Año 6 | Nº 20

ISSN 2525-1678

INVIERNO 2021

DERECHOS
EN ACCIÓN

REDEA
REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN

INVIERNO 2021

DERECHOS
EN ACCIÓN

REDEA
REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN

Cabral, Pablo Octavio –Director– y Moreno, Guillermo Raúl
–Editor General–.
Revista Derechos en Acción –ReDeA–
Invierno 2021. Año 6, N° 20; 752 pp.; 15 x 22
cm. La Plata, 21 de septiembre de 2021
Ediciones Redea
ISSN 2525-1678 / e-ISSN 2525-1686
Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

ASOCIACIÓN EDITORA

Revista Derechos en Acción Asociación Civil
(personería jurídica en trámite)

INSTITUCIÓN ACADÉMICA EDITORA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina

STAFF EDITORIAL

DIRECTOR

Prof. Pablo Octavio Cabral
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar

EDITOR GENERAL

Prof. Guillermo Raúl Moreno
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: guillermoraulmoreno@yahoo.com.ar

COORDINADOR DE EDITORES

Abog. José María Maitini
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: josemaitini91@gmail.com

STAFF EDITORIAL

EDITORES ASOCIADOS

Prof. José Ignacio López
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: joseignaciolopez8@gmail.com

Prof. María del Carmen Alemán
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: mariadelcaleman@gmail.com

Prof. Rosario Echevesti
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: roechevesti@gmail.com

Prof. Fernando Maitini
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: fmlpsch@yahoo.com.ar

Prof. Stefanía Alba Nájera
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: stefaniaalbanajera@hotmail.com

RESPONSABLES DE SECCIONES ESPECIALES

Ailén Díaz, Fernando Amosa,
Juan Francisco Díaz y Penélope Canónico
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

EQUIPO DE IDIOMAS

Juan Cruz Vallefín, María Fernanda García, Sofía Sarasqueta
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina

DIRECCIÓN DE ARTE

Prof. Nazarena Mazzarini
Facultad de Bellas Artes de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: nachamazza@gmail.com

DIRECCIÓN LITERARIA

Abog. María Cecilia Rita Villegas
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: cecivillegas@hotmail.com

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe
Erica Anabela Medina

EQUIPO DE COMUNICACIÓN

Lic. Carolina Cabado • Coordinación
Franca Rueda • Fotografía
Abril Di Fonzo • Video e imagen
Santiago Rivas • Redes

ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

Martín Nahuel Lara

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Luis Hipólito Alén
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Elisabet Almeda Samaranch
Universidad de Barcelona - España

Ricardo César Andreu
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Gustavo Arballo
Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Grethel Arias Gayoso
Universidad de Oriente - Cuba

María Elena Attard Bellido
Universidad Mayor de San Andrés - Bolivia

Fernando Atria
Universidad Nacional de Chile - Chile

Natalia Lorena Barriviera
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Mauro Benente
Universidad Nacional de José C. Paz - Argentina

Homero Bibiloni
Universidad Nacional Arturo Jauretche - Argentina

Juan Pablo Bohoslavsky
Universidad Nacional de Río Negro - Argentina

Milay Burgos Matamoros
Universidad Autónoma de México - México

Mario F. Cámpora
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ángel Carballal
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Franco Catalani
Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Alfonso Celotto
Universitá Degli Studi Roma Tre - Italia

Nicolás Cendoya
Universidad Nacional de La República - Uruguay

Guillermo Justo Chávez
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Rodrigo Codino
Universidad Nacional de Avellaneda - Argentina

Mario Coriolano †
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Solange Delanoy
Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Dino Di Nella
Universidad de Barcelona - España

Jesús Antonio de la Torre Rangel
Universidad Autónoma de Aguas Calientes - México

Enrique del Percio
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Carlos Echevesti
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Leandro E. Ferreyra
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Lila García
Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Alejandro González Monzón
Universidad de La Habana - Cuba

Juan Martín González Moras
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Gabriela Gusis
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Pablo Gres
Universidad Católica del Norte - Chile

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Omar Heffes
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Francisco Henao Bohórquez
Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín - Colombia

Marisa Herrera
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Natalia Herrera Galves
Universidad Nacional de Colombia - Colombia

Víctor Eduardo Hortel
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Bautista Justo
Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Carolina Machado Cyrillo Da Silva
Universidad Federal Do Río de Janeiro - Brasil

Andry Matilla Correa
Universidad de La Habana - Cuba

Ricardo Marcondes Martins
Pontifícia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Juliana Paula Magalhães
Universidad de San Pablo - Brasil

Alejandro Medici
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Santiago Medina
Universidad de San Buenaventura Medellín - Colombia

Ronald Meneses Vanegas
Universidad del Valle - Colombia

Enrique Javier Morales
Universidad Nacional de Formosa - Argentina

Juan Orsini
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Oscar Parra Vera
Universidad Nacional de Colombia - Colombia

Marcelo Pepe
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Pierini
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ana Laura Piñeiro Jardim
Universidad de la República - Uruguay

Julián Portela
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carlos Raimundi
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

Miguel Revenga Sánchez
Universidad de Cádiz - España

Gisele Ricobom
Universidad Federal de la Integración
Latinoamericana - Brasil

Esteban Rodríguez Alzueta
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

Romina Ronda
Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Johanna M. Romero
Universidad de Cuenca - Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez
Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

Marcelo Sain
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

David Sánchez Rubio
Universidad de Sevilla - España

Oscar Sarlo
Universidad de la República - Uruguay

Rodolfo Sosa
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Stinco
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Rafael Valim
Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Antonio Carlos Wolkmer
Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Raúl Gustavo Ferreyra
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Ruiz
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires- Argentina

Paulo Bonavides †
Universidad Federal de Río de Janeiro - Brasil

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

MARCELO JAVIER MOSQUEIRA

Nació el 8 de Diciembre de 1966 en Chivilcoy.
Estudios: Escuela La Càrcova (Chivilcoy), Artes Visuales (Chivilcoy), EAH (Escuela Argentina de Historietas) (CABA).
Muestras: Museo Pompeo Boggio, Centro Cultural San Martín, Centro Cultural Borges, Alianza Francesa.
Publicaciones: Revista Cerdos & Peces, Revista Fierro, Revista La Murcièlaga, Revista VLOV (San Juan), Revista Hamartia, Sacapuntas (Publicación de ADA, Asociación de Dibujantes de Argentina), Revista La Baba (Mar del Plata).
Libro Grafías 2, Somnolencia, Galería de conceptos, Enserio (ilustración de cuentos) El viaje de Rolo.
IG. Marceloj.mosqueira

TEXTOS DEL APÉNDICE LITERARIO

MARÍA URRUTIA

Nació el 9 de diciembre de 1954 en Eva Perón (el nombre de La Plata en esos años).
Es profesora de Filosofía y Pedagogía y Lic. en Trabajo Social. Trabajó como compiladora y editora en Informe de intervención Programa Acción Niñez (APDH La Plata, 2011), Manual de formación de capacitadores en economía social (Fuerza Solidaria, 2011), Palabra de trabajador, concurso de relatos Haroldo Conti (Municipalidad de San Martín, 2014), Cuenta conmigo, cuentos y relatos Juana Azurduy (Edulp, 2015), Esa ciudad, relatos breves Rodolfo Walsh (Ed. Patria Grande, 2017), El cuidado del otr@, la comunidad y el territorio (Municipalidad de San Martín, 2019).
Publicó El mar suspendido (Ed. Parque Moebius, 2013) novela ganadora del premio Aurora Venturini, El Cordón Sagrado (Prueba de Galera Editoras, 2019), Ningún suspensivo explica (Pablo Amadeo Editor, 2020), y Vademécum de Sobrevivientes (Prueba de Galera Editoras, 2021) . Participó en las antologías del Atlas de Poesía Argentina (Edulp, 2017) y Malverso 2020.
Integra desde 2019 Prueba de Galera Editoras.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

A los efectos de facilitar el trabajo de edición de la revista, los trabajos deben ser presentados en el siguiente formato:

- Extensión en carillas: mínimo 8 y máximo 25, incluyendo citas y bibliografía.
- Letra Times New Roman, tamaño 11 para el cuerpo del texto y 10 para las citas y referencias bibliográficas.
- Las notas al pie en tamaño 10.
- Interlineado a un espacio y medio.
- Página tamaño A4, márgenes “normal”.
- Resumen del trabajo en castellano de hasta 3000 caracteres.

El sistema de referato es externo doble ciego, y el procedimiento de selección se tramitará con el sistema Open Journal Systems (https://pkp.sfu.ca./ojs/), el autor deberá registrarse en el Portal de Revistas Académicas de la U.N.L.P. y remitir el documento sin mención expresa a su autor/autores dentro del trabajo.

ÍNDICE

Editorial 19

ENSAYOS

Verdad, Justificación y Juicio 23
Juan Pablo Gomara
La necesidad de un Mecanismo de Protección
de los Defensores de Derechos Humanos en Paraguay 61
Maximiliano Mendieta
La visión crítica de los derechos humanos como
herramienta para el análisis de la cuestión ambiental.....85
Julia Aguiar
Discriminación y Desigualdad en la Vejez: enfoque
jurídico de los viejismos 111
María Isolina Dabove
La Negación del Derecho a la Vivienda por Ser Trans
en Bolivia 131
Michael Juan Ramón Vega Quevedo

COMENTARIO A LEGISLACION

Comentario de la Ley de Responsabilidad del Estado
de la Provincia de Río Negro ¿un espejo para la
futura ley neuquina? 161
Diego Fuentes
Las posibilidades individuales de acceso en el Sistema
Universal de Protección de los Derechos Humanos: CIDH,
Corte IDH, Sistema Europeo y Sistema Africano 181
María Fátima Pinho de Oliveira y Amelia Adriana
Marin Herrera

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA

La "jurisdicción exorbitante" del poder judicial
norteamericano: El caso de los fondos buitre
contra la República Argentina 213
Augusto Martinelli

Un paso adelante varios atrás (fallos CSJN relaciones del trabajo) 263
Jorge Rubén Afarian
Reflexiones acerca de los límites en los usos de las medidas anticautelares en la jurisprudencia ambiental. Un análisis desde el caso "Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/medida cautelar" 291
Clarisa Neuman y M. Valeria Berros

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO

Derechos fundamentales del trabajo. El Principio Protectorio y la No Discriminación 317
Gustavo Murano
El acceso a la pensión por discapacidad para personas detenidas 347
Ezequiel Scafati

SECCIÓN INVESTIGACIONES

Tasas de interés y derechos humanos: Ajustando las primas de riesgo 375
Oliver Pahnecke y Juan Pablo Boboslavsky
Apuntes sobre un exabrupto constitucional. La transferencia del servicio público de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR y EDESUR a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires 455
Roque Caputo
Palabras que importan ¿Cómo se dice lo que se dice? Una lectura feminista en época de pestes 497
Natalia Monasterolo

SECCION ESPECIAL. DERECHO CRITICO

Presentación del Dossier: Tensiones entre la tradición y la heterodoxia en las teorías jurídicas 537
Luciana Alvarez y Dr. Fernando Beresñak
Un caso de heterodoxia jurídica: las reglas monásticas medievales y la genealogía de la biopolítica moderna 543
Fabián Ludueña Romandini

Los Estudios Políticos de la Decisión Judicial
en América Latina 585
Gabriel Pereira
¿Por qué importa la interseccionalidad en el trabajo
judicial? Anotaciones ius feministas 625
Romina Lerussi
Technopolitics: Apuntes para una economía política
del fragmento..... 655
Jesús Sabariego
Governamentalidade algoritmíca e novas práticas
punitivas..... 667
Ana Clara Santos Elesbão, Augusto Jobim
do Amaral y Felipe da Veiga Dias
La constitución normativa de los espacios de
coexistencia en el pensamiento de Peter Sloterdijk 699
Pedro Cerruti

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Comentario sobre la obra "La Corte Caballero" Horacio
Etchichury (editor)..... 729
Gonzálo Cortés
Poder patriarcal y poder punitivo: diálogos desde la
crítica latinoamericana..... 735
Stefanía Alba Nájera

SECCIÓN ESPECIAL. APÉNDICE LITERARIO..... 743

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EDITORIAL

Damos la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al vigésimo número de nuestra Revista Derechos en Acción, correspondiente a la estación invierno del año 2021, con las renovadas ganas de compartir con ustedes una serie de artículos académicos de excelencia seleccionados y revisados por profesores y especialistas que colaboran en el referato doble ciego que caracteriza nuestra publicación científica.

Con la finalidad de mejorar nuestro vínculo con la comunidad de ReDeA recordamos el lanzamiento de una nueva página web en la que podrán encontrar los números publicados, información relevante para la remisión de artículos, las novedades y otras publicaciones en la que participa nuestra revista. Ya está disponible en el siguiente sitio web: www.revistaderechosenaccion.com.ar. Los/as esperamos!

En cuanto a las indexaciones tenemos el gusto de compartir la noticia que fuimos incorporados en la Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología dependiente del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República Argentina, que brinda a los investigadores argentinos acceso, desde las instituciones habilitadas, a través de Internet al texto completo de 30.126 títulos de revistas científico-técnicas, 24.595 libros, 3.164 estándares, 29.802 conferencias y congresos, y a bases de datos referenciales de gran valor para la comunidad científica.

Asimismo, nos complace en reiterarles que ReDeA ha publicado, en conjunto con la Editorial de la UNLP, su primer libro. Se trata del Manual de Historia Constitucional Argentina (1492-2011), al que se puede acceder de manera libre en http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/115096. El mismo es el producto del esfuerzo colectivo de un grupo de docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universi-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dad Nacional de La Plata que reúne en sus páginas un interesante recorrido histórico sobre los orígenes y la evolución de las instituciones de la República Argentina.

Los y las esperamos en la edición del número 21, que verá la luz al finalizar la primavera del 2021.

STAFF EDITORIAL

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ENSAYOS

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Arte de portada:

Marcelo Javier Mosqueira

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Verdad, justificación y juicio

Truth, justification and judgment

Juan Pablo Gomara[1]
Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e530
Recibido: 05/07/2021
Aprobado: 10 /08/2021

https://orcid.org/0000-0003-3341-1220

Resumen: El presente artículo busca analizar, desde una óptica epistemológica, lo que llamamos "verdad" y su incidencia en el proceso y en el juicio penal, partiendo de la exigencia del carácter verdadero de los hechos enunciados como presupuesto para la imposición de una pena, y el juicio como proceso de justificación de esa "verdad", teniendo en cuenta el resabio del modelo procesal inquisitivo en donde el objeto del proceso era la búsqueda de una verdad abstracta, concebida de modo objetivo e inmutable. Ya no se persigue la búsqueda de la verdad como objeto del proceso, sino de la justificación de una pretensión de ella; tampoco de una verdad abstracta o genérica, más bien de

[1] Abogado por la UNLP, Magister en Ciencias Penales, Magister en Derechos Humanos (UNLP), Docente de posgrado en la Universidad de la Patagonia San Juan Bosco, Secretario del área de litigio ante Corte Suprema de Justicia de la Nación y ante Organismos Internacionales de la Defensoría de casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, autor de libros y publicaciones.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una verdad predeterminada por la pretensión. Realiza un análisis de lo que se entiende por "verdad" y cómo se llega a ella, examinándola desde la experiencia -estructurada de forma lingüística e insertada en contextos con otros (experiencia intersubjetiva)-, y teniendo en cuenta el desarrollo de la verdad en el plano de la praxis discursiva y la argumentación. Se aborda también el pensamiento de Habermas, y la relación que éste plantea entre verdad y justificación (justificación de una pretensión de verdad en el plano discursivo, que implica una autorización para retornar al plano de la acción y guiarse por esa justificación como una "verdad" incondicional). Por último, se observa el juicio y el proceso penal desde la corriente del fundaherentismo, y cómo ésta se vincula estrechamente con ambos.

Palabras clave: verdad; proceso penal; justificación; Habermas.

Abstract: This article seeks to analyze, from an epistemological perspective, what we call "truth" and its impact on trial and criminal process, starting from the requirement of true character of the facts that are stated as a prerequisite for the imposition of a penalty, and considering judgment as a process of justification of that "truth", taking into consideration the remnant of inquisitorial procedural model where the object of the process was the search for an abstract truth in an objective and immutable way. Search for truth as the object of the process is no longer pursued, but search for justification of a claim to truth; neither the search for an abstract or generic truth, but rather for a truth predetermined by the pretension. It performs an analysis of what is meant by "truth" and how it is reached, examining it from experience -linguistically structured and inserted in contexts with others (intersubjective experience)-, and taking into account the development of truth at a discursive praxis and argumentation plane. Haberma's thought is also approached, along with the relation between truth and justification that he argues (justification of a claim to truth at the discursive plane, which implies an authorization to return to the plane of action and be guided by that justification as an unconditional truth). Finally, judgment

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

and criminal process are observed from the "fundaherentismo" current, and how it is closely linked to both of them.

Keywords: truth, criminal process, justification, Habermas.

I. Introducción

El concepto de verdad se nos ha vuelto incómodo. La jurisprudencia sigue repitiendo, con cierta nostalgia inquisitiva, que la verdad en el proceso es objetiva, inmutable y no negociable. La objetividad estaría dada por la *correspondencia* de los enunciados con la "realidad". De ese modo, se continúa estimulando la sugestión de que una verdad tal es alcanzable.

Por otra parte, la ciencia indicaría que lo que percibimos es en realidad una proyección en nuestro cerebro a partir del impulso de ondas electromagnéticas, no necesariamente algo que realmente exista[2], con lo cual no habría seguridad de nada respecto de lo que suponemos percibir.

Sin embargo, la eventual explicación científica de los procesos de percepción difícilmente pueda conducir a un escepticismo absoluto pues, en tal contexto, ni siquiera sería imaginable la duda. Toda duda hace pie en alguna verdad.

Luego, la crítica se re direcciona y se afirma que las diferencias de percepción se deben a que *interpretamos* la información entrante en función de prejuicios[3]. Una suerte

---

[2] WILHELM, Endrik, *"Wahrheit im Strafprozess",* in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016; Hrsg. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.40, Berlin 2016, 267-292.

[3] WILHELM, *"Wahrheit im Strafprozess",* ilustra esta afirmación con un chiste: "Un alemán, un holandés, una monja y una joven bonita están sentados en un compartimento de tren. Cuando el tren entra en un túnel, se vuelve repentinamente negro como el carbón. Escuchas un sonido que sugiere una bofetada en la cara. Alguien grita, "¡Ay!" Poco

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de filtro de percepción individual. Cada uno percibiría cosas distintas. La verdad sería subjetiva y habría tantas verdades como sujetos percibiendo[4]. Sostener que existen tantas verdades como sujetos resulta tan angustiante como afirmar que no existe ninguna verdad. ¿Cuál sería el sentido del juicio penal? ¿A quién se le impondría una pena?

