que se designe a personas jurídicas como apoyos, como complemento a los familiares o allegados, cuando se requiera un grado de especialización mayor al que estos pueden brindar o cuando directamente estos no se encuentren presentes. Un buen ejemplo de personas jurídicas que podrían ocupar este lugar son los centros de día, que cumplen una importante labor en la inclusión, recuperación y promoción de la autonomía de las personas con discapacidades mentales.

VII. CONCLUSIONES

Hemos visto que estamos recorriendo un camino hacia el reconocimiento de la persona con discapacidad como sujeto de derecho, que interactúa como un igual en la sociedad. En este marco, creemos que todavía podemos mejorar más las instituciones que recepta nuestro ordenamiento jurídico para asistir a las personas que necesitan un acompañamiento en su capacidad de ejercicio, especialmente para que una persona a la cual no se le haya restringido esta capacidad pueda beneficiarse de la función tuitiva que están llamadas a desempeñar esas instituciones. Difícilmente pueda hablarse de autonomía si no se le da un valor jurídico a la voluntad de las personas con discapacidad para decidir lo que es mejor para sí mismas.

Por ello es que reviste una importancia tal la figura del apoyo extrajudicial, que tiende a hacer efectivo ese ejercicio autónomo de los derechos de la persona y que es una herramienta que, consideramos, se encuentra disponible hoy en día, tanto en la CDPD como en nuestro Código Civil y Comercial, sin necesidad de hacer consideraciones *de lege ferenda*, por lo que resta que los operadores del derecho empiecen a vislumbrar las ventajas que podría proporcionar.

Sin perjuicio de esto, el CCCN, más allá de nombrar su existencia, no regula de manera extensiva cómo se podría implementar. En consecuencia, y considerando lo novedoso de la figura, sería propicio que se dicte una ley que llene algunos de los vacíos que ha dejado el Código y que nos acerque aún más a cumplir los mandatos de la Convención.

Es innegable que se trata de posturas y soluciones novedosas, que costará asumir con normalidad por todos los profesionales y operadores jurídicos implicados en esta materia y de las propias personas con discapacidad y sus familias, pero empezar a utilizar las herramientas que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico puede suponer un avance importante para superar los escollos que se plantean en la situación jurídica de estas personas.

Asimismo, hay que destacar que los inconvenientes que plantea todo proceso de restricción a la capacidad no son solo un gravamen para las personas afectadas, sino para la sociedad en su conjunto, y que arbitrar soluciones distintas supondría, sin menoscabo de la seguridad jurídica, una ventaja para el propio sistema judicial, procesal y para las propias familias, que se ven abocadas en la actualidad a un procedimiento costoso para todos, incómodo, y que, pese a los innegables avances que se han dado en los últimos años, puede llegar a estigmatizar a las personas afectadas.

En este sentido, siendo la protección de los derechos de las personas con discapacidad el eje sobre el cual debe girar cualquier regulación que se haga al respecto, debe tenerse en cuenta que esta protección no puede suponer una imposición de una voluntad ajena, sino que debe reconocerse el derecho de la persona con discapacidad de elegir para su vida los caminos que entienda más convenientes. Para ello, debe tomarse como principio rector a la dignidad del riesgo, que implica que “no debe privarse a la persona con discapacidad de su posibilidad de elegir y actuar [...] es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse”.²³

Si bien el CCCN ha reconocido buena parte de estos principios, resulta necesario que se siga avanzando en el desarrollo de legislación que verdaderamente le dé a la figura del apoyo la entidad que merece, independizándola de los procesos de determinación de la capacidad y volviéndolos una herramienta accesible a todos aquellos que lo necesiten. Para ello sería propicio que se avance en operativizar la posibilidad de designar apoyos extrajudicialmente, reconociendo de este modo verdaderamente la autonomía e igualdad de las personas con discapacidad, con los ajustes razonables que el legislador decida imponer.

23. KRAUT, A. J. y DIANA, N., *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 1.

BIBLIOGRAFÍA

- BRANDI TAIANA, Maritel, *El poder al servicio del derecho de autoprotección*, consultado en [<http://www.revista-notariado.org.ar/2016/04/el-poder-al-servicio-del-derecho-de-autoproteccion/>] el 27/1/2018.
- CABELLO DE ALBA JURADO, Federico, “Alternativas al procedimiento de incapacitación”, en JORNADAS AEQUITAS DEL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la convención*, Madrid, 25 y 26 de abril de 2013, consultado en [<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias>] el 25/1/2018.
- ETCHEGARAY, Natalio, *El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. Declaración del mundo interior*, consultado en [<http://www.revista-notariado.org.ar/2016/11/el-notario-y-el-juicio-de-capacidad-del-requirente-frente-al-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>] el 25/1/2018.
- FERNÁNDEZ, Silvia, “Comentario al artículo 43”, en HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo D. y PICASSO, Sebastián (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, t. I, pp. 151-154.
- , “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 52, Abeledo Perrot, 2011, pp. 211-241.
- GIAVARINO, Magdalena, “La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en ABREUT DE BEGHER, Liliana E. et al., *Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, pp. 116-130.
- INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en 34° período de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/34/58.
- JORGE, Carina S., *En búsqueda de una realidad propia para el sistema de apoyos para la persona con discapacidad mental en la República Argentina*, MJ-DOC-11233-AR.

- KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 1.
- y PALACIOS, Agustina, “Comentario al art. 43 CCC”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, t. I, pp. 246-252.
- LAFFERRIERE, Jorge N. y MUÑIZ, Carlos, *Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial unificado*, consultado en [<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2112.pdf>] el 27/1/2018.
- , ¿Contempla el nuevo Código Civil y Comercial un “mandato de autoprotección” en materia de capacidad?, en V JORNADAS NACIONALES SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS, Buenos Aires, 1 y 2 de junio de 2017.
- NEGRI PISANO, Luis E., *La representación voluntaria. El poder y el mandato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- OLMO, Juan P., “Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿crónica de una responsabilidad internacional anunciada?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 4, N° 6, julio de 2012.
- RODRÍGUEZ FANELLI, Lucía y JORGE, Carina S., “Las personas jurídicas como curador y/o apoyo especializados de la persona con padecimiento mental”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. IA, pp. 354-361.
- RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel M., *Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos*, en XLV JORNADAS DE LA FUNDACIÓN AEQUITAS, San Cristóbal de La Laguna, 11 de noviembre de 2011, consultado en [<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias>] el 26/1/2018.

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

LEROSE, María Regina, “La Teoría Pura del Derecho: un recorrido panteísta...”, pp. 135-147

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO: UN RECORRIDO PANTEÍSTA HACIA LA SUPERACIÓN DEL DUALISMO ESTADO Y DERECHO*

MARÍA REGINA LEROSE**

“La ironía es el juego de un pensamiento que se permite fundar la ley sobre un Bien infinitamente superior; el humor, el juego de este pensamiento que se permite sancionarla a través de un Mejor infinitamente más justo”.¹

Resumen: Este trabajo presenta brevemente parte de las críticas que realiza Hans Kelsen al Estado como personificación metafórica del Derecho. Se observará además la necesidad de deconstruir aquellos dualismos metodológicos que impiden la formación de una ciencia pura, libre de ideologías, políticas o cualquier aspecto que no sea normativo y exceda a su objeto de estudio: el Derecho. Este recorrido hacia la superación del dualismo Estado/Derecho y el sentido de unidad que planteará el autor en varias de sus obras, podría ser un modo de expresión del panteísmo jurídico, cuestión que será analizada a través de uno de sus discípulos más conocidos, como es Luis Legaz y Lacambra.

Palabras clave: filosofía del derecho – derecho – Hans Kelsen – estado – panteísmo – teología – jurisprudencia

Abstract: This paper provides a brief overview of Hans Kelsen critiques of the State as a metaphorical personification of the law. It will also show the need

* Recepción del original: 11/04/2018. Aceptación: 02/05/2018. El presente artículo surge como resultado de la investigación realizada en el curso bimestral de CPO “Kelsen político” a cargo del Dr. Gonzalo S. Aguirre, a quien se agradece el acompañamiento y motivación continua en la investigación jurídico-filosófica. Una versión preliminar del trabajo fue presentada en las III Jornadas Interclaustros de Teoría del Estado y del Derecho “Derecho, Filosofía y Política como esquema interdisciplinario de investigación y formación” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, el 14 de noviembre del 2017.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

1. DELEUZE, G., *Presentación de Sacher Masoch, lo frío y lo cruel*, 1967.

to deconstruct those mythological dualisms that prevent the formation of pure science, free of ideologies, policies or any aspect that are not normative and exceeds the object of study: the law. This journey towards the overcoming of State/Law dualism and the sense of unity that the author will establish in several studies, could be a way of expressing juridical pantheism, an issue that will be analyzed through one of his best-known disciples, as Luis Legaz y Lacambra.

Keywords: philosophy of law – law – Hans Kelsen – state – pantheism – theology – jurisprudence

I. INTRODUCCIÓN

Hans Kelsen fue uno de los juristas más relevantes de la historia. Discípulo del pensamiento kantiano, escribió *La Teoría Pura del Derecho*, obra simbólica caracterizada por su pureza en el modo de exposición metódica y sistemática de un esquema ideal para la interpretación de hechos reales, como es el dispositivo normativo. Este método formalista, incluso geométrico, influyó en la creación de las distintas constituciones posteriores a la austríaca. En el año 1964 saldría publicada *Religión secular*, obra que el mismo autor retira de la editorial antes de su impresión, hasta que en 2012 el Hans Kelsen Institut logra publicarla. La particularidad que se halla en dicho libro es cómo el autor se desplaza del enfoque jurídico tradicional mantenido a lo largo de su carrera, para realizar una crítica a los que tratan a las ciencias y políticas modernas como de teologías encubiertas y degeneradas. Para Kelsen la emancipación de la ciencia de la especulación metafísico-religiosa es un elemento característico que hizo posible la civilización moderna y será esta una idea que sostendrá a lo largo de su carrera. En efecto, mucho antes de la publicación de *Religión Secular*, incluso antes de *La Teoría Pura del Derecho*, en 1933 fue publicada la tesis doctoral de uno de sus discípulos Luis Legaz y Lacambra, titulada "Kelsen: Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena", en la cual se estudian parte de los escritos anteriores al desarrollo completo de su teoría, en los que ya se veía reflejada la misma preocupación: la necesidad de una teoría pura del derecho depurada de elementos iusnaturalistas, ideológicos y políticos. El conflicto que perduraba entonces era falta de definición de un objeto normativo claro, cuestión que se hallaba no solo en las teorías del derecho naturalistas, sino también (lo que tendía a ser más engañoso) en las teorías positivistas.

El problema que predomina en las distintas corrientes de pensamiento al intentar formar una teoría del derecho, según considera el autor, es la afición a las construcciones dualistas para los conceptos que se tratan en el desarrollo de sus respectivos estudios. El caso más relevante sobre el que Kelsen trabaja de manera constante es el de Estado y Derecho, cuya dualidad cumpliría la función ideológica mediante la cual es posible justificar la existencia del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), es decir, legalizar un concepto de Estado, (dependiendo de los intereses a los que apunte cada teoría) con un accionar justificado. Cabe entonces que, para definir el objeto de estudio libre de pretensiones ideológicas, para formar una ciencia del Derecho (*Recht*) o del Estado (*Staat*), sea necesaria la unidad de método; una unidad que requiere y exige un objeto único. Dicho de otro modo, existe un orden jurídico cuyos modos de expresión pueden ser descentralizados, pero forman parte de una unidad y una misma sustancia a la cual también puede nombrarse como Estado o Derecho, ya que equivalen a lo mismo. Esta idea de Kelsen es tratada en la tesis de Legaz y Lacambra como "panteísmo jurídico",² cuestión a la que nos abocaremos en este trabajo para intentar aproximarnos más al modo de pensar del gran jurista del siglo XX.

II. LOS PROBLEMAS DE LA DUPLICACIÓN DEL MUNDO

La relación entre Estado y Derecho tratada insistentemente por Kelsen es una cuestión que lo ha hecho centro de muchas críticas debido a la dificultad que ha tenido para mantener en todo momento una posición constante al respecto.³ Las inquietudes que reflejaba sobre el tema eran exigidas también por el contexto histórico en el que se encontraba:⁴ la ideología

2.. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Kelsen: Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona, Bosch, 1933, cap. 55.

3.. Kelsen comienza trabajando el tema desde sus primeras publicaciones, y a través de las distintas obras tratadas cronológicamente, se puede observar cómo va intentando definir un concepto claro que a su vez permita responder a las críticas que iban surgiendo.

4.. "El propio Kelsen acepta en su autobiografía que es posible que haya llegado a esta idea en vista de que el Estado que le era más próximo y el cual conocía por experiencia personal y por observación, el Estado austríaco, constituía obviamente una unidad jurídica – A la vista del Estado austríaco, compuesto de grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algún

liberal germánica utilizaba el concepto "*Rechtsstaat*" para otorgarle jerarquía al Estado (como gobierno) por sobre el derecho, a modo de legitimar su accionar. Parte (entonces) del estudio de Kelsen fue deconstruir esta concepción y redefinirla bajo un concepto de unidad expresado como orden jurídico, método por el cual debiera sostenerse una ciencia jurídica que evite el abuso de poder. Dice al respecto:

"Para una descripción científica, el Estado, considerado como un agente personal, no es sino la personificación de un orden legal nacional; pero si dicha personificación es hipostasiada y, con ello, se produce la ficción del Estado como una cosa realmente existente, diferente de la ley e independiente de ella, surge el falso problema de la relación entre Estado y ley".⁵

Ahora bien, Kelsen advierte que el problema de los dualismos es de origen platónico,⁶ y es así que, para sostener su rechazo hacia esta postura, comienza rastreando el funcionamiento del "*Staat*" desde las sociedades primitivas hasta la actualidad. El primer punto que encuentra como obstáculo, es la confusión a la que se tiende cuando se trabaja con los distintos conceptos de la palabra "Estado".⁷ Una correcta aproximación que permitiría superar este conflicto, sería abordarlo desde una noción equivalente a ordenamiento jurídico y, principalmente, desde el desapego a la idea trascendental y poderosa a la cual se lo asimila.

Es así que a lo largo de su trabajo Kelsen planteará las dificultades epistemológicas que generan las ficciones personificativas cuando pasan

nexo psicosocial o biológico-social de los hombres que jurídicamente pertenecen al Estado, se muestran claramente como ficciones. En tanto que esta teoría del Estado es una parte esencial de la teoría pura del derecho, puede considerarse a la teoría pura como una teoría específicamente austríaca". METALL, R. A., ESQUIVEL, J. (trad.), *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, pp. 46-49.

5.. KELSEN, H., *Religión Secular*, Madrid, Trotta, 2015, p. 55.

6.. Según el autor, "el dualismo ético del bien y el mal es, por así decirlo, el anillo que funde en íntimo abrazo los otros dualismos ontológicos y epistemológicos, nacidos con y del dualismo ético". Todo como parte de la necesidad de formación de un plan político en *Politeia*. KELSEN, H., "La justicia Platónica" (*Die Platonische Gerechtigkeit*) en KELSEN, H., *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

7.. Ciertamente es que el término "Estado" posee muchos significados, y no todos los numerosos usos de la palabra, según los cuales el Estado es ora dominante, ora dominado, ora designa a un pueblo, ora un territorio, ora una constitución, se identifica con un círculo ora amplio, ora más reducido, pero nunca rigurosamente deslindable de personas que poseen alguna calificación. KELSEN, H., "Dios y Estado", en CORREAS, O. (comp.), *El otro Kelsen*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 253.

de ser un modo auxiliar del pensamiento a un objeto principal de pensamiento. El conflicto no solo radica en hipostasiar ese objeto principal, sino que, además, como resultado de esa operación, se obtiene la duplicación del objeto quedando una parte subordinada a la otra. Esta acción según Kelsen es parte de una "economía del pensamiento" y su origen radica en la tendencia primitiva del hombre hacia el antropomorfismo, la cual no es más que una forma de duplicación del mundo. A su vez, y aquí otro indicio de su tendencia panteísta, el objeto tomado como absoluto queda como idea representativa del todo a la que podríamos llamar sustancia (*Substanz*), apegados al vocabulario utilizado por el autor. Dicha sustancia, a modo de exposición, podría dividirse en dos partes: una sustancia viviente espiritual y una sustancia muerta material. La primera se equipara con el Estado, no como órgano de gobierno ni como sujeto al cual podrá ser imputable un hecho, sino como lo que él llama "arquitecto trascendente". Es decir, es aquella idea del todo en la que se representa el hombre, que dependiendo del momento histórico puede adquirir distintos nombres (Dios, Naturaleza, etc.). Dicha idea, tiene un origen primitivo, como explica Kelsen en "Sociedad y Naturaleza",⁸ que le otorga una entidad metajurídica al objeto de conocimiento, siendo este de carácter preexistente (incluso originario) al orden jurídico. Esto a su vez es la fuerza que produce el Derecho, expresada comúnmente como voluntad del Estado.

Para explicarlo de otro modo, el Estado es la personificación de la unidad del orden jurídico. El dualismo de Estado y Derecho proviene entonces de hipostasiar esa personificación, afirmando que la expresión figurada "Estado" es un ser real, y oponiéndola así al Derecho.

Con respecto a la sustancia muerta material, se identifica con el Estado como sujeto de actos. Kelsen explica que la Teoría Pura del Derecho no niega el punto de vista tradicional de que el Estado es una sociedad política; pero afirma que un grupo de individuos que puede formar una unidad social como es la "comunidad jurídica", puede hacerlo solo sobre la base de un orden. El Estado no es sus individuos; es la específica unión de los individuos, y esta unión es la función del orden que regula su comportamiento mutuo. Los individuos que crean el derecho son órganos del orden jurídico o, lo que es lo mismo, órganos del Estado. Ciertos actos ejecutados por el individuo se atribuyen al Estado. Es por ello que un determinado

8.. KELSEN, H., *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945.

acto humano puede imputarse de este modo al Estado, ya que dicha conducta está determinada por el orden jurídico; característica por la cual es posible según Kelsen, reconocer a un estado como soberano.⁹

Frente a lo anterior expuesto, Kelsen propone suprimir el mencionado dualismo: "Si la ciencia jurídica ha de salir del estadio mitológico ya superado por las ciencias naturales, ha de renunciar al concepto de Estado (como un todo): ver Dryas tras la fuente, Poseidón tras el mar o Apolo tras el sol".¹⁰ Es decir, propone que el soporte para las relaciones jurídicas sea entendido como un Estado sin doble carácter. "La doctrina positivista debe enseñar que tal unidad es un 'postulado lógico' y no hecho histórico alguno porque todo Estado es, por esencia, orden jurídico y todo Derecho orden estatal".¹¹

III. TEOLOGÍA JURÍDICA

Para ofrecer una crítica epistemológica de la teoría dualista entre Estado y Derecho, (es que) Kelsen utiliza a la Teología y su dualismo entre Dios y Naturaleza como correlato análogo a la Jurisprudencia. Refiere justamente a la manera en la que considera que las ciencias naturales lograron superar su dualismo abandonando el estadio mitológico en el que todavía se encontraba inmersa la Teoría del Estado. Esto es, a la era panteísta que logra disolver la figura hipostasiada de Dios en la Naturaleza, como un mismo orden, puede tomársela como ejemplo para entender que, a la Teoría del Estado le corresponde la era de la Teoría Pura del Derecho que disuelve la figura absoluta del Estado en el Derecho.

9.. La característica de "soberano" es en base a la reflexión que hace Kelsen acerca de la soberanía del estado "Si se resuelve el dualismo de derecho y estado, si se reconoce al estado como un orden jurídico, entonces los llamados elementos del estado –territorio y población– aparecen como las esferas territorial y personal de validez del orden jurídico nacional. [...] el "soberano" aparece como el órgano más alto del orden, y la soberanía es, entonces, no una característica del individuo o del grupo de individuos que componen este órgano, sino una característica del estado mismo. Que la característica del orden jurídico nacional, solo puede significar, sin embargo, que por encima de este orden no se supone otro orden superior." KELSEN, H., "La teoría pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica", en KELSEN, H., *La idea del Derecho Natural...*, ob. cit.

10.. LEGAZ Y LACAMBRA, L., ob. cit., p. 189.

11.. *Ibid.*, p. 200.

La ideología política en la Teoría del Estado coincide en muchos puntos esenciales con la ideología teológica religiosa. Sin embargo, previo a analizar según Luis Legaz y Lacambra la influencia panteísta de Kelsen, parece necesario aclarar el porqué del uso de la Teología para este trabajo. Dicho campo de estudio siempre ha predominado como doctrina debido a las analogías inexistentes que ha encontrado con otras ciencias, alegando que estas solo se tratan del estudio de religiones seculares que encubren su origen en la Escolástica. Lo cierto es que muchas ciencias se han servido de la duplicación de su propio objeto de estudio, como mencionábamos antes; y la Teología no es más que otro caso al respecto que ha utilizado este método, sobre todo para instaurar un modo de dominación persistente en el campo científico. Dichas dualidades, según Kelsen, son inexistentes y solo pueden ser entendidas como sustento ideológico, en el caso de la Jurisprudencia,¹² para darle al Estado una concepción metajurídica, soslayando la naturaleza de este mismo con motivo de fortalecer su autoridad y su carácter coactivo.

Por lo anteriormente expuesto, es ahora que llegamos a la verdadera raíz del pensamiento kelseniano que, según Legaz y Lacambra, es el panteísmo. Según la tesis del mencionado autor, Kelsen disuelve a la persona en relaciones dentro de la norma, es decir, reduce la persona a normas. Indica que el panteísmo es “antisubjetivista” y “universalista” al desconocer todo valor personal. Para Kelsen la persona es una ficción;¹³ la persona son las normas o la personificación de un complejo de normas: “Y eso es la esencia del panteísmo. Hacer de toda persona viva (Dios, Estado, individuo) una construcción normativa; y negar la característica de lo personal: la decisión; tal es el panteísmo de Kelsen”.¹⁴ En ese sentido también puede leerse en el estudio que realiza Kelsen al respecto:

“Uno se siente enmarañado y prisionero en esta red de conexiones, entrelazado en esta trama de relaciones; se siente como parte no autónoma de un todo, dentro del cual la pequeña función que le corresponde como

12.. Cabe aclarar que el uso del término Jurisprudencia —*Rechtswissenschaft*— es utilizado en este artículo como “ciencia del derecho” y no como el conjunto de fallos, sentencias o decisiones judiciales.

13.. KELSEN, H., “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Vaihinger”, en *Revista Crítica Jurídica*, N° 18, México, UNAM, 2001.

14.. LEGAZ Y LACAMBRA, L., ob. cit., p. 195.

miembro del mismo, solo se completa por la función de los otros miembros; de un todo cuyo sentido radica, precisamente, en esa conjunción de las partes con vistas a un armónico complementarse; de un todo que, por este mismo motivo, experimenta uno como situado por encima de sí, por encima de la simple parte, como algo superior que condiciona y posibilita su propia existencia como miembro, y ante lo cual debe suscitarse, por tanto, el sentimiento de la dependencia".¹⁵

Y, sin embargo, cabría agregar, al ser la imputación el modo de relación entre sujetos jurídicos no hay otra forma ni libertad posible fuera de este orden imputativo.

Para abordar la necesidad de la teoría pura que plantea Kelsen mediante una comparación entre la Teología y la Jurisprudencia (por lo anteriormente mencionado), Luis Legaz y Lacambra mostrará los distintos momentos procedimentales en los que se sumergen una teoría y otra, manteniendo la problemática del dualismo en sus objetos de estudio.

III.A. Dios y Estado: puntos ideales de imputación

Tanto la Teología como¹⁶ la Jurisprudencia asumen dos puntos ideales de imputación. Para la primera será Dios, y para la segunda el Estado. Ambos resultan trascendentes a lo mundano, distinguiéndose de las personas sometidas a la voluntad de Dios o a la voluntad del Estado. Los fenómenos naturales encontraban su punto ideal de imputación en la idea de Dios, ahora los hechos mundanos encontrarían su punto de imputación en el Estado. Ambos funcionarían como enlaces administradores de culpa y consecuencia, razón principal por la cual Kelsen insiste en eliminar esas figuras de poder absolutas,¹⁷ mediante un formalismo que se haga cargo de la hipótesis de una norma fundamental para sostener el resto de la cadena normativa. Así, por ejemplo, uno de los ítems que diferencian a la Teología de la Jurisprudencia, es la sanción: en el caso de la Teología, se establecen sanciones coactivas para quienes rompan con sus mandatos, pero se trata de sanciones trascen-

15. Kelsen, H., *Dios y Estado...*, ob. cit., p. 243.

16. Al comparar la Teología con la Teoría del Estado, nos referimos a la teología monoteísta al igual que lo hace Kelsen para separarse de las teorías naturalistas primitivas que se caracterizaban por un politeísmo. Se busca un punto de referencia en donde recae la imputación.

17. El autor también utiliza el término "soberanas" como sinónimo para referirse a estas figuras.

dentes. En cambio, el derecho positivo organiza el empleo de la fuerza, monopolizándola para evitar su empleo privado y subjetivo, perdurable como sistema en el tiempo; y este monopolio de la fuerza es atribuido al propio derecho, no a una autoridad externa o superior al derecho.

Es necesario aclarar que, para Kelsen, la imputación¹⁸ es una operación mental para llegar al concepto de Estado como soporte o sujeto de actos. El Estado como sujeto de actos estatales es un centro de imputación al cual le corresponde un hecho de una manera específica, a un orden que se ha supuesto en vigencia. Puede así imputarse una ilegalidad a este sujeto como a cualquiera que forme parte del ordenamiento jurídico positivo. Ahora bien, el Estado como sujeto de actos es una expresión personificadora de la unidad de orden.¹⁹ Imputarle una ilegalidad carece de razón porque al ser una figura hipostasiada sería como imputarle un pecado a Dios desde una perspectiva teológica. Si no se encuentran dichos puntos, si no se elimina el carácter "natural" de esos puntos ideales de imputación, queda a discreción de cualquier ideología.

Para comprender mejor esta cuestión, Kelsen explica cuál es el conflicto con la palabra "Naturaleza": dicha palabra impone un orden jurídico natural, y por natural ha de excluirse la arbitrariedad de su creación, es decir, su justificación está dada por sí misma y de algún modo se toma de manera objetiva. Ocurre así que la Teología, en su expresión personificativa de máximo poder (Dios) tome la característica de natural para instalarse como dispositivo del que se deduce el ordenamiento natural de la vida humana, no originariamente producido por la voluntad del hombre, pero susceptible de ser reproducido por este. Dios es, entonces para esta teoría, fuente del Derecho natural del derecho justo.

"Puede mostrarse fácilmente, que se trata tan solo del intento de legitimar como Derecho natural el Derecho positivo, justificar cualquier

18. Kelsen diferencia la imputación jurídica de la imputación natural. En la imputación natural la función de una parte es referida o atribuida al todo (ejemplo del pájaro que canta, pero solo está en funciones una parte de su organismo como puede ser la garganta); se imputa un acto al todo, considerado este como sujeto unitario, como soporte, porque se verifica dentro del sistema del todo. La imputación natural se refiere a un todo, cuya unidad nos es dada inmediatamente en la percepción sensible, la del ser. En cambio para la imputación jurídica se precisa de una operación mental, la suposición de un orden normativo. Por eso es que solo mereced a la norma puede decirse que en dicho acto obra el Estado. KELSEN, H., *Compendio de Teoría General del Estado*, Barcelona, Editorial Bosch, 1934, pp. 117-119.

19. KELSEN, Hans, *Teoría Pura...*, ob. cit., p. 119.

contenido de este con una autorización impartida por el Derecho natural a la autoridad que establece la norma, y de estabilizar así una forma de gobierno autocrático-aristocrática; pues no es Derecho natural sino Derecho positivo, porque lo que se trata de fundar con ello es una forma de gobierno".²⁰

El Derecho positivo también ordena la conducta humana, pero solo aparece con el carácter de "arbitrario" como contrario a lo natural, esto es, creado por el hombre. Por tanto aquí si algo es justo o injusto, no aplica como calificativo moral sino como un estado que describe si es o no contrario al ordenamiento jurídico establecido por el hombre.²¹

De hecho, también en la unidad de método que plantea Kelsen a la hora de exponer el problema de la dualidad entre el Derecho nacional y Derecho Internacional, es en dónde se puede identificar su tendencia panteísta: que todos los Estados formen una comunidad en la que están unos al lado de los otros en un pie de igualdad, solo es posible en la hipótesis de que por encima de los Estados, o por encima de esos órdenes jurídicos nacionales, haya un orden jurídico que los iguale al determinar sus recíprocas esferas de validez. Este orden es el Derecho Internacional positivo. Este mismo ejerce la función antes mencionada, y por esto puede ser considerado, si se abandona el supuesto de la soberanía de los estados individuales, como un sistema de normas que subsume a los órdenes jurídicos nacionales, dándoles igual rango, y uniéndolos en un orden jurídico universal.²²

IV. LA PUREZA EN EL MÉTODO GEOMÉTRICO

Kelsen ilustra su pensamiento señalando que el investigador debe proceder del mismo modo que se procede en matemáticas o en lógica, donde lo que importa no es el pensamiento en tanto fenómeno psíquico, sino lo pensado, la entidad lógica o matemática. A la Jurisprudencia le compete la forma a la que solo puede calificarse por su validez, libre de valoraciones morales e ideológicas. El derecho está en la forma, no debe ocuparse del contenido, en el contenido está el poder, cuestión que no le compete a una ciencia del Derecho y razón por la que Kelsen ha abogado desde el

20. KELSEN, H., "La idea del derecho natural", en KELSEN, H., *La idea del Derecho Natural...*, ob. cit.

21. *Ibid.*, p. 214.

22. KELSEN, H., *La idea del Derecho Natural...*, ob. cit., pp. 232-237.

principio de sus estudios. Por la forma jurídica, el poder se convierte en Derecho lo mismo que por la "forma artística" se convierte en una obra de arte un conjunto de colores y lienzos. Rechazar las formas vacías de contenido de los conceptos jurídicos formales equivale a rechazar los conceptos de la geometría, cuestión que resulta absurda en la construcción de una teoría que deba encargarse de lo que es, y no de lo que debe ser. Dicho de otro modo, el formalismo es la exigencia de la construcción normativa y en eso se basa justamente la teoría kelseniana, en la pureza metódica, o podríamos decir geométrica.

La objetividad del Estado se afirma al tratarlo como un sistema de normas independiente de los intereses subjetivos de quienes están sometidos a él. El Estado (u orden jurídico) se concibe, entonces, como autoridad que puede obligar; es la manifestación normativa de un valor, en tanto que se expresa en el mundo de los valores.²³ Es decir, el Estado se expresa a través de la norma jurídica en principios que orientan conductas "La índole normativa del Estado se advierte claramente en la contraposición comunidad-individuo. Estado-hombre. Admitir esta contraposición y seguir sosteniendo que el Estado es una entidad natural regida por el principio de causalidad, importa a juicio de Kelsen una contradicción".²⁴

V. CONCLUSIÓN

Lo cierto es que, escribir sobre Hans Kelsen supone tanto como verter agua en el océano,²⁵ de allí que este trabajo asuma que la amplitud de su obra es tal, que cada punto que se tome de la Teoría Pura del Derecho requiere atento trabajo de investigación para calibrar la importancia de Kelsen en el estudio del Derecho. Aquí hemos abordado solo la arista de la dualidad entre Estado y Derecho, para mostrar cómo a través de la unidad de sustancial fundamental que plantea Kelsen, puede hallarse una gran influencia panteísta.

El sistema formalista que instala Kelsen, según Legaz y Lacambra, permitiría ubicar al sujeto libre de la arbitrariedad de leyes subsumidas a un

23. DUJOVNE, L., *La filosofía del derecho de Hegel a Kelsen*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 408-409.

24. *Ibid.*, p. 409.

25. Misma expresión utilizada por Kelsen a la hora de escribir sobre Dante Alighieri. KELSEN, H., *La Teoría del Estado...*, ob. cit., p. 13.

poder ideológico. Y esto mismo, a través de un modo geométrico, tendría lugar al armar un modelo para la redacción de la Constitución austríaca.²⁶ Cabe destacar que esta idea ya aparecía en una de sus primeras publicaciones en la que realiza una crítica a la Teoría del Estado que plantea Dante Alighieri: "Lo que Dante condenaba con la mayor rotundidad eran sobre todo las continuas reformas de la Constitución (ese fenómeno colateral necesario en una forma de Estado abocada a acomodarse a las mínimas oscilaciones de la inestable voluntad del pueblo) pues están necesariamente unidas a la permanente inseguridad de todas las circunstancias públicas".²⁷

Para concluir cabría destacar que, según Kelsen y manteniendo nuestra tesis del panteísmo jurídico, la forma jurídica sería el modo mediante el cual se expresa el Estado como punto ideal de imputación. Y mediante la Teoría Pura se expone la problemática y el fin al que apuntan las dualidades conceptuales. Estas mismas no solo son contradicciones lógicas sino también modos de abuso político que, bajo el ropaje de una argumentación teórica, servían (y sirven) para imponer postulados que Kelsen considera meramente ideológicos. Es así que al orden jurídico como unidad se expresará mediante la forma jurídica como Estado o Derecho, lo cual expone Kelsen de la siguiente manera:

"[...] si la absorción del concepto sobrenatural de Dios por el concepto de naturaleza ha sido la condición (creada solo por el advenimiento del panteísmo) para una auténtica ciencia de la naturaleza, libre de toda metafísica, de igual modo la reducción del concepto suprajurídico de Estado al concepto de derecho es el prerrequisito imprescindible para el desarrollo de una auténtica ciencia jurídica como ciencia del derecho positivo, depurada de todo derecho natural. Tal es el objetivo de la teoría pura del derecho que es simultáneamente la teoría pura del Estado, porque toda teoría del Estado solo es posible como teoría del derecho del Estado, y viceversa

26. Según cuenta Kelsen en su autobiografía, fue convocado para cooperar en la elaboración de la Constitución definitiva. Elaboró distintos modelos manteniendo ciertas directivas realizadas por Renner, canciller provisional del gobierno provisional germano-austríaco. Sin embargo, los diversos proyectos fueron realizados con absoluta libertad técnica jurídica y los mismos mantenían una estructura uniforme que permitía variar el contenido según ciertos requerimientos estratégicos a nivel político. KELSEN, H., *Autobiografía*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, 2008. Parte de su labor como redactor de la Constitución también se encuentra comentado en METALL, R. A., ob. cit.

27. KELSEN, H., *La Teoría del Estado...*, ob. cit., pp. 170-171.

todo derecho es el derecho del Estado, porque todo Estado es Estado de derecho".²⁸

BIBLIOGRAFÍA

- CORREAS, Oscar (comp.), *El otro Kelsen*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- DUJOVNE, León, *La filosofía del derecho de Hegel a Kelsen*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963.
- KELSEN, Hans, "Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial énfasis en la filosofía del 'como si' de Vaihinger", en *Revista Crítica Jurídica*, N° 18, México, UNAM, 2001.
- , *Autobiografía*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- , *Compendio de Teoría General del Estado*, Barcelona, Bosch, 1934.
- , *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946.
- , *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*, Oviedo, KRK Ediciones, 2007.
- , *Religión Secular*, Madrid, Trotta, 2015.
- , *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945.
- , *Teoría Pura del Derecho*, Barcelona, Trotta, 2011.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Kelsen: Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona, Bosche, 1933.
- METALL, Rudolf A., *Hans Kelsen. Vida y Obra*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

28. KELSEN, H., *Dios y Estado...*, ob. cit.

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

PEDULLA, Matías, “Sobre la importancia de los conocimientos del autor...”, pp. 149-167

SOBRE LA IMPORTANCIA DE LOS CONOCIMIENTOS DEL AUTOR RESPECTO DEL JUICIO DE RIESGO DENTRO DEL MARCO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA*

MATÍAS PEDULLA**

Resumen: La agregación de conocimientos subjetivos en el juicio de riesgo al momento de imputar el hecho al autor no es un tema pacífico en la doctrina. Desde la introducción del juicio de riesgo, con la teoría de la adecuación, hasta la actual teoría de la imputación objetiva, el hecho de si corresponde dotar a un juez hipotético de los conocimientos básicos de un hombre razonable, agregando también los conocimientos especiales que tuviere el autor, es un tema muy debatido entre dos principales posturas. La posición mayoritaria –subjetivista– admite su agregación, mientras que la minoritaria –objetivista– la niega y opta por una teoría socio-jurídica. Mientras que ambas podrían conducir a razonamientos errados, una tercera postura, negando conocimientos y roles por igual, ofrece un juicio de peligro más cercano a la objetividad, desde el punto de vista de un observador omnisciente.

Palabras clave: conocimientos básicos – conocimientos especiales – teoría de la adecuación – juicio de riesgo – teoría de la imputación objetiva – teoría de los roles – postura subjetivista – postura objetivista – observador omnisciente

Abstract: The aggregation of subjective knowledge in the judgment of risk when charging the author with the event is not a peaceful topic in doctrine. Since the introduction of the judgment of risk, with the adequacy theory, until the objective imputation theory currently present, the fact of whether to provide to a hypothetical judge with the basic knowledge of a reasonable man, also adding the special knowledge that the author might have is a much debated topic be-

* Recepción del original: 19/02/2018. Aceptación: 07/03/2018. Este trabajo fue realizado en el marco del Seminario de Investigación “Causalidad e imputación objetiva”, dictado por el Prof. Dr. Dr. h. c. Marcelo A. Sancinetti durante el segundo cuatrimestre de 2016.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

tween two main positions. The majority one –subjectivist– supports its aggregation, while the minority position –objectivist– denies it and opts for a sociolegal theory. While both of them may lead to flawed reasoning, a third position, denying knowledge and roles alike, offers a judgment of risk closer to objectiveness, from the point of view of an omniscient observer.

Keywords: basic knowledge – special knowledge – adequacy theory – judgment of risk – objective imputation theory – role theory – subjectivist posture – objectivist posture – omniscient observer

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata sobre el juicio de riesgo a realizar dentro de la teoría de la imputación objetiva, haciendo foco en la discusión acerca de si deben agregarse conocimientos especiales al momento de determinar si el sujeto cuya conducta es analizada ha creado un riesgo jurídicamente relevante y este se ha realizado en el resultado dado.

Para situarnos en el contexto de la temática, analizaremos brevemente el ámbito en el que se enmarca el problema, comenzando por un repaso de las teorías de la causalidad y de la imputación (teoría de la equivalencia de las condiciones, sus falencias, teoría de la causalidad adecuada y teoría de la imputación objetiva, heredera del esquema de juicio posterior-objetivo de la adecuación).

Analizaremos las dos principales posturas que se enfrentan respecto a los conocimientos con que dotamos al observador objetivo en el momento de realizar el juicio de riesgo: una postura *subjetivista* y otra postura *objetivista*.¹ Mencionaremos las principales objeciones que plantean los defensores de una u otra doctrina. Finalmente abordaremos una tercera postura propuesta, entre otros, por Frister.²

1. Tales las denominaciones dadas en LAPORTA, H. M., “¿Imputación estrictamente objetiva o inter-subjetiva? Un análisis del fundamento iusfilosófico y su coherencia pragmática (el caso de las conductas neutrales)”, en *El Derecho Penal*, 2003, consultado en [www.elderecho.com.ar/index.php], bajo la ubicación: 09/2003-17, el 30/10/2015.

2. FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1º ed., 2011, p. 216; también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”, en MAIER, J. B. J., SANCINETTI, M. A. y SCHÖNE, W. (dirs.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*:

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

II.A. De la causalidad a la imputación objetiva

La *teoría de la equivalencia de condiciones* postula que para encontrar el nexo de causalidad entre una acción y un resultado se debe realizar un ejercicio mental, conocido como “fórmula de la *conditio sine qua non*”, que fuera propuesto por el procesalista austríaco Julius Glaser y luego desarrollado por Maximilian v. Buri, miembro del Tribunal del *Reich*, en su trabajo *De la teoría de la participación*;³ ambos fuertemente influenciados por la filosofía empirista de John Stuart Mill: Si al eliminar mentalmente la acción que se estudia no es posible que se mantenga el resultado dado, entonces esta acción será *conditio sine qua non* para la producción de aquel (o, lo que es lo mismo, aquella acción será causal del resultado observado).⁴

Se le critica a esta teoría que, no obstante señalar con éxito las condiciones necesarias para un resultado dado, es incapaz de imputar la creación de un riesgo prohibido, entendiendo, junto a Haas, a la imputación como “la actividad del operador jurídico a través de la cual se hace responsable a un determinado sujeto jurídico por un determinado suceso”.⁵ Como indica Roxin, la teoría de la equivalencia de condiciones “no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una

libro en homenaje a Eberhard Struensee, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1º ed., 2011, p. 642 y ss.

3. Título original: *Zur Lehre von der Teilnahm*e (conf. NÚÑEZ, R. C., *Manual de derecho penal. Parte general*, Córdoba, Marcos Lerner, 4º ed. actualizada, 1999, p. 126). Sobre la influencia del pensamiento de MILL, dice NÚÑEZ, misma página: “La teoría se conecta con la idea propia de la ‘dirección naturalista de pensamiento que caracteriza al siglo XIX, y que halla su expresión más consecuente en la filosofía empírica del pensador inglés John Stuart Mill’, de que la causa de un resultado es igual a la totalidad de las condiciones que la hicieron posible...”. Sobre los orígenes de la teoría de la equivalencia en los trabajos de GLASER y BURI, ver JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º ed., corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 227; JESCHECK, H. H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, 5º ed. renovada y ampliada, Comares, 2000, p. 299; ZAFFARONI, E. R., SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Manual de Derecho Penal: parte general*, 2º ed., 7º reimp., Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 362.

4. FRISTER, H., ob. cit., p. 179; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 148.

5. HAAS, V., “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental.” en *In-Dret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, enero de 2016, consultado en [http://www.indret.com/pdf/1202.pdf], en fecha 08/03/2016.

respuesta a la pregunta de qué circunstancias son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente”.⁶

Se la tacha de engañosa, siguiendo a Frister, “por pasar por alto que la causalidad no se puede establecer conceptualmente, sino solo aplicando reglas generales de la experiencia”.⁷ Este obstáculo que trae aparejada la teoría de la equivalencia dio paso a numerosos intentos de limitarla y complementarla.

Surge, así, la *teoría de la adecuación*, la cual ya no un esquema de comprobación de la causalidad, sino una verdadera teoría de imputación. Esta nace a instancias del fisiólogo friburgués, Johannes v. Kries, y es receptada con éxito por la jurisprudencia civil.⁸ La teoría de la adecuación distingue que “una condición es adecuada (o sea, adaptada al resultado) si esta ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante, si no es sencillamente inverosímil que la conducta dé lugar a un resultado así”.⁹ El juez debe tomar el lugar de un observador imparcial que, desde una perspectiva *ex-ante*, juzgue el actuar del autor para determinar su adecuación en la producción del resultado. Para ello, el observador imparcial estará dotado de los conocimientos propios de un hombre razonable, sumándole los conocimientos especiales de que dispusiere el autor al momento de actuar.¹⁰

Podemos encontrar una crítica a esta teoría en Stratenwerth, quien, al hacer referencia al “hipotético «observador entendido»”,¹¹ señala que el hecho de que se le agreguen los conocimientos especiales del autor configura una “base muy insegura: no se puede establecer con precisión cuál será la *medida* de los conocimientos de que disponga el observador imaginado”.¹²

Frister también critica esta teoría, al decir que “para establecer si una acción ha causado el resultado típico no solo hay que disponer del conocimiento empírico necesario, sino también saber qué se debe entender por

6. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 360, n.m. 33.

7. FRISTER, H., ob. cit., p. 179, con referencias a JAKOBS y ROXIN; misma crítica, en relación a casos de causalidad hipotética y causalidad alternativa, en ROXIN, ob. cit., p. 350.

8. ROXIN, C., ob. cit., p. 259; NÚÑEZ, R. C., ob. cit., p. 128.

9. ROXIN, C., ob. cit., p. 360.

10. *Ibid.*, p. 360.

11. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 151.

12. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 151.

causa”.¹³ Roxin, por su parte, también critica la falla de esta teoría cuando es puesta a prueba en casos límites, pero seguidamente afirma que “el principio de adecuación solo es un elemento estructural –aunque ciertamente importante– dentro de una teoría general de la imputación; forma parte de la misma y ya no necesita un tratamiento separado en el marco de una teoría independiente”.¹⁴

El marco al que se refiere Roxin se lo daría la *teoría de la imputación objetiva*, elaborada originalmente por Larenz.¹⁵ Esta teoría se vale de las teorías de la equivalencia y de la adecuación,¹⁶ y postula que “un resultado causado es objetivamente imputable cuando, primero, fue creado por la acción un riesgo jurídicamente reprobado de que se causase un resultado típico, y, segundo, ese riesgo jurídicamente reprobado se ha realizado en el resultado producido”.¹⁷

Si bien es ampliamente predominante, la teoría de la imputación objetiva no está exenta de críticas. Así, Haas afirma:

“[...] a la vista de la vaguedad de su fórmula, se vuelve contra él su propia crítica a la teoría de la adecuación de no poder indicar hasta qué grado de probabilidad hay que valorar un suceso como circunstancia generalmente favorecedora de un resultado, y de tener que contentarse con apelar al mero sentido de justicia. Ello es válido tanto más cuanto con arreglo a la postura de Larenz la imputación objetiva no implica una valoración del hecho; solo facilita el sustrato pre-normativo para los juicios de valor”.¹⁸

Dicho esto, queda pendiente determinar si en el primer momento, correspondiente al juicio de creación de riesgo que se realiza desde una perspectiva *ex-ante*, el observador imparcial debe estar dotado solo de los conocimientos propios de un hombre razonable o si se le deben agregar los conocimientos especiales con los que pudiera contar el autor al momento de realizar el hecho. Como dijimos *supra*, de esta discusión surgen dos posturas contradictorias, que pasamos a analizar ahora.

13. FRISTER, H., ob. cit., p. 180.

14. ROXIN, C., ob. cit., p. 361.

15. HAAS, V., ob. cit., punto 2.1.

16. FRISTER, H., ob. cit., p. 200. “Ante todo, falta un riesgo jurídicamente reprobado en todos aquellos casos en los cuales la acción puede conducir a un resultado típico solo en virtud de un curso causal inadecuado”. Expresamente en ROXIN, C., ob. cit., p. 367.

17. *Ibid.*, p. 200.

18. HAAS, V., ob. cit., punto 2.1.

II.B. Juicio de riesgo

II.B.1. Postura subjetivista

Se ha dicho que quienes defienden esta doctrina “hacen depender la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado del lado subjetivo del interviniente”;¹⁹ esto, como bien señala Laporta, solo puede fundamentarse desde la perspectiva de que “el derecho penal sirve a la prevención de lesiones de bienes jurídicos”.²⁰ La posición actualmente dominante²¹ es la propuesta por Roxin. Respecto de la valoración del riesgo creado en ocasión de la imputación objetiva, afirma dicho autor en su tratado:

“[...] en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior (nm. 32) en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir: todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex-ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. Y para ello hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto (cfr. nm. 32)”.²²

Dentro de este esquema resulta central la figura del juez objetivo u observador imparcial, perspectiva desde la cual, como ya se afirmó, se situará el juez del caso para realizar el juicio de riesgo *ex-ante*. Roxin afirma que la perspectiva del observador objetivo en el juicio de riesgo dentro de la imputación objetiva es la misma que describía la teoría de la adecuación, conforme la cual “el juez debe colocarse posteriormente (entiéndase, en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y, además, del saber especial del autor”.²³ Este observador ficticio estará dotado, entonces, de todos los conocimientos que podríamos denominar *básicos* o propios de un hombre *razonable*, sumándole también los conocimientos especiales con que cuente el autor al momento de realización del hecho. Es interesante lo que al respecto aporta Serrano González de Murillo al afirmar que “en realidad, la figura

19. LAPORTA, H. M., ob. cit., punto II. a).

20. *Ibid.*, punto II. a).

21. FRISTER, H., ob. cit., p. 21.

22. ROXIN, C., ob. cit., p. 367.

23. ROXIN, C., ob. cit., p. 360, n.m. 32. El resaltado es nuestro.

del observador objetivo personifica a la comunidad, expresa el juicio ideal de la sociedad sobre la peligrosidad de la conducta, si bien quien en efecto formula el juicio de relevancia típica del peligro es el propio juzgador”.²⁴

Coincidiendo con la postura de Roxin tenemos a Maurach y Zipf, quienes al analizar la teoría de la adecuación afirman que “el conocimiento a atribuir al observador imparcial *ex-ante* no se extiende solo a los datos disponibles según su experiencia –este es solo el mínimo de las exigencias–, sino *también* al conocimiento fáctico que el autor tenía al momento de ocurrir el hecho”.²⁵ Posteriormente admiten la relevancia de la teoría de la adecuación para la imputación objetiva.²⁶

Zaffaroni, por otro lado, opta por dotar al observador ideal de un “*standard mínimo* de previsibilidad, compartido por casi todos los integrantes de una cultura”,²⁷ que considera verificable, por oposición a un “*standard medio*” que rechaza “pues es inconcebible un imaginario *ser humano prudente* que sea profesional de todas las artes y las ciencias, conocedor de todos los mecanismos y practicante de todos los deportes. Se trata de una figura de imaginación manipulable a voluntad del intérprete y, por ende, sin capacidad para proveer límites ciertos a la tipicidad”.²⁸

Otra de las críticas que más abundan entre los autores que no adhieren a la postura subjetivista –e incluso entre aquellos que sí comulgan con la posición de Roxin, como veremos luego– es aquella que sostiene que considerar elementos subjetivos (como lo son los conocimientos especiales –o, para el caso, todo conocimiento–) en la imputación al tipo objetivo resulta asistemático.²⁹ Entre los autores que plantean esta observación se encuentra Frister, quien afirma que “de lo que se trata en el tipo objetivo es de la valoración del acontecer objetivo; y este no puede depender de lo que el autor sepa del acontecer”.³⁰

24. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”, en MAIER, J. B. J.; SANCINETTI, M. A. y SCHÖNE, W. (dirs.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, p. 630.

25. MAURACH, R. y ZIPE, H., *Derecho penal, parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 316.

26. *Ibid.*, p. 323.

27. ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A. y ALAGIA, A., ob. cit., p. 433.

28. *Ibid.*

29. FRISTER, H., ob. cit., p. 215.

30. *Ibid.*, p. 215 y ss. El resaltado es nuestro.

En la misma línea señala Struensee:

“[...] no solo el antes tan tozudamente defendido ilícito objetivo no ha podido mantenerse, ahora también hasta la última categoría del delito para lo objetivo, el tipo objetivo –irónicamente bajo el seudónimo de imputación objetiva– se ve infiltrado por lo subjetivo.