El escepticismo crítico podría argumentar seriamente que la insistencia en la verdad absoluta y no negociable en realidad se trata del poder de los jueces para etiquetar sus propias percepciones o convicciones como verdad. El juicio no sería otra cosa que la ratificación de esas convicciones[5]. ¿A qué le llamamos verdad, entonces? ¿Tiene sentido seguir hablando de verdad en el juicio?

Para ordenar esta angustiante pérdida de seguridad es necesario efectuar algunas distinciones. Una primera pérdida de seguridad tiene que ver con nuestro limitado espectro de percepción frente a un mundo que aparece inconmensurable. El lado oscuro de la luna está en todas las cosas y hechos.

Una segunda pérdida de seguridad radica en que nuestra dotación orgánica para percibir puede no funcionar bien o

---

tiempo después se hace de nuevo la luz y el holandés se frota la mejilla. La monja piensa: Este ogro ha tocado a la chica. Así que le dio una bofetada. Se lo merece. La chica piensa: "Este tipo no se detiene ante nada, este está tocando a una monja. Estará bien si ella le da una bofetada en la cara. El holandés piensa: Este alemán pésimo, agarra a la monja o a la chica y luego se agacha cuando se supone que debe recibir una bofetada. Y me está golpeando. ¡Eso fue un gran golpe! Y el alemán piensa: En el próximo túnel, golpearé al holandés en la cara otra vez".

[4] THOMMEN, Marc, *"Gerechtigkeit und Wahrheit im mordernen Strafprozess",* recht 06/2014 vom 10.12.2014 – Abhandlung. La percepción de la realidad presupone una imagen de la realidad, esa imagen es siempre subjetiva.

[5] WILHELM, *"Wahrheit im Strafprozess"*, afirma que "Para las partes en el procedimiento que tienen conocimiento de los expedientes, el resultado de estas audiencias principales es más o menos seguro en la gran mayoría de los casos al comienzo del procedimiento. En la mente de los jueces, las imágenes solidificadas ya han sido grabadas en sus cabezas. La tarea de la audiencia principal es únicamente comprobar estas suposiciones".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

directamente fallar, nos puede hacer ver cosas que no existen o no ver las que existen. Esto se detecta intersubjetivamente. La regla es que, en general, percibimos en términos fenoménicos del mismo modo y eso permite la interactuación[6].

Pero, además, y aquí ya estamos en la tercera pérdida de seguridad, cuando se afirma que la diferente percepción se debe a que *interpretamos* de modo distinto, se está diciendo –sin decir- que nuestra experiencia está impregnada de lenguaje. Interpretamos un fenómeno por medio del lenguaje, pero, además, la interpretación es intersubjetiva, con otros. Nadie aprende a hablar en soledad. Ese saber lingüísticamente articulado es el trasfondo con el que percibimos y, en definitiva, nuestras diferentes interpretaciones de la autodonación del fenómeno sólo se estabilizan en el espacio público[7].

¿Está el juicio penal diseñado para garantizar esa estabilización intersubjetiva por medio del consenso? ¿Pueden los jueces dirimir las diferencias interpretativas como comunidad ideal o no hay salvaguarda alguna frente a la ausencia de descentración y a las creencias injustificadas (es decir, al establecimiento de relaciones de causalidad sobre una base inadecuada de datos)?

Por lo pronto, basta advertir, como lo hace Wilhelm, que la simple verdad es un concepto complejo que evidencia, en última instancia, que no es bueno poner demasiado poder en una sola mano.

---

[6] Incluso los fenómenos como los del vestido que unos perciben de color azul-negro y otros blanco-dorado, citado por Wilhelm, debido a que la imagen es demasiado mala y envía ondas insuficientes para clasificarlas pero suficientes para ser clasificadas como azul-negro o blanco-dorado, se explican intersubjetivamente.

[7] En el caso del chiste mencionado por Wilhelm, el fenómeno percibido (ruido a bofetada y grito de "ay") es común, las diferencias entre las interpretaciones que cada uno de los participantes realizó sólo se estabilizan intersubjetivamente.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. La verdad como instrumento de poder

La necesidad humana de seguridades y certezas cotidianas[8], y el efecto inevitablemente sugestivo de la palabra "verdad", convirtió el término en un efectivo instrumento de poder[9].

La inquisición desplegó todo su dispositivo de poder a partir de la centralidad del concepto de verdad. La búsqueda de la verdad se convirtió en el objeto del procedimiento inquisitivo en su totalidad. La intuición fuertemente correspondentista, sea en el paradigma ontológico (los juicios verdaderos se verifican con la realidad) o en el paradigma mentalista (la representación en la conciencia individual es el espejo del mundo), se amoldaba bien a la búsqueda de una verdad pretendidamente objetiva e inmutable.

La inquisición buscaba una verdad abstracta, cualquier verdad. No había una predeterminación que orientara y limitara la búsqueda.

El método de averiguación de esa verdad estaba a cargo exclusivamente del inquisidor. Se trataba de una comprobación *unidireccional* a partir de la experiencia individual del inquisidor. La verdad material, como máxima inquisitiva, establecía que el juez debía levantar las pruebas, llevar a cabo el juicio y finalmente pronunciar el veredicto[10].

La obsesión por alcanzar esa verdad general hizo que el método inquisitivo no limitara la experiencia individual del

---

[8] WILHELM, *"Wahrheit im Strafprozess",* No nos sentimos cómodos en un mundo exterior en el que no hay valores de referencia realmente fijos a los que podamos orientarnos con seguridad. El hombre busca compulsivamente la seguridad y la claridad.

[9] WILHELM, *"Wahrheit im Strafprozess"*, la dificultad humana de aceptar la relatividad favoreció la incomparable marcha triunfal de la iglesia católica, que durante siglos dio a la gente una imagen de aparente claridad. Prefirieron creer en verdades absolutas, porque eso les daba seguridad en un mundo incierto.

[10] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert der "materiellen Wahrheit", Leviathan* Vol. 5, No. 4 (1977), pp. 522-537, Published by: Nomos Verlagsgesellschaft mbH https://www.jstor.org/stable/23982857 Page Count: 16.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

juzgador, todas eran válidas, en especial la experiencia de oír la confesión del torturado.

El final de la inquisición no significó el fin del proceso inquisitivo. Se atenuaron las violencias explícitas (la tortura metódica se reemplazó por el encierro preventivo) y se diversificaron algunas de sus formas a partir del influjo del proceso mixto del código napoleónico[11].

La centralidad de la verdad y el poder estructurante de la concepción inquisitiva no se alteró sustancialmente y continuó rigiendo en los procesos continentales hasta nuestros días[12]. El objeto del proceso siguió siendo –en gran medida- la búsqueda de esa verdad abstracta, concebida de modo objetivo e inmutable, y comprobada unidireccionalmente por el juez. La verdad era una tarea del órgano jurisdiccional, no de las partes.

Después de 1933, en Alemania, la literatura programática sobre el "nuevo proceso penal" se abrió paso con la ayuda del concepto de "verdad". "*En el derecho penal nacionalsocialista no puede haber nada formalmente justo o injusto, sino sólo la idea de la verdad material"; "la tendencia principal en la creación de una nueva ley de procedimiento penal debe ser eliminar el formalismo"; deben suprimirse*

[11] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert der "materiellen Wahrheit"*. En Francia ya había concluido el breve intento de instaurar el juicio por jurados y en Alemania, si bien la Paulskirchenverfassung de 1849 establecía que en los procedimientos penales regía el principio acusatorio, lo cierto es que las ideas liberales no se impusieron y las reformas de 1877 mantuvieron un tribunal dominante, convirtiéndolo en el oponente natural del defensor (*"el que tiene al acusador como juez, necesita a Dios como abogado")*.

[12] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert der "materiellen Wahrheit",* menciona que el intento de la StPO de 1877 de establecer una división de poderes dentro del proceso y la idea de que el discurso y contradiscurso proporcionara una imagen más exacta de los acontecimientos que el enfoque estrecho del inquisidor fue resistido por los sectores conservadores con el argumento de que se abandonaba el objetivo judicial de la verdad. Estas ideas autoritarias se intensificaron después de la primera guerra mundial con el propósito del desmantelamiento de los derechos del acusado. Los decretos de emergencia de la década del 1920 y principios de 1930 reforzaron los elementos inquisitivos de la StPO al eliminar el derecho probatorio de las partes y colocar la evidencia en la discreción del tribunal.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"las formas obligatorias que se han vuelto obsoletas, que tienen un efecto inhibitorio donde deben penetrar la verdad y el derecho"[13].

En un contexto como el señalado, la necesidad imperiosa de contar con certezas, que con frecuencia nos conduce a sostener meros prejuicios, encontró el campo libre para su despliegue en la decisión del juzgador[14]. La *unidireccionalidad* impide toda resistencia. En ese sentido, se estableció que la verdad y la justicia *"es más probable que se encuentren donde la idea del líder se vive sin palabras, pero fielmente"*[15].

Si bien después de la segunda guerra mundial se revocaron gran parte de las regulaciones nacionalsocialistas, las ideas de instalar un proceso penal anglosajón encontraron una fuerte resistencia en la doctrina alemana. En el debate científico de posguerra el concepto de verdad fue despojado de su epíteto de "populachero", "nacionalsocialista", pero finalmente fue retenido: *el deber del juez era investigar de oficio la verdad material*.

Al igual que con la inquisición, el final del periodo autoritario del nacionalsocialismo no significó el fin de las ideas autoritarias del litigio[16]. La verdad material continuó siendo

[13] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert der "materiellen Wahrheit"*, el análisis racionalista de los hechos por metodología científica fue rechazado, en cambio, el juez debía abordar el caso con "prejuicios saludables" y "hacer juicios que correspondan al sistema legal nacionalsocialista y a la voluntad de la conducción política".

[14] HAACK, Susan, *"Toda la verdad y nada más que la verdad",* trad. A. Santacoloma Santacoloma con la asistencia de Carmen Vazquez Rojas, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho", 35(2012), habla de la incompletitud de la crónica y el carácter engañoso como resultado de decir sólo parte de la verdad, de sesgar la decisión. Frente al riesgo del engaño producto del sesgo, el método unidireccional del modelo inquisitivo no ofrece salvaguarda alguna, a diferencia del sistema adversarial que posibilita que lo que uno dice parcialmente u oculta lo alumbre el otro, pág. 582 y sgtes.

[15] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert der "materiellen Wahrheit"*

[16] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert der "materiellen Wahrheit",* Schmidt, Eberhard sostenía el carácter de no parte del fiscal y del acusado por el hecho visible de que el fiscal se sienta a

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un "valor superior" frente al cual debían ceder otros principios importantes[17].

Sin embargo, aún cuando ya no existía margen para sostener una teoría de la verdad material y objetiva, y se sabía que el acceso a una realidad tal era una ingenuidad, la ficción no sólo no fue abandonada sino que se conservó de modo preponderante en una sola mano[18].

El peso histórico y cultural de esta concepción de la verdad en la tradición continental ha sido de tal potencia que incluso los bien intencionados llegaron a identificar el "deber de motivar", como construcción racional de la decisión del juez, con una garantía del acusado[19]. Sólo se pensaba en la racionalidad de la decisión final. En definitiva, si la comprobación de la verdad era unidireccional, a cargo exclusivo o preponderante del juez, sólo él estaba en condiciones de brindar las razones de la decisión[20].

---

la mesa del tribunal, el acusado en el banquillo o frente a la mesa del tribunal, y este orden tiene su buen significado simbólico.

[17] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert der "materiellen Wahrheit"*

[18] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert der "materiellen Wahrheit"*, de la "verdad material" poco queda. Está claro que la verdad material que el proceso inquisitivo alemán supuestamente garantiza, sirve principalmente para legitimar la vulneración de derechos.

[19] HARFUCH, Andrés, *"El veredicto del jurado",* ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2019, desarrolla exhaustivamente el proceso continental inquisitivo y señala que el deber de motivar nunca fue considerado una garantía. Cuestiona la posición de los autores europeos (Ferrajoli, Taruffo, Perfecto Ibañez) que identifican el deber de motivar de los jueces como una garantía del acusado. Harfuch acepta el deber de motivación cuando la decisión está a cargo de jueces técnicos como forma de compensar la ausencia de las salvaguardas que sí tiene el juicio por jurados (recusación sin causa, jurados ciudadanos, requisito de unanimidad, etc), pág. 731 y sgtes. Las diferencias señaladas por Harfuch para justificar el deber de motivación son entre el juicio por jurado anglosajón y el juicio con jueces técnicos de tipo continental, es decir, no está trabajando sobre la hipótesis de juicio adversarial, con o sin jurado. En este caso entiende que tampoco es necesaria la motivación del juez, aún cuando se trate de un juez togado. Pág. 750. Si bien no lo señala expresamente, creo que la solución que postula tiene que ver con la formación unidireccional del juicio continental o bidireccional del juicio anglosajón.

[20] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert del "materiellen Wahrheit"*, Sin embargo, esta práctica de los tribunales reafirma la estructura del proceso de una sola vía que evita las oposiciones y las

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como señala Binder[21], todo el esfuerzo garantista estaba puesto en exigir como salvaguarda que el producto final fuera racional, cuando en realidad el problema fundamental se encontraba en la *unidereccionalidad* del proceso de formación de la decisión, carente de toda racionalidad. Se procuraba inútilmente la racionalidad de una decisión formada en un proceso irracional.

III. La verdad como presupuesto de la pena

Cierto es que el principio de legalidad estricta sigue atando la pena al principio del hecho, entendido como acción humana evitable que lesiona un bien jurídico. Este "hecho" es el presupuesto para la imposición de una sanción penal, es decir, tiene que "haber ocurrido el hecho" para aplicar la pena en un caso concreto.

Poder afirmar que el enunciado proposicional que describe el *hecho "p"* es *verdadero* para, recién entonces, habilitar la imposición de una pena, implica volver a colocar en el centro el concepto de *verdad* y todas sus derivaciones. El predicado *verdadero* respecto del *hecho* como presupuesto de la pena reformula el concepto en clave garantista: *no hay pena sin verdad*.

La verdad así entendida deja de ser el objeto del proceso penal, al menos el único o principal objeto. Su funcionalidad política se centra en el juicio como proceso de justificación, no de averiguación. Llegados a la instancia del debate, toda la actividad desplegada está en función de determinar si la pretensión de verdad del acusador se encuentra justificada.

---

contradicciones. Esta estrategia tampoco sigue los criterios de la racionalidad científica, ya que manipula los hechos en la dirección de una solución del problema para procurar la base de una evidencia empírica y una rigurosidad lógica de la decisión.

[21] BINDER, Alberto: Justicia penal y Estado de Derecho, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 50 y sgtes. "*El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial",* en *"Un juez para la democracia",* ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, pág. 133.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por lo pronto, ya no se trata de la búsqueda de la verdad como objeto del proceso, sino de la justificación de una pretensión de verdad. Tampoco de una verdad abstracta o genérica, sino de una verdad predeterminada por la pretensión.

Sin embargo, aún restan aspectos relevantes, tales como *"quién"* determina que el hecho ha ocurrido, *"cómo"* se determina, mediante qué reglas procesuales[22] y *"cuándo"* se puede afirmar que se ha determinado, bajo qué condiciones o criterios "un hecho ha ocurrido".

Debemos ser conscientes de no valernos ingenuamente de un concepto que históricamente ha constituido una herramienta de poder autoritario. Tampoco esta consciencia nos autoriza a negar lo verdadero y caer en un escepticismo extremo y en un reduccionismo político[23]. Por lo tanto, la reformulación garantista deberá atender a desactivar todos los componentes inquisitivos.

La verdad no es un valor en sí mismo. Mientras subsista el poder punitivo estatal y el principio de legalidad penal siga constituyendo una garantía que impone el principio del hecho como presupuesto de la pena, la verdad seguirá siendo necesaria por su funcionalidad política limitadora[24].

---

[22] Relativo a un proceso en general, en términos epistémicos.

[23] HAACK, Susan, *"Esperando una respuesta: El desordenado proceso de buscar la verdad", K* trad. Edison Otero B., publicado en Ciencia, Sociedad y Cultura, Ensayos Escogidos de ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2008, reconoce que la excesiva confianza en que lo que se considera verdadero lo sea, puede ser una herramienta de opresión y ha servido, a veces, a los objetivos del sexismo y del racismo. Pero agrega que *"a menos que sea posible imaginar cómo son realmente las cosas, no es posible descubrir que los estereotipos de razas o sexo sean estereotipos y no verdades; ni trazar las raíces de los prejuicios de raza o sexo, o imaginar cómo superarlos; ni qué cambios harán realmente mejor a la sociedad"*. Pág. 21-22.

[24] THOMMEN, Marc, *"Gerechtigkeit und Wahrheit im mordernen Strafprozess",* Pasa de la imposibilidad de una verdad absoluta a sostener que ese concepto de la verdad como correspondencia sólo tiene sentido frente a una finalidad de la pena exclusivamente retributiva. Sostiene que si se aceptan otras finalidades (preventivas), el concepto de culpabilidad ya no es sólo retrospectivo, sino también prospectivo; ya no se tiene

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. La verdad, el mundo objetivo y el mundo de la vida

La verdad surge como cuestión cuando se tematiza, es decir, cuando una pretensión de verdad implícita en una acción, incluidos los actos de habla, fracasa o es puesta en cuestión por un receptor u oyente. En ese momento, el proponente debe estar en condiciones de aceptar el desafío y justificar esa pretensión implícita. Este proceso implica el paso al plano *discursivo* por medio de la praxis de la argumentación[25], es decir, la justificación se realiza por medio del discurso. Así, la *verdad* de los enunciados controvertidos se convierte en tema de debate y se discute sobre ella a partir de las razones que cada parte argumenta en actitud reflexiva[26].

Entender el proceso penal o, más propiamente, el juicio penal, en estos términos muy generales, implica aceptar algunas presuposiciones: que existe algo así como un *"mundo"* en donde ocurren *"hechos*"; que las personas tienen *"experiencias"* sobre esos *"hechos"*; que esa experiencia es *"relevante"* para sostener que *"un hecho ha ocurrido"* y que al afirmar que *"un hecho "p" ha ocurrido"* tiene la *"pretensión de adecuarse*" a lo que efectivamente ha ocurrido en el *"mundo"*, en la *"realidad"*.

Estas presuposiciones, si bien evitan algunas discusiones con posiciones escépticas, no evitan la indagación sobre cada una de ellas y las complejidades que de ellas derivan.

---

culpabilidad, se obtiene culpabilidad. Es decir, se trata mas que de conceptos descriptivos de criterios atributivos. En este contexto, según él, un proceso penal puede arreglársela con "un poco de verdad". No se necesita la verdad absoluta sino un núcleo de verdad. La exigencia de verdad debe ser entendida en el sentido de que el reproche de culpabilidad no sea completamente falso. Cómo se observa, con las finalidades preventivas de la pena y los criterios normativos de imputación termina aniquilando la presunción de inocencia.