Un concepto de esta clase del tipo objetivo tiene, sin embargo, consecuencias para el dolo, que todavía no son en absoluto percibidas: si la imputación al tipo objetivo depende de factores subjetivos, y el dolo solo tiene por objeto sucesos semejantes, que son imputables al tipo objetivo, entonces él debería forzosamente extenderse a los ‘conocimientos especiales’ pertenecientes al tipo objetivo: quien actúa con dolo sabe, que él sabe, y quiere, que él sabe. Ello plantea automáticamente nuevas preguntas: ¿cuándo actúa un autor semejante con error de tipo? [...]”³¹

Stratenwerth, no obstante plantear –como ya se dijo– sus objeciones a la fragilidad que presenta la figura del observador imparcial, coincide finalmente en valorar “*todas* las circunstancias del caso concreto que han influido en el grado de probabilidad de producción del resultado”.³² Pareciera, entonces, que, si bien formula una reserva sobre la fragilidad que ofrece la evaluación *ex-ante* desde el punto de vista de un observador ficticio dotado de conocimientos imprecisos, finalmente adhiere a la postura que opta por valorar el riesgo creado desde esta perspectiva.

También adhiere Laporta a la idea de que es correcto agregar los conocimientos especiales del autor en el juicio *ex-ante*, dado que dichos conocimientos influyen “radicalmente en la determinación del riesgo permitido”.³³ No obstante, al igual que en el caso de Stratenwerth, plantea una crítica a tener en cuenta, respecto de la intromisión de posiciones subjetivas en el ámbito de la imputación objetiva, haciendo hincapié en la penetración que, de esta manera, se realiza del derecho penal en el fuero interno del sujeto, sin estar completa previamente la imputación al tipo objetivo. Sostiene, así, Laporta:

“[...] las posturas subjetivistas fundamentan el castigo de las conductas neutrales exclusivamente en los conocimientos del sujeto, lo cual im-

31. STRUENSEE, E., “Acerca de la legitimación de la ‘imputación objetiva’ como categoría complementaria del tipo objetivo”, en MAIER, J. B. J. y BINDER, A. M. (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 269.

32. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 157.

33. LAPORTA, H. M., ob. cit., punto IV.

portaría una abierta contravención al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, conforme el cual, queda proscrito el castigo de los procesos internos que se dan en la mente del sujeto en la medida que estos no se traduzcan en un comportamiento externamente apreciable y objetivamente desaprobado.

[...] las posiciones subjetivas confunden los ámbitos internos y externos cuando señalan que un actuar, aun neutral, deja de serlo y adquiere relevancia penal cuando el sujeto actúa sabiendo. ...el análisis de lo subjetivo solo resulta válido en caso de que exista un juicio objetivo previo a partir del cual se concluya la creación de un peligro y con ello la desaprobación del riesgo”.³⁴

Una opinión en contra la podemos deducir de Sancinetti, quien considera que una interpretación del “ámbito privado” como aquello que ocurre “dentro de la cabeza” del sujeto “es una comprensión tosca del principio de reserva”.³⁵

¿Es posible que la comprobación de la creación de un riesgo jurídicamente prohibido, desde la perspectiva de un juez objetivo que tome en consideración los conocimientos subjetivos, se traduzca en una violación al fuero interno del individuo, protegido por el principio de reserva,

34. *Ibid.*, punto III, a), a.1. Se apoya, así mismo, en la crítica propuesta al respecto en ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003, pp. 65-68.

35. SANCINETTI, M. A., *Casos de Derecho penal*, 3° ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. I, p. 63 y ss.: “Que algo produzca un daño externo puede deberse a las más variadas razones, no determinantes. Lo determinante es que alguien haya motivado su comportamiento de modo incorrecto, que haya actuado como no debía. Esto lo explica del mejor modo otro aforismo, que también se halla en el Digesto, debido a un rescripto del emperador Adriano: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (en las malas acciones lo que decide es la voluntad, no el resultado). Ambos aforismos [en referencia al aforismo de Ulpiano que transcribimos *supra*, dentro de la cita de LAPORTA] serían incompatibles si fueran interpretados en forma ‘naturalista’, es decir –en lo que hace al primero– atribuyéndole los efectos constitutivos a signos del mundo externo: ‘prohibido reaccionar contra lo que no aparezca visible en el mundo exterior’ (lo que es poco adecuado a la idea de que lo determinante es la ‘voluntad’); pero esos principios son compatibles en una interpretación *normativa* de su función: ya en cuanto el sujeto toma una *decisión personal definitiva (irrevocable) de afectar derechos legítimos de terceros* –p. ej., acciona el gatillo de un arma de cuyo normal funcionamiento no tiene ninguna razón para dudar, apuntando al cuerpo de otro (tentativa acabada)– asume una *decisión posiblemente irrevocable de matar a otro*, algo contra lo que es legítimo reaccionar penalmente [...]”

contemplado, en nuestro ámbito, en el art. 19 C.N.? Creemos, siguiendo a Sancinetti, que –en principio– la crítica no es válida. No obstante, el tema amerita un desarrollo argumentativo que excede a este trabajo.

II.B.2. Postura objetivista

Esta postura, adoptada por Jakobs,³⁶ sostiene que es un error plantear el juicio de riesgo desde una perspectiva que tome en cuenta elementos subjetivos como los conocimientos especiales del autor.³⁷ En su lugar, propone una solución introduciendo su teoría de los roles,³⁸ fundando, así, una posición que algunos han dado en llamar “socio-jurídica”.³⁹ Jakobs propone identificar el rol que el autor está desempeñando en el momento de la realización del hecho. Dicho rol determina la medida de las expectativas que la sociedad hace pesar sobre su persona.⁴⁰ En la medida en que el autor se mantenga dentro de estas expectativas –es decir, dentro de su rol–, entonces no corresponderá imputarle la creación de peligro alguno.⁴¹

Para poner a prueba su teoría, Jakobs elabora dos casos de estudio, ya emblemáticos en el tema que nos compete: El caso del camarero, en el cual un joven estudiante de biología trabaja por las tardes como mozo. Una tarde se le ordena servir una ensalada que él advierte venenosa –gracias a sus conocimientos de biología–. No obstante, sirve la ensalada y el comensal muere por su ingestión. El segundo caso es el del ingeniero automotriz que, lejos de sus funciones como experto, conduciendo un automóvil alquilado, advierte –merced a sus conocimientos en la materia– que los frenos del mismo están próximos a fallar. De todas formas, él devuelve el auto a la agencia sin dar ningún aviso y la siguiente persona en utilizarlo sufre un accidente al fallar los frenos.⁴² Jakobs soluciona estos casos de la siguiente forma:

“Si partimos, como se ha propuesto más arriba, de que las expectativas relativas a un comportamiento que también un lego puede desarrollar

36. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 250 y ss.; JAKOBS, G., *La imputación objetiva en el derecho penal*, 1° ed., 4° reimp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 62 y ss.

37. JAKOBS, G., *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 59.

38. *Ibid.*, p. 59 y ss.

39. Así, LAPORTA, H. R., ob. cit.

40. JAKOBS, G., *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 61.

41. *Ibid.*, p. 63.

42. *Ibid.*

de modo socialmente adecuado se determinan con base en el arsenal de las capacidades propias de dicho lego, en ambos ejemplos ha de excluirse la responsabilidad, ya que nadie espera de quien alquila un automóvil que tenga especiales conocimientos en materias técnicas, como del mismo modo nadie cuenta con que un camarero tenga profundos conocimientos de biología. Por tanto, ninguno de los dos ha quebrantado el rol en el que se mueve y, en consecuencia, sus respectivos comportamientos no han sobrepasado el nivel de riesgo permitido. Desde luego que una cuestión totalmente distinta es que el comportamiento en cuestión sea tan extremadamente insolidario que se deba responder por omisión de socorro”.⁴³

La diferencia entre esta posición y la argumentación y resolución a la que llegaría la postura subjetivista de Roxin es notable. En el caso del camarero, Roxin lo resolvería, entendemos, agregando los conocimientos especiales de biología –que le permitieron al mozo distinguir el veneno– al observador ideal y, por tanto, imputándole objetivamente la causación de la muerte del comensal. En el caso del ingeniero, Roxin sí tendría en cuenta los conocimientos especiales que el autor, como ingeniero, poseía. Advirtiéndolo él, entonces, la falla en los frenos, le imputaría el accidente por omitir dar aviso del desperfecto.

El ya citado Laporta plantea serias críticas a la teoría de los roles de Jakobs. En primer lugar, considera, junto con Silva Sánchez, que Jakobs reduce al individuo a la figura de una *persona construida*⁴⁴ y objeta:

“Esta concepción del individuo aparece injustificada ya que no puede dejarse al arbitrio, en definitiva, del creador de la norma, el componente más significativo dentro de cualquier sistema socio-jurídico. La noción de individuo no puede fundirse en un sistema dogmático y pasar a depender de ello, relativizarse, sino que atento a su naturaleza trascendente, viene establecido *metajurídicamente*”.⁴⁵

Atacando, ahora directamente, al concepto de rol, el mismo autor afirma:

“El rol, además de no determinar en absoluto una posición concreta, mayores problemas causa cuando se plantea el intérprete sobre la dinamización del concepto de expectativa.

43. *Ibid.*

44. LAPORTA, H. M., ob. cit., toma esta concepción, como dijimos, de SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas” en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nro. 3, 2002, p. 393.

45. LAPORTA, H. M., ob. cit., punto III, b), b.1.

En efecto, podría preguntarse si el hecho puramente objetivo de que el sujeto posee ciertos conocimientos no redefine el rol o modifica la expectativa en tanto sea conocido por quien con él interactúa. O, más sencillamente, cuál es la expectativa en cada caso concreto. En suma, el rol es un concepto demasiado indefinido para fundamentar *per se* la adecuación social de una conducta y unilateralmente definido para asegurar la expectativa”.⁴⁶

Plantea, como vemos, una fuerte argumentación en contra de la concepción del rol como elemento definitorio de las expectativas que la sociedad pueda hacer pesar sobre la persona. Entiende, de esta manera, que el rol no da un sustento firme, resultando, en todo caso, demasiado frágil para determinar el marco de responsabilidad objetiva en la que deba insertarse al autor a la hora de evaluar si con su actuar creó un riesgo jurídicamente reprobado.

III. UNA TERCERA POSICIÓN. NUESTRA OPINIÓN

Pasamos ahora a analizar la contribución de Frister a la discusión. En su manual, este autor realiza una muy breve exposición de su parecer respecto del juicio de riesgo y de la consideración de los conocimientos especiales.⁴⁷ Lo novedoso del aporte de Frister radica en que plantea una nueva óptica desde la cual realizar el juicio de riesgo: lejos de la discusión sobre la agregación o no agregación de los conocimientos especiales al juez objetivo, Frister propone prescindir completamente de este observador imparcial. Al respecto, afirma:

“Una imputación objetiva [...] tiene que poner en la base del enjuiciamiento del riesgo toda la situación de hecho objetiva existente *al momento de la acción* y preguntarse con qué probabilidad era de esperar, a causa de esa situación de hecho, la producción del resultado, según *reglas generales de experiencia*. Conforme a ello, un conductor que sobrepasa a un ciclista ebrio guardando una distancia lateral que, debido a la ebriedad, es demasiado estrecha en el caso concreto, siempre crea, para la vida del ciclista, un riesgo muy alto y, por ello, no permitido. Solo que él no podrá –en tanto

46. LAPORTA, H. M., ob. cit.

47. FRISTER, H., ob. cit., pp. 215-217.

no sepa nada de la ebriedad– reconocer ese riesgo y, por ello, no actuará ni dolosa, ni imprudentemente”.⁴⁸

Sobre el momento en que deben tratarse los conocimientos, el mismo autor aclara:

“[...] en el tipo objetivo se establece, únicamente, que el acontecer objetivo está jurídico-penalmente reprobado y que, por ello, habría debido ser evitado por el actuante, en caso de que *hubiera conocido todas las circunstancias*. La cuestión de si el actuante conocía las circunstancias y, por ello, efectivamente habría debido evitar lo que aconteció, es objeto del análisis del tipo subjetivo”.⁴⁹

Pareciera que la imputación al tipo objetivo se realiza, ahora, verdaderamente –y valga la redundancia– de forma objetiva, relegando los tan problemáticos conocimientos subjetivos al plano del tipo subjetivo. De otra manera, se estaría incurriendo en una doble constatación de elementos subjetivos (primero en la imputación objetiva, luego al realizar la comprobación subjetiva).⁵⁰

En similar postura se enrola Serrano González de Murillo, quien afirma:

“Si el ordenamiento jurídico quiere evitar planificadamente las lesiones de bienes jurídicos, y si quiere garantizar al mismo tiempo el mayor nivel posible de libertad de acción, en el caso de los riesgos en principio insignificantes solo puede tenerse en cuenta para dirimir el carácter objetivamente prohibido el grado efectivo de riesgo, y deja para el tipo subjetivo la consideración de hasta dónde llegó el conocimiento o la voluntad (si es que puede distinguirse de aquel) del sujeto. Que este tuviera mayor o menor conocimiento del riesgo no puede convertirlo de insignificante en relevante”.⁵¹

Consideramos correcto el planteo expuesto por estos dos autores. Es un error creer que el riesgo en el tipo objetivo debe valorarse desde el punto de vista de un juez imparcial, que cuente con todos los conocimientos de un hombre razonable y agregándose, también, los conocimientos especiales del autor que se juzga. Partamos de la base de que tal juez imparcial es una ficción creada para dar un punto de referencia desde el cual realizar el juicio del riesgo.⁵² No obstante, creemos que, desde el momento en que

48. *Ibid.*, p. 216.

49. *Ibid.*, p. 216.

50. Ya hicimos mención a esta crítica en STRUENSEE, ob. cit., p. 269.

51. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., ob. cit., p. 640.

52. Criticado ya en nuestra doctrina por ZAFFARONI, E. R., SLOKAR, A., ALAGIA, A., ob. cit., p. 433.

buscamos analizar el hecho desde la valoración de una entidad que en realidad no existe, dotada, por defecto, de una sumatoria de conocimientos que el autor bien podría no haber tenido, estamos cayendo en un grave error, puesto que, como ya se dijo, necesariamente estos conocimientos transforman la valoración de un hecho objetivo en un depender del sujeto y sus características. Ya Serrano González de Murillo plantea una reserva a esta figura que pretende ser objetiva, al afirmar que el juicio de riesgo que pueda elaborarse desde la perspectiva de dicho juez ficticio "no será verdaderamente objetivo, sino ideal; porque de las condiciones del resultado selecciona solo aquellas que el modelo ideal habría conocido, en lugar de tener en cuenta las objetivamente concurrentes".⁵³

Creemos que el error en que incurrir los pensamientos subjetivista y objetivista es que no analizan realmente el hecho en sí.⁵⁴ Roxin lo encara desde la perspectiva que podría tener el autor del hecho mismo en función de lo que él mismo conoce, pero poniendo como piso mínimo los conocimientos básicos de un hombre razonable.⁵⁵ ¿Cómo podría sostenerse entonces la imputación en el caso de una persona que no posea, ni siquiera, este piso de conocimientos? Si planteáramos el caso de un aborigen oriundo de lo profundo de la selva amazónica, que jamás tuvo contacto con europeo alguno, ni con su cultura y, que por el devenir de los acontecimientos va a parar a Alemania, donde lesiona a un ciudadano alemán por sentirse amenazado; ¿cómo se justificaría que un juez alemán le impute objetivamente el hecho cuando nuestro sujeto no posee ni siquiera los conocimientos ordinarios de un ciudadano alemán razonable? Encontramos una crítica a este punto, también, en Serrano González de Murillo, al afirmar: "No es que el observador deba incorporar los conocimientos con los que el sujeto actuante cuenta específicamente (pues no se entendería por qué sí debe incorporar los conocimientos especiales, pero no la ignorancia especial con respecto a dicho observador ideal) sino que debe conocer todos los factores de riesgo realmente concurrentes".⁵⁶

La perspectiva de Jakobs no resulta, tampoco, muy prometedora. Las críticas que ya vimos dejan en evidencia la falla en la que cae un concepto tan rígido como el que él propone de los roles frente a la dinámica de la

53. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., ob. cit., p. 647.

54. *Ibid.*

55. ROXIN, C., ob. cit., p. 367.

56. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, ob. cit., p. 643 (Con ref. a MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 2002, conf. prólogo, p. 24 y p. 249).

vida y las actividades. Cuestionamos su visión de que la totalidad de las expectativas de la sociedad se limiten al rol que cada sujeto esté cumpliendo. En todo caso, no creemos posible negar que la sociedad, más allá de esperar de cada quien que cumpla su rol, hace pesar sobre todos sus integrantes una mínima obligación de respeto por la norma y de solidaridad mutua, cercana al concepto desarrollado por Pawlik –discípulo de aquel– en su teoría *neo-retribucionista*.⁵⁷

De una u otra manera, estas dos posturas no nos convencen. Se debe determinar, lisa y llanamente –¡objetivamente!–, si el hecho acaecido constituye un riesgo jurídicamente reprobado, y si dicho riesgo se concretó en el resultado. No puede aceptarse que una conducta se considere riesgosa si el autor conoce determinados datos, para que luego la misma conducta no se considere como tal si el autor no los conoce, puesto que “en términos puramente objetivos el grado de peligro es exactamente el mismo, lo conozca o no en sus factores esenciales el sujeto que lo genera”.⁵⁸ De la misma manera se puede criticar la postura de Jakobs: que la sociedad tenga tal o cual expectativa sobre una persona en función de su rol no hace que su conducta sea más o menos riesgosa solo por el hecho de que el rol cambie.

Encontramos, nuevamente, en la exposición de Serrano González de Murillo, el *quid* en torno al cual gira nuestra postura:

“Conceptualmente, lo objetivo es lo dado realmente en el mundo exterior, con independencia por tanto de lo que en cada caso sobre ello conozca o ignore el sujeto actuante. De lo contrario, ¡curioso observador objetivo aquel que solo sabe que hay bomba a bordo si lo sabe el autor y

57. Desarrollo del neo-retribucionismo en PAWLIK, M., “La pena retributiva y el concepto de delito”, en PAWLIK, M., *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010. Respecto al tema de este trabajo, destacamos lo siguiente (p. 85 y s.): “Un estado (estadio) jurídico no es un orden abstracto de normas, sino que se caracteriza porque en él el ciudadano individual tiene –en gran medida– asegurada su posición jurídica frente a los restantes ciudadanos. Este *estado de juridicidad concreta y real* se diferencia de la suma de experiencias de reconocimiento del Derecho individuales, sobre todo, por su estabilidad y duración. En cierto modo el *cantus firmus* de la filosofía política de la modernidad plantea el convencimiento de que se necesita al Estado para el levantamiento de dicho estadio de juridicidad de las instituciones. Sin embargo, una sociedad no puede apoyarse únicamente en el poder de las instituciones y ello, porque su capacidad de actuación es muy limitada. Por ello, la responsabilidad del mantenimiento de un determinado estadio de juridicidad afecta directamente a cada ciudadano individual”.

58. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., ob. cit., p. 642.

lo desconoce si este lo desconoce! Si hay bomba a bordo, y lo desconocen tanto el observador objetivo como el autor, no por ello deja este de realizar el tipo objetivo; lo que faltará a pesar de su deseo de librarse de la víctima será el aspecto subjetivo, al ignorar el factor decisivo de riesgo, y sufre por tanto error sobre el tipo".⁵⁹

La confusión que genera introducir elementos subjetivos lleva a autores como Bacigalupo a plantear que "[...] una bofetada sería causalmente adecuada para producir la muerte si el autor sabe que el agredido es hemofílico".⁶⁰ Siguiendo este razonamiento podemos inferir que la víctima preferiría ser abofeteada por un sujeto que desconozca su condición de hemofílico, dado que así disminuiría el riesgo de muerte. Pareciera que Bacigalupo hace referencia, en realidad, a la adecuación de la acción del autor para producir el resultado dado, más que a un objetivo juicio de riesgo.

Rúa también cae en esta curiosa línea de pensamiento, al afirmar que "cuando el autor tenga conocimientos especiales o bien, 'buenas razones' para suponer que hay una bomba en el avión, habrá creación de un riesgo jurídicamente desaprobado".⁶¹ Por ende, ¡el riesgo de que la bomba haga explosión decae más cuantas menos personas sepan de su existencia! El mismo autor también concluye en que el riesgo de que caiga un rayo sobre una persona que es enviada al bosque está dado porque quien lo envía tenía conocimiento de que el rayo iba a caer, y no por el hecho de la caída del rayo en sí.

¿Y qué sucede en los casos ideados por Jakobs desde el punto de vista de la postura subjetivista? ¿El veneno en la ensalada desaparece o se torna menos mortífero si quien la sirve desconoce su existencia? ¿Los frenos no fallarán en la medida que los conductores no identifiquen su desgaste? Estas soluciones no pueden ser correctas; creemos que el riesgo es un hecho objetivo, pertenece a la realidad, y existe independientemente de que sea advertido. En el caso del hemofílico planteado por Bacigalupo, el riesgo que pesa sobre la víctima de morir por una bofetada no varía si el sujeto que se la propina conoce su condición o no. Tampoco deja de crear un riesgo quien envía a otro a viajar en un avión que va a explotar, por el solo hecho de desconocer

59. *Ibid.*, pp. 643-644.

60. BACIGALUPO, E., *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 98.

61. RÚA, G. S., "Los conocimientos especiales del autor dentro del marco de la imputación objetiva", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 5, Nro. 9A, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 611; siguiendo a SANCINETTI en cuanto a la argumentación relativa a las "buenas razones".

la existencia de la bomba. De la misma manera, no desaparece el riesgo de ser impactado por un rayo si quien nos envía al bosque desconoce que esto va a suceder. Creemos que lo correcto aquí es preguntarnos: ¿constituye la creación de un riesgo jurídicamente relevante dar una bofetada a un hemofílico, o enviar a una persona en un vuelo con una bomba a bordo, o enviarlo al sitio donde va a caer el rayo? La respuesta en estos casos es afirmativa y, si había –o no– conocimiento de estas condiciones, es algo que debemos preguntarnos al momento de analizar el tipo subjetivo. Si analizamos los casos propuestos por Jakobs, vemos que también sería ridículo afirmar que el riesgo del comensal de morir envenenado desaparece si este desconoce que la ensalada es tóxica. Cabe preguntarse aquí, ¿es un riesgo jurídicamente reprobado el servir una comida ponzoñosa? Ante la respuesta afirmativa y, comprobando que el riesgo se realizó en este resultado, se analizará en el tipo subjetivo si el camarero tenía conocimiento del veneno. Lo mismo en el caso del ingeniero, donde podemos afirmar que la conducta de entregar un automóvil defectuoso para ser usado es efectivamente un riesgo desalentado.

IV. CONCLUSIONES

1. La fórmula de la *conditio sine qua non* resulta eficaz para identificar las causas de un hecho pero no logra limitar el nexo de causalidad.
2. La imputación objetiva hereda el aporte de la teoría de la adecuación y consigue alzarse –aunque no exenta de críticas– como un modelo eficiente para imputar objetivamente a un sujeto la producción un resultado.
3. Construir un juez objetivo al que dotar de conocimientos subjetivos produce una confusión entre la valoración de un riesgo en la realidad y la previsibilidad que del mismo pudiera tener el autor.
4. Determinar la imputación a través de roles es frágil y sujeto al relativismo propio de la teoría iusfilosófica de la pena desde la que se apoye el autor, por lo que no es confiable.
5. La comprobación de la creación de un riesgo reprobado debe realizarse analizando el hecho en cuestión con todos sus componentes objetivos, dejando de lado las expectativas que se piense puedan pesar sobre el autor y relegando el análisis de sus conocimientos al tipo subjetivo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- HAAS, Volker, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, en *Indret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, enero de 2016, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1202.pdf>], en fecha 08/03/2016.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º ed., corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- , *La imputación objetiva en el derecho penal*, 1º ed., 4º reimp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- JESCHECK, Hans H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5º ed. renovada y ampliada, Granada, Comares, 2002.
- LAPORTA, Hernán M., “¿Imputación estrictamente objetiva o inter-subjetiva? Un análisis del fundamento iusfilosófico y su coherencia pragmática (el caso de las conductas neutrales)”, en *El Derecho Penal*, 2003, consultado en [www.elderecho.com.ar/index.php], bajo la ubicación: 09/2003-17, el 30/10/2015.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Buenos Aires, Astrea, 1994.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, 4º ed. actualizada, Córdoba, Marcos Lerner, 1999.
- PAWLIK, Michael, “La pena retributiva y el concepto de delito”, en PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Civitas, 1997.
- RÚA, Gonzalo S., “Los conocimientos especiales del autor dentro del marco de la imputación objetiva”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 5, Nro. 9A, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Casos de Derecho penal*, 3º ed., t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José L., “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”,

en MAIER, Julio B. J., SANCINETTI, Marcelo A. y SCHÖNE, Wolfgang (dirs.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011.

STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

STRUENSEE, Eberhard, “Acerca de la legitimación de la ‘imputación objetiva’ como categoría complementaria del tipo objetivo”, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M. (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio R.; SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal: parte general*, 2º ed., 7º reimp., Buenos Aires, Ediar, 2012.