[25] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 25/51.

[26] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*,pág. 244.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La afirmación de *"p"* (un hecho x) como presupuesto para la imposición de una pena, quiere decir que *"p ha ocurrido en el mundo"*. Se trata, entonces, de una afirmación que contiene una pretensión de adecuación a la *"realidad"*. En definitiva, afirmar *"p"* es expresar una *"pretensión de verdad"*. Con lo cual, la cuestión se reduce a *"cuándo estamos autorizados a sostener una pretensión de verdad"*. (El uso excesivo del encomillado no tiene otra finalidad que la de aclarar que aún no se ha dicho nada acerca de cada uno de esos términos).

El concepto de *"verdad"* ha sido puesto crisis en todos los ámbitos. Se ha propuesto su abandono o reemplazo[27]. En la epistemología se ha llegado poner en cuestión la validez de los proyectos de la misma, negando cualquier vínculo entre justificación y verdad[28]. La ciencia, por su parte, se vio obligada a trabajar con un concepto de verdad con reserva falibilista, imposible de aceptar para el contexto de acción intersubjetivo cotidiano.

Para que la *verdad* pueda cumplir una función garantista es necesario realizar ciertos abandonos y reemplazos en términos del conocimiento.

La idea de un mundo independiente al que todos los observadores acceden a partir de sus representaciones idénticas que espejan ese mundo, ha quedado desplazada como una ingenuidad epistémica. No tenemos acceso directo a un mundo objetivo, a una "realidad desnuda" que inexorablemente se imponga a nuestros sentidos a partir de nuestras experiencias privadas. Nuestro acceso a ese "mundo" es indirecto, está inevitablemente mediado por el lenguaje. Como

[27] RORTY, Richard, *"Universalidad y verdad"* publicado en RORTY, Richard/HABERMAS, Jürgen, "*Sobre la verdad: ¿validez universal o justificación?,* traducción de Patricia Wilson, Amorrortu editores, Buenos Aires 2012.

[28] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología",* trad. De M. Ángeles Martinez García, ed. Tecnos, pág. 216 y sgtes.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

señala Habermas, *no es posible pasar por detrás de la expresión lingüística*[29] *ni salirnos del lenguaje con el lenguaje*[30].

La concepción realista fuerte de un mundo objetivo independiente de la mente se apoya en una idea *representacionista* del conocimiento a partir de la experiencia privada y en la *correspondencia* fuerte entre las oraciones y los hechos. Esta es la idea clásica de la verdad como *correspondencia* con la realidad[31], querer comparar la expresión lingüística con un trozo de realidad desnuda o no interpretada[32].

El *giro lingüístico* se encargó de sacarnos de esa seguridad epistémicamente ingenua. Ahora sabemos que sólo podemos conocer en tanto sujetos de lenguaje y a través del lenguaje. No podemos confrontar nuestras oraciones con nada que no esté impregnado lingüísticamente, no existen enunciados básicos que se legitimen a si mismos de modo privilegiado[33]. El lenguaje es el instrumento que nos abre la puerta al "mundo"[34].

El *giro pragmático* incorpora la intersubjetividad. Uno se entiende con "otro" sobre "algo" en el mundo y de ese modo se produce el conocimiento. El saber se desplaza así desde un cercioramiento autoreflexivo de una subjetividad situada en el fuero interno, más allá del tiempo y del espacio, hacía un saber de naturaleza práctica, que capacita a los sujetos capaces de lenguaje y acción a tomar parte en esas prácticas y producir resultados[35].

Con la capacidad de lenguaje y la sensibilidad a las razones como dotación orgánica aprendemos a hablar con otros

---

[29] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 229.

[30] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 238.

[31] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 37.

[32] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 238.

[33] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 237.

[34] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 10 y sgtes.

[35] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 11 y sgtes.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y a entendernos sobre algo a medida que socializamos. En ese proceso práctico se van incorporando saberes, creencias que a su vez posibilitan la comunicación y la realización. Este proceso evolutivo en términos personales y en términos históricos, que permite explicar el aumento del conocimiento a partir del falibilismo metódico[36], es lo que va estructurando el *"mundo de la vida"*. Ahora bien, este mundo de la vida estructurado lingüísticamente presupone, pragmáticamente, un *"mundo objetivo"* como un sistema de referencias posibles[37]. El entendimiento se da en el mundo de la vida pero no podría funcionar sin que los participantes se refieran a un único mundo objetivo[38].

Un evolucionismo similar muestra Haack al señalar que *"Yo me inclino a pensar que las consideraciones evolutivas podrían ofrecer cierta seguridad moderada, por ejemplo, en cuanto a que nuestra disposición innata a clasificar ciertas cosas como pertenecientes a una clase, en general elige más o menos clases reales, lo cual apoyaría la idea de que poseemos cierta aptitud explicativa mínima, sobre la cual, revisando y corrigiendo nuestras creencias a la vista de otras experiencias, podemos construir; sobre la cual, en realidad, hemos construido la CIENCIA"*[39].

El pragmatismo nos ubica, ya no como observadores aislados, sino siempre en el horizonte de nuestras prácticas cotidianas en el mundo de la vida. El "mundo objetivo" se convierte en una *presuposición pragmática,* accesible inter-

---

[36] APEL, Karl-Otto, *"Teoría de la verdad y ética del discurso",* trad. De Norberto Smilg, ed. Paidós I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, España,1991, señala, siguiendo a Pierce, que el falibilismo no debe ser entendido como escepticismo sino complementado con el meliorismo, en conexión con una teoría del perfeccionamiento a largo plazo de nuestro saber empírico, pág. 39.

[37] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación",* pág. 38.

[38] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación",* pág. 240.

[39] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología",* pág. 301.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

subjetivamente, que permite asegurar a distintos sujetos un "sistema común de referencias" posibles a objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo[40]. Las referencias semánticas que los participantes en la comunicación establecen mediante sus enunciados están enraizadas en prácticas y están garantizadas en términos realizativos.

No hay una relación simétrica entre el "mundo objetivo" y el "mundo de la vida". El primero se nos presenta inconmensurable y el segundo es desde el cual miramos al mundo objetivo y nos permite aumentar el conocimiento a partir de su función de apertura.

Cuando hablamos o presuponemos que hay un mundo o una realidad en el ámbito del proceso penal, tenemos que tomar en consideración esta distinción entre el "mundo objetivo", como conjunto común de referencias a objetos o sucesos, y el "mundo de la vida", estructurado lingüísticamente y en el cual nos "entendemos" con "otros" sobre "algo en el mundo". Es decir, la interacción subjetiva se da en el ámbito del "mundo de la vida" en donde se comunican mediante el habla o realizativamente, pretensiones de verdad.

La verdad ya no será un concepto correspondentista, ni ontológico ni metafísico ni semántico. Según Habermas, el papel pragmático de la verdad media entre la certeza de acción y la justificación discursiva.

V. El conocimiento a partir de la experiencia intersubjetiva

La experiencia, desde la perspectiva pragmatista, ya no se obtiene de modo introspectivo a partir de las facultades subjetivas de la sensibilidad, sino desde un actor participante

[40] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 44.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en el marco de los contextos de verificación que representan las acciones guiadas por la experiencia.

La experiencia concebida como la inmediatez de las impresiones de los sentidos sin la instancia de interpretación de esas sensaciones pierde autoridad. En contraposición, el pragmatismo pone en su lugar la experiencia del sujeto actuante. Cuando en los contextos de acción la práctica habitual o la intervención fracasan, el contenido experiencial de las creencias es puesto en cuestión. Se problematiza y se tematiza[41].

La experiencia ya no es la del sujeto cognoscente como observador que refiere desde afuera a un objeto, sino la de un "participante" que ha adoptado una actitud realizativa[42].

Nuestra experiencia está estructurada de forma lingüística e insertada en contextos de acción[43]. No hay experiencias sin interpretar que sean accesibles sólo privadamente y que se sustraigan al enjuiciamiento público. Ya sabemos que no contamos con un acceso inmediato a entidades en el mundo que sea independiente de nuestras prácticas de entendimiento y del contexto lingüísticamente constituido de nuestro mundo de la vida[44]. No es posible la evidencia privada de conocimiento, dado que el conocimiento de algo como algo, tiene que ser a priori público, tiene que estar impregnado de lenguaje. Ahí está implicada la capacidad de consenso intersubjetivo[45].

Para el pragmatismo, la autoridad epistémica de la primera persona del singular que inspecciona su interior como evidencia privada, se traslada a la primera persona del plural, al "nosotros" de una comunidad de comunicación ante la

---

41 HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 22.

42 HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 26.

43 HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 47.

44 HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 229/230.

45 APEL, Karl-Otto, *"Teoría de la verdad y ética del discurso"*, pág. 138

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cual se justifican las creencias[46]. Se presupone que todos los participantes comparten la interpretación lingüística de los fenómenos del mundo de la vida, presupuesta como válida intersubjetivamente. Sin la interpretación lingüística adecuada al fenómeno, la pura evidencia fenoménica no es todavía, en absoluto, una evidencia de conocimiento[47].

En definitiva, no hay conocimiento sin la experiencia intersubjetiva de los procesos de comunicación en el mundo de la vida. Por tanto, la verdad ya no puede pasar por la correspondencia entre los enunciados apoyados en la experiencia individual y privada y la realidad, pues esa realidad ya está de antemano estructurada intersubjetivamente. La objetividad ya no es una correspondencia con el mundo sino con la comunidad, con el mundo de la vida.

VI. Las pretensiones de verdad. Su justificación

Más arriba se señaló que la cuestión de la verdad se desarrolla en el plano de la praxis discursiva, es decir, en el de la argumentación y que el paso a dicho ámbito se produce ante el fracaso o cuestionamiento en el plano de la acción cotidiana, guiada por certezas intuitivas, que pone en duda la pretensión de verdad. Toda pretensión de verdad implícita en cualquier acto comunicativo conlleva el objetivo de aceptación intersubjetiva. Es decir, nos movemos con pretensiones de verdad incondicionales, que suponemos deberían ser aceptadas por el resto. Cuando esa pretensión de verdad formulada no es aceptada o directamente es puesta en cuestión, el proponente, si es que desea defenderla, debe estar dispuesto a entrar en debate y exponer los mejores argumentos. El proponente que desea defender, lo que hasta ese momento era solo una certeza intuitiva, se ve obligado a

[46] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 231.

[47] APEL, Karl-Otto, *"Teoría de la verdad y ética del discurso"*, pág. 48/51.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

adoptar una actitud reflexiva e ingresar al ámbito discursivo de la argumentación. Lo que había sido una certeza que guiaba la acción se convierte ahora en un enunciado hipotético cuya validez se planteará en el discurso[48].

En un primer momento, Habermas entendió a la verdad como "aseverabilidad bajo condiciones ideales". Para él, un enunciado sería verdadero si, *"bajo las exigentes presuposiciones pragmáticas de los discursos, resistiera todos los intentos de refutación, es decir, pudiera ser justificado en una situación epistémica ideal"*.

En esta formulación, los conceptos de *justificación* y *verdad* se encontraban identificados. Para esta concepción, la justificación de una pretensión de verdad no es (o, no sólo es) una cuestión de razones suficientes que le brinden apoyo, sino un proceso dinámico que se desarrolla intersubjetivamente bajos ciertas formas. Es decir, a la verdad de un enunciado hacen tanto el *aspecto procesual* de las presuposiciones pragmáticas de los discursos (espacio público abierto y plena inclusión de todos los afectados; reparto equitativo de los derechos de comunicación; ausencia de violencia o coacción; sinceridad de las manifestaciones de los participantes), como el *aspecto material* de la justificación por medio de la refutación de todas las hipótesis competidoras ante un auditorio ideal.

El "nosotros" de ese auditorio remite a participantes posibles en procesos ideales de justificación. La idealización refiere a la extensión del público en función de potenciales seres hablantes, es decir, con capacidad de comunicarse y entenderse, más allá de las diferencias de los lenguajes[49]. Cuando

---

[48] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 244.

[49] APEL, Karl-Otto, *"Teoría de la verdad y ética del discurso"*, según Pierce, la comprobación de creencias en un contexto ideal solo puede pensarse como prueba de la capacidad de consenso mediante argumento. El contexto de comprobación práctica para las pretensiones de verdad está constituido a priori solo por la idea reguladora de la formación ilimitada o intersubjetiva del consenso sobre los criterios de verdad disponibles, pág. 69..

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

expresamos una pretensión de verdad y nos consideramos dispuestos a sostenerla en el plano discursivo, estamos convencidos de que los argumentos con que contamos para su justificación serían avalados no solo por el auditorio presente, sino –contrafácticamente- por cualquier miembro de una comunidad ideal de argumentantes, es decir, por todos los seres dotados de competencia comunicativa y, por tanto, de entendimiento (refiere a las condiciones que todo argumentante presupone cuando piensa que el auditorio decidirá sólo por la fuerza del mejor argumento). En síntesis, consideramos que nuestras razones que justificarían nuestra verdad son válidas, no sólo en nuestra aldea, provincia o país, sino que deberían ser aceptadas por todos, en cualquier lugar y cualquier tiempo, más allá de las diferencias de lenguaje[50].

Haack, en relación a lo que ella denomina justificación COMPLETA, señala que *podemos imaginar una teoría hipotética ideal, una teoría que esté afianzada al máximo en la experiencia e integrada de manera explicativa; y las creencias–C* (contenido de la creencia) *en las que alguien tiene una justificación completa pertenecerían a esta teoría hipotética ideal. (La apropiación de la calificación ideal se basa en la suposición de que la experiencia es, y es toda, la evidencia empírica definitiva que está a nuestro alcance"*[51]. Haack se vale también de la idealización de Pierce de la verdad como opinión definitiva de una comunidad ilimitada de investigadores.

La justificación de una creencia o pretensión de verdad es "indicativa" de la verdad. No se trata de una verdad objetiva, inmutable. Por el contrario, se trata de una verdad criticable, que puede ser sometida a revisión y que, en esa medida, es una verdad con reserva falibilista. Pero

[50] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 294.

[51] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, trad. De M. Ángeles Martinez García, ed. Tecnos,, pág. 294.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mientras eso no ocurra, la verdad sigue estando justificada frente a ese público ideal y, por lo tanto, está autorizado el uso del predicado "verdadero" fuera del plano discursivo, de modo incondicional.

Si bien Habermas ha pasado de establecer una identidad conceptual entre justificación y verdad a reconocer un nexo epistemológico entre ambas pero que no llega a la identificación, despojando a la verdad del carácter epistémico y reservándola como "idea regulativa", lo cierto es que, aún así, existe un vínculo indisoluble entre *justificación y verdad*, al menos en términos indicativos y pragmáticos. La idea revisada de Habermas implica que una vez que la pretensión de verdad ha sido justificada en el plano discursivo (aspecto espistemológico), se ha agotado la actitud reflexiva y ello autoriza a regresar al plano de la acción, en donde la aseverabilidad ideal se convierte en verdad incondicional. Sostiene que nuestras practicas cotidianas están guiadas por verdades sin reserva falibilista[52].

El poder sugestivo del concepto de *correspondencia* no termina de desaparecer. En definitiva, aún en la segunda versión de Habermas, la justificación de una pretensión de verdad en el plano discursivo, que implica una autorización para retornar al plano de la acción y guiarse por esa justificación como una "verdad" incondicional[53], será sometida a la corroboración del éxito en el "mundo de la vida". Un nuevo fracaso u oposición, devolverían la verdad al plano discursivo[54].

Sin perjuicio de las diferencias señaladas, nos alcanza lo dicho para sostener que una creencia justificada de modo

[52] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 246.

[53] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 251.

[54] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, "El concepto de verdad permite la traducción de certezas de acción quebradas en enunciados problematizados y la retraducción de afirmaciones discursivamente justificadas en renovadas certezas de acción" (253)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concluyente es indicativa de verdad y, en definitiva, es una autorización para hacer uso del predicado verdadero en el plano comunicativo de las prácticas cotidianas.

VII. El juicio como momento de la justificación de pretensiones de verdad

El juicio penal es un espacio en el que se produce la interacción entre diferentes actores que se comunican entre sí. Se estructura a partir de un proponente (acusador) que afirma una creencia o pretensión de verdad (acusación), un oponente (defensor) que la desafía o cuestiona (defensa) y unos miembros que deben decidir si esa creencia o pretensión se encuentra justificada (veredicto).

A su vez, al juicio concurren otras personas (testigos, peritos) con sus propias creencias o pretensiones de verdad que también deben estar justificadas.

Es decir, el juicio debe ser concebido como el proceso discursivo de justificación de la pretensión de verdad de la acusación. En este sentido, la justificación de la pretensión es la autorización para la utilización del predicado "verdadero" y, por lo tanto, es el presupuesto de la pena. No puede imponerse una pena sin una pretensión de verdad justificada. En esa medida, la verdad (o la justificación como indicativa de verdad) funcionan como garantía. Es decir, en el juicio sólo se dirime si la pretensión de verdad del hecho contenido en la acusación se encuentra justificada. Sólo esa verdad interesa. Por lo tanto, la única preocupación epistémica es que esa justificación sea correcta. La no justificación no afirma ninguna pretensión de verdad, no es una solución binaria entre dos pretensiones de verdad y, por ello, no debería generar objeciones epistémicas[55].

[55] THOMMEN, Marc, *"Gerechtigkeit und Wahrheit im mordernen Strafprozess",* identifica al in dubio pro reo como enemigo de la verdad. Aquí se advierte el problema de no identificar cuál es la verdad que interesa.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Este es el error recurrente de la tradición continental en la crítica al modelo adversarial, por el peligro que implicaría, al posibilitar una comprensión incompleta de los hechos o un esclarecimiento inadecuado de los mismos, lo cual obraría a favor del acusado y en detrimento de la comunidad[56]. Es decir, se continúa pensando que es más peligroso que se escape la justificación de una pretensión de verdad que tener por justificada una pretensión de modo inadecuado. Volvemos sobre lo mismo, la verdad en el juicio penal no es un valor en sí misma, vale solamente, en tanto y en cuanto, es presupuesto de una condena y aplicación de una pena. Por lo tanto, la preocupación epistémica debe estar en que esa verdad sea verdad y nada más[57].

La instancia del juicio, tanto la etapa de la producción de la evidencia como la etapa final de las alegaciones sobre la misma, se produce en el plano discursivo mediante argumentación de razones. Siempre se está discutiendo sobre pretensiones de verdad, particulares como las que arriman los testigos y peritos, o generales como la pretensión final del acusador. Apel critica a Habermas cierta desatención a la experiencia prediscursiva como parte de las "buenas razones" para la aceptación argumentativa de las pretensiones de verdad. Señala que para aducir *"buenas razones"* en defensa de

[56] MÜLLER, Ingo, *"Der Wert del "materiellen Wahrheit"*, cita en este sentido las expresiones de Henkel.