XV CONCURSO DE ENSAYOS
“DR. IGNACIO WINIZKY”
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018
LOBATO, Julieta, “El cuidado en la mira”, pp. 171-192

EL CUIDADO EN LA MIRA*

JULIETA LOBATO**

Resumen: En este ensayo se llevará a cabo un estudio comparativo de una norma internacional (Convenio n° 156 de la OIT) y una norma de derecho interno (Ley de Contrato de Trabajo) a partir de una variable teórica en común (el derecho al cuidado), a los fines de explorar cómo esos dispositivos legales abordan las responsabilidades familiares y determinar la existencia o ausencia de herramientas legales eficaces, que permitan a los trabajadores y las trabajadoras gestionar arreglos de conciliación entre las esferas familiar y laboral sobre bases igualitarias.

Palabras clave: igualdad – cuidado – corresponsabilidad – derechos – mujeres

Abstract: In the present work we will carry out a comparative study of an international standard (ILO Convention n° 156) and a rule of internal law (Labour Contract Law), based on a common theoretical variable (the right to care), in order to explore how these legal devices address the issue of family responsibilities and to determine the existence or absence of effective legal tools that allow workers to manage reconciliation arrangements between family and labour on an equal basis.

Keywords: equality – social care – corresponsability – rights – women

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuáles son las herramientas legales vigentes para atender a la conciliación entre las esferas familiar y laboral de trabajadores y trabajadoras en la Argentina? ¿Cómo regula la Ley de Contrato de Trabajo la triangulación

* Este trabajo ha obtenido el primer Primer Puesto en el XV Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

** Maestranda UBACyT. Auxiliar docente en la materia “Relación Individual de Trabajo” - Cátedra Héctor O. García. Agradezco a Leticia Vita, Celeste Novelli y Héctor O. García por sus lecturas y críticas al presente ensayo.

entre el trabajo remunerado, las responsabilidades familiares y las relaciones de género? ¿Las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo se conciben con los lineamientos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha establecido en la materia? ¿Permiten una distribución equitativa de las responsabilidades familiares? Estos interrogantes guían el presente trabajo, en el que nos proponemos analizar en forma comparativa el abordaje que una norma internacional (Convenio OIT n° 156)¹ y una norma doméstica (Ley de Contrato de Trabajo), efectúan de las responsabilidades familiares y cuidados y, por consiguiente, de las formas de distribución de estas al interior de las familias. Lo que buscamos examinar es la existencia o ausencia de herramientas legales que permitan a los trabajadores y las trabajadoras conciliar las esferas familiar y laboral y la forma que dichos dispositivos jurídicos adoptan a los fines de lograr sistemas de distribución de las responsabilidades familiares que se sustenten sobre bases igualitarias que, a su vez, no los excluyan de los mercados de trabajo.

En tal sentido, en primer lugar, contextualizaremos la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), como ordenamiento regulador de un vínculo jurídico particular (como lo es el vínculo laboral), que se construye a partir de un modelo social de distribución del trabajo determinado según el sistema sexo-género, lo que nos permitirá analizar la incidencia que la

1. Aunque excede el objeto del presente ensayo, es importante destacar que pese a las particularidades propias de los Convenios de la OIT (por ser adoptados en asambleas de carácter tripartito), estos se erigen en tratados internacionales que generan obligaciones jurídicas a los Estados Parte que los ratifican (arts. 19 y 20 de la Constitución de la OIT). Como tratados internacionales y de acuerdo a la manda constitucional del art. 75, inc. 22, poseen jerarquía suprallegal con excepción del Convenio n° 87 que detenta jerarquía constitucional, de acuerdo a la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales", 11/11/2008, (fallos 331:2499) sobre la base de la remisión directa que efectúan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.3) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.3) a aquella norma internacional. Para mayor desarrollo, ver VON POTOTSKY, G., "Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional", en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Ginebra, BIT, 2004; VON POTOTSKY, G., "Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?", en *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1997; RACCIATTI, O., "Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación", en *Derecho Laboral*, Montevideo, 1994; LEARY, V. A., *International Labour Conventions and National Law*, La Haya, Springer Science+Business Media, 1982, entre otros.

entrada masiva de la mujer al mercado de trabajo en los años 90 produce sobre ese sistema social de división sexual del trabajo. Luego, efectuaremos un acercamiento teórico sobre el cuidado y las responsabilidades familiares; seguidamente, analizaremos descriptivamente la normativa internacional que regula la situación de los trabajadores con responsabilidades familiares (Convenio n° 156) y la Ley de Contrato de Trabajo para, finalmente, establecer en forma comparativa los puntos de conexión y desencuentro entre ambos dispositivos jurídicos y la necesidad de avanzar en modelos de conciliación de las esferas laboral y familiar que permitan a todas las trabajadoras y todos los trabajadores del sector privado desarrollar sus proyectos de vida personal y laboral de manera igualitaria.

II. SITUANDO EL DEBATE: EL CONTEXTO DE SANCIÓN DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

El desarrollo de las economías capitalistas industriales fortaleció la división entre la esfera privada y la esfera pública, mediante la exclusión de la producción de las unidades domésticas familiares. Así, la esfera pública fue consolidada como el espacio donde se desarrollaban las cuestiones políticas y el mercado, mientras que la esfera privada quedó representada únicamente como el territorio de desarrollo de vínculos personales. Ello impactó en la división social del trabajo, en tanto las labores consideradas socialmente relevantes y productoras de valor eran aquellas vinculadas al empleo asalariado, desarrolladas puertas afuera del hogar. Por su parte, el trabajo desarrollado en el ámbito doméstico fue despojado de valor y su implicancia en la economía y los procesos de acumulación capitalista fue invisibilizada.² Este ocultamiento fue fundamental en los primeros momentos de desarrollo capitalista, en tanto facilitaba la transferencia de costos (principalmente de reproducción de la fuerza de trabajo), desde los mercados hacia las familias.³

A su vez, esta diferenciación categórica de lo que se considera "trabajo", tuvo un correlato inmediato en los vínculos y las dinámicas sociales.

2. PAUTASSI, L.; FAUR, E. y GHERARDI, N., "Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Límites y omisiones para una mayor equidad", en *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 56, Santiago de Chile, CEPAL, 2004, p. 15.

3. FEDERICI, S., *La inacabada revolución feminista. Mujeres, reproducción social y lucha por lo común*, México, Ediciones Desde Abajo, 2013, p. 24.

Se produjo una asignación a los varones del trabajo considerado productivo, adjudicando a las mujeres el trabajo doméstico o reproductivo no remunerado. Esta diferenciación de las labores que desarrollan las personas a partir del sistema sexo-género, conocida también como división sexual del trabajo, implica a su vez una jerarquización: lo público, masculino, el mercado y el trabajo productivo será preponderante por sobre el hogar, lo privado, las tareas domésticas, de cuidado y lo femenino, dando lugar a la formación de un tipo particular de familia consistente en una figura paterna-proveedora y una figura materna-cuidadora.⁴ Así, este sistema se constituye no solo en un mecanismo de organización de las actividades en un sistema político y económico determinado, sino también como un criterio básico de socialización y subjetivación.⁵

En este contexto, surge el Derecho del Trabajo como plexo de normas jurídicas regulador de un vínculo laboral incipiente y, además, como respuesta estatal a un conflicto social en particular. En efecto, se ha dicho que el Derecho del Trabajo es "la reacción ante el conflicto industrial, el conflicto entre el capital y el trabajo asalariado en la sociedad capitalista industrial".⁶

De tal forma, el trabajo asalariado se erigirá en el núcleo central de protección del Derecho del Trabajo y, consecuentemente, la constitución del sujeto masculino como titular de derechos y modelo o prototipo de trabajador. Como veremos en el análisis de la Ley de Contrato de Trabajo, la protección de las mujeres trabajadoras se plasmará en las legislaciones laborales mediante el establecimiento de normas diferenciadas y excepcionales, que se fundan en la protección de la salud (en tanto capacidad de gestación), en una supuesta debilidad física y en el bienestar de la familia.

Esta rígida dicotomía de ámbitos poco relacionados entre sí y donde solo el mundo público asociado a lo masculino goza de reconocimiento social constituyó el arquetipo de visión de sociedad que imperó en forma relativamente pacífica hasta las últimas décadas del siglo pasado. Esta distribución diferenciada de las labores de varones y mujeres permitió,

4. PINOTTI, M., *Abuso, discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral*, Buenos Aires, Visión Jurídica, 2014, p. 27.

5. IZQUIERDO, M. J., "Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: hacia una política democrática del cuidado", en GATEIZ, V., *Cuidar cuesta: costes y beneficios del cuidado*, Instituto Vasco de la Mujer, 2004, pp. 119-154.

6. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo e Ideología*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 3.

durante el despliegue de la producción bajo el modelo fordista, desarrollar las tareas de producción y de cuidado en forma independiente y paralela, de modo que el nexo entre los procesos económicos-mercantiles y los trabajos de cuidado y reproducción de la vida permanecía oculto.⁷

Sin embargo, la entrada masiva de la mujer al mercado de trabajo a partir de los años 90,⁸ comenzó a erosionar los cimientos de este modelo. Las mujeres se insertan en los mercados laborales al mismo tiempo que continúan siendo las responsables de las tareas domésticas y de cuidado, de modo que la tensión entre ambos trabajos empieza a cobrar protagonismo. Sin embargo, este proceso de inserción de la mujer en el mundo del trabajo no ha sido acompañado de una redistribución del trabajo doméstico.⁹ Como ha sido puesto de resalto por la OIT, no se han producido rupturas notables en las representaciones sociales que identifican a las tareas de reproducción como una responsabilidad particular de las mujeres y no como lo que verdaderamente son: una temática que involucra al conjunto de la sociedad.¹⁰

Además, este proceso se ve magnificado por mutaciones en las dinámicas familiares. La configuración familiar que sustentó el modelo de padre-proveedor y madre-cuidadora (*male breadwinner*), se afirmó en una configuración familiar basada en la biparentalidad, con matrimonios estables y con la renuncia por parte de la mujer a un ingreso económico independiente. La vigencia de la ley de divorcio vincular, el aumento de jefaturas de hogar en cabeza de mujeres, núcleos familiares monoparentales, ensamblados o reconstituidos y, más actualmente, los cambios

7. CARRASCO, C., "La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?", en LEÓN T., M., *Mujeres y trabajo: cambios impostergables*, Porto Alegre, Veraz Comunicação, 2003, p. 19.

8. OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018*, Oficina Internacional del Trabajo, 2018, Ginebra, p. 5; CEPAL, "¿Qué Estado para qué igualdad?", en *XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, Santiago CEPAL, 2010.

9. WAINERMAN, C., "Conyugalidad y paternidad: ¿una revolución estancada?", en GUTIÉRREZ, M. A., *Género, familias y trabajo: rupturas y continuidades. Desafíos para la investigación política*, Buenos Aires, CLACSO, 2007, p. 196.

10. OIT, *Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago de Chile, 2009.

experimentados a partir de la ley de matrimonio igualitario se constituyen en dinámicas familiares que contribuyeron a romper aquel modelo tradicional sobre el que descansaba una división tajante y jerarquizada de trabajos en base al sistema sexo-género.

En este contexto, la forma de conciliar las responsabilidades familiares con las exigencias de la vida laboral se torna un dilema fundamental, principalmente teniendo en cuenta que el actor social sobre el que históricamente recaían estas responsabilidades (las mujeres) ahora se encuentra inserto cada vez en mayor medida en el mercado laboral.

III. EL CRISTAL CON EL QUE SE MIRA: APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE DERECHO AL CUIDADO

Antes de avanzar en el análisis de las normativas anunciadas, es menester efectuar ciertas consideraciones en torno al concepto de cuidado. En este sentido, debido al interés que ha suscitado el tema en cuestión en las últimas décadas, la bibliografía sobre este es prolífera. En esta ocasión, a los fines de caracterizar lo que se entiende por "cuidado", utilizaremos la bibliografía más representativa del área de la economía feminista¹¹ y diversos estudios socio-jurídicos de los últimos años.

La concepción de "cuidado" hace referencia a todas aquellas actividades que resultan esenciales para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, mediante la provisión de los componentes tanto físicos

11. Si bien existen diversos enfoques, tomamos la noción de Amalia Pérez Orozco, quien sostiene que existen tres elementos que diferencian a la economía feminista de la economía clásica: en primer lugar, una amplitud del campo de la economía, en tanto no se limita únicamente a la acción dentro de los mercados sino que abarca todos los procesos de abastecimiento social; en segundo lugar, la premisa según la cual las relaciones de género se constituyen en un elemento primogénito del sistema económico, por lo que el género se convierte en una categoría central del análisis; en tercer lugar, la noción del conocimiento como un proceso social que contribuye a objetivos políticos (PÉREZ OROZCO, A., *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2014, p. 44). Los trabajos fundantes de la economía feminista son FERBER, M. y NELSON, J. (eds.), *Beyond Economic Man*, Chicago, The University of Chicago Press, 1993. Para ahondar en las trayectorias de esta disciplina en las latitudes latinoamericanas, ver ESQUIVEL, V. (coord.), *La economía feminista desde América Latina: una hoja de ruta sobre los debates actuales en la región*, Santo Domingo, ONU Mujeres, 2012.

como simbólicos que permiten la reproducción de la vida social. Esta noción abarca el *autocuidado*, el *cuidado de otras personas*, el establecimiento de las *precondiciones en que se realiza el cuidado* (provisión de las condiciones de limpieza y alimentación, principalmente) y la *gestión del cuidado* (traslados y coordinación de horarios).¹²

A su vez, los elementos del cuidado se agrupan en: tiempo de cuidar, servicios de cuidado infantil y dinero para cuidar.¹³

La *organización social del cuidado* dependerá de la forma en que se estructuren estos componentes en la interrelación entre cuatro actores principales: los *hogares*, en virtud del trabajo de cuidado no remunerado que efectúan algunos miembros del grupo familiar; la *comunidad*, a través de arreglos comunitarios; el *mercado*, por medio de la oferta de servicios de cuidado; y el *Estado*, al desarrollar políticas públicas.

Este esquema, que es conocido también como el *diamante del cuidado*,¹⁴ nos permite, a través del análisis de las interrelaciones entre los diferentes actores responsables del cuidado, determinar si las responsabilidades en relación con este se encuentran distribuidas sobre bases igualitarias. En el caso de la Argentina, investigaciones recientes han demostrado que la organización social del cuidado se encuentra desigualmente distribuida en dos niveles: en relación a los actores, por recaer principalmente sobre el ámbito privado de los hogares; y al interior de esos hogares, al estar focalizados principalmente en las mujeres.¹⁵

12. RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C., "Organización social del cuidado, reproducción de la desigualdad y derechos de las mujeres", en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 14, Buenos Aires, 2018, p. 66.

13. ELLINGSTAETER, A. L., "Dual Breadwinners between State and Market", en CROMPTON, R. (ed.), *Restructuring Gender Relations And Employment. The Decline Of The Male Breadwinner*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, p. 41 citado por PAUTASSI, L., "El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos", en *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 87, Santiago de Chile, CEPAL, 2007, p. 10.

14. ZIBECCHI, C., *¿Cómo se cuida en Argentina? Definiciones y experiencias sobre el cuidado de niños y niñas*, Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género-ELA, 2014, p. 23.

15. ESQUIVEL, V., FAUR, E. y JELIN, E., *Las lógicas del cuidado infantil. Entre las familias, el Estado y el mercado*, Buenos Aires, IDES-UNFPA-UNICEF, 2012; LUPICA, C., "Trabajo decente y corresponsabilidad de los cuidados en la Argentina", en *Documento de Consultoría*, Santiago de Chile, 2010; MARCO NAVARRO, F. y RICO, M. N., "Cuidado y políticas públicas: debates y estado de situación a nivel regional", en PAUTASSI, L. y ZIBECCHI, C. (coord.), *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*, Buenos Aires,

En el primer nivel, la histórica concentración sobre los hogares de las tareas de cuidado ha generado que las intervenciones del Estado en esta materia sean aisladas y dispersas, al considerarse un vector secundario de la gestión de las responsabilidades domésticas y familiares. De tal modo, ante la ausencia de políticas públicas sostenidas que propicien una mejor distribución de los tiempos y los espacios de cuidado, los núcleos familiares con ciertos niveles de ingreso acuden al mercado para poder satisfacer esas necesidades, situación que no pueden llevar adelante los hogares de menores ingresos. Así, la mercantilización de los cuidados se traduce en una profundización de la desigualdad social y, en suma, en un problema de justicia distributiva. De tal forma, además de la desigualdad propia de nuestro actual sistema de organización social del cuidado, este se erige en un instrumento de profundización de desigualdades estructurales, al dejar librado a los hogares privados (y, por ende, a los recursos que poseen) la posibilidad de gestionar y satisfacer sus necesidades de cuidados.

Una perspectiva clave a la hora de pensar en sistemas integrales de organización social del cuidado que alivien la presión que actualmente recae sobre los hogares y que permitan ensayar respuestas eficaces a esta problemática desde los Estados es el *enfoque de derechos*. Esta perspectiva se orienta a garantizar la promoción y protección de los derechos humanos consagrados en las normas internacionales, al servir de marco normativo obligatorio para la gestión y formulación de políticas públicas. Desde el prisma del enfoque de derechos se analizan las desigualdades que resultan centrales en los problemas de desarrollo a los fines de corregir prácticas discriminatorias y, por ende, distribuciones injustas de poder que obstan al progreso en términos de desarrollo.¹⁶ Desde esta postura, se concibe al cuidado como un derecho humano universal. Esto implica no circunscribirlo únicamente a un conjunto de prestaciones que el Estado debe proveer a ciertos sectores focalizados de la sociedad (por no detentar la capacidad económica de proveérselos en forma autónoma en el mercado), sino que

Biblos, 2013, pp. 27-58; PAUTASSI, L., "El cuidado como cuestión social desde el enfoque de derechos", en *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 87, Santiago de Chile, CEPAL, 2007; RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C. y PAUTASSI, L., *La organización social del cuidado de niños y niñas*, Buenos Aires, ELA-CIEPP-ADC, 2014.

16. ONU, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la cooperación para el desarrollo*, consultado en [<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>] el 2/6/2018.

el cuidado se constituye en un derecho complejo que abarca el derecho a cuidarse, a cuidar a otros y otras y a ser cuidado.

Desde este lugar, el enfoque de derechos se torna un recurso fundamental para poder desarrollar políticas públicas que aborden de manera global la problemática del cuidado. Pautassi¹⁷ y Abramovich¹⁸ caracterizan este enfoque como "el marco conceptual que brindan los derechos humanos como derechos legitimados por la comunidad internacional [que] ofrece un sistema coherente de principios y pautas aplicables en las políticas de desarrollo".¹⁹

Así, desde este enfoque se caracteriza al cuidado como un derecho humano fundamental cuyo contenido está reconocido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos²⁰ y, en tal sentido, utiliza los estándares contenidos en ellos para guiar el desarrollo y la gestión de políticas públicas de cuidado. Al establecer un conjunto de obligaciones positivas y negativas de los Estados, este enfoque dibuja el horizonte de sentido que los arreglos institucionales, legislativos y presupuestarios deben adoptar en el plano interno.

A los fines del presente trabajo, el enfoque de derechos es una técnica fundamental debido a que el Convenio n° 156 de la OIT establece pautas concretas para establecer lógicas antidiscriminatorias en el empleo de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares. En este sentido, el convenio mencionado es un instrumento esencial a la hora de diseñar modelos de distribución de responsabilidades de cuidado en el marco de los vínculos laborales del sector privado.

En el segundo nivel de distribución desigualitaria del cuidado, encontramos que dentro de los hogares se produce una nueva distribución diferencial

17. PAUTASSI, L., "El cuidado...", ob. cit.

18. ABRAMOVICH, V., "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", en *Revista de la CEPAL*, n° 88, 2006, pp. 35-50.

19. PAUTASSI, L., "El cuidado...", ob. cit., p. 21; ABRAMOVICH, V., "Una aproximación...", ob. cit., p. 35.

20. Si bien solo está reconocido expresamente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Pautassi establece que se encuentra incorporado a los demás tratados internacionales a través del reconocimiento de diferentes componentes de este, como el derecho a una alimentación adecuada, a la salud y la educación, a la protección de la seguridad social, entre otros, contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Protocolo de San Salvador, en la Convención Internacional de Derechos del Niño y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (PAUTASSI, L., ob. cit., p. 31).

de las responsabilidades familiares entre varones y mujeres. En este sentido, si bien en la Argentina no contamos con sistemas de producción de evidencia empírica que nos brinden información certera sobre el estado del cuidado y su distribución, el módulo de trabajo no remunerado de la Encuesta Anual de Hogares Urbanos del INDEC en la edición correspondiente al tercer trimestre de 2013 muestra que mientras el 90% de las mujeres realiza tareas domésticas, en el caso de varones, menos del 60% las efectúan. La realización de esa cantidad de trabajo reproductivo no remunerado implica para las mujeres seis horas adicionales de labor, configurando lo que se conoce como *doble jornada laboral*.

Como podemos ver, la organización social del cuidado es un fenómeno complejo que abarca la intervención de actores sociales disímiles y dinámicas sociales muy versátiles. Sin embargo, a los fines del presente ensayo centraremos nuestra atención en la forma que la legislación laboral interna y un tratado internacional en la materia adoptan para regular esas obligaciones familiares y de cuidado en las relaciones entre trabajadores y empleadores.

IV. EL CONVENIO N° 156 OIT. APORTES PARA PENSAR SISTEMAS INTEGRALES DE CUIDADO DESDE LA LEGISLACIÓN LABORAL

El convenio n° 156 (en adelante COIT 156) fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su sexagésima séptima reunión en 1981 y se complementa con la Recomendación n° 165, sobre trabajadores con responsabilidades familiares. La Argentina lo ratificó el 17 de marzo de 1988, mediante ley 23.451.

La introducción de la noción de "trabajadores de ambos sexos con responsabilidades familiares" marcó el comienzo de una nueva etapa en términos de igualdad de género en el mundo del trabajo. El COIT 156 ilustra un debate más amplio que se generó en el organismo internacional y que implica entender que para alcanzar la igualdad entre varones y mujeres no es suficiente centrar la atención en las dinámicas de las relaciones laborales (ya sean en el plano individual o colectivo), sino que es imperioso "revisar la forma en que se organiza y distribuye el trabajo productivo y reproductivo en toda la sociedad".²¹

21. OIT, *Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, Santiago de Chile, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009, p. 25.

Este instrumento parte del entendimiento de que las personas que tienen a su cargo responsabilidades familiares, en su mayoría mujeres, experimentan diversas dificultades tanto para ingresar como para mantenerse en los mercados laborales. De hecho, el artículo 8 expresamente veda la utilización de la responsabilidad familiar como una causa para poner fin a la relación de trabajo.

A los fines del convenio, se entiende por trabajadores con responsabilidades familiares a aquellos que tengan a su cargo hijos o hijas (art. 1.1) u otros familiares directos que precisan de cuidado (art. 1.2). Esta ampliación de la noción de responsabilidades familiares no solo a los menores, sino también a otros integrantes del núcleo familiar directo, sienta las bases para avanzar en concepciones integrales de sistemas de cuidado.

A su vez, el COIT 156 nos brinda pautas esenciales para pensar en políticas públicas de conciliación entre la vida laboral y la vida familiar. Establece que a fines de garantizar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, los Estados deben adoptar medidas para:

“(a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;

(b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social” (art. 4).

Asimismo, establece la obligación de gestionar servicios y medios de asistencia públicos (art. 5.b), medidas de orientación y capacitación profesional (art. 7) y políticas de información y educación sobre el principio de igualdad que favorezcan reflexiones en torno a la situación de los trabajadores con responsabilidades familiares y sus derechos en los ámbitos laborales (art. 6).

En este contexto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), organismo encargado de interpretar los Convenios y Recomendaciones y controlar el cumplimiento de los primeros por Estados Parte que los hubieran ratificado (con puntuales excepciones que se refieren adelante) ha dirigido seis solicitudes directas²² y una observación²³ a la Argentina, en torno al cumplimiento y aplicación del

22. En los años 1993, 1994, 1995, 2000, 2007 y 2011. Consultados en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2117367] el 18/6/2018.

23. En el año 2000.

COIT 156. En estas ocasiones, se le solicitó al Estado argentino el desarrollo de políticas públicas que garanticen tiempos e infraestructura de cuidado que permita a los trabajadores y las trabajadoras conciliar sus responsabilidades familiares con las obligaciones laborales. En todos los casos, la Comisión alienta al Estado argentino a adecuar sus políticas internas a los postulados del *Estudio General sobre Trabajadores con responsabilidades familiares*.²⁴ Este instrumento fue elaborado por la CEACR a partir de las memorias remitidas por los Estados y las informaciones proporcionadas por las organizaciones de trabajadores y empleadores y en él se establecen los alcances de las cláusulas del COIT 156.

Asimismo, la OIT ha venido desarrollando programas vinculados a la igualdad de género en el trabajo en forma sistemática desde finales del siglo pasado. Especial énfasis adquirieron estas acciones a partir de la adopción de la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* en 1998, que en su artículo segundo estipula la obligatoriedad de los Estados miembros de respetar ciertos convenios que se distinguen como fundamentales para garantizar los derechos de los trabajadores y las trabajadoras en el empleo aun cuando no hayan sido ratificados expresamente, por la sola circunstancia de pertenecer a la OIT. A los fines de verificar el cumplimiento de estos convenios, se estipula un procedimiento de seguimiento en base a informes periódicos que los Estados deben elevar a la OIT.

Si bien el COIT 156 no está contenido entre estos convenios, sí lo está el Convenio n° 111 sobre la discriminación que especialmente prohíbe el trato desigual fundado en razones de sexo o género. En este sentido, se ha reconocido que la igualdad de oportunidades de mujeres respecto de sus pares varones en los mercados de trabajo se encuentra fuertemente vinculada con las responsabilidades familiares que recaen sobre ellas, configurando una enorme situación de desventaja. De tal forma, una lectura integral de la igualdad y prohibición de discriminación en el empleo en los términos del Convenio n° 111 no puede desconocer la influencia que los modelos de reparto de las responsabilidades familiares poseen a la hora de garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones trabajadores y mujeres trabajadoras.

24. OIT, *Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 156) y la Recomendación (núm. 165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*, 1981. Conferencia Internacional del Trabajo, 80° reunión, 1993.

En tal contexto, la OIT reconoce que la situación desventajosa en la que se encuentra la mujer en el empleo se debe principalmente a la dinámica de la división sexual del trabajo y, por ende, a la asignación de roles diferenciados a varones y mujeres, de modo que pesan sobre los hombros de estas las responsabilidades del hogar y la familia, produciendo una doble jornada laboral. En tal sentido, entiende el organismo internacional que esta problemática social revestiría menor gravedad si los Estados parte avanzaran en modelos de distribución igualitaria de las responsabilidades familiares entre varones y mujeres.²⁵

Las lecturas que la OIT realiza sobre la participación femenina en los mercados de trabajo y su vínculo con una distribución desigual de las tareas de cuidado son sumamente claras y así también se gestionan las obligaciones y recomendaciones a los Estados parte para garantizar la igualdad real de oportunidades en el empleo de mujeres y varones.

De lo anteriormente expuesto podemos colegir que el COIT 156, ratificado por la Argentina, contiene pautas precisas que guían a los Estados miembros en la tarea de adecuar sus políticas domésticas (y entre ellas, la legislación) a elaborar sistemas integrales de cuidado. Asimismo, este convenio no responde a una iniciativa aislada y circunstancial, sino que se acopla a una articulación de programas y acciones que la OIT ha venido desarrollando en las últimas décadas en pos de garantizar la igualdad de mujeres y varones en los mercados de trabajo. Así es que estas disposiciones deben servir de base para que las normativas internas vinculadas al empleo formal propendan a construir modelos de corresponsabilidad entre trabajadores varones y mujeres, que posibiliten redistribuir la carga de dichas obligaciones y avanzar en la noción del cuidado como un derecho fundamental *a cuidar, cuidarse y ser cuidado* en condiciones dignas y equitativas.

V. LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO Y SUS SILENCIOS EN MATERIA DE CUIDADO

Sancionada en 1974, esta normativa regula los vínculos laborales desarrollados en relación de dependencia en el sector privado argentino, con excepción de las exclusiones específicamente enunciadas en el artículo

25. OIT, *Promoviendo la igualdad de género. Convenios de la OIT y los derechos laborales*, Santiago de Chile, Oficina Internacional del Trabajo, 2006, p. 21.

segundo del propio régimen.²⁶ Constituye un piso mínimo de protección para todos los trabajadores y trabajadoras comprendidas en su ámbito de aplicación, que es susceptible de ampliación mediante la expresión de la autonomía colectiva, materializada en convenios colectivos de trabajo. En este sentido, el Estado interviene activamente en el vínculo jurídico laboral (alejándose del presupuesto liberal en materia de regulación jurídica de no intromisión estatal en la autonomía contractual privada) al partir de un postulado fundamental: el reconocimiento de una estructura de poder asimétrica entre los dos protagonistas del vínculo laboral: empleador, por un lado, y trabajador, por el otro.

Así, el Derecho del Trabajo se distancia de otras ramas del Derecho (en las que el presupuesto de partida es la igualdad de las partes, privilegiando la autonomía de la voluntad de estas) y se funda en la necesidad de brindar protección social a quienes se hallan en el extremo vulnerable de la relación jurídica laboral, estableciendo como horizonte de sentido la igualdad sustancial.²⁷ De esta forma, la igualdad deja de ser un prerequisite del dispositivo legal para convertirse en la finalidad de este. Sin embargo, este compromiso nivelador y protectorio del Derecho del Trabajo parece

26. "Art. 2°. Ámbito de aplicación (...) Las disposiciones de esta ley no serán aplicables: A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en esta o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo. Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente. A los trabajadores agrarios, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario".

27. Esta situación se encuentra expresamente elaborada en diferentes artículos de la Ley de Contrato de Trabajo como son: "Art. 7°. Condiciones menos favorables. Nulidad. Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a estas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley"; "Art. 12. Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción"; "Art. 17 bis. Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, solo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación". Por solo mencionar algunos.

encontrar su limitación en el caso de la tutela de las mujeres trabajadoras, tal como lo veremos a continuación.

La labor de las mujeres trabajadoras se encuentra regulada en la LCT en el Título VII que abarca los artículos 172 a 186. Los artículos 175 y 176 se abocan a excluir a las mujeres de la posibilidad de efectuar trabajos a domicilio y tareas penosas, peligrosas o insalubres, en el entendimiento de que dichas tareas podrían llegar a afectar la capacidad reproductiva de las mujeres.

Luego, la protección de la maternidad se desarrolla en base a una prohibición de trabajar durante un período determinado: 45 o 30 días antes de la fecha presunta de parto y 45 o 60 días después de esta (art. 177, primer párrafo, LCT). En este lapso, se suspenden las dos obligaciones principales del contrato de trabajo (la prestación de servicio y el pago de la remuneración) y la trabajadora tiene derecho a percibir una asignación proveniente de la seguridad social, consistente en una suma igual a la remuneración que aquella hubiera debido cobrar en su empleo. Dicha prestación resulta compatible con otras asignaciones familiares, tales como la correspondiente al período prenatal, por hijo y por nacimiento.

La ley consagra la estabilidad en el empleo de toda mujer durante la gestación. Este derecho está sujeto a que curse la notificación fehaciente de su estado de gravidez a su empleador (art. 177, segundo párrafo, LCT). En concomitancia con dicha estabilidad, la ley estipula una presunción a favor de la mujer trabajadora embarazada, en torno a que el despido que se produce durante el "período de sospecha" (a saber, siete meses y medio antes y después del parto) ha sido por causa de embarazo. Se trata de una presunción *iuris tantum* e invierte la carga de la prueba.

En caso de que se produjera el despido sin causa de la mujer trabajadora en dicho período de sospecha, el empleador deberá abonar (además de las indemnizaciones que correspondieren según los artículos 232, 233 y 245 LCT) una suma equivalente a un año de remuneraciones (arts. 178 y 182 LCT).

Una vez producido el nacimiento, la mujer trabajadora tiene tres opciones: a) reincorporarse a trabajar en las mismas condiciones en que lo hacía con anterioridad al embarazo (art. 183, inciso a); b) optar por la licencia de excedencia, que no puede ser inferior a tres meses ni superior a seis meses (art. 183, inciso c). Cabe destacarse que si la madre trabajadora opta por esta alternativa durante dicho período no percibe remuneración y c) por último, puede rescindir el contrato percibiendo una compensación

económica que es igual a la cuarta parte del sueldo por cada año de servicio (art. 183, inciso b).

A estas opciones, cabe adicionar lo previsto en el art. 177, último párrafo, en tanto establece que si la trabajadora sufriera algún perjuicio en su salud a causa del embarazo o parto, podrá acogerse a los plazos de licencia por enfermedad inculpable establecidos en el artículo 208.²⁸ Además, es de aplicación la Ley 24.716 que estipula una licencia de seis meses sin goce de sueldo desde la fecha de la finalización de la licencia por maternidad para las trabajadoras con hijos o hijas que padezcan el síndrome de Down.

A los fines de la lactancia, la ley establece que una vez que la trabajadora se reincorpore a su puesto laboral, gozará de dos descansos diarios de media hora para amamantar a su hijo durante la jornada de trabajo por un período de un año posterior al nacimiento, que puede prolongarse en caso de mediar razones médicas que así lo justificaren (art. 179 LCT).

Por su parte, el art. 158 de la LCT establece la licencia para el trabajador varón a causa de nacimiento de hijo en dos días corridos. Esta licencia, más que por razones de cuidado, está pensada para que el padre pueda realizar los trámites burocráticos de inscripción, mientras la madre se ocupa del niño o niña.²⁹

Como podemos ver, al abordar la cuestión del trabajo de las mujeres, la ley establece una regulación de excepción que se funda en estereotipos respecto del rol social de la mujer.³⁰ Las responsabilidades familiares y, por ende, las cuestiones relativas a los cuidados son abordados de forma deficiente por la legislación laboral. Tanto así es, que impera una clara focalización en la maternidad biológica, concentrando los dispositivos

28. "Art. 208.- Plazo. Remuneración. Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis (6) y doce (12) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco (5) años..."

29. ACKERMAN, M. E., *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, 2da edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 136.

30. ACKERMAN, M. E., "La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia en la Argentina", en BIRGIN, H. (comp.), *Ley, mercado y discriminación: el género del trabajo*, Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 26.

protectorios en los períodos de gestación, alumbramiento y lactancia. Sin embargo, nada se estipula respecto de casos de embarazo múltiple, con lo cual la trabajadora poseerá los mismos tiempos de licencia sea que se trate de un solo hijo o de más. Tampoco se establecen licencias especiales para los casos de adopción, donde tanto la madre como el padre deben cumplir los trámites burocráticos que establece el régimen vigente y, luego de serles otorgada la guarda, generar y estrechar el vínculo con el niño o la niña.

La Ley de Contrato de Trabajo responde a una matriz intensamente desigual en la distribución y asignación de las responsabilidades familiares. Al centrar los dispositivos legales de protección en las madres (en su rol de personas gestantes y cuidadoras), se fomenta un modelo de masculinidad enderezado únicamente a la provisión de ingresos y totalmente separado de las cuestiones del cuidado, profundizando el sistema de división sexual del trabajo. En este sentido, las mujeres se ven obligadas a resolver por su cuenta la forma de conciliar las responsabilidades familiares con sus obligaciones laborales y, al no poseer herramientas provenientes del orden público laboral que faciliten dicha tarea, tienen menos tiempo disponible para ingresar y mantenerse en actividades remuneradas. Más aún, cuando logran insertarse en el mercado laboral se concentran en modalidades de trabajo precarias, como lo son las contrataciones a tiempo parcial y en el sector informal,³¹ lo que perjudica la autonomía femenina.

Las pocas protecciones que contempla la LCT en torno a las cuestiones del cuidado se concentran fuertemente durante los períodos de gestación maternal y alumbramiento, por lo que no se contemplan herramientas para armonizar las esferas familiar y laboral luego de esos períodos.

Como expusimos anteriormente, en las intersecciones entre la conciliación de la vida familiar y la laboral, la protección sesgada que proporciona la LCT redundante, en última instancia, en un problema de justicia distributiva, debido a que los hogares de mayores recursos compensan la ausencia de tiempos e infraestructura de cuidado proporcionados por el Estado acudiendo al mercado, al tiempo que los hogares de menores recursos apelan a la (escasa) oferta estatal y a la ayuda familiar, que suele recaer, a su vez, en otra mujer.

31. MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Las mujeres en el mundo del trabajo*, Buenos Aires, Ministerio de Trabajo, 2017; LÓPEZ AHUMADA, E. J., “La transversalidad de la igualdad de género y la promoción de condiciones justas en el trabajo: revisión de instrumentos y políticas promovidas por la OIT”, en *Revista Temas Socio-Jurídicos*, n° 72, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2017, p. 239.

VI. CONCLUSIONES

El recorrido que efectuamos en los párrafos precedentes tiene como objetivo visibilizar las tensiones presentes entre un dispositivo legal interno y un tratado internacional vigente, en torno a una temática en común: el derecho al cuidado.

Hemos puesto de relieve que, si bien a nivel internacional poseemos lineamientos valiosos para atender a las cuestiones de cuidado, al no estar materializadas en la norma legal doméstica en forma de herramientas concretas, la conciliación entre la vida familiar y laboral de trabajadores con responsabilidades familiares recae exclusivamente sobre los hogares y, específicamente, sobre las mujeres trabajadoras.

El convenio en cuestión brinda orientación certera para formular políticas públicas en materia de legislación de los vínculos laborales privados que tengan como horizonte de sentido la conciliación sobre bases equitativas de la vida familiar y laboral para trabajadores y trabajadoras. Esta compatibilización redundará no solo en un mejoramiento de la calidad de vida y cuidado de las personas que se desempeñan en el ámbito privado, sino también en un fortalecimiento de la institucionalidad laboral, en la medida que se garantice que los derechos que han sido consagrados en la normativa sean efectivamente ejercidos. Por ello, consideramos fundamental que las cuestiones relativas al derecho al cuidado se incorporen a la Ley de Contrato de Trabajo, dado que de esa forma la distribución de las responsabilidades familiares se incorporará al Derecho del Trabajo de manera uniforme a todo el universo de trabajadores y trabajadoras que están comprendidos en su ámbito de aplicación.

Avanzar en el desarrollo de modelos de doble proveedor o proveedora y doble cuidador o cuidadora implica transformar la concepción cultural y socialmente arraigada que sostiene que dichas tareas son responsabilidad privada de los hogares y, dentro de ellos, de las mujeres. Las nuevas dinámicas de maternidades y paternidades actuales precisan de leyes que les garanticen el ejercicio pleno de sus derechos. Por ello, resulta imprescindible reorientar la normativa laboral vigente de modo de articularla en base a las necesidades sociales actuales, bajo el enfoque proporcionado por el COIT 156. En esta sintonía, es fundamental una comprensión del cuidado como un derecho de todas las personas y, de tal forma, la administración, distribución y gestión de este como un problema público que redundará en el bienestar social.

La creación de dispositivos legales específicos que, siguiendo los lineamientos de la normativa internacional, atiendan las responsabilidades familiares como cuestión social y propendan a una distribución más equitativa de estas repercutirá en un robustecimiento de la posición de la mujer como trabajadora, lo que implicará, además, fortalecer su autonomía y dejar atrás concepciones acerca de su participación laboral ancladas a estereotipos que las discriminan y alejan de trabajos decentes y de calidad. Y aquí yace el debate más importante sobre el cual se apoya el presente ensayo: ampliar los márgenes de los dispositivos legales para poder hacer frente a situaciones de desigualdad estructural,³² de modo de avanzar en concepciones más robustas de la igualdad que permitan a las trabajadoras mujeres desarrollarse plenamente en los mercados de trabajo, bajo la parábola de la protección de la regulación jurídica laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", en *Revista de la CEPAL*, Nro. 88, 2006, pp. 35-50.
- ACKERMAN, Mario E., *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, 2da edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016.
- , "La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia en la Argentina", en BIRGIN, Haydée (comp.), *Ley, mercado y discriminación: el género del trabajo*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 25-46.
- CARRASCO, Cristina, "La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?", en LEÓN T., Magdalena, *Mujeres y trabajo: cambios imposterables*, Porto Alegre, Veraz Comunicação, 2003, pp. 11-49.
- CEPAL, "¿Qué Estado para qué igualdad?", en *XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2010.

32. SABA, R., "(Des)igualdad estructural", en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

- ESQUIVEL, Valeria (coord.), *La economía feminista desde América Latina: una hoja de ruta sobre los debates actuales en la región*, Santo Domingo, ONU Mujeres, 2012.
- FAUR, Eleonor y JELIN, Elizabeth, *Las lógicas del cuidado infantil. Entre las familias, el Estado y el mercado*, Buenos Aires, IDES-UNFPA-UNICEF, 2012.
- FEDERICI, Silvia, *La inacabada revolución feminista. Mujeres, reproducción social y lucha por lo común*, México, Ediciones Desde Abajo, 2013.
- IZQUIERDO, María J., "Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: hacia una política democrática del cuidado", en GATEIZ, Victoria, *Cuidar cuesta: costes y beneficios del cuidado*, Instituto Vasco de la Mujer, 2004, pp. 119-154
- LEARY, V. A., *International Labour Conventions and National Law*, La Haya, Springer Science+Business Media, 1982
- LÓPEZ AHUMADA, Eduardo J., "La transversalidad de la igualdad de género y la promoción de condiciones justas en el trabajo: revisión de instrumentos y políticas promovidas por la OIT", en *Revista Temas Socio-Jurídicos*, n° 72, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2017, pp. 229-276.
- LUPICA, Carina, "Trabajo decente y corresponsabilidad de los cuidados en la Argentina", en *Documento de Consultoría*, Santiago de Chile, 2010.
- MARCO NAVARRO, Flavia y RICO, María N., "Cuidado y políticas públicas: debates y estado de situación a nivel regional", en PAUTASSI, Laura y ZIBECCHI, Carla (coord.), *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*, Buenos Aires, Biblos, 2013, pp. 27-58.
- MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Las mujeres en el mundo del trabajo*, Buenos Aires, Ministerio de Trabajo, 2017.
- OIT, *Promoviendo la igualdad de género. Convenios de la OIT y los derechos laborales*, Santiago de Chile, Oficina Internacional del Trabajo, 2006.
- , *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- , *Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, Santiago de Chile, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009.

ONU, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la cooperación para el desarrollo*, consultado en [<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>] el 2/6/2018.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Derecho del Trabajo e Ideología*, Madrid, Tecnos, 2002.

PAUTASSI, Laura, “El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos”, en *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 87, Santiago de Chile, CEPAL, 2007.

—, FAUR, Eleonor y GHERARDI, Natalia, “Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Límites y omisiones para una mayor equidad”, en *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 56, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.

—, y ZIBECCHI, Carla (coord.), *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*, Buenos Aires, Biblos, 2013.

PÉREZ OROZCO, Amaia, *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2014.

PINOTTI, Mónica, *Abuso, discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral*, Buenos Aires, Visión Jurídica, 2014.

PNUD, *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, Santiago de Chile, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009.

—, *Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 156) y la Recomendación (núm. 165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*, 1981. Conferencia Internacional del Trabajo, 80° reunión, 1993.

RACCIATTI, O., “Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación”, en *Derecho Laboral*, Montevideo, 1994

RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina y PAUTASSI, Laura, *La organización social del cuidado de niños y niñas*, Buenos Aires, ELA-CIEPP-ADC, 2014.

—, “Organización social del cuidado, reproducción de la desigualdad y derechos de las mujeres”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 14, Buenos Aires, 2018, pp. 64-73.

SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

VON POTOBOSKY, G., “Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”, en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Ginebra, BIT, 2004;

—, “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿Una nueva dimensión en el orden jurídico interno?”, en *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1997.

WAINERMAN, Catalina, “Conyugalidad y paternidad. ¿Una revolución estancada?”, en GUTIÉRREZ, María A., *Género, familias y trabajo: rupturas y continuidades*, Buenos Aires, CLACSO, 2007, pp. 179-222.

ZIBECCHI, Carla, *¿Cómo se cuida en Argentina? Definiciones y experiencias sobre el cuidado de niños y niñas*, Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género-ELA, 2014.

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

GALLARDO, Hernán, “Las nuevas relaciones de trabajo en la economía *on demand*...”, pp. 193-211

LAS NUEVAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA *ON DEMAND*. ANÁLISIS DEL CASO INSIGNIA: UBER*

HERNÁN GALLARDO**

Resumen: Mientras autores como Gauthier nos hablan de una “cuarta revolución industrial”,¹ el advenimiento de las tecnologías de la información nos obliga a plantear nuevos interrogantes respecto de los postulados originarios del derecho laboral clásico. Las nuevas formas de trabajo y las relaciones laborales que de ellas se desprenden, exigen tanto a la doctrina como a la jurisprudencia proponer nuevos caminos a la hora de abordar las problemáticas que empiezan a manifestarse cada vez con más asiduidad y que carecen de un marco normativo regulatorio acorde a las particulares características que estas presentan. En este trabajo, se intenta ofrecer una visión superadora a aquella que pretende encuadrar en la normativa actual –que no logra otorgar claridad ni certeza en su respuesta– las nuevas relaciones laborales atípicas que surgen en este contexto, tomando como referencia el caso de Uber y las implicancias que acarrea su desembarco en nuestro país.

Palabras clave: uber – empleo en relación de dependencia – trabajo autónomo – subordinación – nuevas relaciones laborales

Abstract: While authors like Gauthier speak of a “fourth industrial revolution”, the advent of information technologies forces us to raise new questions regarding the original postulates of classical labor law. The new forms of work and the

*Este trabajo ha obtenido el Segundo Puesto del XV Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**Estudiante de Abogacía en la UBA. Agradecimiento especial a mis padres, Jorge Alberto Gallardo y Rita Olga Rodríguez. También en el ámbito académico quiero agradecer a mis profesores que me apoyaron y motivaron a participar, Mariela Rabino, Mariano Carlos Núñez y Vanesa Pozueta.

1. GAUTHIER, G., “Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber”, en *Revista Derecho del Trabajo*, n° 8, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 1531.

labor relations that arise from them demand both the doctrine and the jurisprudence to propose new ways to address the problems that are beginning to manifest more and more frequently and that lack a regulatory framework according to the particular characteristics they present. In this work, we try to offer a vision that surpasses that which seeks to fit in the current norm –which fails to provide clarity or certainty in its response– the new atypical labor relations that arise in this context, taking as reference the case of Uber and the implications that its landing in our country entails.

Keywords: uber – standard employment relationship – autonomous work – subordination – new labor relationships

I. INTRODUCCIÓN

Como señaló acertadamente Sanguineti Raymond, las actividades económicas a escala global han generado necesidades de regulación que no son atendidas por las fuentes tradicionales, debido a las limitaciones intrínsecas que estas poseen.

En ese sentido, no resulta llamativa la ausencia de normas reguladoras ni la imposibilidad de aplicar reglas ya existentes a las relaciones laborales que se tejen en este nuevo contexto mundial al que ha quedado vinculado el derecho del trabajo luego de las profundas transformaciones experimentadas durante las últimas décadas.²

En este contexto, analizaremos el caso de la empresa Uber, una aplicación móvil líder que ofrece una conexión entre usuarios de transporte y choferes privados. Sin embargo, no está del todo claro si esta empresa es simplemente un servicio de tecnología de la información que funciona

2. SANGUINETI RAYMOND, W. decía: “[u]n mundo ilimitado, dentro del cual se reduce al máximo el valor de las fronteras nacionales, como es cada vez más el actual, descubre así un vacío de Derecho, dentro del cual los tradicionales instrumentos reguladores, tanto de ámbito nacional como internacional, demuestran cada vez más a las claras su inadecuación. No siendo previsible, por lo demás, al menos en un futuro inmediato, la emergencia de instrumentos alternativos de base jurídico-pública específicamente diseñados para hacer frente a tan inquietante realidad” en SANGUINETI RAYMOND, W. “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción”, en *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, n°2, Sevilla, 2012, vol. 5, pp. 180-212, consultado en [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1434/1150] el 4/6/2018.

como intermediaria entre dos sujetos o si en realidad ofrece servicios de transporte urbano que se asemeja al que empleamos cotidianamente cuando tomamos un taxi o un remis.³

En el presente estudio intentaremos –a través de un acabado estudio sobre la doctrina y jurisprudencia vigente– descifrar esta disyuntiva y dar algunas precisiones sobre lo que está sucediendo actualmente en el mundo del trabajo con la intervención de estos nuevos agentes y el posible camino a seguir tanto a nivel internacional como a nivel local donde los efectos ya se empiezan a advertir.

II. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y EL SURGIMIENTO DE NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

Todolí Signes propone denominar “economía basada en la prestación de servicios a través de plataformas virtuales” a este fenómeno que surgió en los últimos años que comprende una gran cantidad de actividades y negocios que involucran de modo diferente el trabajo humano.⁴

Entre todas las variantes del fenómeno, encontramos distintas denominaciones que suelen ser utilizadas, verbigracia, “economía compartida” –*sharing economy*– “consumo colaborativo” –*collaborative consumption*–, “economía bajo demanda” u “*on demand economy*” y otros como “*peer to peer economy*” –economía de igual a igual–, “*gig economy*”, “*crowdsourcing offline*” o “*crowdwork*”, dentro de estos, el que se aplica al servicio de transporte urbano de pasajeros –*ride sharing*– y de la mano de esta última denominación se deriva el término “*Uber economy*” que se relaciona con aquella plataforma virtual que permite vincular usuarios que buscan un servicio de transporte urbano y choferes independientes que están dispuestos a brindarlo por una contraprestación dineraria.⁵

3. Del francés *remise*, elipsis de “*voiture de remise*”, coche de alquiler que se estaciona en un garaje (“*remise*”) más lujoso que el que se estaciona afuera. Es un servicio de transporte privado usado en la Argentina.

4. TODOLÍ SIGNES, A., “El contrato de trabajo en el S. XXI: La Economía Colaborativa, On-Demand Economy, Crowdsourcing, Uber Economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo”, en *Social Science Research Network*, 2015, consultado en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705402].

5. GARCÍA, H. O., “La subordinación laboral en los servicios de transporte de pasajeros ‘bajo demanda’ organizados por plataformas electrónicas”, en *DT2017*, 2017, p. 1513.