[57] WESSLAU, Edda, *"Wahrheit und Legenden: die Debatte* über *den adversatorischen Strafprozess",* Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com, 558-564, menciona que las críticas al modelo adversarial van, desde sostener que en él sólo juega una "verdad formal" (por oposición a la "verdad material" del modelo continental) a que directamente el modelo angloamericano prescinde de la verdad y sólo se interesa por el juicio justo. No es posible hablar de "verdad formal", en el sentido de que se toma la versión del proponente si el oponente no la discute, ello no es lo que ocurre en el sistema adversarial. El error está en no advertir que el juicio justo, como las presuposiciones pragmáticas de los discursos, constituyen el aspecto procesal de la justificación. Son garantías necesarias, no suficientes, de una justificación adecuada de las pretensiones de verdad. El sistema adversarial no sólo está interesado en la verdad sino que, además, quiere una verdad que opere como garantía frente al poder y no una que legitime la vulneración de derechos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las pretensiones de verdad, el discurso debería recurrir a la *"evidencia de la experiencia"* en tanto evidencia fenoménica y referida al discurso y para ello es necesario incluir en el discurso argumentativo los *"juicios perceptivos"* (enunciados observacionales, enunciados sobre datos, medidas y otros) en los que conste la evidencia fenoménica, como forma de mediar con la afirmación de los hechos. Sólo en virtud de esa mediación por la interpretación lingüística ese juicio perceptivo puede erigirse en juicio de conocimiento con pretensión de verdad.[58] De este modo, con la complementación de Apel, el plano discursivo no queda limitado al ámbito lógico lingüístico, como mera cuestión de coherencia[59].

Las *presuposiciones pragmáticas de los discursos* mencionadas por Habermas contienen un diseño procesual, que se convierten en condición necesaria (no suficiente) de la justificación. Se trata de las exigencias ideales en las que se deben desarrollar los discursos entre el proponente y oponente, mediante los cuales se esgrimen las razones que apoyan o restan a la justificación de la pretensión.

Estas presuposiciones pragmáticas discursivas son, a saber, que se trate de un juicio público; inclusión de todas las partes proponentes y oponentes; igualdad de armas en el uso de la palabra; ausencia de coacción. Este proceso de

---

[58] APEL, Karl-Otto, *"Teoría de la verdad y ética del discurso"*, Aclara que, la realización de la interpretación lingüística del fenómeno sólo puede fundamentar la pretensión de verdad de un enunciado cuando entra a formar parte, en el plano discursivo argumentativo, de la pretensión de sentido de la afirmación de un hecho(…)La fuerza de las buenas razones, la fuerza de la fundamentación de la pretensión de verdad se basaría en la revelación – lingüisticamente mediada de la evidencia para la correspondencia entre el enunciado afirmado y el fenómeno intramundanamente dado y percibido. La interpretación del fenómeno tiende un puente sobre el abismo aparente entre la experiencia y la afirmación de hechos, pág. 88/94.

[59] COMESAÑA, Manuel, *"La teoría de la verdad de Habermas"*, **Revista de filosofía DIÁNOIA**, [S.l.], v. 40, n. 40, p. 245-261, jan. 1994. ISSN 1870-4913. Disponible en: <http://dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/dianoia/article/view/554>. Fecha de acceso: 27 sep. 2021 doi:https://doi.org/10.22201/iifs.18704913e.1994.40.554. Advierte que la exclusión de la experiencia en la justificación conduce a Habermas a una teoría coherentista.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

formación de la justificación es el que permite a su vez la falsación de la pretensión de verdad del proponente, es decir, posibilita todos los intentos de refutación por parte del oponente. La decisión final la tiene el público, que deberá decidir si efectivamente la pretensión de verdad ha logrado resistir todos los intentos de refutación o no.

Si concebimos al juicio penal como parte de la praxis discursiva en la que se dirime la justificación de una pretensión de verdad, las presuposiciones pragmáticas de los discursos se asimilan claramente al diseño del proceso adversarial[60]. Allí existe un proponente con una pretensión de verdad a justificar que es el acusador, un oponente que desafía o cuestiona esa pretensión y un público, que son los jurados o los jueces técnicos, que deberán decidir si el proponente esgrimió razones y evidencias suficientes y resistió todos los intentos de refutación del oponente para tener por justificada la pretensión de verdad. La argumentación discursiva adquiere la forma de una pugna en torno a los

[60] WESSLAU, Edda, *"Wahrheit und Legenden: die Debatte* über *den adversatorischen Strafprozess"*, señala con razón que el modelo angloamericano no surgió para procurar la validez de la "teoría del consenso del discurso", sino que su punto de partida es el principio de la disputa entre dos puntos de vista representados por las partes. Existe una imposibilidad cronológica para ello. Sin embargo, ello no constituye un argumento en contra de que el sistema adversarial es el que posibilita un tratamiento de la verdad discursiva o dialógica. Wesslau sostiene que según la teoría del consenso se debe discutir hasta encontrar un consenso y que el sistema adversarial no debe ser entendido así de ningún modo. THOMMEN, Marc, *"Gerechtigkeit und Wahrheit im mordernen Strafprozess",* incurre en el mismo error al sostener que si todos se ponen de acuerdo en que la tierra es un plato ese consenso no modifica la forma esférica de la tierra. Entiendo que existe una errónea comprensión del consenso. Éste no significa meramente "ponerse de acuerdo", sino que el discurso termina cuando se han esgrimido todas las razones y ya no hay más para seguir discutiendo y, en ese caso, la pretensión de verdad queda justificada por las "buenas razones" que no son otras que haber logrado refutar todos los intentos del oponente de ofrecer hipótesis alternativas y la justificación es ante una "comunidad ideal" un "nosotros". Por lo tanto el consenso no significa un acuerdo entre proponente y oponente, sino el consenso sobre los mejores argumentos. En este sentido, no podría justificarse una pretensión de verdad de que la tierra es un plato.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mejores argumentos a favor y en contra de la pretensión de verdad controvertida[61].

Existe una persistente tendencia a diferenciar y contraponer por un lado los aspectos procesuales, lo que sería el proceso justo o equitativo, y, por el otro, la verdad de los hechos, reunidos ambos bajo el concepto abarcativo de justicia (equidad como aspecto formal y verdad como aspecto material)[62]. El error es no advertir el vínculo interno entre el proceso equitativo y la verdad, es decir, entre las presuposiciones pragmáticas de los discursos y la posibilidad de justificación de la pretensión de verdad. Sólo llegan a establecer la relación entre proceso justo y dignidad humana, sin llegar a identificar que esa protección extiende su implicancia también a las garantías de justificación adecuada.

Como se observa, el proceso de justificación ya no es unidireccional como en el modelo inquisitivo, en donde la autoridad epistémica estaba en la primera persona del singular del inquisidor, sino que ahora se trata de un proceso bidireccional, mediante argumentos y razones que permite no solo la verificación, sino la falsación de la hipótesis acusatoria (falibilismo metódico), quedando la decisión en sujetos representantes de la comunidad ideal de hablantes, es decir, en representantes del "nosotros", que requiere la descentración de las perspectivas del proponente y oponente[63].

---

[61] HABERMAS, Jürgen, *"Verdad y justificación"*, pág. 244.

[62] THOMMEN, Marc, *"Gerechtigkeit und Wahrheit im mordernen Strafprozess"*, pretende ejemplificar con el caso de los gemelos de Horgen en donde, según él, la culpabilidad de la madre estaba comprobada (verdad) pero la sentencia debió ser anulada por el Tribunal de casación debido a la inadecuada defensa de la acusada (equidad). En realidad, si no hubo defensa no puede haber pretensión de verdad justificada y, por lo tanto, no puede hablarse de verdad. Esto le lleva a afirmar que los culpables no deben ser condenados en todos los casos, mientras que los inocentes deben ser absueltos en todos los casos y que la verdad es una condición necesaria pero no suficiente para una condena.

[63] Este proceso de justificación por medio del acuerdo argumentativo ante una comunidad ideal no puede ser equiparado a las *"profundamente arraigadas opiniones éticas, culturales y morales de nuestra comunidad históricamente cultivada"*, como ha sostenido el Tribunal

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esta concepción de la verdad determina la racionalidad de la decisión final de la justificación a partir del presupuesto de un proceso racional de formación de la decisión. No significa que la sola observancia de ese proceso garantice la racionalidad final de la decisión (fase evaluativa de la justificación a partir del estándar probatorio), pero sin el respeto a ese procedimiento no puede haber justificación.

La tradición continental-inquisitiva atiende exclusivamente a la supuesta racionalidad en la decisión final, desatendiendo la racionalidad del proceso de formación de esa decisión. La reacción a esa desatención no puede significar conformarnos con un proceso racional de formación de la decisión y desatender, ahora, la racionalidad de la justificación misma. La racionalidad del proceso, como presuposiciones pragmáticas de los discursos, son presupuestos necesarios, pero no suficientes de verdad.

Quien corre con el peso de argumentar las razones suficientes para justificar la pretensión de verdad es el proponente, es decir, el acusador. Por tanto, si el jurado o el juez deciden que la pretensión de verdad está justificada, las razones de esa justificación habrá que buscarlas en los argumentos del proponente[64]. Si se le exige al juzgador las razones por las que la pretensión llegó a justificarse se corre el riesgo de que de que brinde sus razones y no las del

---

Constitucional Alemán, más parecido al conjunto de prejuicios que a las creencias justificadas. APEL, Karl-Otto, *"Teoría de la verdad y ética del discurso"* señala que la formación de la "disensión" mediante la "falsación" a la que se aspira mediante proyectos de teorías alternativas debe estar "a priori" al servicio de la formación de consenso. En todo caso, bajo la presuposición empírico-pragmática de una "formación de consenso por las presiones sociales del sistema", se puede usar emancipatoriamente la formación de la disensión contra la formación del consenso, pág. 69. Ver, también DUSSEL, Enrique, *"Ética del discurso y Ética de la liberación. Diálogo norte-sur"*en "Siete ensayos de filosofía de la liberación. Hacia una fundamentación del giro decolonial", Ed. Trotta, Madrid, 2020, pág. 41 y sgtes.

[64] BINDER, Alberto, *"El elogio de la audiencia oral y otros ensayos",* publicado por Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México 2014, pág. 23.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

proponente, con lo cual se rompe el proceso bidireccional de formación de la verdad y se reconstruye la unidireccionalidad del inquisidor.

En este sentido, el deber de motivar, como exigencia dirigida a que el juez de razones, no es garantía de verdad en la medida en que recrea una justificación monologante que vuelve a desatender las presuposiciones pragmáticas de los discursos. No se trata de ausencia de razones, sino de reorientar el requerimiento de las razones al acusador. En todo caso, el juez podrá incluir en su motivación escrita las razones del acusador, más no sus propias razones. Para ello debería convertirse en proponente y participar, en tal calidad, en el discurso.

VIII. La necesaria perspectiva epistemológica. El fundaherentismo

El aspecto material de la formulación de Habermas requiere que la pretensión de verdad haya resistido todos los intentos de refutación. Determinar cuándo, finalmente, una pretensión de verdad está justificada de modo concluyente es una labor que exige una perspectiva epistemológica.

La epistemología ha tenido entre sus proyectos principales determinar cuándo una persona tiene una creencia justificada. Si bien puede considerarse sobreentendido, no está de más aclarar que aquí se está haciendo referencia a creencias empíricas experiencialistas. Es decir, a creencias o pretensiones de verdad sobre hechos que se apoyan en la evidencia de la experiencia intersubjetiva.

Las posiciones espistemológicas han girado en torno al fundacionalismo -que establece la unidireccionalidad de las creencias que se remontan a creencias básicas que sólo se apoyan en la experiencia, y el coherentismo que establece la justificación a partir de la integración de una creencia con un sistema o conjunto coherentes de creencias previas,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pero que no escapa a la circularidad y que no logra conectar con la experiencia.

Existe un modelo epistemológico que transita entre ambas posiciones y se desmarca tanto de la unidireccionalidad como de la circularidad. Susan Haack ha presentado hace más de veinte años su propuesta fundaherentista, que abreva en el pragmatismo de Pierce.

Para Haack, la justificación de una creencia es una cuestión gradual que se apoya tanto en la evidencia de la experiencia como en las otras creencias justificadas, y que se amoldan en una integración explicativa.

Si bien sabemos que no contamos con un acceso inmediato a la realidad, que toda nuestra experiencia esta mediatizada lingüísticamente y que sólo podemos acceder a porciones del mundo objetivo desde el horizonte del mundo de la vida, eso no implica adoptar una posición escéptica que niegue toda posibilidad de conocimiento de la realidad o que cualquier conocimiento de lo mismo.

Lo que interesa de nuestras creencias es su seguridad, en qué medida podemos confiar en las creencias que tenemos y que utilizamos como guías para nuestra interacción. Toda nuestra intersubjetividad está asentada sobre la seguridad de nuestras creencias como verdades incondicionadas. Eso es lo que determina el objetivo epistemológico en cuanto a porqué preferimos creencias que estén más justificadas que otras[65].

La hipótesis parte de que la experiencia, sensorial e introspectiva, es una fuente de información empírica. Y aún cuando pensemos que los sentidos pueden no ser fiables, nuestra experiencia nos indica que suponer que nuestros sentidos no son en absoluto un medio para detectar información sobre lo que nos rodea, sería algo ininteligible. Nuestra

[65] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 296.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

intersubjetividad es posible en la medida en que tengamos experiencias que nos doten de información de modo similar sobre los objetos o los sucesos en el mundo[66]. Sólo nos podemos entender sobre algo en el mundo si nuestra dotación orgánica, de modo general, nos suministra la misma información sensible (como presupuesto para un sistema de referencias comunes). Esto no sugiere obviamente, que nuestras capacidades cognoscitivas sean perfectas.

Haack rechaza la idea de que la justificación es una cuestión exclusivamente de lógica entre creencias, donde la experiencia sólo expresa una relación causal irrelevante para este aspecto. Frente a la pregunta ¿qué justifica que A crea que hay un perro presente? Señala que la respuesta natural es el hecho de que A vea al perro. Lo que demuestra que no es cierto que la experiencia sea irrelevante para la justificación, sino que resulta necesario explicar de qué modo es relevante y las relaciones entre los aspectos causales y lógicos del concepto de justificación[67]. Así, la justificación es un concepto de carácter parcialmente causal, así como parcialmente lógico[68].

Para el fundaherentismo, el papel de la experiencia (sensorial y memorística) es aportar a la justificación de todas las creencias empíricas justificadas, todas las cuales pueden también, en distinta medida, justificarse parcialmente por el grado de apoyo en otras creencias[69].

Haack explica así: A tiene una justificación mayor/menor en el momento m, para creer "*p*", dependiendo de lo válida que sea su evidencia. Se trata de una locución personalizada,

---

[66] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 298.

[67] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 49.

[68] HAACK, Susan, *"Una teoría fundaherentista de la justificación empírica"*, AGORA –papeles de filosofía- (1999),18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela, pág. 40.

[69] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 77.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no de tipo impersonal "la creencia de que '*p*' está justificada". La justificación es personal, no subjetiva, cuán justificado esté A a creer "*p*" depende de cuán buena sea su evidencia, la de A, lo que no significa que depende de cuán buena piense A que es su evidencia[70]. Este es el aspecto intersubjetivo de la evidencia interpretada a diferencia de la evidencia como experiencia individual.

La autora distingue entre "estado de creencia" (Creencia-E), es decir, el hecho de que el sujeto crea algo, y el "contenido de la creencia", lo que el sujeto cree[71]. Los *estados de creencias* se encuentran en términos de relaciones causales con otros estados de A, los *estados de percepción*, que caracterizan a la evidencia como estado (Evidencia-E).

Luego, pasa a una segunda fase para llegar, sobre la base de una caracterización de "la *evidencia como estado* de A con respecto a la creencia *p*" (formada por ciertos estados de A) a una caracterización del "contenido de la evidencia" de A con respecto a la creencia p" (formada por ciertas oraciones o proposiciones)[72]. Si bien todo nuestro conocimiento está mediado lingüísticamente, cuando estamos frente a un fenómeno determinado no conocemos en términos proposicionales, sino que lo traducimos en enunciados cuando alguien nos pide que lo expliquemos.

La tercera fase es evaluativa, y completa la explicación de "A tiene una justificación mayor/menor para creer '*p*', determinando lo válido que es el "contenido de la evidencia" de

[70] HAACK, Susan, "Una teoría fundaherentista de la justificación empírica", pág. 40-41.

[71] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 105/107.

[72] Es el paso del estado corporal al lenguaje, del estado corporal que significa creer que hay un perro presente a la proposición de "hay un perro presente", OROZCO CONTRERAS, Richard *"El fundaherentismo:La epistemología de Susan Haack"*, PHAJNOMENON, UNIFE, Vol 12 Nº1 Ene-Dic. 2013, pág. 17.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A con respecto a *p*[73]. Aquí entran en juego las relaciones lógicas o cuasi-lógicas que determinan el grado de justificación, para lo cual es imprescindible pasar del *estado de creencia* al *contenido de creencia*[74].

El grado de justificación de A para creer '*p,*' depende en cierta medida de qué es lo que le hace tener ese *estado de creencia*. Como primer paso, Haack propone distinguir las "causas iniciales" del *estado de creencia* (sea lo que fuere que le llevó a creer '*p*') y las "causas operativas" en el momento en cuestión, en el que su grado de justificación está en juego. Estas pueden ser las mismas, pero también pueden ser diferentes y cuando difieren, la justificación depende de las causas operativas. Por eso la condición de '*m*' en el explicandum[75].

Los criterios de justificación se centran en aquellos elementos de toda la constelación de estados de A en *m* que tienen una relación causal de apoyo o disuasión, con el *estado de creencia* en cuestión[76].

Los *"estados de razones"* que tiene A para creer "*p*" se refieren a aquellos estados de creencias que apoyan el *estado de creencia* que tiene A de "*p*". Los *"estados de razones"* que tiene A con respecto a "*p*" son en sí mismos *estados de creencias* de A, con respecto a las cuales A puede tener un *estado de evidencia* adicional. El *estado de evidencia* basado en la experiencia apoya/impide *estados de creencias,* pero no viceversa. Esto es, sugiere Haack, su evidencia definitiva[77].

---

[73] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 107.

[74] HAACK, Susan, *"Una teoría fundaherentista de la justificación empírica"*, pág. 43.

[75] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 108.

[76] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 109.