III. LA AUTONOMÍA Y LA DEPENDENCIA EN LOS TIEMPOS ACTUALES

Tanto en la mayoría de los países como en el nuestro, el contrato de trabajo típico que se puede definir como aquella prestación en relación de dependencia para un empleador directo en un vínculo permanente y de tiempo completo que se ejecuta en el establecimiento del empleador,⁶ suele acoger una mayor cantidad de herramientas de protección provenientes de la normativa legal en parangón con las distintas modalidades atípicas de contrato de trabajo, como por ejemplo el empleo a tiempo parcial, a plazo fijo, de temporada, empleo intermitente, empleo eventual u ocasional, a domicilio, autónomo.⁷

Siendo ello así, empresas como Uber, Lyft, Airbnb, etc., presentan modelos atípicos de organización y por consiguiente de relaciones de empleo. Este tipo de relaciones suelen encontrarse en esa "zona gris" que menciona García Vior,⁸ entre otros,⁹ que se establece entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo propiamente dicho, y por lo tanto justifica un análisis más profundizado de manera que se pueda intentar dar pautas claras sobre el camino a seguir a futuro, evitando caer en las garras de la autonomía de la voluntad de las partes soslayando la relación de hiposuficiencia manifiesta en todo contrato de trabajo que dio origen a la necesidad de la intervención del derecho laboral y sus protecciones a la parte débil del contrato. En este sentido, Corradetti afirmaba con mayor crudeza: "si fuera por la voluntad de las partes el universo del derecho del trabajo y las relaciones laborales dependientes se habría empobrecido de una manera tal que ya no quedaría un solo trabajador en el mundo que pudiera llamarse de esa manera".¹⁰

6. Definición otorgada por GOLDIN, A., "Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo. Ensayo sobre un itinerario", en LEFEBVRE, F., *Derecho de las relaciones laborales*, n° 10, 2017, p. 977.

7. *Ibid.*

8. GARCÍA VIOR, A. E., "Fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente", en *DT2014*, n° 28, 2013.

9. SCHOUKENS, P. y BARRIO, A., así lo mencionaban: "[d]etermining whether a person performing work falls within the scope of the notion of 'employee' has become increasingly difficult due to the complexity of work arrangements in the grey area between employment and self-employment", en "The changing concept of work: When does typical work become atypical?", en *European Labour Law Journal*, 2017, vol. 8:4, p. 309.

10. CORRADETTI, S., "La Recomendación Internacional sobre la Relación de Trabajo, 2006. ¿Hacia una definición internacional de la Relación de Trabajo?", en *Revista Derecho del Trabajo*, n° 8, Barquisimeto, Fundación Universitas, 2012, p. 75.

En consonancia con ello, la ley continúa fallando en establecer criterios de una manera uniforme, propicia y predecible a los fines de garantizar seguridad jurídica a los agentes que interactúan en el plano laboral.

Si bien en el presente trabajo no se pretende dar una explicación acabada de un tema ampliamente analizado por la doctrina como lo es la autonomía y la dependencia laboral, es necesaria una definición que nos permita entender cuáles son los basamentos normativos desde los que vamos a analizar las relaciones laborales que son aquí objeto de estudio.

IV. ELEMENTOS TÍPICOS DE DEPENDENCIA

Como sabemos, el contrato de trabajo está definido en el art. 21 de la ley 20.744 (t. o. 1976)¹¹ de la siguiente manera: “[h]abrará contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”. Asimismo, el art. 23 de la citada ley posee una importante presunción: “[e]l hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esta presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado en calificar de empresario a quien presta el servicio”.

Podemos detectar que el legislador utiliza como elemento característico del contrato de trabajo la frase “bajo la dependencia”, siendo aquel elemento el que define, en la realidad, la aplicación del derecho del trabajo.

Esto parece muy claro, sin embargo, al analizar las relaciones laborales que surgen con las nuevas tecnologías de la información, encontramos una “difuminación” de ese límite que es la dependencia como

11. Ley N° 20.744 de Régimen de Contrato de Trabajo, decreto 390/1976, Buenos Aires, 1976, consultada en [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm].

factor determinante de la relación laboral como expresara Goldin; “[d]e ese modo, el típico centro de imputación del Derecho del Trabajo, además de encogerse, se difumina y pierde su histórico carácter dominante. Mientras tanto, aparecen nuevas modalidades de contratación del trabajo humano también distantes de aquella histórica tipicidad; y es notable que buena parte de ellas tienden a transitar esas complejas avenidas del trabajo que no se afilia (o no plenamente, al menos) a las tradicionales manifestaciones, ora estables, ora precarias, del trabajo dependiente”.¹²

Asimismo, Alain Supiot, al referirse a estos nuevos tipos de relaciones de trabajo, habla de que la idea de subordinación o dependencia se “suaviza” para dar lugar al concepto de “integración dentro de una organización” del trabajador.¹³

Entonces, este elemento primordial de la dependencia es la “subordinación personal” del trabajador para con el empleador. Esta fue definida como “control y dirección del trabajador por el empleador” según Veneziani.¹⁴

La recomendación 198 de la OIT propone “proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes”.¹⁵

Teniendo como base o referencia estas precisiones, pasaremos a analizar específicamente el caso de Uber, la aplicación insignia de la nueva economía.

12. GOLDIN, A., ob. cit., p. 980.

13. Así lo entendía SUPIOT, A.: “[e]n el derecho del trabajo, la idea de la subordinación jurídica –de sumisión estrecha a las órdenes de un jefe– se suaviza para dar lugar a aquella de la integración dentro de una organización, en el seno de la cual los trabajadores son libres de realizar los objetivos convenidos de la manera que lo deseen, y que constituyen tantas normas impersonales de evaluación que se imponen tanto a ellos mismos como a sus jefes”. En SUPIOT, A., *Le droit du travail*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, p. 75.

14. VENEZIANI, B., “The Employment Relationship”, en HEPPLER, B. y VENEZIANI, B. (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004*, Londres, Hart Publishing, 2009, p. 109.

15. OIT, *Recomendación sobre la Relación de Trabajo*, Ginebra, 95ª Reunión CIT, 2006, consultada en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument]

V. EL CASO UBER

Si bien no vamos a entrar en el análisis de la legalidad o ilegalidad del ejercicio comercial de Uber en nuestro país, es necesario debatir el alcance que tiene la llegada de este fenómeno a nuestra tierra en cuanto que afecta el mercado de trabajo interno y sin duda alguna la vida cotidiana de todos los que habitamos en ella.

Jennifer Pinsof nos propone, atinadamente a mi criterio, volver en el tiempo por un momento y situarnos en Estados Unidos en el año 1914.¹⁶

Aquí nos encontramos con la “Lehigh Valley Coal Company” o como su traducción literal nos indica “Compañía de carbón del Valle Lehigh”, empresa aparentemente dedicada –como podemos inferir de su nombre– al negocio del carbón. Sin embargo, ante un planteo judicial, a raíz de un accidente sucedido en el interior de la mina, por parte de los trabajadores mineros que en ella se desempeñaban,¹⁷ la empresa argumentó que “no se dedicaba al negocio del carbón en lo absoluto” sino que simplemente era la dueña de las minas. Afirmaba que vendía el producto elaborado de ellas, para lo cual, contrataba trabajadores independientes a los fines de realizar el proceso de extracción, los cuales no tenían ningún tipo de vinculación con la empresa más allá de la transacción comercial de compraventa del carbón. Su *modus operandi* consistía en dejar a los mineros ingresar a sus minas a extraer el carbón para luego comprarlo a estos y revenderlo. De esta manera, argumentando que no empleaba a los obreros que laboreaban la mina, se desligaba de reconocer cualquier tipo de vínculo laboral, lo que implicaba atenerse a ciertas leyes laborales que regían la actividad en esa época e impartían derechos y obligaciones tanto para los empleadores como para los trabajadores.

Este argumento, de que una empresa que es dueña de una mina de carbón, que luego vende el carbón extraído de esta, “no se dedicaba al negocio del carbón en lo absoluto”, suena, por lo menos, poco convincente. De ese modo lo consideró el juez del caso cuando dijo que resultaba “absurdo clasificar a estos mineros como contratistas independientes” siendo que “solo los mineros eran los que llevaban a cabo el único negocio de la compañía”.¹⁸

16. PINSOFF, J., “A New Take on an Old Problem: Employee Misclassification in the Modern Gig-Economy”, en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, n°22, Michigan, 2016.

17. Fallo “*Lehigh Valley Coal Co. v. Yensavage*”, 218F.547, 552, 2d Cir., 1914.

18. Fallo “*Lehigh Valley Coal Co. v. Yensavage*”, 218F.547, 552, 2d Cir., 1914.

Ahora propongo volver al presente, año 2018, más de cien años después y luego de grandes conquistas en el derecho del trabajo tanto a nivel nacional como internacional, parecería ridículo pensar que un caso similar al brevemente comentado pueda tener lugar en el actual mundo del trabajo. Sin embargo, existe, y ese es el caso de Uber Technologies Inc. ("Uber").

Así como lo detectaba Pinsof, nos encontramos con compañías como Uber que proponen el mismo tipo de argumentos utilizados por la "Le High Valley Company" más de cien años después.¹⁹

Uber ofrece un servicio de transporte urbano privado que opera en muchas ciudades del mundo y, si bien hay otras aplicaciones competidoras que ofrecen el mismo modelo, esta es líder indiscutible en relación con cantidad de usuarios y de potencial económico. También es la más controversial, debido a que encontramos que se han empezado a generar pleitos que debieron ser planteados en distintas cortes nacionales e internacionales con motivo de la naturaleza del vínculo entre Uber y sus choferes.²⁰

Entendemos que Uber se ampara en la legislación del Código Civil y Comercial de la Nación cuando uno de sus voceros²¹ afirmaba que "[e]l Código Civil y Comercial (Ley 26.994), de aplicación nacional, establece en su artículo 1280 la figura del contrato de transporte. Sobre la base de este código, una persona puede transportar a otra a cambio de un pago. Una parte llamada transportista traslada personas y la contraparte paga por el servicio recibido. Bajo esta normativa, es legal un contrato de transporte privado entre dos personas, donde aplicaciones tecnológicas como Uber facilitan la interacción entre ambas partes"²² desligándose de esta manera de cualquier intervención más que la de acercar a las partes en ese contrato que se celebra entre "una persona llamada transportista" y un privado que solicita el servicio.

Uber se califica a sí mismo como "una empresa de tecnología que globalmente conecta usuarios y socios conductores para que moverse en las ciudades sea una experiencia mejor y más fácil, y está comprometida

19. PINSOFF, J., ob. cit., p. 343.

20. GAUTHIER, G., ob. cit.

21. Mariano Otero, gerente general de Uber Argentina.

22. LA NACIÓN, "Cuáles son las razones por las que Uber afirma que su servicio es legal en el país", consultado en [https://www.lanacion.com.ar/1887119-uber-afirma-que-su-servicio-es-legal-y-no-detiene-su-despliegue-en-buenos-aires] el 7/4/2016.

con el futuro de la movilidad” a través de un comunicado reciente lanzado por la compañía.²³

Con respecto al vínculo que mantiene Uber con sus clientes (usuarios de la aplicación) que requieren el servicio para conseguir un vehículo que les permita transportarse de una locación determinada a otra, las principales características que detectó Gauthier²⁴ son las siguientes:

- La aplicación de Uber contiene información y constituye un medio de obtener servicios de transporte ofrecido por terceros proveedores de transporte, conductores u operadores de vehículos, denominado “proveedor de transporte” en la aplicación.
- Uber aclara que por sí misma no presta directamente servicios de transporte y no se asume como una empresa transportista.
- Uber se presenta como mero intermediario entre el usuario y el “proveedor de transporte”.
- Las condiciones del servicio también prevén que la prestación de los servicios de transporte está sujeta al acuerdo entre el usuario y el “proveedor del transporte” y donde Uber no es parte del acuerdo.
- Uber cobra por los servicios de transporte prestados por el “proveedor del transporte”, en nombre de este.
- La calidad de los servicios de transporte solicitados a través del uso de la aplicación es responsabilidad del “proveedor del transporte”, quien en última instancia será quien preste los servicios.
- En ninguna circunstancia Uber acepta responsabilidad en relación con o derivada de los servicios de transporte prestados por el “proveedor del transporte” ni por ningún acto, acción, comportamiento, conducta o negligencia de su parte.
- Las reclamaciones sobre los servicios de transporte prestados por el “proveedor del transporte”, deben remitirse a este último.

En segundo lugar, pasaremos a analizar las características del vínculo de Uber con los choferes o “proveedores de transporte”, como la empresa

23. INFOBAE, “Uber continuará en la Argentina pese a la resistencia del gobierno y las amenazas de las mafias de los taxis”, consultado en [https://www.infobae.com/tecnologia/2018/06/04/uber-continuar-a-en-la-argentina-pese-a-la-resistencia-del-gobierno-y-las-amenazas-de-las-mafias-de-los-taxis/] el 4/6/2018.

24. GAUTHIER, G., ob. cit.

los denomina, y que son aquellas personas que adquieren o poseen un vehículo y se registran en la plataforma de la empresa a efectos de ofrecer el servicio de transporte:

- Al enviar la solicitud de ingreso, el chofer autoriza a Uber y a su contratista de seguridad, para la consulta y obtención de información de cualquier fuente legítima y legal, de diferentes bases de datos de autoridades competentes a nivel nacional. Entre ellas, entidades del sector financiero, judicial y policial, entre otras. De igual forma, acepta la verificación de los antecedentes y referencias personales o cualquier otra información personal.
- Las tarifas de los servicios son determinadas por Uber y pueden variar minuto a minuto en función de la demanda de servicios y la cantidad de vehículos disponibles en la zona.
- En algunos países Uber entrega a cada chofer un *smartphone* con la aplicación instalada.
- El vehículo y todos los gastos asociados están a cargo de los propietarios de estos.
- Uber cobra el precio del viaje directamente al usuario, retiene una comisión de entre 20% y 25% dependiendo de las ciudades y le paga el saldo restante al “proveedor de transporte” o chofer.
- En algunos servicios especiales de Uber, se sugiere a los conductores vestir profesionalmente.
- Uber puede cancelar el contrato con el conductor que no sigue las sugerencias o en virtud de quejas que los usuarios pueden subir a la plataforma.

Luego de analizar estas precisiones, no queda del todo claro el tipo de relación que une a Uber con los choferes que utilizan la aplicación. A la luz de la técnica “indiciaria” o de “haz de indicios” que propone Goldin,²⁵ y que se ha utilizado asiduamente en la jurisprudencia, podemos denotar que la mayoría de estas características sugieren detectar indicios de que la relación que une a las partes sería aquella propia de una relación típica –o no tanto– de dependencia laboral o “subordinada”.

25. GOLDIN, A., ob. cit., p. 983.

Entre ellos, podemos encontrar los siguientes indicios: el precio del servicio es fijado por la empresa, sin ninguna posibilidad de negociación por parte del "socio"; el tipo de condiciones o "sugerencias" incluidas en las "pautas del servicio" y que el "socio" (chofer) debe acatar suponen una injerencia de parte de la empresa más propia de un contrato de trabajo que de un arrendamiento de servicios; la facultad unilateral de cancelar el servicio al "socio" que no cumpla con las "sugerencias" o "pautas del servicio" o que reciba informes negativos de los usuarios –régimen sancionatorio–; el poder de control potencial de la plataforma sobre la forma en que el servicio es prestado –ruta, tiempo del viaje, calificación de los usuarios–, la prohibición de recibir propinas; la prohibición de pactar una tarifa diferencial con el usuario; la prohibición de entregarle datos personales a los fines de contratar nuevamente para un próximo viaje; y también el extremo de que Uber asuma la solución de algunos de los problemas que pueda tener el "socio" en la ejecución del servicio de transporte, fundamentalmente con las autoridades públicas y/u otros prestadores de servicios de transporte con los que compite en el mercado.

Entre los argumentos esgrimidos por la empresa para definir a la relación como de un contrato de servicio de transporte firmado con "contratistas independientes" en los términos del Código Civil, los indicios que podemos apreciar y que están presentes en este caso, son los siguientes: es el "socio" quien determina la cantidad de tiempo –días y horas– que se encuentra disponible para prestar el servicio y en qué momento prende o apaga la aplicación, no existiendo exigencias de un mínimo de tiempo a disposición; es el "socio" quien debe proporcionar el vehículo y hacerse cargo de todos los gastos (mantenimiento, combustible, seguros, patente, etc.), es decir, quien contribuye además de la "mano de obra", los medios de producción; la ausencia de órdenes directas sobre cómo debe prestarse el servicio, más allá de las "sugerencias" contenidas en las "pautas del servicio"; la imposibilidad de control directo sobre la forma en que se presta el servicio, sin perjuicio de aspectos que sí pueden controlarse en tiempo real como la ruta que sigue el vehículo, el tiempo de viaje y la calificación del servicio por parte de los usuarios.²⁶

Por último, mediante un "programa de incentivos" Uber intenta enmascarar las disposiciones que impone a sus choferes, en las que se ve

26. GAUTHIER, G., ob. cit.

claramente la situación de subordinación que existe entre las partes. Para no deshabilitarlos de la aplicación (clara aplicación de una sanción que podría imponer un empleador a uno de sus trabajadores, similar a la suspensión), les impone a sus choferes las siguientes pautas o directivas: aceptar al menos 7 de cada 10 solicitudes; recibir una calificación mínima semanal de 4.5 estrellas; realizar al menos 1 viaje por hora; conectarte al menos la mitad del tiempo durante hora pico, de lunes a viernes de 7 a 10 de la mañana, y de 17 a 23. Durante los fines de semana este segmento será desde la medianoche hasta las 6 de la mañana, y desde las 17 hasta las 23; el ingreso promocionado es un mínimo de ingreso garantizado. Si el chofer generó menores ingresos durante la semana y cumple con todas las condiciones, Uber aportará el monto restante correspondiente, el monto que asegura Uber es bruto, y sobre el mismo se deberá descontar el 25 por ciento de comisión que aplica la compañía.²⁷

De estas directivas se desprenden los caracteres típicos de subordinación en donde podemos apreciar que Uber no solo controla el trabajo de sus choferes si no que impone pautas rígidas de cumplimiento, establece horarios de trabajo, fija la remuneración a pagar basada en objetivos (hasta ofrece un pago mínimo en caso de no cumplirlos), y establece sanciones. Por lo tanto, además que "indicios" estaríamos detectando aquellos de "factores determinantes" que mencionaba Corradetti,²⁸ concepto que establece con una mayor solidez que todas estas características mencionadas manifiestan una típica relación de dependencia laboral.

Es interesante lo que plantea Héctor Omar García cuando dice que, de las relaciones de trabajo que nacen a partir de las nuevas tecnologías como las aplicaciones móviles, no se infiere que la tecnología reemplace al trabajador, sino por el contrario, que viene a reemplazar al empleador, en el sentido del ejercicio concreto de funciones y facultades que le son propias, como las de organización del trabajo, de control de la prestación y el poder disciplinario.²⁹

Sin embargo, en el caso análisis, y por lo detallado ut supra, vemos que Uber realiza un completo control sobre sus "asociados".

27. LA NACIÓN, "Cuáles son las razones por las que Uber afirma que su servicio es legal en el país", consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/1887119-uber-afirma-que-su-servicio-es-legal-y-no-detiene-su-despliegue-en-buenos-aires>] el 7/4/2016.

28. CORRADETTI, S., ob. cit., p. 80.

29. GARCÍA, H. O., "La subordinación laboral en los servicios de transporte de pasajeros 'bajo demanda' organizados por plataformas electrónicas", en *DT2017*, n°8, 2017, p. 1513.

Este tipo de control que ejerce Uber sobre sus choferes nos asemeja, analiza Pinsof, al panóptico propuesto por Foucault en *Vigilar y castigar* en el que el prisionero se siente observado y vigilado en todo momento, lo que en este caso permite lograr ese efecto de control total sobre las tareas realizadas por el trabajador.³⁰

Establecido esto, es difícil visualizar que los choferes de Uber sean contratistas independientes "dueños de su propia empresa" que deciden las pautas y modos de llevar a cabo la prestación cuando sin duda alguna están actuando en un ámbito completamente delimitado por las directivas de la empresa.

VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En consonancia con el análisis hasta aquí llevado a cabo, donde sugerimos que la relación de Uber con sus choferes se asemeja más a aquella de una relación laboral de dependencia, se le suma la calificación de empresa que desarrolla la actividad de transporte. Ambas posiciones fueron adoptadas en algunas decisiones judiciales.

VI.A. El fallo "Uber vs. Elite taxi"

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con sede en Luxemburgo acaba de resolver que Uber es una empresa de transporte y no una plataforma digital de intermediación entre viajeros, por lo que estará obligada a trabajar con licencia como el servicio de taxis y no podrá ser operada por conductores particulares. De esta forma se desmorona el modelo original de Uber, consistente en que conductores particulares operan el servicio de transporte urbano con sus vehículos a través de una aplicación, en la que Uber actúa como un intermediario digital.

La sentencia abre, además, la posibilidad a que se pueda aplicar el mismo criterio a otras plataformas de economía colaborativa como el caso de Airbnb (alojamiento turístico), aunque la Comisión Europea ha avisado que habrá que estudiar caso por caso.

Para la Justicia europea, Uber es un servicio de transporte, y por lo tanto debe obtener una licencia convencional. El fallo del TSJE es categórico

30. PINSOFF, J., ob. cit.

al indicar que Uber “está indisolublemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de servicio en el ámbito de los transportes”: “[un] servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios en general, así como del ámbito de aplicación de la directiva relativa a los servicios en el mercado interior y del de la directiva sobre el comercio electrónico”.

La sentencia indica que el servicio prestado por Uber no se limita a una mera aplicación para poner en contacto a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano, “sino que crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano”.

Considera, finalmente, que este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es el transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información”, sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes”.

VI.B. El caso “O’ Connor v. Uber”

Datado en marzo de 2015, el Tribunal de Distrito de los E.E.U.U. para el Distrito del Norte de California calificó a Uber como empresa de transporte. En sus fundamentos, la sentencia señaló que la propia definición de Uber como empresa tecnológica se centra exclusivamente en los mecanismos tecnológicos de su plataforma en lugar de la actividad que realiza, pero si se repara en cómo la empresa opera y en que sus ingresos provienen, no de la distribución de su software sino de la venta de trayectos, parece claro que Uber es una empresa de transporte, aunque posea tecnología sofisticada: “*Uber does not simply sell software; it sells rides*”.³¹

VI.C. El caso “Mr. Y. Aslam, Mr. J. Farrar and Others v. Uber”

En esta sentencia de octubre de 2016, los jueces del tribunal de trabajo del reino unido luego de un minucioso estudio fáctico concluyeron que en

31. Fallo “*O’ Connor v. Uber Technologies, Inc.*”, No. C-13-3826 EMC, 2015, en GARCÍA, H. O., “La subordinación laboral...”, ob. cit.

el caso en cuestión existía una relación de dependencia entre los choferes y la empresa y ello en función de distintos argumentos, los cuales pasaremos a describir detalladamente.

En primer lugar, detecta que a pesar de que el conductor puede elegir cuándo y cuánto trabajar, ello no implica desviarse de una relación de dependencia, dado que cuando se pone a disposición y prende la aplicación, debe aceptar los viajes o se arriesga a ser “desactivado”. En segundo término, Uber entrevista y selecciona a los conductores y además establece la ruta (por defecto) a seguir por el conductor y fija el precio a pagar (es inflexible en estos tópicos). Por otro lado, el tribunal destaca que Uber no “sugiere” sino que impone. Luego, un indicio de la existencia de relación de dependencia está dado porque los choferes conducen bajo una marca ajena, con la imposibilidad de publicitar una empresa o marca propia, en efecto, Uber no hace publicidad en beneficio de ningún conductor en particular, sino que hace publicidad de su marca en beneficio propio.

Del mismo modo, la sentencia califica de ridícula la proposición de Uber de que en Londres existan 30.000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma: “[t]he notion that Uber in London is a mosaic of 30.000 small businesses linked by a common ‘platform’ is to our minds faintly ridiculous”.³²

Otro indicio, destaca el tribunal, que puede denotar una relación de dependencia está constituido por la imposibilidad de crecimiento que tienen estos “empresarios autónomos”. Si efectivamente fueran pequeños empresarios –y no trabajadores en relación de dependencia, como lo son–, lo lógico sería que existieran posibilidades de crecimiento en el negocio. En cambio, se pudo establecer que las únicas posibilidades de crecimiento de los conductores es que trabajen más horas. Es decir, estos trabajadores aportan fundamentalmente mano de obra, por lo que no pueden considerarse empresarios.

Por último, la capacidad de Uber de reservarse la facultad de poder modificar unilateralmente los términos del contrato y que aceptan el riesgo de pérdida, siendo que, si el chofer fuera un trabajador autónomo con un propio

32. Fallo “*Y. Aslam y J. Farrar v. Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd*” – case n. 2202551/2015 y otros, Tribunal de Londres, Reino Unido, presidido por el Juez del Trabajo Antony Snelson. Fallo del 12 de octubre de 2016 “*in chambers*”, consultado en [<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-rea-sons-20161028.pdf>].

emprendimiento, este riesgo recaería sobre él, terminan de convencer tanto a los jueces como a sus interlocutores de la verdadera naturaleza de la relación.

VI.D. Los casos en tribunales brasileños

Es curioso el caso de Brasil, ya que tenemos dos fallos de primera instancia similares en sus cuestiones fácticas pero que los jueces decidieron resolver de maneras diametralmente opuestas.