[77] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 111.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En la fase evaluativa de la explicación, *"evidencia"* tendrá que significar *contenido de evidencia*, pues son las oraciones o proposiciones y no los estados de una persona, las que pueden apoyarse o destruirse mutuamente, condicionar su probabilidad o disconformidad, ser consecuente o inconsecuente entre sí, y ser coherente o no serlo como explicación. En definitiva, son los enunciados proposicionales los que pueden formar parte de la praxis discursiva del juicio como argumentos. Por tanto es necesario establecer un puente desde los *estados de evidencia* a los *contenidos de evidencia*[78]. Este es el momento epistemológico ya que, en el contexto cotidiano de la acción, el sujeto portador de la creencia pasará, en general, de modo inconciente del *estado de creencia* al *contenido de la creencia*[79].

Para ese puente, Haack sostiene que es deseable unir la "evidencia sensorial de A", aunque sea de manera poco firme, con "qué aspecto tiene, (etc.) para A" y al mismo tiempo respetar distinciones de sentido común tales como que una mirada detenida es mejor que un simple vistazo, estar más cerca es mejor que a distancia o que haya buena iluminación a que no la haya, etc.[80].

Finalmente, el grado de *justificación* que tiene alguien para creer algo depende entonces de lo válido que sea su *contenido de evidencia*[81]. Haack se vale de la analogía con el crucigrama, de cómo el sujeto determina lo razonable o no razo-

[78] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 114.

[79] OROZCO CONTRERAS, Richard *"El fundaherentismo:La epistemología de Susan Haack"*, PHAJNOMENON, UNIFE, Vol 12 Nº1 Ene-Dic. 2013, pág. 17.

[80] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 115.

[81] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 116.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nable de las palabras que se escriben en él[82]. "*Cuán avalada está una afirmación depende de la calidad de las pruebas que hay respecto a esa afirmación. De forma un poco más precisa: las pruebas incluyen tanto las pruebas sensoriales como las razones; y estas trabajan juntas como las pistas y las entradas ya completadas en un crucigrama. Crucialmente importante para mis propósitos aquí es que las razones se ramifican, como las entradas de un crucigrama y que aquello que hace que las pruebas con respecto a una afirmación sean mejores o peores es análogo a aquello que hace que una entrada en un crucigrama sea más o menos razonable*"[83]. De este modo, evita el carácter unidireccional del fundacionalismo y el regreso al infinito o el círculo vicioso del coherentismo. El crucigrama completo es la justificación concluyente de la creencia o pretensión de verdad, que en al ámbito penal exige el principio de presunción de inocencia.

IX. El juicio penal y los criterios fundaherentistas

Hemos sostenido que el juicio penal tiene por finalidad determinar si la pretensión de verdad de la acusación, en relación al hecho contenido en la ley como presupuesto de la pena, se encuentra justificada. Señalamos que la justificación autoriza el uso del predicado verdadero. En definitiva, el juicio penal trata sobre la justificación o no, al grado exigido por la presunción de inocencia, de la pretensión de verdad del acusador sobre un hecho.

La perspectiva fundaherentista explica bien la dinámica del juicio, que mezcla los planos de la experiencia y el discurso. En este sentido, el juicio debe ser concebido también

[82] HAACK, Susan *"Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología"*, pág. 116.

[83] HAACK, Susan *"El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica"*, publicado en "Estándares de prueba y prueba científica", Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, pág. 93.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como un espacio para la experiencia de las partes y de quienes deciden. Toda la evidencia llevada al juicio se convierte en experiencia que, a su vez, será evidencia que apoye o disuada la justificación.

Es necesario insistir en el carácter personalizado de la justificación de una creencia (entendida como pretensión de verdad), es decir, de la creencia de un sujeto concreto y no en abstracto, impersonal. El juicio de justificación de una creencia importa indagar en el estatus epistémico del sujeto portador de la creencia.

En el caso del juicio penal, los testigos y peritos exponen sus *creencias empíricas,* para lo cual habrá que analizar qué *evidencia* y qué *razones* tenía ese sujeto para justificar en algún grado su creencia. El acusador, en su rol de proponente, argumentará a favor de su pretensión de verdad a partir de la *experiencia perceptiva e introspectiva de la evidencia producida en el juicio* y en *razones, al grado exigido.*

La epistemología del fundaherentismo se amolda perfectamente al juicio penal. La decisión de un veredicto trata sobre creencias empíricas y la justificación de ellas se apoya en la evidencia de la experiencia y en las otras creencias que el acusador haya argumentado. El juicio de culpabilidad sólo puede culminar con la justificación concluyente de la pretensión de verdad del acusador. Esa justificación es perspectivista, no subjetiva. Se vale de la evidencia y de las razones que aporta el acusador en su argumentación y de la evidencia y razones del oponente.

Creo que el mayor mérito del fundaherentismo reside en distinguir la creencia de la evidencia y las razones que la apoyan y, a su vez, en diferenciar la creencia y la evidencia como estado de la creencia y la evidencia como contenido, evitando el paso inconsciente y automático de uno a otro. La atención en la conversión de los estados en enunciados lingüísticos es clave pues, como ya señalamos, nuestro conocimiento está mediado por el signo. A su vez, recién cuando se haya operado el control

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sobre esta conversión es posible iniciar el plano discursivo mediante argumentación en la fase evaluativa de la justificación.

La justificación de la pretensión de verdad del acusador autoriza a sostener su verdad en el plano comunicativo del mundo de la vida. La justificación en condiciones ideales evita el contextualismo o relativismo extremo que podría sugerir el giro lingüístico. Cuando se concluye que está justificada la pretensión de verdad del acusador en cuanto al hecho "p" no se pretende que los argumentos (evidencia contenido + razones contenido) que la sustentan sean válidos sólo para la comunidad del juicio, ni si quiera para las comunidades lingüísticamente similares, sino que sean reconocibles y aceptables por cualquier comunidad de hablantes[84].

El desarrollo y evolución del derecho internacional de los derechos humanos implica este universalismo, incluso el mismo establecimiento de un tribunal penal internacional solo se puede concebir en esos términos. Cuando la Corte Penal Internacional concluye que se encuentra justificada la existencia de un genocidio en determinado lugar, los argumentos que apoyan la justificación de esa pretensión de verdad son universales. Eso no significa adoptar un concepto de verdad objetiva e inmutable, sino que, mientras esa pretensión no haya sido desactivada por otro proceso de justificación bajo las mismas condiciones ideales, esa verdad rige para todos, en todos lados y en todo momento.

X. Conclusiones

Luego de haber reformulado el concepto de verdad en clave garantista y de haber adoptado una concepción de la justificación que atienda tanto al aspecto procesal como al

[84] HAACK, Susan, *"Toda la verdad y nada más que la verdad"*, señala que aunque algunas proposiciones cobren sentido sólo si se entiende como relativas a un sitio, tiempo, cultura, sistema jurídico, etc, la verdad no es relativa, pág. 575.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

material, queda claro que la racionalidad debe atravesar todo el proceso de formación de la decisión y no ser una preocupación exclusiva sobre la decisión final.

Las perspectivas adoptadas a partir de la pragmática discursiva, complementada con la evidencia fenoménica interpretada y con la epistemología fundaherentista, nos permite formular algunas consideraciones finales a modo de resumen.

1. El principio de estricta legalidad, que comprende el principio del hecho, exige el carácter verdadero de los hechos enunciados como presupuesto de una pena: *sin verdad no hay pena*.
2. Un enunciado es verdadero si puede ser justificado discursivamente bajo condiciones epistemológicas ideales.
3. La pretensión de verdad se encuentra justificada si bajo las exigentes *presuposiciones pragmáticas de los discursos* ha resistido todos los intentos de refutación.
4. El juicio penal se produce en el plano discursivo, mediante la argumentación de razones y evidencia.
5. Las presuposiciones pragmáticas de los discursos trasladadas al juicio penal brindan como resultado un esquema más ajustado al diseño adversarial con jurados y, eventualmente, con jueces técnicos.
6. El proceso de justificación demanda una perspectiva epistemológica. El fundaherentismo, en tanto se vale de la experiencia y de las creencias, y se preocupa por el puente entre los estados y el contenido de éstas, constituye una versión pragmatista que se acomoda al juicio penal como momento discursivo en el cual se argumenta por medio de razones y de evidencia-contenido.
7. Las razones y evidencia que, finalmente, permiten tener por justificada de modo concluyente una pretensión de verdad deben ser esgrimidas por el proponente (acusador). El juzgador sólo se limita a decidir si esas razones son suficientes de conformidad con el estándar probatorio que impone el principio de presunción de inocencia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La necesidad de un Mecanismo de Protección de los Defensores de Derechos Humanos en Paraguay

The need for a Mechanism for the Protection of Human Rights Defenders in Paraguay

Maximiliano Mendieta[1]
Universidad Americana. Paraguay

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e531
Recibido: 22/08/2021
Aprobado: 17 /09/2021

https://orcid.org/000-0001-5803-0411

Resumen: El objetivo general de esta investigación es analizar la necesidad, por parte del Estado paraguayo, de adoptar un mecanismo legal de protección de defensores de derechos humanos en el marco del seguimiento al Anteproyecto de ley "sobre protección a personas, grupos de personas y comunidades en situación de riesgo como consecuencia del ejercicio de la defensa de los derechos humanos" que se está trabajando en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores. El diseño utilizado es el de investigación documental y el enfoque es cualitativo profundizándose en la reflexión, descripción y análisis de la situación de las vulneraciones de derechos de los

[1] Abogado, Profesor y Master en Derechos Humanos por la Universidad de Waikato de Nueva Zelanda donde se recibió con los máximos honores. Investigador del Programa Nacional de Incentivo a los Investigadores del Conacyt (PRONII)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

defensores de derechos humanos en Paraguay, así como de las recomendaciones y observaciones de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. Desde este escenario se explican los parámetros y lineamientos que debe contener la regulación legislativa en este contexto.

Palabras clave: defensores de derechos humanos – mecanismo de protección – derechos humanos – Paraguay

Abstract: The general objective of this research is to analyze the need, on the part of the Paraguayan State, to adopt a legal mechanism for the protection of human rights defenders within the framework of the follow-up to the Draft Law "on the protection of persons, groups of persons and communities in situation of risk as a result of the exercise of the defense of human rights that is being worked on in the Human Rights Commission of the Chamber of Senators. The design used is that of documentary research and the approach is qualitative, deepening the reflection, description and analysis of the situation of violations of the rights of human rights defenders in Paraguay, as well as the recommendations and observations of international protection mechanisms. of human rights. From this scenario, the parameters and guidelines that the legislative regulation must contain in this context are explained.

Keywords: human rights defenders - protection mechanism - human rights - Paraguay

---

I. Metodología

El diseño metodológico utilizado es el de investigación documental a través del que se analiza la situación de violaciones de derechos de los defensores de derechos humanos en Paraguay a partir de las recomendaciones y observaciones de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este sentido, este trabajo, luego de hacer un estudio de la literatura nacional e internacional, se centra, fundamentalmente, en el Examen Periódico Universal (EPU) 2021 el que recomienda a Paraguay la adopción de una regulación legislativa que proteja a los defensores de derechos humanos, periodistas y comunicadores en el ejercicio de sus profesiones, activismo y trabajo. Posteriormente, se explica la estructura, lineamientos y parámetros que debería contener el Proyecto de Ley que se encuentra siendo trabajado en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores y del que participa el autor de este artículo científico.

Como se puede observar en cuanto al nivel del conocimiento en el derecho esta investigación se centra en el análisis de "aspectos del ordenamiento jurídico relacionados con la creación, vigencia y eficacia de las normas" (Villabella, 2015, pág. 924)[2]. El estudio de todos los documentos detallados en las referencias bibliográficas se realizó a través de un resumen trabajado en una ficha de contenido, la que permitió resumir la información existente. En este sentido, Villabella manifiesta que el instrumento "es la herramienta para concretar el método; el medio a través del cual el investigador recolecta los datos y obtiene la información necesaria" (2015, P. 935).

[2] Villabella, C. M. (2015). "Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones." en *Wendy A. Godínez & José H. García (Coords.), Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas, 40,* 921-953. Disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/52213793/investifgacion.pdf?1489965785=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DInvestif_gacion.pdf&Expires=1643728123&Signature= MRbTlJKOqCYSSvXOKh2Ct1I4sM9CjV1R8vGxSiVbavQOFwgsO9uaXOdm5Ls7m6Npvw2hfbApEHKzXUyUoVFI17GsUcPP1AFAcmhIB6ckQdMuJpwXtOcq-GT27m6PeaKZtNE3VmGI Z9KMWgVrdH~QEYSw49hscxfG4O4DmFLcf68bJHmyOI58HLPjiQDOZo0nLVWIz7EMqK8dqCAgp2n3Iz-K1uDHYy3rBWSTyg6XqDvmepg14F0m~z7emxn~8veyVsi3ezIuA6KArxYsOJIVZDdIXuLxHmVNErcId Neah9ZITUqRH~AfkXyDIVDMmV5BX~agyvYBO8sdxtKHEqwRTA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. Introducción

Mendieta establece que los derechos humanos "son aquellas condiciones inherentes a la naturaleza humana que, concretadas, nos permiten acceder a una vida digna, y que deben ser garantizadas y no violadas por el Estado" (2015, pág. 15).[3] No obstante, en todos los países, los derechos humanos son violados por los Estados, por acción u omisión, en gran o menor medida. Es por esta situación que varias personas en todo el mundo, individual o colectivamente, y de distintas formas, trabajan en la defensa de los derechos humanos con el principal objetivo de lograr que el Estado cumpla con su deber de garantizar estos derechos.

Al respecto, el art. 1 de la Constitución de la República del Paraguay (Const., 1994)[4] establece que el Estado paraguayo se constituye en un Estado Social de Derecho lo que significa que es el responsable de lograr, en pie de igualdad, todos los derechos constitucionales de quienes habitan el país. En el plano internacional, la Constitución establece en su art. 143 que, en relación con sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a la protección internacional de los derechos humanos.

En este orden de ideas, el art. 145 de la Carta Magna[5] también establece que la República del Paraguay, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos. Este orden jurídico supranacional está integrado, fundamental y estructuralmente, por los sistemas de protección regional y universal de derechos humanos. El primero se refiere al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el segundo a las Naciones Unidas (ONU).

---

[3] Mendieta, Maximiliano (2015). *Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en el Chaco paraguayo. Relatos de Lucha por la Tierra*. Asunción: AGR Servicios Gráficos.

[4] Constitución de la República del Paraguay (1994).

[5] Constitución de la República del Paraguay (1994).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En cuanto al sistema universal de protección, en 1998 la Asamblea General de la ONU proclamó la Declaración sobre los defensores de los derechos humanos (Declaración ONU) considerando las violaciones que se cometen contra los defensores de derechos humanos en el ejercicio de su trabajo y/o activismo. Del art. 1 de esta Declaración surge –internacionalmente- la definición del concepto de defensor de derechos humanos cuando la misma establece que "toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional" (ONU, 1998).[6]

El sistema de protección universal de derechos humanos también cuenta con una Relatoría especial sobre la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos que tiene como funciones principales la de promover la implementación de la Declaración ONU, analizar la situación de los defensores de derechos humanos, así como recomendar políticas y estrategias a los efectos de proteger a los defensores de derechos humanos (ONU, s.f.).[7]

Siguiendo con Naciones Unidas se tiene el Folleto Informativo N° 29 (Folleto 29), un documento elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), que establece precisiones y delimitaciones conceptuales como por ejemplo que los defensores de derechos humanos también pueden ser empleados del Estado o funcionarios públicos (ONU, 2004).

De hecho, los defensores de derechos humanos están en todas partes considerando que su esencia se define por sus acciones, remuneradas o no, ya sea que estén defendiendo

[6] Declaración sobre los defensores de los derechos humanos, Naciones Unidas (1998).

[7] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Relatora Especial sobre la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos. Disponible en https://www.ohchr.org/sp/Issues/SRHRDefenders/Pages/SRHRDefendersIndex.aspxchos Humanos

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el derecho a la tierra a través de una comunidad indígena o el derecho a la reforma agraria a través de una organización campesina, si se piensa en la defensa de derechos humanos desde un enfoque colectivo. Así también, desde un enfoque individual, la defensa de derechos humanos se puede dar a través de un artista que incorpora a su trabajo de creación; un mensaje contra la discriminación o a través de un funcionario del Congreso que intenta aprobar una Ley contra toda forma de discriminación. Como se puede observar, la defensa de derechos humanos se puede dar de diversas formas y a través de diferentes roles.

Mary Lawlor, actual Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores y defensoras de derechos humanos explica que, los Estados deben velar por resguardar que los defensores de derechos humanos ejerzan sus tareas respaldados por una legislación adecuada considerando las especificidades nacionales y regionales, eliminar leyes que puedan ir en contra de la esencia de su trabajo, así como combatir la impunidad (ONU, pág. 15).[8]

Así también, en el marco del Principio de Igualdad y No Discriminación (establecido en el art. 46 de la Constitución)[9] la Relatora establece que se debe prestar especial atención a las personas y grupos de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, y principalmente, a aquellas que se encuentran activando o trabajando en zonas alejadas, remotas o aisladas, a los defensores ambientales, así como a los defensores LGBTI, por citar algunos (ONU, pág. 15, 2020).[10]

Por último, en cuanto a Naciones Unidas se tiene el Examen Periódico Universal (EPU) el que, a través del Consejo de

[8] Lawlor, Mary, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, (2020). Disponible en https://undocs.org/en/A/75/165

[9] Constitución de la República del Paraguay (1994).

[10] Lawlor, Mary, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, (2020). Disponible en https://undocs.org/en/A/75/165

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Derechos Humanos, otorga la oportunidad a todos los Estados parte de las Naciones Unidas de dirigirse entre sí; observaciones en cuanto a políticas públicas para cumplir con su obligación de garantizar los distintos derechos humanos. Así, el EPU ofrece también a cada Estado parte la oportunidad de declarar y explicar las políticas públicas que va tomando a fin de cumplir con sus deberes en la materia (ONU, s.f.).[11]

En cuanto al sistema de protección regional de derechos humanos se tiene que, en el 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) creó la Relatoría sobre la situación de los defensores de derechos humanos a los efectos de, entre otras funciones, dar seguimiento a las denuncias y de resaltar y promocionar la importancia del aporte de estos defensores que con sus trabajos y/o activismos fortalecen la consolidación y vigencia de las Democracias (CIDH, s.f.)[12]

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también ha iluminado el tema que nos ocupa con conceptualizaciones y características a los efectos de seguir en el proceso de la delimitación del concepto de defensor de derechos humanos. Al respecto, en el caso *Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala de 2014* la Corte IDH ha establecido que la defensa de los derechos humanos "puede ejercerse de forma intermitente u ocasional, por lo que la calidad de defensora de derechos humanos no constituye necesariamente una condición permanente" (Corte IDH, 2014, párr. 129).[13]

---

[11] Naciones Unidas, Examen Periódico Universal (EPU). Disponible en https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/upr/pages/uprmain.aspx

[12] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (s.f.). Defensoras y Defensores de Derechos Humanos y Operadores de Justicia. Disponible en https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DDDH/default.asp

[13] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 129.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En relación con los antecedentes, si se piensa en la literatura nacional, no hay muchos materiales en cuanto al tema en cuestión. Entre estos, se puede citar a los informes anuales de la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy) y de Amnistía Internacional, el libro *titulado Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en el Chaco Paraguayo, Relatos de Lucha por la Tierra (2015) de* Maximiliano Mendieta, así como la publicación denominada *Políticas públicas de protección integral a defensores/as indígenas de los derechos colectivos, en especial los derechos sobre sus tierras, territorios y medioambiente* de la Federación por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas.

Si se refiere a la situación en Paraguay, así como establece el ACNUDH, existen ataques, represalias y agresiones contra periodistas y personas defensoras de los derechos humanos, así como limitaciones y ausencias de medidas de protección para los mismos por lo que –recomienda el ACNUDH- es necesario avanzar hacia un mecanismo de protección (ONU, s.f.).[14]

Al respecto, si bien entre el 2016 y el 2017 el Sindicato de Periodistas del Paraguay (SPP) trabajó un Proyecto de ley sobre libertad de expresión, protección a periodistas, trabajadores de prensa y defensores de derechos humanos, el mismo no prosperó. No obstante, el mismo fue un puntapié inicial fundamental a fin de que hoy se esté trabajando un anteproyecto de ley desde la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores.

Así las cosas, la importancia de este artículo radica en su objetivo general que es el de analizar la necesidad, por parte del Estado paraguayo, de adoptar un mecanismo de protección de defensores de derechos humanos en el marco

[14] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (s.f.). Relatora Especial sobre la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos. Disponible en https://www.ohchr.org/sp/Issues/SRHRDefenders/Pages/SRHRDefendersIndex.aspx

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del seguimiento al anteproyecto antes mencionado que se encuentra avanzando en el Congreso. Así también, este aporte investigativo es fundamental a fin de avanzar hacia una cultura legislativa que discuta los anteproyectos de ley con un rigor estrictamente científico como el que aporta este artículo.

Para lograr este objetivo, primeramente, se estará describiendo la situación de los defensores de derechos humanos en Paraguay. Así también, se estarán describiendo las recomendaciones por parte de los sistemas regional y universal al Estado paraguayo en cuanto a la adopción de medidas legislativas y de otra índole a fin de avanzar hacia una institucionalización de un mecanismo que garantice la protección de los defensores de derechos humanos en Paraguay. En este orden de ideas, se estará aportando los lineamientos fundamentales que debería contener el anteproyecto en el marco de las observaciones de los organismos internacionales de protección de derechos humanos sin perder de vista la peculiaridad e interculturalidad nacional.

III. Situación de los defensores de derechos humanos

En Paraguay, así como en la mayoría de los países de la región, los defensores de derechos humanos son víctimas de estigmatización, amenaza, amedrentamiento, persecución y criminalización, entre otros, en el marco de su trabajo y/o activismo (Mendieta, 2015).[15]

Esta situación es respaldada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la que establece que en Paraguay "tres comités y el equipo de las Naciones Unidas en el país expresaron preocupación por los informes sobre ataques, represalias y agresiones contra periodistas y personas defensoras de los derechos humanos,

[15] Mendieta, Maximiliano (2015). *Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en el Chaco paraguayo. Relatos de Lucha por la Tierra*. Asunción: AGR Servicios Gráficos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y la insuficiencia de medidas para su efectiva protección" (ONU, párr. 26, 2021).[16]

En el mismo informe se establece recomendaciones a Paraguay por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU, el que explica que el Estado debe prestar asistencia y protección a los defensores de derechos humanos y periodistas que vean sus derechos violados en el marco de amenazas, violencia o intimidación a los efectos de que los mismos puedan realizar su trabajo o activismo de forma libre y sin ataques de ninguna índole. En este marco, el Comité antes mencionado también describe que se deben investigar estas acciones contra los defensores de derechos humanos (ONU, párr. 26, 2021).[17]

Considerando esta situación, el sistema de protección universal a través del EPU 2016 había realizado varias observaciones específicas al Estado paraguayo en relación con la necesidad de adoptar medidas jurídicas y políticas a los efectos de proteger a los defensores de derechos humanos, las que, en gran medida no se han adoptado. En este sentido, el EPU 2016 también había solicitado al Paraguay que llevase a cabo las investigaciones de los atentados y agresiones que sufren los defensores de derechos humanos (FAPI, pág. 4, 2021).[18]

Es importante resaltar que algunos defensores de derechos humanos se encuentran en una situación de especial

[16] ONU, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Recopilación sobre el Paraguay (2021). Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/WG.6/38/PRY/2

[17] ONU, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Recopilación sobre el Paraguay (2021). Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/WG.6/38/PRY/2

[18] FAPI (2021). Políticas públicas de protección integral a defensores/as Indígenas de los derechos colectivos en especial los derechos sobre sus tierras, territorios y medio ambiente. Disponible en https://fapi.org.py/wp-content/uploads/2021/08/Politicas-publicas-de-proteccion-integral-FAPI.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vulnerabilidad cuando realizan sus labores, trabajos y/o activismo en este contexto. Esta situación sucede a raíz de la discriminación que sufren, por citar ejemplos, los pueblos indígenas quienes deben afrontar persecución, amedrentamiento y/o criminalización, entre otros. En este sentido, la Codehupy establece que el sistema penal se utiliza indebidamente a través del Ministerio Público y el Poder Judicial en contra de comunidades indígenas organizadas, principalmente, cuando la defensa de derechos humanos se refiere al a tierra, el territorio y los recursos naturales (Codehupy, 2020).[19]

Así también, como explica la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos, la especial situación de vulnerabilidad se da en cuanto a la función al derecho que protegen como la defensa del medioambiente, la paz, el acceso a la justicia, la diversidad sexual, la libertad de expresión y la igualdad de género (Naciones Unidas, 2019).[20]

En relación al último EPU de 2021, Paraguay aceptó las recomendaciones de los Estados relacionadas con la seguridad de los periodistas y de los defensores de derechos humanos. Así, el Estado paraguayo se ha obligado a garantizar la libertad de prensa y la defensa de los periodistas y los medios de comunicación, así como detener las limitaciones a la libertad de asociación y reunión pacífica (Francia) (Naciones Unidas, pág. 5, 2021).[21] El Estado también se ha obligado a darle una especial atención al trabajo y promulgación de una ley para

[19] Codehupy (2020). *Entre falta de garantías y represión persistente, se lucha por los derechos humanos* Disponible en https://codehupy.org.py/ddhh2020/personas-defensoras-de-ddhh/

[20] Naciones Unidas (2019*). Informe sobre impunidad en las violaciones y abusos de derechos humanos contra personas defensoras de derechos humanos.* Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/GA74/CN_report_Impunity_SP.pdf

[21] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

proteger defensores de derechos humanos y periodistas (Irlanda) (Naciones Unidas, pág. 5, 2021).[22]

Continuando con las observaciones en este marco, Italia recomendó que se deben garantizar herramientas eficientes a los efectos de que los periodistas y los defensores de derechos humanos puedan ejercer sus labores en un ambiente libre de violación de sus derechos. Los Estados Unidas de América (Estados Unidos) llamó la atención al Estado paraguayo solicitándole proteger el derecho a la libertad de expresión de las personas y medios de prensa luchando contra la impunidad que existe en relación con los crímenes contra periodistas. Así también, el mismo país recomienda que se otorguen licencias a los medios independientes y se apoye a los sindicatos de periodistas. (Naciones Unidas, pág. 9, 2021).[23]

La República Bolivariana de Venezuela (Venezuela) centró sus recomendaciones al Estado paraguayo en la necesidad de investigación de los hechos de persecución al sindicalismo, así como que se deje de obstaculizar, jurídicamente, el ejercicio de la libertad de asociación, sobre todo en los ambientes laborales (Naciones Unidas, pág. 9, 2021).[24] Chequia solicitó que se adopten todas las medidas que sean eficientes a los efectos de proteger el derecho a la vida y la seguridad de los defensores de derechos humanos y periodistas. Alemania y Ecuador se concentraron en señalar al Estado que se debe prevenir la criminalización de los defensores de derechos humanos (Naciones Unidas, pág. 5, 2021).[25]

---

[22] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

[23] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

[24] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

[25] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

España y Fiji llamaron al Paraguay a reformar, progresivamente, la legislación para la protección a defensores de derechos humanos y periodistas. Fiji también se refirió prestarle atención a la impunidad en cuanto a los hechos contra periodistas estableciendo que se deben esclarecer estos hechos con participación de las víctimas y familiares (Naciones Unidas, pág. 8, 2021).[26] Francia habla, específicamente, de que el Paraguay debe adoptar un mecanismo de protección de los defensores de los derechos humanos (Francia) (Naciones Unidas, pág. 5, 2021).[27]

Continuando con el EPU 2021, Bélgica solicitó garantizar medios de protección efectivos a los defensores de derechos humanos y periodistas en el marco de las amenazas, la violencia y la intimidación que reciben, así como investigar los ataques, las represalias y las agresiones contra los mismos (Naciones Unidas, pág. 4, 2021).[28] Países Bajos y Suiza solicitaron al Paraguay la profunda investigación en relación a todos los hechos punibles contra los periodistas detectando los autores de los mismos, así como el acceso de las víctimas a recursos efectivos (Naciones Unidas, pág. 7, 2021).[29] Brasil se centró en las políticas públicas de protección que debe tomar el Estado paraguayo no solo en relación con los periodistas y defensores de derechos humanos sino en relación con los abogados (Naciones Unidas, pág. 4, 2021).[30]

---

[26] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

[27] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

[28] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

[29] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

[30] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Uruguay se refirió a que Paraguay facilitar un debate en el Congreso para la aprobación de una ley de protección de periodistas y defensores de los derechos humanos en el que deben participar todos los actores que correspondan (Naciones Unidas, pág. 9, 2021). Por último, Venezuela también recomendó que no debe quedar impune la hostilidad y criminalización contra periodistas y defensores de derechos humanos por informar sobre la situación de emergencia creada por la COVID-19 (Naciones Unidas, pág. 9, 2021).[31]

Como se puede observar en este apartado, el Estado paraguayo tiene una gran deuda en cuanto a la protección de los derechos de los defensores de derechos humanos por lo que es fundamental avanzar, urgentemente, hacia la concreción de un mecanismo de protección, así como se establecen las recomendaciones y observaciones que se encuentran detalladas, principalmente, en los informes del EPU 2016 y del EPU 2021.

IV. Necesidad y lineamientos para un Mecanismo de Protección de Defensores de Derechos Humanos

Así como se mencionó precedentemente, a través del activismo del SPP, y luego, de otras organizaciones de derechos humanos, los diputados Ramón Duarte y Olga Ferreira de López presentaron en el Congreso el Proyecto de Ley 2016. Al respecto, como se puede observar de la ficha técnica del Expediente D-1642344 ubicado en la pág. web oficial del Congreso; este Proyecto tuvo un dictamen favorable de la Comisión de Humanos y de Prensa, Comunicación Social, Ar-

[31] Naciones Unidas (2021). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/48/9

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tes y Espectáculos.[32] Sin embargo, la Comisión de Legislación y Codificación rechazó el Proyecto. Los que firmaron esta negativa fueron Bernardo Villalba Cardozo (Presidente de la Comisión), Carlos Portillo (Vicepresidente de la Comisión) y Walter Harms (Miembro de la Comisión).[33]

Al respecto, es importante decir que no existe ni un solo fundamento o justificación por parte de la Comisión de Legislación y Codificación que exponga los motivos de este rechazo lo que constituye una decisión arbitraria. Esto es así ya que se impide a la ciudadanía conocer los fundamentos o justificaciones de la decisión de los legisladores que, además, se refiere a un proyecto de ley que es fundamental para la consolidación del Estado Social de Derecho.

Continuando con el Poder Legislativo, es importante agregar que, un paso acertado fue la decisión de aprobar la declaración N° 264 de la Cámara de Senadores que "declara de interés nacional el reconocimiento a la labor de los defensores y defensoras de derechos humanos" (Cámara de Senadores, 2020).[34] Si bien esta declaración había sido presentada en el 2018 por los senadores Carlos Filizzola, Sixto Pereira, Hugo Richer, Esperanza Martínez y Fernando Lugo, fue aprobada recién en el 2020, justamente a raíz de la presión de las organizaciones de la sociedad civil.

La misma, en su art. 4 establece lo siguiente: "Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la protección de toda persona frente a violencias, amenazas, represalias,

[32] Congreso de la República del Paraguay Página web oficial del Poder Legislativo de Paraguay: Ficha Técnica del Expediente D-1642344 (Sistema de Información Legislativa – SILpy). Disponible en https://bit.ly/3z9UIH6

[33] Congreso de la República del Paraguay Página web oficial del Poder Legislativo de Paraguay: Ficha Técnica del Expediente D-1642344 (Sistema de Información Legislativa – SILpy). Recuperado el 22 de noviembre de 2021 de https://bit.ly/3z9UIH6

[34] Declaración N° 264 de la Cámara de Senadores que "declara de interés nacional el reconocimiento a la labor de los defensores y defensoras de derechos humanos" (Cámara de Senadores, 2020).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

discriminación negativa, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la Declaración".[35]

Como se puede observar, es suficientemente claro el llamado, por parte de la Cámara de Senadores a través de la declaración en cuestión, a proteger a los defensores de derechos humanos considerando la violencia, amenazas, represalias y discriminación, entre otros, por las que pasan estas personas en Paraguay. Sin embargo, hasta la fecha, no se ha logrado una ley que proteja a los defensores de derechos humanos por lo que urge avanzar hacia la concreción de esta legislación, cumpliendo de esta manera, la obligación del Estado paraguayo en esta materia.

Volviendo al Anteproyecto de Ley, independientemente a que han pasado cuatro años desde su presentación, no solo el SPP no ha claudicado en su activismo de continuar trabajando para la aprobación del mismo, sino otras organizaciones de defensa de derechos humanos y de defensa de derechos indígenas. Así las cosas, se ha conseguido que, en la segunda mitad del 2021, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores, bajo la presidencia del senador Gilberto "Tony" Apuril, continúe con el trabajo de discusión, debate y trabajo en torno al Anteproyecto. Esto se puede corroborar del perfil de Facebook del senador en cuestión quien manifestó el 18 de noviembre de 2021 lo que se detalla a continuación:

> Luego del trabajo en conjunto con distintas instituciones del Estado, de la sociedad civil y gremios de periodistas, el proyecto de Ley de "Protección para Periodistas y Defensores de Derechos Humanos" ya está en su etapa final de desarrollo. Invité a todos los senadores a sumarse a la iniciativa, ya

[35] Declaración N° 264 de la Cámara de Senadores que "declara de interés nacional el reconocimiento a la labor de los defensores y defensoras de derechos humanos"

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> que merece tener apoyo sin distinción de colores, a fin de seguir defendiendo y fortaleciendo nuestra democracia. (Apuril, 2021).[36]

En este sentido, se ha aceptado que el SPP y otras organizaciones de derechos humanos y de derechos indígenas como la Federación para la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas (FAPI), Amnistía Internacional, el Consultorio Feminista, la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy) e IDEA, entre otras, trabajen colectivamente en lo que hoy se denomina como Anteproyecto de ley "sobre protección a personas, grupos de personas y comunidades en situación de riesgo como consecuencia del ejercicio de la defensa de los derechos humanos." Es importante agregar que, el Ministerio de la Defensa Pública también forma parte de este proceso.

En este orden de ideas, la Cámara de Senadores en su portal digital comunicó que esta este Anteproyecto "busca legislar y garantizar en consecuencia la Protección de personas defensoras de los Derechos Humanos, en un mecanismo de protección y prevención creado con el fin de garantizar la integridad física de quienes se encuentran en situación de riesgo." (Honorable Cámara de Senadores, 2021).[37]

Así las cosas, en cuanto a los lineamientos, objetivos, definiciones, medidas de protección y Autoridad de Aplicación, estructural y esencialmente, el Anteproyecto debe ajustarse a las observaciones de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. Al respecto, un mecanismo de protección se podría definir como un conjunto de elementos

[36] Apuril, Tony (2021). Facebook: https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=418011599784584&id=100047272413999

[37] Honorable Cámara de Senadores (2021). Anteproyecto legislativo busca proteger a periodistas y defensores de DD.HH. Disponible en http://www.senado.gov.py/index.php/noticias/noticias-comisiones/8538-anteproyecto-legislativo-busca-proteger-a-periodistas-y-defensores-de-dd-hh-2021-09-09-13-05-28

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

jurídicos e interculturales que, ajustados y relacionados entre sí, buscan proteger –integralmente- el trabajo y activismo de los defensores de derechos humanos.

En cuanto a los sujetos protegidos y sus conceptualizaciones no solo se debe establecer y definir a los defensores de derechos humanos sino a los comunicadores y dentro de estos; a los periodistas considerando la naturaleza propia y la situación de riesgo del ejercicio de la comunicación y del periodismo. De hecho, esta situación se observó en casi todas las recomendaciones por el EPU 2021 analizadas precedentemente.

En cuanto al Principio de Igualdad y no Discriminación –eje central desde donde se desarrolla la literatura y el derecho internacional de los derechos humanos- se debe dar un especial énfasis a la protección de las personas y grupos de personas en situación de especial vulnerabilidad como los pueblos y comunidades indígenas.

En este marco, es muy importante que el Anteproyecto incluya lo que establece el art. 9 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú).[38] Esto es así considerando que la regulación en cuestión se refiere a que los Estados deben tomar las decisiones adecuadas para proteger todos y cada uno de los derechos de los defensores de derechos humanos "en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso" (2018).[39]

[38] Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, 2018.