El 30 de enero de 2017, el Juez Filipe de Souza Sickert, a cargo del Juzgado de Trabajo de 37º Turno de Belo Horizonte, dictó una sentencia en el proceso iniciado por Artur Soares Neto contra Uber do Brasil Tecnología Ltda., Uber Internacional B.V. y Uber International Holding B.V., en cuya parte dispositiva rechazó por improcedente la demanda al no relevar la existencia de subordinación entre el actor y la empresa demandada.³³

Un tiempo después, el juez Márcio Toledo Goncalves, titular del Juzgado de Trabajo de 33º Turno, también de Belo Horizonte, se pronunció en un juicio iniciado por Rodrigo Leonardo Silva Ferreira contra Uber do Brasil Tecnología Ltda., donde reconoció la existencia de un vínculo de empleo entre el actor y la empresa y en consecuencia se condenó al demandado al pago de rubros laborales como licencias, indemnización por despido, horas extras, prima por nocturnidad, feriados trabajados y reembolso de gastos.³⁴

Tratándose de dos sentencias que tienen la peculiaridad de haber llegado a conclusiones opuestas, corresponde efectuar un par de precisiones:

Si bien lo que determinó la resolución de cada caso fue la cuestión de la prueba, y de la capacidad de cada parte para demostrar que su alegación era en definitiva lo que realmente sucedía en la relación laboral (abocando al principio de primacía de la realidad), lo que se pone en foco es la cuestión de si existe o no una relación de dependencia o subordinación a la luz del derecho brasileño, y de la doctrina laboral internacional.

33. 37ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE, fallo "Artur Soares Neto vs. Uber do Brasil Tecnologia Ltda., Uber International B.V., Uber International Holding B.V.", sentencia del 30 de enero de 2017, en GARCÍA, H. O. (trad.), "La prestación personal de servicios de transporte organizados por plataformas electrónicas (*ride sharing*) tomando como referencia a la empresa Uber", en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 1513-1530.

34. 33ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE-MG, fallo "Rodrigo Leonardo Silva Ferreira vs. de Uber do Brasil Tecnologia Ltda.", sentencia del 13 de febrero de 2017, en GARCÍA, H.O. (trad.), "La prestación personal...", ob. cit.

En consecuencia, y viendo que existe la posibilidad de que en dos casos análogos, dos jueces del mismo grado, en la misma materia, puedan fallar de manera antagónica, nos trae a reflexionar sobre el riesgo de que eventualmente se resuelvan casos semejantes en nuestro país, otorgando no solo incertidumbre si no inseguridad jurídica a aquellos actores que se vinculan en el mundo del derecho del trabajo.

VII. REFLEXIONES FINALES

No es novedoso argumentar que el régimen laboral actual, en lo concerniente a este tipo de relaciones laborales, incluidas las nacidas bajo las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, requiere de manera urgente una reforma legislativa

¿Cuál sería el camino a seguir para los legisladores argentinos?

Goldin propone distintos caminos, en primer lugar, indica: “[u]no de los trayectos posibles es el de la concepción de un nuevo contrato de trabajo típico. En otras palabras, el de construir un nuevo centro de imputación al cual aplicar el Derecho del Trabajo”.³⁵

De esta manera, debería el legislador optar por crear una nueva norma específica que abarque y regule este tipo de relaciones laborales.

Por otro lado, propone lo siguiente: “[o]tro tal vez sea el de afrontar una instancia de segmentación y pluralización de los estatutos de protección, en la cual el del tradicional trabajador subordinado sería solo uno entre algunos otros (v.gr. los de los teletrabajadores, los trabajadores *on demand* por medio de aplicaciones, los trabajadores involucrados en el *crowdsourcing*, los autónomos económicamente dependientes, etc.)”. De este modo, no estaríamos sometiendo a las nuevas relaciones laborales que presentan características mixtas a lo que sería la típica relación de dependencia laboral como “un virtual destinatario único para la aplicación del ordenamiento de protección”.³⁶

En consonancia con este planteo, García sostenía que “Dicho estatuto o régimen laboral especial, deberá considerar con rigor y razonabilidad las singularidades que reviste el nuevo tipo de explotación, sin obstaculizarlo

35. GOLDIN, A., ob. cit., p. 984.

36. *Ibid.*, p...

al extremo de provocar su frustración, pero por otro lado sin dejar de asegurar la protección al trabajo y al trabajador que le ordena la Constitución”.³⁷

De esta manera, los pasos a seguir por el legislador, además de llevar a cabo una profunda investigación sobre esta temática a los fines de poder darle un marco normativo acorde a las particularidades que presenta, serán también sortear las argucias contractuales o publicitarias que suelen ofrecer este tipo de compañías al momento de embarcar en un nuevo mercado laboral, buscando evadir las implicancias del sistema normativo y de las autoridades administrativas, no solo del derecho del trabajo, sino también de la seguridad social y de fiscalización tributaria.

BIBLIOGRAFÍA

- CORRADETTI, Susana, “La Recomendación Internacional sobre la Relación de Trabajo, 2006. ¿Hacia una definición internacional de la Relación de Trabajo?”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Barquisimeto, Fundación Universitas, 2012, n° 8, pp. 75-83.
- CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, fallo “*Lehigh Valley Coal Co. v. Yensavage*”, Washington, 1920.
- GARCÍA, Héctor O., “La subordinación laboral en los servicios de transporte de pasajeros ‘bajo demanda’ organizados por plataformas electrónicas”, en *DT2017*, 2017, p. 1513.
- , “La prestación personal de servicios de transporte organizados por plataformas electrónicas (*ride sharing*) tomando como referencia a la empresa Uber”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 1513–1530.
- GARCÍA VIOR, Andrea E., *Fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente*, en *DT2014 Enero*, 2013, p. 28.
- GAUTHIER, Gustavo, “Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber”, en *Revista Derecho del Trabajo*, n° 8, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 1531–1549.
- GOLDIN, Adrián, “Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo. Ensayo sobre un itinerario”, en LEFEBVRE, Francis, *Derecho de las relaciones laborales*, DT2017, 2017, n° 10, pp. 977–985.

37. GARCÍA, H. O., “La subordinación laboral...”, ob. cit.

INFOBAE, “Uber continuará en la Argentina pese a la resistencia del gobierno y las amenazas de las mafias de los taxis”, consultado en [<https://www.infobae.com/tecnologia/2018/06/04/uber-continuara-en-la-argentina-pese-a-la-resistencia-del-gobierno-y-las-amenazas-de-las-mafias-de-los-taxis/>] el 4/6/2018.

LA NACIÓN, “Cuáles son las razones por las que Uber afirma que su servicio es legal en el país”, consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/1887119-uber-afirma-que-su-servicio-es-legal-y-no-detiene-su-despliegue-en-buenos-aires>] el 7/4/ 2016.

LEY N° 20.744, decreto 390/1976, Buenos Aires, 1976.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Recomendación sobre la Relación de Trabajo*, Ginebra, 2006, consultado en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument].

PINSOF, Jennifer, “A New Take on an Old Problem: Employee Misclassification in the Modern Gig-Economy”, en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Michigan, n° 22, 2016.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción”, en *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, n° 2, Sevilla, 2015, vol.5, pp. 180–2012.

SCHOUKENS, Paul y BARRIO, Alberto, “The changing concept of work: When does typical work become atypical?”, en *European Labour Law Journal*, 2017, vol. 8, pp. 306–332.

SUPIOT, Alain, *Le droit du travail*, Buenos Aires, Heliasta, 2008.

TODOLI SIGNES, Adrián, “El contrato de trabajo en el S. XXI: La Economía Colaborativa, On-Demand Economy, Crowdsourcing, Uber Economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo”, en *Social Science Research Network*, 2015.

TRIBUNAL DE LONDRES, fallo “*Y. Aslam y J. Farrar v. Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd*” – case n. 2202551/2015 y otros, Reino Unido, 2016.

VENEZIANI, Bruno, “The Employment Relationship”, en HEPPLER, Bobby VENEZIANI, Bruno (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004*, Londres, Hart Publishing, 2009.

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

NARDINI, Gonzalo Roberto, “Código del Trabajo y Seguridad Social: Necesidad...”, pp. 213-229

CÓDIGO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: NECESIDAD, OPORTUNIDAD Y CONTENIDO*

GONZALO ROBERTO NARDINI**

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de la legislación laboral y de la seguridad social vigente en nuestro país para fundamentar la necesidad de la sanción de un “Código de Trabajo y Seguridad Social”. Para ello realizamos en primer medida un análisis de lo que el término codificar significa, para luego pasar a desarrollar su necesidad, oportunidad y por último el contenido que debiera tener este. Además, para basar nuestra fundamentación tuvimos en cuenta la desactualización normativa, el exceso de la legislación vigente y las contradicciones que se presentan a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

Palabras clave: codificación – código – derecho del trabajo – seguridad social – fragmentación normativa – seguridad jurídica

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the current labour and social security legislation in our country to support the need for the adoption of a “Labour and Social Security Code”. For that purpose, our first measure consists in an analysis of what does codify mean, later moving forward with the developing of its necessity, opportunity and finally, its content. In addition, to found our substantiation we take account of our outdated legislation, the excess of the current one, and the contradictions faced at legislative, doctrinal and jurisprudential level.

Keywords: codification – code – labour law – social security – legal fragmentation – legal certainty

* Este trabajo ha obtenido el Tercer Puesto del XV Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objeto analizar la necesidad, oportunidad y una propuesta de contenido respecto de un Código de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, que sin perjuicio de que su dictado se encuentra como manda constitucional pendiente desde 1957, con la incorporación de este entre los Códigos que debe dictar el Poder Legislativo de la Nación en el entonces art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional (hoy art. 75 inc. 12) luego ratificado por la reforma constitucional de 1994, nunca fue elaborado.

En la Argentina hubo varios intentos de codificación de la materia pero ninguno llegó a concretarse. Creemos que esto es así debido a que si bien existía la necesidad de hacerlo, el momento no era el oportuno por carecerse, por ejemplo, de una extensa legislación sobre la materia y del suficiente desarrollo jurisprudencial y doctrinario para hacerlo. Esto solo hubiera llevado, en caso de su dictado, a un Código prematuro que hubiera requerido rápidas y constantes actualizaciones, por un incorrecto abordaje de los institutos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Hoy en día contamos con basta legislación en la materia, pero esta se encuentra fragmentada y en contradicción, lo que impide la realización del principio protectorio y la garantía del trabajador como sujeto de preferente tutela.¹

A fin de resolver la cuestión abordada en el párrafo anterior creemos que la codificación se presenta como una posible solución. Codificación entendida como la organización metódica y orgánica de los principios jurídicos que hacen a nuestra materia.

Para poder facilitar el desarrollo de la justificación del por qué un Código del Trabajo y Seguridad Social hemos dividido el desarrollo de los temas en cuatro grandes apartados.

En el primer apartado hemos decidido tratar el tema de la codificación en general explicando que implica codificar y porque creemos que es ventajosa para combatir la fragmentación legislativa tan presente en el Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a la tutela constitucional preferencial que corresponde a los trabajadores en cuanto a su derecho de defensa en los autos "*Kuray, David Lionel s/ recurso extraordinario*".

El segundo apartado trata sobre la necesidad del Código del Trabajo y Seguridad Social, haciendo un somero análisis sobre la dispersión legislativa que marca nuestra materia y presentando al Código como solución.

El tercero versa sobre la oportunidad del dictado del Código refiriéndose al momento histórico en el que nos encontramos.

En el cuarto apartado intentamos proponer un posible contenido para este, y analizar cuál sería el mecanismo pertinente para su sanción y modificación una vez que la tarea codificadora haya finalizado.

Estos cuatro ejes serán los que tendrá en miras nuestro trabajo a la hora de dar respuesta a la necesidad, oportunidad y eventual contenido de un proyecto de Código del Trabajo y Seguridad Social.

II. LA CODIFICACIÓN

Antes de hablar de la necesidad de un Código de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social debemos referirnos a la necesidad de la Codificación en términos genéricos. Como desarrolla el autor chileno, Guzmán Brito la codificación pertenece a un género amplio de fenómenos llamado "fijación del derecho" que consiste en la sistemática reunión formal o bien solo material de un conjunto disperso de fuentes en un cuerpo único o código que la reemplaza. Cuando se habla de reunión sistemática se hace referencia a cualquier esquema de orden, ya sea desde el meramente cronológico, hasta uno más elaborado con base en criterios lógicos de conexión interna de los conceptos sistematizados. En cuanto la "reunión formal" implica que la colección de fuentes no altere de manera sustancial la formulación literaria original ni la estructura externa de cada una de las fuentes recogidas. En cambio, la "reunión material" supone la reelaboración del contenido de las fuentes, que quedan refundidas o confundidas, y destruidas en su exterioridad e individualidad. Así Guzmán Brito entiende por Código al libro que se obtiene como resultado de esto, o sea, al texto fijador.²

Siguiendo este razonamiento, codificar se diferencia de la recopilación legislativa propia de las antiguas codificaciones como pueden ser el Código de Hamurabi, Digesto, Instituta, Partidas, etcétera, que se caracterizaban

2. GUZMÁN BRITO, A., *La codificación civil en Iberoamérica siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 15-16.

por la reunión de disposiciones dispersas sin constituir un cuerpo orgánico que aparezca como resultado de un método definido. Codificar, en este sentido, implica agrupar de forma metódica y orgánica los principios jurídicos que conforman una determinada rama del derecho en un cuerpo legislativo, conservando entre sus cláusulas una relación íntima y recíproca,³ logrando de esta manera un texto homogéneo, general y sintético una vez que se haya reunido, ordenado y depurado la legislación sobre la materia.⁴

Por su parte en una concepción con clara influencia del racionalismo del siglo XVIII, comenzó a llamarse código al cuerpo normativo que contiene ordenada y sistemáticamente todos los preceptos referidos a un aspecto del derecho, de forma clara y comprensible. Este ha de reunir las características de totalidad (nada quede por fuera de él), sistema (que siga un orden racional) y de reducción a la menor unidad.⁵

La necesidad de un código se ve reflejada cuando nos encontramos frente a un exceso de legislación en la materia lo que lleva a disparidad y ausencia de armonía de las leyes dictadas, es decir, una fragmentación legislativa. Así, para evitar interpretaciones contradictorias, el código se presenta como solución.

Por otra parte, otras de las ventajas a nivel instrumental del código, es que permitiría conocer claramente cuál es la ley en vigor, permitiendo que sus normas claras y terminantes, sean accesibles a las personas que se tienen que regir por ellas.

III. CÓDIGO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

III.A. Necesidad

El Derecho del Trabajo al ser una rama del derecho que ha alcanzado autonomía científica exige inevitablemente la codificación, como ha

3. GOYENA, J. C., "La codificación del Derecho del Trabajo", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959 vol. III, p. 97.

4. CARLOMAGNO PUCCIO, A., "La codificación de la legislación obrera en la República Argentina y en el derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1923, vol. 2(2), pp. 197-198.

5. RABINOVICH-BERKMANN, R. D., *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 32.

ocurrido con otras ramas como el Derecho Civil, Comercial o Penal por mencionar ejemplos de nuestro país.

La autonomía del Derecho del Trabajo viene dada por los principios y reglas propias que lo distinguen de las otras ramas del derecho siendo los más destacados y tipificantes de la materia el principio protectorio, el de primacía de la realidad y el de irrenunciabilidad.

La dispersión normativa, no libre de contradicciones, que existe en el Derecho del Trabajo no contribuye a la efectivización de los principios, ya que, el método fragmentario de legislación podría llevar a perder los contenidos protectorios de este. Además esta fragmentación genera dificultades para su estudio, para su interpretación por parte de los magistrados, y para su conocimiento y comprensión por parte de sus principales actores y destinatarios que son los trabajadores.⁶

Igualmente en la doctrina encontramos críticas a la codificación del Derecho del Trabajo, ya que, hay autores que sostienen que esto implicaría quitarle a este su posibilidad de adecuarse a los cambios sociales, políticos y económicos imperantes tratándose esta de una rama jurídica cambiante y en permanente evolución. No obstante, creemos que tal como sostiene Fernández Madrid "la codificación ha de permitir aclarar temas cruciales en los cuales hay interpretaciones contradictorias". Ejemplos de esto podrían ser las relaciones entre las fuentes, el concepto de remuneración y la unificación de la divergencia interpretativa que vemos en la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones en lo que respecta a la tasa de interés, entre otros.⁷

La Reforma Constitucional de 1957 que deroga la Constitución de 1949 y retoma el texto de la Constitución 1853/1860 incluye dos grandes inclusiones en el ámbito del Derecho del Trabajo: el artículo 14 bis y la facultad del Congreso de la Nación de dictar el Código del Trabajo y Seguridad Social. Este mandato constitucional fue ratificado por la Convención Constituyente de 1994, lo que implica no solo dar por supuesto

6. ELIZONDO, J. L., "Código del Trabajo y de la Seguridad Social. Su necesidad histórica, política y jurídica", en PONTORIERO, M. P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, p. 28.

7. FERNANDEZ MADRID, D., "Codificación del derecho del trabajo", en PONTORIERO, M. P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, p. 77.

el conocimiento de su contenido sino también, la posibilidad de que sea realizado. En la reforma de 1994 se adiciona que los Códigos pueden presentarse en “cuerpos unificados o separados” lo que permite que el Poder Legislativo pueda dictar leyes modificatorias o ampliatorias sobre los asuntos indicados, que se integran –formal o materialmente– a esos cuerpos normativos.

Entendemos, siguiendo a Pompa, que es menester darle vida a esta asignatura constitucional que pese al tiempo transcurrido, se halla pendiente, lo que significaría un gran avance en el proceso de construcción social.⁸

A su vez, consideramos que la existencia del Código viene a asegurar el principio de supremacía de la ley, acotando el margen de discrecionalidad de los magistrados, pues estos deben limitarse a la facultad que la Constitución les otorga, siendo esta la interpretación de la ley y no la creación del derecho, salvo que fuera necesario frente a una situación de necesidad extrema y urgente que motive la creación de una norma *ad hoc*. Esto resulta imprescindible a los fines de fortalecer el sistema republicano y democrático, por cuanto a mayor claridad y organizador de las expresiones normativas menor será la injerencia de los gobiernos o grupos de poder en el destino de los trabajadores y de las personas en general.⁹

En cuanto a la Seguridad Social contamos por ejemplo con un sistema previsional heterogéneo y fragmentado compuesto por: un régimen general; aproximadamente 120 regímenes especiales; y, un esquema de personas No Contributivas.

Si bien no hay dudas en cuanto a los principios fundamentales de la Seguridad Social, que son: la universalidad en cuanto al acceso y la exigibilidad de un piso mínimo y estable para todos los habitantes; solidaridad inter e intrageneracional y redistribución de la riqueza en forma horizontal y vertical; y, sostenibilidad financiera a mediano y largo plazo, por lo expuesto en el párrafo precedente están imposibilitados de reflejarse correctamente en la estructura legal del sistema. Por lo que creemos que es

8. POMPA, R. C., “La codificación del derecho del trabajo y de la seguridad social en la República Argentina. Una asignatura constitucional pendiente y necesaria”, en PONTORIE-RO, M. P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, p. 94.

9. ARIAS GIBERT, E., “Código del Trabajo”, en PONTORIERO, M. P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 19-20.

el momento oportuno para confrontar estos principios con esta estructura, incluyendo el producto de este proceso en el nuevo Código del Trabajo y de la Seguridad Social.¹⁰

Además, esta inclusión permitiría darle publicidad a los principios haciendo que todos los conozcan y se generen las bases para el debate social. A su vez, el Código permitiría que el sistema se desarrolle dentro de un marco institucional que le dé continuidad, evitando de esta manera la litigiosidad excesiva y lograr comportamientos previsibles.

III.B. Oportunidad

A lo largo de la historia del Derecho del Trabajo argentino ha habido intentos de Codificación pero ninguno llegó a concretarse. Entre los proyectos legislativos podemos mencionar los siguientes:

1904, proyecto del Ministro del Interior, Joaquín V. González, titulado "Ley Nacional de Trabajo";

1921, proyecto de Alejandro M. Unsain, presentado también por el Poder Ejecutivo;

1928, proyecto del Senador Diego Luis Molinari;

1933, proyecto de Saavedra Lamas;

1966, Anteproyecto de Código del Trabajo redactado por los Doctores Nápoli, Tissembaum y Despotin.¹¹

Para que un proyecto de codificación sea oportuno es necesaria la existencia de legislación sobre la materia y que esta no se encuentre en un estadio prematuro de desarrollo. Pues la codificación es un trabajo de técnica y método, de ordenar y sistematizar legislación ya existente, por lo que esta es posible en un país cuyo Derecho del Trabajo haya llegado a un cierto nivel de madurez y exista al respecto suficiente producción jurisprudencial y doctrinaria,¹² lo que hizo que los primeros proyectos fracasen por carecer de legislación sobre la materia y porque la jurisprudencia y la

10. GONZÁLEZ SABORIDO, J. B., "¿Es necesario un código de Seguridad Social?", en PONTORIERO, M. P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 79-86.

11. *Buscan por ley sancionar un Código de Trabajo*, consultado en [http://www.iprofesional.com/notas/107138-Buscan-por-ley-sancionar-un-Codigo-de-Trabajo?page_y=6039] el 2/6/2018.

12. CARLOMAGNO PUCCIO, A., ob. cit., pp. 209-212.

doctrina no habían llegado aún a tratar en demasía los asuntos laborales. Nos encontrábamos con un Derecho del Trabajo escaso que comenzaba a asomar en el país.

La concreción de alguno de los proyectos anteriores hubiera conllevado a una codificación prematura y defectuosa que podría haber sentado principios equivocados o regular erróneamente las instituciones laborales, lo que hubiera obligado al legislador a introducir inmediatamente reformas excesivas, cuyo peligro residiría en la modificación no solo del método sino del pensamiento jurídico vertido por los codificadores, que necesariamente se alterará con dichas reformas.¹³

Otra de las cuestiones que creemos necesarias es la actualización de las normas de la materia en relación con las nuevas tecnologías y las nuevas formas de producción que han ido apareciendo. Basta con mencionar que la ley principal que rige nuestra área de estudio es la Ley de Contrato de Trabajo, fue sancionada en 1974 (texto ordenado por decreto 390/1976), año en el cual no existían Internet, los ciberataques a los servidores, mails, celulares, entre otros. El Código Civil y Comercial unificado, sancionado en 2015 se ha hecho eco de esta nueva realidad y lo ha plasmado en su contenido por ejemplo al referirse a la firma digital en el segundo párrafo de su artículo 288. Sin lugar a duda, ha cambiado radicalmente el modo de trabajar hoy en día respecto del que existía cuatro décadas atrás cuando se sancionó nuestra Ley de Contrato de Trabajo o incluso más aun del modo del que tuvo en miras el legislador cuando sancionó nuestra vigente Ley 11544 que regula la jornada de trabajo, en 1929. Esto hace que los modos de producción, las relaciones interpersonales y las problemáticas que se presentan en la empresa sean indudablemente distintos. Es necesario actualizar la normativa vigente que no contempla estos cambios y genera de esta manera mayor litigiosidad, ya que al no ser clara la norma frente a las nuevas problemáticas puede que las cuestiones que son sometidas a la justicia, concluyan en ciertas oportunidades en criterios contradictorios, y en definitiva en inseguridad jurídica. Ejemplos de esto son la falta de regulación de la modalidad de trabajo conocida como *home-office*; el uso del celular que brinda la empresa al trabajador a la hora de analizar cuestiones remunerativas y de jornada; y la inclusión de las nuevas tecnologías en la emisión de los certificados previstos en el artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo por citar algunos de los puntos a tratar.

13. GOYENA, J. C., ob. cit., pp. 97-99.

En síntesis, conforme lo desarrollado el Código del Trabajo y la Seguridad Social es necesario y oportuno. Necesario porque la fragmentación normativa actual del derecho del trabajo impide la protección de la persona del trabajador como sujeto de preferente tutela y oportuno porque dada la madurez del desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los principios e institutos de esta rama del derecho, creemos que es el momento histórico para realizar este emprendimiento, que sin ser una tarea sencilla es posible. Una vez establecido esto, podemos avanzar hacia el tratamiento de su contenido.

III.C. Contenido

En el desarrollo de los puntos expuestos anteriormente, hemos dejado entrever algunos de los temas principales a desarrollar en el texto del Código. Dada la importancia de los temas a incluir hemos decidido tratarlos en un capítulo propio.

Previo a abocarnos directamente al contenido es necesario hacer mención a la complejidad que reviste la legislación laboral. En primer lugar debemos hacer referencia a que desde la reforma constitucional de 1994, en la cúspide de nuestro derecho positivo no bastará con ubicar solo al texto de la Constitución Nacional, sino que lo correcto es posicionar como norma máxima un Bloque de Constitucionalidad Federal. En palabras del reconocido constitucionalista Germán Bidart Campos, "por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema en cada estado, un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita".¹⁴ Conforme el artículo 75 inciso 22 de nuestra norma madre, gozarán de jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia una serie de tratados internacionales de derechos humanos, y posteriormente brinda una clara pauta interpretativa cuando refiere que "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Será consecuencia necesaria que cualquier proyecto de codificación no esté aislado de las disposiciones de este Bloque Constitucional entendido en su conjunto. Es menester subrayar que el derecho

14. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 276-277.

del trabajo no solo se ve atravesado por estas normas jerarquizadas con rango constitucional, sino también por todos los convenios de la Organización Internacional del Trabajo que han sido ratificados por la Argentina. Conforme al primer párrafo del artículo e inciso mencionados *ut supra* tienen jerarquía superior a las leyes. Es decir, que elaborar un Código como norma jerárquicamente inferior a las anteriores, deberá sin lugar a dudas reglamentar los derechos que estas expresen, tomando como piso mínimo de derechos y garantías de su contenido.