[39] Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, 2018.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Al respecto, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los Defensores de Derechos Humanos recoge y protege el Principio de Igualdad y No Discriminación estableciendo que todos los Estados deben prestar especial atención a la protección de los defensores de derechos humanos que se encuentran en situación de vulnerabilidad como las que se dedican a defender la tierra, el medioambiente, la paz, el acceso a la justicia, la diversidad sexual, la libertad de expresión y la igualdad de género (2019).[40]

En cuanto a los derechos protegidos, si se hace un estudio comparativo regional de los mecanismos nacionales de protección de defensores de derechos humanos, la mayoría de los países se limitan a la protección de los derechos a la vida, a la integridad, a la libertad y a la seguridad (FAPI, pág. 6, 2021).[41]

No obstante, sería importante que el Anteproyecto trascienda este parámetro y proteja todos los derechos humanos considerando que una de sus principales características es la interdependencia, es decir; la conexión que existe entre todos ellos. En este sentido, Mendieta establece que la interdependencia se refiere a que los derechos humanos son interdependientes y que no tienen jerarquía. Dicho de manera más didáctica, los derechos humanos "están enganchados entre sí y todos tienen la misma importancia. En ese marco, los mismos se complementan, se relacionan y se condicionan unos con otros" (Mendieta, pág. 20 2015).[42]

---

[40] Naciones Unidas (2019*). Informe sobre impunidad en las violaciones y abusos de derechos humanos contra personas defensoras de derechos humanos*. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/GA74/CN_report_Impunity_SP.pdf

[41] FAPI (2021). Políticas públicas de protección integral a defensores/as Indígenas de los derechos colectivos en especial los derechos sobre sus tierras, territorios y medio ambiente. Disponible en https://fapi.org.py/wp-content/uploads/2021/08/Politicas-publicas-de-proteccion-integral-FAPI.pdf

[42] Mendieta, Maximiliano (2015). *Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en el Chaco paraguayo. Relatos de Lucha por la Tierra*. Asunción: AGR Servicios Gráficos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ahora bien, lo que sí sería importante es hacer un especial énfasis en los derechos especificados más arriba considerando que son los que se encuentran en mayor peligro de ser vulnerados como se ha observado, nacional y regionalmente, cuando se piensa en el trabajo y activismo de los defensores de derechos humanos. De esta manera, la técnica legislativa podría ser enunciativa y no taxativa.

En relación con la Autoridad de Aplicación, los mecanismos de protección de defensores de derechos humanos de la región la asientan en distintas instituciones de acuerdo a su funcionamiento peculiar, político y cultural. (FAPI, pág. 6, 2021).[43] En este contexto, sería importante considerar una mesa interinstitucional, incluyendo organizaciones de defensa de derechos humanos, que asegure también la interculturalidad. La misma podría erigirse desde el Ministerio de Justicia considerando que uno de sus objetivos estratégicos es "promover, respetar y proteger los derechos humanos, con énfasis en la población en situación de vulnerabilidad, en coordinación con las demás instituciones del Estado" (Ministerio de Justicia, s.f.).[44]

A los efectos de que el Mecanismo cuente con un importante grado de efectividad es muy importante diseñar medidas efectivas de protección para los defensores de derechos humanos. Una de las opciones podría consistir en que los jueces de paz cuenten con estas facultades no solo por la naturaleza coercitiva de sus decisiones sino porque de no cumplirse con las mismas se tendría una sanción a partir del hecho punible de Desacato que establece en su tipo base lo siguiente: "El que incumpliere una orden escrita dictada en

[43] FAPI (2021). Políticas públicas de protección integral a defensores/as Indígenas de los derechos colectivos en especial los derechos sobre sus tierras, territorios y medio ambiente. Disponible en https://fapi.org.py/wp-content/uploads/2021/08/Politicas-publicas-de-proteccion-integral-FAPI.pdf

[44] Ministerio de Justicia (s.f.). Misión y Visión: Objetivos estatuticos. Disponible en https://www.ministeriodejusticia.gov.py/institucion/mision-y-vision

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legal forma por una autoridad judicial competente, será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a dos años o multa." (Ley 4711 que sanciona el desacato de una orden judicial, Congreso del Paraguay, 2012).[45]

Por último, a continuación, se citan recomendaciones internacionales adaptadas a nuestro país debería transversalizar el Proyecto de Ley. La interculturalidad es fundamental a los efectos de respetar y proteger los derechos autónomos de los pueblos indígenas y de las personas afrodescendientes, principalmente. Para el primero de ellos será fundamental, interpretar y aplicar siempre el Convenio169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por ley paraguaya 234 de 1993 y en este contexto el Decreto 1039 a través del cual el Poder Ejecutivo aprobó el Protocolo para el Proceso de Consulta y Consentimiento con los Pueblos Indígenas aprobado por el Ejecutivo (2018).[46]

La lucha contra la impunidad también es esencial para que los objetivos en cuanto a justicia y reparación no se convierta en letra muerta. Así las cosas, el mecanismo deberá ser flexible a los efectos de que las decisiones o las medidas de protección puedan ser cambiadas y cumplir con sus objetivos (CIDH, pág. 179, 2017).[47]

La transparencia y el deber internacional de protección incluye la participación activa de los defensores de derechos humanos afectados, así como sus familiares. Las decisiones de la Autoridad de Aplicación, así como las medidas de protección también deberán estar en consonancia con las reco-

[45] Ley 4711 que sanciona el desacato de una orden judicial, Congreso del Paraguay, 2012.

[46] Decreto 1039 (2018). Poder Ejecutivo de Paraguay. Protocolo para el Proceso de Consulta y Consentimiento con los Pueblos Indígenas.

[47] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Políticas integrales de protección de personas defensoras. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/proteccion-personas-defensoras.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mendaciones y observaciones de los organismos internacionales de protección de derechos humanos.

Evitar la criminalización del trabajo o activismo de los defensores de derechos humanos es esencial considerando que existen casos en que estas acciones son subsumidas, penalmente, en hechos punibles. Al respecto, la Codehupy describe el uso indebido del sistema penal, sobre todo, desde el Ministerio Público y el Poder Judicial, a través del cual se criminaliza, entre otros, a defensores de derechos de las tierras, territorios y colectivos (Codehupy, 2021, p. 567).[48]

Codehupy también establece que "el hostigamiento, las campañas de desaliento y hasta la criminalización de defensores y defensoras de derechos humanos tienen dimensiones que alcanzan también a autoridades públicas y privadas, así como a algunos magistrados judiciales" (Codehupy, 2021, p. 567).[49]

A pesar de que en Paraguay no es una práctica estructural, será importante también seguir con una de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y generar una base de datos que contenga información, datos y estadísticas de la situación y violación de derechos de defensores de derechos humanos ya sea por acción u omisión del Estado (CIDH, pág. 172, 2017).[50]

Finalmente, es fundamental seguir con el proceso colectivo y democrático de elaboración del Anteproyecto de Ley de defensores de derechos humanos a los efectos de su aprobación, difusión y aplicación por parte de todos y cada una de las instituciones del Estado paraguayo.

---

[48] Codehupy (2020). Entre falta de garantías y represión persistente, se lucha por los derechos humanos Disponible en https://codehupy.org.py/ddhh2020/personas-defensoras-de-ddhh/

[49] Codehupy (2020). Entre falta de garantías y represión persistente, se lucha por los derechos humanos Disponible en https://codehupy.org.py/ddhh2020/personas-defensoras-de-ddhh/

[50] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Políticas integrales de protección de personas defensoras. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/proteccion-personas-defensoras.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. Conclusión

En Paraguay varios defensores de derechos humanos ven violados sus derechos ya sea por acción u omisión del Estado. Los mismos son víctimas de acciones como estigmatización, persecución, amedrentamiento o criminalización. Es por esto que organismos de protección internacional de derechos humanos han recomendado a Paraguay la adopción de un mecanismo legal de protección de estas personas.

Al respecto, es fundamental avanzar en el Anteproyecto de ley "sobre protección a personas, grupos de personas y comunidades en situación de riesgo como consecuencia del ejercicio de la defensa de los derechos humanos" que se viene trabajando en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores y del que participan varias organizaciones de la sociedad civil.

En este contexto, es fundamental que este Anteproyecto se ajuste a una estructura, conceptualizaciones y objetivos que recoja las recomendaciones y observaciones de los sistemas de protección internacional de derechos humanos a la luz de la Constitución del Paraguay y de las características y peculiaridades propias del país. Así también, el Anteproyecto deberá buscar una integralidad en cuanto a la interdependencia, la transparencia, la interculturalidad, la protección, la eficacia, y la sanción.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La visión crítica de los derechos humanos como herramienta para el análisis de la cuestión ambiental

The critical vision of Human Rights as a tool for the analysis of the environmental issue

Julia Aguiar[1]
Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e532
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/0000-0002-4947-7681

Resumen: La visión crítica de los derechos humanos se aparta de la visión clásica o tradicional que los concibe como aquellos derechos universales inherentes a la persona; y postula que son el producto de luchas y procesos socio-históricos, que nacen gradualmente en determinadas circunstancias caracterizadas por estas luchas. Las doctrinas más modernas los definen como el conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan espacios de lucha por una particular concepción de la dignidad humana. El enfoque de las posturas críticas puede apreciarse tanto en el pro-

[1] Abogada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, se desempeña como Prosecretaria letrada en Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia de la I Circunscripción Judicial, Provincia de Neuquén. Es Maestranda en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata y Maestranda en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ceso de reconocimiento jurídico de los derechos humanos en general, como en el ocurrido con relación a cada uno de los derechos humanos en particular. El presente trabajo se propone describir los lineamientos esenciales de la perspectiva crítica del derecho y de los derechos humanos; y utilizarla como herramienta para estudiar un derecho fundamental: el derecho a un ambiente sano. Para ello, se realizará un análisis doctrinario de autores de distintas disciplinas, se estudiará la cuestión ambiental, entendida como la vinculada a la concepción de lo que llamamos "ambiente" y la problemática de su protección, así como su reconocimiento jurídico internacional y regulación legal.

Palabras clave: teorías críticas – derechos humanos – ambiente – derecho internacional.

Abstract: The critical vision of human rights departs from the classical or traditional vision that conceives them as those universal rights inherent to the person; and postulates that they are the product of struggles and socio-historical processes, which are born gradually in certain circumstances characterized by these struggles. The most modern doctrines define them as the set of social, economic, normative, political and cultural processes that open and consolidate spaces of struggle for a particular conception of human dignity. The point of view of critical positions can be seen both in the process of legal recognition of human rights in general, and in particular. The present essay aims to describe the essential guidelines of the critical perspective of law and human rights; and use it as a tool to study a fundamental right: the right to a healthy environment. In order to do this, I will analyze authors from different disciplines; study the environmental issue that involves the conception of what we call "environment" and the problem of its protection, as well as its international legal recognition and regulation.

Keywords: critical theories - human rights - environment - international law.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Teorías críticas del Derecho

Es difícil, quizás dadas las propias críticas, propuestas y conceptualizaciones formuladas por las teorías críticas, dar una definición unívoca de "teoría crítica del Derecho", su objeto y metodología. Es por ello que es preferente utilizar el vocablo "teorías críticas del Derecho" para referirse a estas líneas de pensamiento. El reduccionismo de que adolecen tanto el positivismo como el iusnaturalismo, es una de sus principales críticas, y en honor a ello, las teorías críticas no se presentan como uniformes, paradigmáticas y cerradas; sino como diversas, heterogéneas, multidisciplinarias y dinámicas líneas de pensamiento, que no por ello pierden solidez e importancia en cuanto a sus cuestionamientos, esclarecimientos y aportes.

Más allá de esta característica, es posible identificar algunas escuelas o líneas de pensamiento a partir de las cuales se erigieron las teorías críticas, así como ejes comunes que las mismas proponen, teniendo en claro que los matices son muchos. En este sentido, intentaré presentar algunas fuentes y lineamientos que las caracterizan.

El origen de las teorías críticas del Derecho como un campo separado de otras teorías del Derecho, puede ubicarse hacia finales de la década del sesenta. Como explica Wolkmer (2003), encontraron influencia en las ideas provenientes del economicismo jurídico soviético, la Escuela de Frankfürt, las lecturas del marxismo de Althusser, y las tesis de Foucault sobre el poder y el discurso, entre otras.

En estas influencias, se encontraba ya la oposición a las teorías tradicionales, al tipo de teorización y metodología de estudio basadas en las aplicadas a las ciencias naturales y presentadas como "objetivas". En cambio:

> Los autores de la teoría crítica parten de la asunción de que tanto los objetos observados como los sujetos observadores de la ciencia están constitui-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> dos socialmente y, por lo tanto, deben ser analizados e interpretados dentro de su contexto histórico-social. En consecuencia, los críticos aprobaron una filosofía materialista de la historia como marco de referencia para sus interpretaciones teoréticas y un programa de investigación interdisciplinaria. (Frankenberg, 2011).

Así, surgen como respuesta al reduccionismo en que caían las teorías positivistas, iusnaturalistas y del realismo sociológico que gobernaban la época, poniendo de manifiesto la insuficiencia e incapacidad de las mismas para tratar la complejidad del fenómeno jurídico, y afirmando que bajo el ropaje de formalismo e idealismo que presentaban esas teorías, se escondía la función encubridora y legitimadora del poder hegemónico en las sociedades capitalistas, que cumplía el Derecho.

Más allá de que en algún sentido estas tensiones se habían puesto de manifiesto en el positivismo jurídico, dando lugar a la propuesta de distinguir entre un positivismo más extremo y dogmático, y otro que se presentaba como flexible, y trataba al derecho como un dato de la realidad, creación práctica e histórica de la evolución social; las bases y metodologías de estudio del positivismo, traídas de las ciencias exactas, como el empirismo, la conducta humana abordada como si fuera una cosa, el modelo explicativo como modo de conocer, y la validación del "nexo causal" o causalidad natural para inferir proposiciones; se mostraban inútiles para estudiar y explicar el Derecho.

Las dicotomías entre Derecho y moral, Derecho y poder, Derecho y política, ser y deber ser; así como la exacerbada determinación de la razón individual consciente e incondicionada como motor de la conducta humana y los fenómenos sociales, han sido otros puntos fuertemente criticados por las teorías críticas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estas vienen a revelar al Derecho en su dimensión socio-cultural y discursiva, lo acercan a la política, a la economía, a la moral, al poder. Para comprender el fenómeno jurídico, hay que conocer la totalidad social que lo contiene, y para ello se hacen necesarios conocimientos de otras disciplinas, como la historia, la antropología, la sociología, la política, la economía, el psicoanálisis, la lingüística, etc. Además, entienden que:

> No son los sujetos los que constituyen la sociedad, sino que es ésta la que constituye a los sujetos, determinándolos a través de complejos procesos de socialización, que le otorgan identidad y reconocimiento dentro del grupo y que, al unísono, le inculcan valores, comportamientos, visiones del mundo, etc. (Cárcova, 2009).
> El Derecho es concebido como:
> Una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada. Esa práctica, es una práctica discursiva en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, en el sentido de un proceso social de producción de sentidos. (Cárcova, 2009).

Esa práctica se traduce en palabras, comportamientos (de operadores jurídicos y de sujetos regidos por el Derecho), símbolos, conocimientos. A su vez, sus categorías lingüísticas son material ideológico y un terreno de la lucha de clases por la apropiación del sentido de las palabras. Foucault (1996) ha definido al discurso como un sistema de conocimiento que informa sobre las tecnologías que constituyen el poder en la sociedad moderna. De este modo, sostiene que el Discurso es una práctica social que implica una relación dialéctica entre un evento discursivo particular y las situaciones, instituciones y estructuras so-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciales que lo enmarcan. Esto supone que el discurso está socialmente moldeado, socialmente constituido, pero que, a su vez, es socialmente constitutivo, en tanto reproduce el estado de cosas, penetrando en los dominios de las representaciones del mundo, las relaciones sociales interpersonales y las construcciones de identidades sociales. Por todo esto el campo discursivo, si bien mantiene sus propias reglas de funcionamiento, coherencia, lógicas de interacción e interpretación, tiene que ser leído como un episodio históricamente situado dentro de un determinado contexto tempo-espacial.

No hay homogeneidad o uniformidad en el discurso jurídico, sino que se va construyendo constantemente, y ese proceso refleja la relación de fuerzas de los discursos o agentes en pugna. Las reglas de construcción del discurso jurídico legitiman a los agentes a "decir" qué es el Derecho, y a formular categorías que funcionan como ficciones. Se presentan como "a posteriori" de la existencia de los sujetos o elementos que las componen, que en realidad existen "a priori" o de manera abstracta. Los "sujetos de derechos", "menores", "niños", "homicidas", "deudores", "acreedores", etc., no existen antes de que los nombre y categorice el Derecho. Se constituyen en el momento en que los agentes que según el estado de las relaciones de fuerza dicen qué es Derecho, los individualizan, contemplan, segregan (Ruiz, citada por Cárcova, 2009). Las categorías jurídicas funcionan negando la existencia en sí de los que las componen, existen en abstracto y el Derecho, y dentro de él, los operadores jurídicos, se encargarán de discriminar quiénes conformarán esas categorías, constituyéndolos en ese momento dentro y como categorías. Son ilustrativas en este sentido las ideas de Nietzsche, cuando se refiere a lo "verdadero" y lo "falso", y explica que en relación a lo que se constituye en esos términos, la existencia o el ser y el conocimiento no existen "en sí"; sino que existen en el conjunto de relaciones en que se integran.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> El concepto de verdad es un contrasentido…todo el reino de lo verdadero y de lo falso se refiere tan sólo a las relaciones entre seres, no a lo en sí…no hay ningún ser en sí como tampoco puede darse un conocimiento en sí (Nietzsche, 1998).

Por último, cabe decir este estado de las relaciones de fuerza o situación estratégica en el seno de una sociedad determinada que es el poder (como explica Foucault), da lugar a que donde existe éste, existen resistencias a la relación de poder. Estas resistencias, en conjunto con las funciones del Derecho y las ficciones que utiliza como la "igualdad", "libertad", entre muchas otras; pueden dar lugar a una doble función del derecho a la luz de la interpretación crítica: éste oculta y reproduce las relaciones de poder, pero puede en determinadas circunstancias dar lugar al uso estratégico de las ficciones para dar lugar a las resistencias y a la lucha por la apropiación de los sentidos del discurso jurídico. Esta sería la función, sostenida por algunas vertientes de la teoría crítica, renovadora o transformadora del Derecho, orientada a su socialización y a concebirlo como una herramienta de lucha o cambio social.

II. Visión crítica de los Derechos Humanos

Los aportes de las teorías críticas pueden verse claramente en el campo de los derechos humanos. La visión tradicional, que es actual, sostiene por sobre todas las cosas que los derechos humanos, además de ser derechos fundamentales o "más derechos" que otros, son inherentes a la persona humana, y consecuentemente universales. "Nada ni nadie puede ir contra dicha `esencia´, ya que al hacerlo pareciera que atentamos contra las propias características de la `naturaleza´ y la dignidad humana universales" (Herrera Flores, 2003).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, el análisis de la historia y de la realidad demuestra que esa inherencia es una ficción ¿Es posible afirmar que las personas pertenecientes a los pueblos originarios del continente americano tenían derechos humanos, cuando eran considerados cosas o animales, torturados y víctimas de genocidio? ¿O que las mujeres tenían derechos humanos cuando no fueron incluidas como destinatarias de los mismos en los documentos que los reconocían y que son tomados como hitos originarios del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789? ¿O que tenían derechos humanos los judíos aniquilados en el marco de la Segunda Guerra Mundial, que por no encontrarse en el marco legal de un Estado-Nación no "tenían derecho a tener derechos" como explica Hannah Arendt (2013)? ¿Tienen derechos humanos inherentes a su persona los niños y niñas que sufren la pobreza estructural sostenida y funcional a un sistema capitalista que la genera, perpetúa y cobija? Son estos sólo algunos ejemplos de que la visión tradicional es falaz, y de que la inherencia y universalidad sólo son ficciones consagradas por el derecho en un momento determinado.