A su vez, en lo atinente propiamente al derecho el trabajo debemos tener en cuenta el principio rector que dota de autonomía esta rama del derecho, siendo este el principio protectorio que surge de la parte dogmática de la Constitución Nacional en su artículo 14 bis y a nivel legal, del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Será entonces lo primero a tener en cuenta por el codificador, crear una normativa que contenga todos los principios que provengan del bloque de constitucionalidad federal para luego pasar a desarrollar los demás principios del derecho del trabajo provenientes de los tratados con jerarquía superior a las leyes y la legislación laboral.

El primer principio que atraviesa nuestra rama del derecho es el principio *pro homine*, pues el trabajador antes de trabajador es persona humana y este principio es una derivación del hecho de que el ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico. La dignidad de la persona –trabajador– constituye un valor fundamental que deja a los demás valores como instrumentales. En la relación de trabajo esto se intensifica en vista que la prestación es una actividad humana inseparable e indivisible de su dignidad. Es decir que se debe garantizar la dignidad del trabajador en todo momento por ser esta parte del *ius cogens*, ocupando un lugar principal en la cúspide normativa.¹⁵

En el ámbito del trabajo el principio protectorio aparece como la principal derivación del principio *pro homine* dirigida a la persona del trabajador. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha referido él reconociendo que implica considerar a la persona del trabajador como sujeto de preferente tutela en el marco del contrato de trabajo. Esta situación de sujeto de pre-

15. SERRANO ALOU, S., "La estabilidad del trabajador. El Código del Trabajo y la Seguridad Social y una línea rectora para el nuevo modelo de relaciones del trabajo", en PONTORIERO, M. P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 121-124.

ferente tutela obliga en la aplicación de la legislación a estarnos a lo más beneficioso para el trabajador cuando exista un conflicto entre normas o intereses. El Código debe receptar las tres facetas del principio protectorio en relación con la interpretación, aplicación y alcance de las normas a lo que resultase más conveniente, es decir más beneficioso para el trabajador en sus derechos.

Otro de los principios que derivan del derecho internacional de los derechos humanos es el principio de progresividad. A través de este principio se establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas de acción positiva para lograr la plena efectividad de los derechos humanos. Entonces, el Código que en nuestro razonamiento permitiría darle efectividad al principio *in dubio pro operario* sería, a su vez, una forma de hacer efectivo el principio de progresividad y el principio de justicia social.

Esto nos permite observar que la realidad del derecho del trabajo actual es compleja y que no solo tenemos la fragmentación a nivel interno sino que nuestra legislación se ve también atravesada por principios que nos vienen dados por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que integran junto con la constitución el Bloque de Constitucionalidad Federal, que de ningún modo pueden ser dejados de lado.

Creemos que la primera parte del código debe hacer mención a esta realidad tal como lo hace el Código Civil y Comercial de la Nación en su primer artículo al enumerar a estos instrumentos que integran la norma máxima.

Una vez sentadas estas bases, el Código debe tratar los principios que son propios al derecho del trabajo, que como mencionamos anteriormente, el principal es el principio protectorio del que se derivan los demás principios como el de irrenunciabilidad, continuidad de la relación laboral, protección del crédito del trabajador, entre otros.

Aquí deberían desarrollarse a su vez el concepto de orden público laboral, las reglas relativas al fraude a la ley, la aplicación de la ley en el tiempo y el territorio, conflictos de fuentes y también los principios de libertad sindical y democracia sindical a fin de establecer reglas que permitan diferenciarlos de los aspectos individuales del derecho laboral.

Luego de esta parte general o introductoria, creemos que debería procederse con lo referido a las relaciones individuales, entrando a tratar lo atinente al contrato de trabajo. Aquí se deben tratar temas como el consentimiento, objeto y causa del contrato, pudiéndose intentar armonizar las definiciones que da la Ley de Contrato de Trabajo con las normas del Código Civil y Comercial en estos puntos generales.

También se podría tratarse en este capítulo lo referido a la dependencia laboral, ampliando la presunción del actual artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo con la Recomendación 198 efectuada por la Organización Internacional del Trabajo, que bien podría incluirse a modo enunciativo y nunca taxativo una lista de indicios que permitan suponer un trabajo prestado en relación de dependencia. Creemos que es más conveniente mantener el sistema actual, en el que no existe una definición legal la relación de dependencia para que el juez pueda analizar si existe o no, sobre la base de su sana crítica pero teniendo en cuenta esos indicios que nos vienen dados por la Recomendación mencionada.

En un capítulo aparte se deben tratar los sujetos de la relación laboral, para luego pasar a tratar el contrato de trabajo propiamente dicho y su contenido. Aquí entonces nos referiríamos a las partes, la responsabilidad solidaria en los supuestos de intermediación e interposición (hoy legislados entre los artículos 29 a 31 de la Ley de Contrato de Trabajo), los derechos y obligaciones de las partes, y los elementos del contrato como la remuneración, la jornada de trabajo y el régimen de descansos. También debe darse aquí tratamiento a las modalidades contractuales, las formas de extinción y las normas atinentes a la registración laboral y las multas que se producen por su incumplimiento.¹⁶

Un claro hecho de interpretaciones contradictorias podemos apreciarlo en la inclusión del Sueldo Anual Complementario en la base salarial establecida en el primer párrafo del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, en donde en la Justicia Nacional con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fue dictado el fallo plenario "Tulosai" que consideró que "No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo la parte proporcional del sueldo anual complementario", mientras que en la Justicia Laboral de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte ha dicho que sí debe incluirse. Esta disparidad solo ocasiona un perjuicio para el trabajador que litiga en la Justicia Nacional ya que ve reducida su base de cálculo. Creemos que estas son las diferencias que debe zanjar el nuevo Código, estableciendo normas claras para todas las jurisdicciones.

Otra de las cuestiones que debe receptar el contenido del Código es la doctrina generalmente aceptada proveniente de la jurisprudencia, como la del fallo "Vizzoti" que declara inconstitucional el tope establecido en el

16. ARIAS GIBERT, E., ob. cit., pp. 21-25.

artículo mencionado *ut supra* cuando este resulte confiscatorio. Esta doctrina es aplicada directamente por los operadores jurídicos e incluso por las personas encargadas de hacer liquidaciones laborales sin que hasta ahora se haya modificado la legislación. Es por eso que este sería el momento oportuno para incluir todos estos cambios y tender a una armonización legislativa, doctrinaria y jurisprudencial.

Una vez establecido esto podríamos agregar en un capítulo aparte el tema de los Estatutos Profesionales Especiales que hoy aparecen dispersos en la legislación. Aquí será trabajo de los codificadores realizar un examen de compatibilidad de cada estatuto con la norma general a fin de establecer claramente cuando estos se apartan de ella y corresponda la aplicación de la ley especial, mitigando de esta manera los efectos que hoy produce la dispersión normativa en su aplicación e interpretación, ya sea por los jueces o los operadores jurídicos.

Será un tema a tratar en otro capítulo, el derecho colectivo del trabajo en el cual deberán consolidarse las leyes de asociaciones sindicales y de la negociación colectiva, donde se desarrollarían temas como la tutela de la democracia y la libertad sindical, la organización sindical, los derechos y obligaciones de las organizaciones sindicales, la personería gremial, la representación en la empresa, la autoridad de aplicación y los recursos y acciones ante esta, los convenios colectivos, entre tantos otros.

En este capítulo podríamos incluir el tema del derecho de huelga que si bien está garantizado en la Constitución Nacional en su artículo 14 bis, no está reglamentado, siendo esta una buena oportunidad para hacerlo.

Sin lugar a dudas, el estado actual de dispersión de la normativa atinente a los riesgos del trabajo y los constantes planteos de inconstitucionalidad que se presentan frente a sus normas colocan al trabajador en una situación de desprotección lo que violenta su condición de sujeto de preferente tutela. Creemos que es menester codificar este tema en otro capítulo a fin de facilitar la interpretación común de sus normas. También podemos pensar en incluir aquí, lo referido a una acción preventiva tal como la que ha regulado el Código Civil y Comercial.¹⁷

En materia de Seguridad Social lo que debemos incluir son cuestiones o temas que doten de previsibilidad al sistema, evitando de esta manera, en el largo plazo, la litigiosidad y las distorsiones que esta genera dentro de este.

17. ARIAS GIBERT, E., ob. cit., pp. 21-25.

Es necesario establecer claramente los riesgos a cubrir y los principios generales y rectores de los derechos y obligaciones de todos y cada uno de los sujetos comprendidos y obligados, teniendo en cuenta los procesos de armonización de la legislación nacional y provincial como así también, los convenios internacionales en dicha materia.

Los temas que se deberán incluir en el nuevo Código como contenido, conforme el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por Ley 26.678), son: asistencia médica, enfermedad, desempleo, prestaciones en la vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesiones, prestaciones familiares, maternidad, invalidez y prestaciones a sobrevivientes.

Será trabajo del codificador sistematizar y ordenar la legislación vigente, fragmentada y heterogénea, sobre estas materias a fin de poder garantizar al ciudadano las prestaciones del sistema evitando lo que sucede hoy que es el desconocimiento en cuanto a los requisitos de acceso y por lo tanto que el sistema en lugar de solidario se convierta en uno "insolidario", generando la excesividad en los litigios como lo veníamos explicando, para poder acceder a dichas prestaciones.¹⁸

Sin perjuicio de lo expuesto en referencia al contenido que consideramos apropiado para su redacción, para pensar en un proyecto de Código que dé resultados no podemos dejar de analizar cuál sería el procedimiento legislativo pertinente para lograr su sanción.

No cabe duda que el Poder Legislativo, siendo este el encargado de dar fuerza de ley a este proyecto, es un órgano principalmente político, cuyos miembros son llevados a él gracias a programas electorales se encuentran notablemente distanciados del plano científico social, encuadre que exige la tarea propia de la codificación normativa. Consideramos que la ciencia jurídica, en particular la del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social como ramas autónomas, es demasiado técnica para ser tratada en las sesiones ordinarias de nuestro órgano deliberativo.¹⁹

Frente a esta problemática dialéctica entre la necesidad de codificar y la aptitud del órgano facultado para hacerlo, ha habido distintas propuestas para intentar resolverla, siendo la principal la creación de comisiones permanentes o extraparlamentarias elegidas por los propios legisladores.

18. GONZÁLEZ SABORIDO, J. B., ob. cit., pp. 87-88.

19. CARLOMAGNO PUCCIO, A., ob. cit., pp. 199-200.

Adherimos a esta postura considerando que no se verá afectada la función legislativa, pues esta la conservará el Congreso de la Nación siempre y cuando mantenga la posibilidad de sesionar a los efectos de votar la aprobación, o bien el rechazo, de la propuesta que le eleve la comisión especial. Este procedimiento fue el utilizado para la redacción del unificado Código Civil y Comercial, con la diferencia de que la convocatoria de la comisión especial y la designación de sus autoridades emanaron del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 191/2011 en el cual se garantizó el apoyo técnico administrativo del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos.

Será entonces de vital importancia prever dentro del contenido del propio Código una vez redactado, el mecanismo pertinente para su propia actualización, pues solo de esta manera podemos superar las críticas a las que se enfrentan los intentos de codificación de nuestra materia en relación con los constantes cambios que la atraviesan.

IV. CONCLUSIÓN

Por todo lo desarrollado a lo largo del presente ensayo hemos llegado a la conclusión de que sería necesario la elaboración de un Código del Trabajo y Seguridad Social tanto para cumplir con la manda constitucional, pendiente desde 1957, como para garantizar la posición del trabajador como sujeto de preferente tutela y como consecuencia necesaria facilitar la aplicación del principio protectorio como principal rector de las relaciones del trabajo.

La legislación conforme esbozamos se encuentra en un estado de profunda fragmentación, generando contradicciones interpretativas para todos los agentes interventores en las relaciones del trabajo. Un proyecto de codificación serio y minuciosamente elaborado, dando primacía a al carácter técnico y científico de nuestra rama autónoma del derecho, se presenta como una solución posible. Este emprendimiento debe necesariamente receptor las nuevas modalidades que se han producido en las relaciones sociales y de producción por la aparición de las nuevas tecnologías. Es menester fijar criterios interpretativos a nivel normativo que a lo largo de la historia de la materia se han reproducido pacíficamente en la jurisprudencia y la doctrina. Es por ello que nos encontramos en un momento histórico distinto a todos en lo que se suscitaron los diferentes intentos frustrados de codificación anteriores, pues las instituciones propias del Derecho del Trabajo y la Seguridad

Social han tenido el tiempo suficiente para madurar y desarrollarse receptando los aportes doctrinarios y jurisprudenciales. Esto nos hace concluir que nos encontramos ante la oportunidad pertinente para afrontar este proyecto.

Como hemos mencionado, será imprescindible prestar especial atención, para que prospere el Código, al contenido que vaya a reglarse en este cuerpo normativo. A lo largo del capítulo que dedicamos al desarrollo de este tema, se han realizado una simple propuesta general sobre contenidos que no podrían dejar de tratarse, o bien que resultaría conveniente tenerlos en cuenta, todo ello sin perjuicio de reconocer que la tarea que afrontará el codificador será de una complejidad y extensión incommensurable con las sugerencias a las que el presente ensayo ofrece.

Nos vemos obligados a hacer hincapié en la importancia de la inclusión de mecanismos para reformar el Código una vez sancionado, pues dejar de lado este punto solo nos conduciría a un escenario normativo en el cual el trabajo de la codificación solo arroje como resultado una norma que resulte anacrónica al poco tiempo de su creación. Sin apartarnos de nuestra postura, reconocemos que tanto el derecho como saber científico en general, como las relaciones sociales y del trabajo que repercuten directamente en las normas de nuestra materia, se encuentran sujetas a constantes y permanentes cambios y modificaciones. En ello radica la importancia de prever de ante mano cual será el modo en que el Código irá receptando estas modificaciones sin romper con la racionalidad y armonía normativa que debe caracterizarlo. Pensar en un proyecto dejando de lado este aspecto solo conllevaría a un nuevo intento frustrado.

En conclusión creemos que la codificación en general da una solución viable y posible para la fragmentación normativa que caracteriza al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, y nos encontramos en un momento oportuno para hacer un nuevo intento definitivo de dar cumplimiento a esta manda constitucional pendiente.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS GIBERT, Enrique, "Código del Trabajo", en PONTORIERO, María P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 19-26.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998.

- CARLOMAGNO PUCCIO, Adelqui, "La codificación de la legislación obrera en la República Argentina y en el derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1923, vol. 2(2), pp. 197-213.
- ELIZONDO, Jorge L., "Código del Trabajo y de la Seguridad Social. Su necesidad histórica, política y jurídica", en PONTORIERO, María P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 27-70.
- FERNANDEZ MADRID, Diego, "Codificación del derecho del trabajo", en PONTORIERO, María P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 71-78.
- GONZÁLEZ SABORIDO, Juan B., "¿Es necesario un código de Seguridad Social?", en PONTORIERO, María P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 79-88.
- GOYENA, Juan C., "La codificación del derecho del trabajo" en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959, vol. 3, páginas 95-105.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- , *La fijación y la codificación del derecho en occidente*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2017.
- POMPA, Roberto C., "La codificación del derecho del trabajo y de la seguridad social en la República Argentina. Una asignatura constitucional pendiente y necesaria", en PONTORIERO, María P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 89-100.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006
- SABSAY, Daniel A. y ONAINDIA, José M., *La Constitución de los Argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 2004.
- SERRANO ALOU, Sebastián, "La estabilidad del trabajador. El Código del Trabajo y la Seguridad Social y una línea rectora para el nuevo modelo de relaciones del trabajo", en PONTORIERO, María P., *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, n° 10, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 115-215.

ENTREVISTAS

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018
“Entrevista al Profesor Luigi Ferrajoli”, pp. 233-236

ENTREVISTA AL PROFESOR LUIGI FERRAJOLI*

Lecciones y Ensayos: *¿Cuándo y cómo descubrió su vocación por el Derecho?*

Luigi Ferrajoli: Hace 60 años. Sobre todo, con las enseñanzas de mi maestro Norberto Bobbio; la primera experiencia como Juez en la Fundación de Magistratura Democrática en los años 60 y después, con el estudio y la investigación.

Lecciones y Ensayos: *¿Y sobre su acercamiento a la investigación en el derecho en particular?*

Luigi Ferrajoli: Tal vez, también con Norberto Bobbio y –después– con la idea de elaborar una teoría del Derecho, que ha sido una idea muy precoz; el programa de una teoría formalizada del Derecho que es *Principia Iuris* ha sido establecido en los años 60; después, he escrito *Teoría Assiomatizzata del Diritto*, mi primer libro, que ha salido en los años 70.

Lecciones y Ensayos: *¿Para qué cree que sirve el Derecho?*

Luigi Ferrajoli: El Derecho puede servir para cosas opuestas. Lamentablemente, tenemos experiencias históricas en las cuales el Derecho ha sido un Derecho despótico, un Derecho como “la ley del más fuerte”. Hoy, después de las constituciones, que son pactos de convivencia en los

* Luigi Ferrajoli nació en Florencia, Italia, en 1940. Profesor de Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho, Università degli Studi Roma Tre (Universidad de Roma III). Doctor honoris causa de la Universidad de Buenos Aires. Magistrado entre 1967 y 1975, con una firme postura en la defensa de los derechos humanos, se destaca también por sus fundamentales contribuciones a la teoría del constitucionalismo democrático, de los derechos fundamentales y del garantismo. Sus ideas trascendieron por el mundo y son estudiadas y debatidas en la cultura jurídica y política europea y latinoamericana. Esta entrevista fue realizada el día 18 de abril de 2018 en la Sala de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradecemos al Prof. Juan Pablo Alonso, Presidente de la Academia Argentina de Filosofía del Derecho, por su colaboración para coordinar esta entrevista.

cuales han sido titulados los derechos fundamentales, el Derecho puede ser la ley del más débil: tutelar y garantizar las libertades fundamentales, los derechos sociales y –en consecuencia– los débiles contra la ley del más fuerte. Pero, lamentablemente, muchas veces estos derechos son violados.

Lecciones y Ensayos: *¿Podría hablarnos del proceso de elaboración de “Derecho y razón” y qué discusiones relevantes debió dar con sus colegas previamente?*

Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón* ha nacido después de mi experiencia como juez. Después de la polémica en esos años, yo creo haber sido uno de los responsables del nacimiento de la palabra “garantismo penal”, que introduce en el léxico jurídico-político contra una legislación y una jurisdicción de emergencia contraria a los tradicionales principios de garantías. Yo creo que hay una necesidad de repensar la tradición ilustrada y articularla a la altura de los problemas de ahora.

Lecciones y Ensayos: *¿Qué rol cree que cumple la obra hoy?*

Luigi Ferrajoli: No sé... creo que es muy difundida. Mi esperanza es que pueda ser un libro de formación, sobre todo para los jueces y los abogados. Sin embargo, no es fácil: hoy los políticos, los intelectuales, leen cada vez menos. Hay una crisis de la lectura. Creo que es uno de las fallas del tiempo actual.

Lecciones y Ensayos: *Retomando su respuesta anterior con el fin de ampliar el concepto de garantía a los derechos fundamentales, ¿cómo cree que deberían estos reforzarse más allá de que las leyes los positivicen? ¿Podrían aumentarse –por ejemplo– a través de la participación ciudadana?*

Luigi Ferrajoli: Los derechos fundamentales requieren leyes de actuación, a diferencia de las leyes patrimoniales, cuyas garantías se producen simultáneamente a los derechos, el débito simultáneamente al crédito. Los derechos fundamentales requieren una legislación de actuación que introduzca las garantías. El derecho a la salud requiere la introducción de un servicio sanitario universal, gratuito por todos, a través de una ley. Y no es suficiente la jurisdicción; no puede la jurisdicción colmar esta laguna. Lo mismo se puede decir de muchos otros derechos... el de libertad también, el derecho a la vida: es necesaria la prohibición del homicidio, es muy importante. La construcción de las garantías es lo mismo que la construcción de la democracia.

Lecciones y Ensayos: *En este contexto, actualmente en Argentina se está discutiendo la posibilidad de despenalizar el aborto. ¿Qué opinión*

tiene usted respecto a esta situación en el contexto de las problemáticas de género?

Luigi Ferrajoli: La penalización del aborto es un absurdo. En Italia, es suficiente un dato: después de la despenalización, el número de abortos se derribó. Eran casi un millón y algo, y ahora son unos pocos miles... y son abortos no clandestinos, abortos en estructuras sanitarias estatales; por lo que una verdadera política de protección de los fetos sería la despenalización, porque la penalización produce clandestinidad, dramatización y aumenta el número de abortos. Después, hay una razón fundamental: ninguna persona, y en este caso la mujer, puede ser tratada como un instrumento para otra finalidad. Es una máxima de Kant, también de Beccaria. La penalización del aborto equivale a imponerle a la mujer un proyecto de vida que no quiere. A diferencia de todas las prohibiciones penales, no es una prohibición de hacer. No es una obligación convertirse en madre. Y yo creo que el conflicto entre feto y madre se resuelve en este sentido: la tesis de que el feto es una persona es una tesis moral, no es una tesis descriptiva. Podemos saber todo sobre la gestación, pero la tesis de que el embrión es una persona es una tesis moral. Si esto es verdadero, yo creo que se debe decir que el feto es persona tanto en cuanto es querido por la madre como persona, en tanto es concebido. Existe también la palabra “concepimento”, concepción de la persona.¹ Esta concepción es necesaria; sin ésta, tenemos un proceso biológico que es otra cosa que el nacimiento de la persona. El feto es persona en tanto es querido por la madre.

Lecciones y Ensayos: *Recientemente, en la Argentina ciertos constitucionalistas y teóricos de la democracia se han pronunciado tajantemente en contra de su visión “garantista” de la democracia, asegurando que, si se amplían los canales de comunicación y deliberación en la ciudadanía, la visión de la tiranía democrática sería infundada. ¿Qué opiniones le merecen estas críticas? Y, en particular, ¿qué opinión le merece la democracia deliberativa, si es que la tiene?*

Luigi Ferrajoli: No conozco esta crítica. Seguramente, se puede decir que no hay ninguna contradicción entre la soberanía popular en el rol de la política y la calidad de los derechos. Son dos dimensiones diferentes y

1. Aquí, Ferrajoli utiliza la palabra “concebir” como sinónimo de la palabra “querer”; entonces, el feto sería persona desde el momento en que la madre así lo quiere; es decir, así lo concibe.

necesarias en la política democrática. No tiene ningún sentido hablar de la garantía de los derechos como una amenaza a la soberanía popular. Sobre popular, en tanto el concepto es muy ambiguo, en el estado constitucional de derecho ningún poder es soberano; el pueblo en su conjunto no existe. Yo definí a la soberanía como la suma de estos poderes y contrapoderes de cada uno, que son los derechos fundamentales. Nosotros somos soberanos en cuanto titulares de esos fragmentos de soberanía, que son los derechos fundamentales de cada uno de nosotros.

Lecciones y Ensayos: *Mientras que en ciertas apariciones públicas usted se ha pronunciado a favor de muchos gobiernos latinoamericanos que podrían ser tildados de “populistas”, en muchos de sus trabajos se manifestó profundamente en contra de esta forma de gobierno. ¿Qué les diría a teóricos como Ernesto Laclau que han trabajado a lo largo de su vida para reivindicar dicho término?*

Luigi Ferrajoli: No se puede generalizar. Yo estoy en contra del presidencialismo que está siempre en peligro de disolverse en una autocracia electiva. Es decir, en el poder de una persona que no puede representar a toda la sociedad. La representación política debe ser pluralista. Solamente un parlamento tiene la representación de todos, gracias a la ley electoral de tipo proporcional. El sistema presidencial simplifica la representación porque una sola persona no puede representar a todos; puede representar como máximo a los electores de su partido, eso creo.

Lecciones y Ensayos: *Lecciones y Ensayos es una revista dirigida por estudiantes de grado. ¿Qué recomendación les daría –hoy, desde su lugar– a los estudiantes de Derecho que están comenzando sus estudios? ¿Qué libros considera fundamentales para un estudiante de Derecho?*

Luigi Ferrajoli: Mi recomendación es tomar conciencia de que el Derecho puede ser un instrumento para resolver problemas sociales y políticos. Las lecturas, sobre todo los clásicos. Los clásicos del pensamiento filosófico... sobre todos los clásicos del iluminismo: Beccaria, Montesquieu, Kant. Los clásicos de la filosofía política: Norberto Bobbio, Kelsen.

Lecciones y Ensayos: *Dr. Ferrajoli, muchas gracias por responder estas preguntas para nuestra Revista.*

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia en la que la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el

pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluidos— es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas.
Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
 - a. Título del trabajo en español;
 - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
 - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
 - d. Palabras clave en español;
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
 - f. *Keywords* en inglés (de ser posible);
 - g. Cuerpo del trabajo;
 - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).

4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

- a. **Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(coord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 49-50.

- b. **Capítulos de libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., “Gobierno societario y mercado de capitales”, en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, t. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2007, p. 81.

- c. **Artículos publicados en revistas.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, “‘Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

- d. Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), “consultado en”, dirección completa del vínculo entre corchetes, “en fecha”, fecha de consulta.

Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono_356.pdf] el 11/12/2012].

5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
 - a. En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
 - b. En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s).
 - c. En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
 - d. El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignen además los siguientes datos: tipo y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o

agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.

7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las 24 horas se contestará con un acuse de recibo.
8. El envío de trabajos para su publicación en *Lecciones y Ensayos* implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

CÓMO PARTICIPAR

Lecciones y Ensayos es una Revista Jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

La revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos/as los/as miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Si querés participar de la revista, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 5287-6737 o enviándonos un e-mail a lye@derecho.uba.ar o direccionlye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.