Los aportes de las teorías críticas arrojan luz sobre el concepto de los derechos humanos, entendiéndolos como los resultados de luchas sociales, productos de conquistas obtenidas por las sociedades en un momento determinado. Las doctrinas más modernas los definen como el conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan espacios de lucha por una particular concepción de la dignidad humana (Herrera Flores, 2003). Así, los derechos humanos se desarrollan dentro de situaciones sociales particulares, alejándose de cualquier idea de una naturaleza humana abstracta y a histórica, propia de la mirada tradicional.

Este enfoque es fundamental no sólo para entender los procesos que constituyen los derechos humanos, sino tam-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bién para hacer uso de los mismos y de sus caracteres de universalidad, inherencia, interdependencia e indivisibilidad como herramientas para enfrentar los modelos sociales imperantes en cada momento y disputar el poder de decir qué es derecho en el campo, en términos de Bourdieu (1987). Así debe entenderse que se utilizaron los derechos humanos en los distintos momentos, por ejemplo, los "Derechos del ciudadano" (antecedentes de los derechos humanos) fueron útiles para que la burguesía en ascenso enfrentara al régimen monárquico. La referida la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es un claro ejemplo de cómo los hoy llamados derechos humanos fueron originalmente pensados para beneficio del varón, blanco, europeo y con un determinado status socioeconómico.

Denunciando esto, Olimpia de Gouges (1791) escribió la "Declaración de los Derechos y Deberes de la Mujer y de la Ciudadana" que aplicaba los principios de la Declaración de 1789 a las mujeres y reclamaba para ellas los mismos derechos que beneficiaban a los varones, entre ellos igual poder en la familia, a votar y ejercer cargos públicos, a hablar en público sobre asuntos políticos, a la propiedad privada y a ser parte del ejército. La autora fue condenada a la guillotina por sus ideas y su trabajo, pero quedaron sus desafiantes palabras:

> Hombre, ¿eres capaz de ser justo? Una mujer te hace esta pregunta; por lo menos no le privarás ese derecho. Dime, ¿qué te da imperio soberano para oprimir a mi sexo? ¿Tu fuerza? ¿Tus talentos? Observa al Creador en su sabiduría, observa en toda su grandiosidad esa naturaleza con la cual parece que quieres estar en armonía, y dame, si te atreves, un ejemplo de su imperio tiránico (…) El hombre ha levantado sólo sus circunstancias excepcionales desde un principio. Extraño, ciego, hinchado con la ciencia y degenerado -en un siglo de ilustración

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> y sabiduría- en la ignorancia más crasa, él quiere ordenar como un déspota a un sexo que está en la plena posesión de sus facultades intelectuales; él finge para gozar la Revolución y reclamar sus derechos a la igualdad sin decir nada más acerca de ello. (de Gouges, 1791)

En otro momento histórico, en el contexto de guerra fría y la descolonización los derechos humanos fueron esenciales para permitir el ascenso de nuevas potencias y de sus propios proyectos económicos y políticos (derechos civiles y políticos defendidos por el mundo occidental y derechos económicos sociales y culturales por el soviético).

Hoy aparecen como herramientas aptas para la denuncia de las condiciones que impone a las personas el actual sistema de globalización neocapitalista, y las inequidades e injusticias a las que conduce; y se presentan en constante proceso de construcción y reconstrucción.

III. Aproximación a la cuestión ambiental

En este orden de ideas, intentaré acercar los aportes de las teorías críticas a la cuestión ambiental y a lo relativo a su protección jurídica. Surgen entonces ciertos interrogantes ¿qué entendemos por ambiente? ¿De qué manera nos relacionamos con ese ambiente? ¿Han sido siempre iguales esa concepción y esta relación?

La respuesta a esto último es negativa. Según el tiempo y espacio en que nos situemos, y dependiendo de cada sociedad determinada, nos encontraremos con diferentes concepciones del ambiente y nuestra relación con el mismo. Los pueblos originarios, por ejemplo, tenían una noción de ambiente muy diferente de la que podemos tener hoy. Así, expresa un extracto del Consejo de Guías Espirituales de la Nación MBYA GUARANI:

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> La Madre Tierra conserva y dinamiza a todos los seres vivientes, con ritmos y en procesos que son respetados con sabiduría y conciencia por los pueblos originarios. Esta relación sabia con la vida, es la ley primera. Violentar esta armonía, es el mayor crimen contra la Madre Tierra. El conocimiento indígena es una ciencia fundamentada en la cuadratura cósmica de: territorio, naturaleza, vida y espíritu, que actúa en cada tiempo e interactúa conformando nuestro verdadero ser. (Flores, Compendio de Legislación Indígena, 2011).

Esta idea de la Madre Tierra, la Naturaleza o Pachamama como dinamizante de todo ser vivo gobernaba en general las sociedades de los pueblos originarios. Es lo que en los pueblos andino-amazónicos se denominaba *suma qamaña* (en aymara) o *sumak kawsay* (en quechua), que hace referencia al paradigma del "Buen Vivir". Este implica la referida armonía entre los humanos y la naturaleza, y esta cosmovisión como manera de comprender la vida[2]. El humano no habita la Tierra, *es* la Tierra. Y en tanto parte de ella, se ubica dentro de una inteligencia superior que dictamina equilibradamente el lugar que éste ocupa. No se encuentra en la cúspide de una pirámide o al final de una cadena por sobre el resto de las especies, sino que la relación que guarda con ellas es como parte de la Tierra, que es parte de un cosmos, que se rige por leyes propias, superiores a las que el hombre occidental ha desarrollado. Internalizar esto verdaderamente es entender que así como una persona nace, vive y muere, teniendo su ciclo, sus enfermedades y bonanzas; también la tierra nace, vive y se enferma, con su propia inteligencia, ciclos y equilibrios dinámicos.

[2] Ver más sobre este tema en Bailone, M. (2013). El Bienvivir: una cosmovisión de los pueblos originarios andino-amazónicos. En: Zaffaroni, E. R. (2013). La Pachamama y el humano. Buenos Aires, Argentina: Ed. Madres de Plaza de Mayo.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Hoy nos resulta sumamente difícil asimilar estas ideas, debido a la inteligencia que la sociedad humana ha desarrollado desde hace miles de años. Esta ha consistido en dominar todo aquello que nos rodea, desde la Tierra, las especies no humanas, los seres orgánicos e inorgánicos, hasta nuestra propia especie humana. Este mecanismo se da en una perspectiva de sociedades, grupos o Estados que han dominado y dominan a otros, hasta en nuestras propias relaciones interpersonales.

El antropólogo Eugenio Carutti (2014) explica muy bien esto, cuando dice que la inteligencia humana es una "inteligencia tecnológica", y es la que el humano utiliza para conocer el mundo. Él se separa de aquello que lo rodea, objetivándolo, estableciendo una diferencia y una distancia entre el yo y ese objeto que quiere conocer. Luego estudia a esa cosa, con el fin de dominarla, controlarla, manejarla. Esta inteligencia del mundo ha sido útil para el desarrollo tecnológico, y el vínculo del humano con los objetos. El problema, es que su aplicación se extiende a todo tipo de vínculos, de manera que la relación con la tierra, con otras especies, las relaciones interpersonales; también se ven gobernadas por esta inteligencia. Esto se ve reflejado en el lenguaje, por ejemplo, cuando decimos "*mi* hijo"; y lo concebimos como un "otro" a ser dominado. No estamos abiertos a lo que ese ser puede revelar, sino que marcamos su existencia, en mayor o menor medida. Lo separamos de nuestro "yo", lo objetivamos, lo estudiamos y lo controlamos. Así operamos con todo tipo de vínculos. Podemos apreciar entonces como históricamente se ha alcanzado un desarrollo tecnológico muy grande; pero los problemas psicológicos siguen siendo los mismos. Ejemplifica el autor diciendo que, si tomamos una novela del siglo XV y una actual, los conflictos psicológicos y vinculares se mantienen: no hemos podido, aplicando esta inteligencia tecnológica, alcanzar un desarrollo en este sentido.

Habla Carutti de otro tipo de inteligencia posible, a la que llama "vincular". Esta última implica revitalizar las nociones

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sobre la Pachamama, y comprender que hay una *inteligencia planetaria* superior a la nuestra. Que efectivamente existen, se están dando en este preciso instante, otras maneras de comprender el mundo. Para vincularnos verdaderamente con otro ser, es preciso renunciar a la inteligencia tecnológica. No se trata esto de una cuestión moral, es imposible para nosotros decidir sobre esto. No tenemos ese poder de optar, necesitamos un cambio radical en nuestra manera de acercarnos al mundo. Implica dejarnos cambiar por otros seres, renunciar al ego o "yo" construido arbitrariamente. Dejar de concebirnos como seres estáticos a través de ese ego: no somos orgullosos, tímidos, miedosos, determinados. Somos seres dinámicos, cuya única manera de vincularse es dejarse cambiar en cada vínculo, priorizar al vínculo por sobre el ego. Es por esto que la relación verdadera siempre duele, molesta, enoja; porque incomoda golpear y poner en tela de juicio ese "yo". Si ninguna contradicción nos aqueja, es que verdaderamente no estamos operando bajo la inteligencia vincular, sino bajo la tecnológica, estamos dominando.

Esta idea de dominación aplicada a la Naturaleza no es nueva. Se vio reflejada históricamente en numerosas sociedades. Existen textos de distintas religiones, como la musulmana o la católica, en los que se concibe a la Naturaleza como fuente de recursos al servicio del hombre, para ser explotados y aprovechados por él. Sin embargo, es fundamentalmente con el avenimiento del discurso hegemónico que legitimó al pensamiento científico y al empirismo como único conocimiento válido, que se dio por tierra con las ideas expresadas en los párrafos precedentes. Los pueblos originarios fueron marginados y exterminados, y sus conocimientos enterrados, considerados inferiores, primitivos e incultos. Había nuevas reglas para entender el mundo, que en nada congeniaban con la noción de Pachamama o "Buen Vivir".

Es interesante analizar el cambio hacia el paradigma científico como discurso social hegemónico, desde un análisis

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

crítico del mismo. Como manifiesta Foucault (1970) "Siempre puede decirse la verdad en el espacio de una exterioridad salvaje; pero no se está en la verdad más que obedeciendo a las reglas de una ´policía´ discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos". No toda proposición va a poder pertenecer al discurso, estar "en la verdad"; sino que hay un horizonte técnico, una forma de proponer que legitima esa propuesta y la incorpora al discurso.

Además, este discurso social es regulado por un cierto orden hegemónico que se relaciona con los sistemas de dominación política y explotación económica. El discurso social es monopolizado, consiguientemente, por determinados agentes que proponen una homogeneización de la realidad que muestra, pero a la vez oculta porciones del mundo. De esta forma y siguiendo a Marc Angenot (2010) "lo real nunca podría ser un caleidoscopio. La unidad relativa de la visión del mundo que se desprende del discurso social resulta de esta cooperación fatal en el ordenamiento de imágenes y datos".

Es así que el viraje al discurso científico se sustenta en el orden económico que se impone a partir del S. XI, momento en el cual se establecieron comunidades urbanas en donde se desarrollaba la actividad artesanal, y el campo, en donde se continuaba desarrollando la agricultura. El intercambio de bienes adquiere un rol central en la economía.

Los científicos establecieron el paradigma de la Naturaleza como fuente de riquezas. Así, Surasky y Morosi (2013) hacen alusión a las ideas de Sir Francis Bacon (1561-1626), quien manifestó la necesidad de que la ciencia torture a la Naturaleza, como lo hacía el Santo Oficio de la Inquisición con sus reos, para conseguir develar el último de sus secretos; o Isaac Newton (1642-1727) quien estableció la diferencia científica entre el hombre que observa y la naturaleza que es observada, alienándonos de ella, y objetivándola.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El contexto mundial del "descubrimiento de América", contribuyó a esta visión. Las potencias dominantes veían en la Naturaleza una fuente de riquezas, oro, plata y otros minerales y bienes de la naturaleza fueron explotados y saqueados brutalmente. Esto sería el germen de la división internacional del trabajo, una mayoría de países oprimidos generando "materia prima", cuya única función es la de poseer bienes de la naturaleza destinados a ser explotados; y un grupo menor de potencias que detentan las industrias y cuya función es la de elaborar bienes manufacturados, encontrándose los primeros sometidos a los segundos a través de la fuerza militar o económica.

Con la Revolución Industrial, la Revolución Francesa y el avenimiento del Capitalismo como sistema económico dominante, se consigue magnificar la explotación de los llamados "recursos naturales", es decir, bienes de la naturaleza entendidos como riqueza a ser explotada por el humano. El sistema capitalista, basado en la acumulación de bienes y sobreproducción de riqueza, en el consumismo o "comprismo" (ni siquiera consumimos los bienes, sino que sólo compramos y los cambiamos por nuevos modelos independientemente de su consumo, uso o vida útil); es el sistema que nos ha colocado en el decisivo camino de destrucción de la Tierra, en tanto lo mantengamos.

Las lógicas capitalistas empresariales son incompatibles con el cuidado del ambiente; desde que se erigen sobre la base de los "recursos naturales", la Naturaleza al servicio del hombre, la maximización de ganancias en desmedro del ambiente, y la sobreexplotación de los bienes ambientales para satisfacer la oferta y la demanda.

Este es el discurso hegemónico que nos domina hoy. Aun cuando se introduzcan conceptos como "desarrollo sostenible", ellos son introducidos desde grupos hegemónicos que se favorecen del capitalismo y no piensan rebatirlo. Así lo explica Gringberg (2012) cuando dice que:

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> Ahora, el discurso predominante corre por cuenta de poderosos consorcios transnacionales que promueven - para sobrellevar la transición hacia una era de <<desarrollo sostenible>> - una panacea universal: el *capitalismo verde*, que trata de maquillar un cúmulo de falacias a fin de disimular una antigua plaga corporativa: la dependencia de los pueblos excluidos de los privilegios de una supuesta <<sociedad de consumo>> diseñada para minorías privilegiadas. (Gringberg, 2012)

Para darle un contenido realmente diferente a estos conceptos, debemos partir por cuestionar al sistema económico que propugna la destrucción del ambiente.

La posición que se tome frente a estas cuestiones no es menor. No se trata de un romanticismo verde, como se ha esgrimido con respecto a los movimientos ambientalistas o a quienes luchan por el cuidado del ambiente para deslegitimarlos; sino que es de hecho una cuestión fatal y que toca fuertes intereses económicos. La lucha por la defensa del ambiente le ha costado la vida a muchos militantes, como Berta Cáceres y Lesbia Yaneth; y los recursos naturales han costado genocidios, violaciones masivas de derechos humanos, guerras. Si los bienes de la naturaleza no fueran riqueza a explotar en este sistema, no se mataría y se sometería a pueblos enteros a cambio de diamantes, oro, petróleo, etc. Banalizar y subestimar a los movimientos de lucha es una acción frecuente por parte de quienes intentan mantenerse en el poder: así ocurre con la lucha por otros derechos humanos, como, por ejemplo, la igualdad de género. Pero mientras se sigue destruyendo el ambiente, la lucha no es banal, sino que es necesaria.

En este sentido y frente al paradigma dominante del "antropocentrismo" ya descripto, han surgido discursos divergentes, que se permiten confrontar esta cosmovisión. Entre ellos está el "ecocentrismo" que se centra en la Naturaleza,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y considera a la Tierra como un organismo vivo del cual dependen la especie humana, como el resto de las especies animales, vegetales y los factores abióticos del ecosistema, que son los minerales.

Un aporte significativo a estas teorías, es la hipótesis Gaia formulada por el inglés James Lovelock (1979), cuyo nombre se inspira en la diosa griega de la Tierra (Gaia, Gea o Gaya). Esta teoría científica rechaza la idea de que la Tierra es algo muerto habitado por el hombre, sino que tiene vida. Esta vida es entendida no como la del humano o de otras especies, sino como la propia de la Tierra, vinculada a la auto-regulación de la misma. El equilibrio auto-regulador a que tiende Gaia, controla su atmósfera, su temperatura, sus ciclos, etc. Ese equilibrio está constituido por todos los ecosistemas y especies que componen Gaia; encontrándose el humano entendido como parte de ella. De esto se desprende que el cuidado del ambiente y el reconocimiento de derechos en cabeza de sus componentes tienen que ver con entenderse como parte de un ente viviente, de cuya salud dependemos todas las especies; y cuyas lógicas debemos respetar. Estas lógicas involucran, por ejemplo, que hay especies que se alimentan de otras para sobrevivir, pero esto se hace respetando el equilibrio natural. No hay supremacía de ninguna especie por sobre otra, y ninguna especie debe someter o explotar a otras especies o componentes de Gaia.

Inteligencia planetaria, Pachamama, Gaia, son distintos conceptos para acercarnos a las ideas planteadas al inicio de este apartado. Somos parte de una Tierra que vive, late, respira, y muere; a menos que se intervenga en la construcción del discurso y del sistema que la daña, destacando que los derechos humanos ocupan el lugar de herramientas fundamentales para llevar a cabo esa intervención.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. Referencia al reconocimiento jurídico internacional de la problemática ambiental

Existe al día de hoy un solo documento internacional que consagra al acceso al Medio Ambiente como un Derecho Humano, y es en el ámbito regional, el Protocolo de San Salvador, adoptado en el año 1988 como Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con fecha de entrada en vigor en el 16 de noviembre de 1999. En su artículo 11 establece: "Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente". A la fecha, el Protocolo fue ratificado por 12 países.

Otra referencia a los Derechos Humanos, está dada en el Preámbulo del Acuerdo de Paris sobre Cambio Climático de 2015, que establece que el cambio climático:

> Es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los *derechos humanos*, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional.

Es interesante ver el tratamiento que la cuestión de los derechos humanos tuvo a lo largo de las negociaciones concernientes al Acuerdo. En la presentación del primer borrador, los derechos humanos se encontraban en el tex-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

to del Acuerdo. A partir del segundo borrador, los enfoques de derechos humanos y género aún se mantenían en el texto del Acuerdo, pero el párrafo que los enfatizaba, se encontraba entre corchetes, es decir, que no formaba parte formal del futuro Acuerdo. En el tercer y último borrador, el tema de derechos humanos queda únicamente en el Preámbulo como concepto marco y se remueve del cuerpo operativo del Acuerdo, lo que ocurrió finalmente con la aprobación del mismo.

Se puede observar que, al día de hoy, el medio ambiente carece de una protección internacional sólida y uniforme. En cuanto a lo normativo, no existe un instrumento obligatorio universal y general de protección de Medio Ambiente, sino que la misma es parcelada en distintas materias (por ejemplo la Convención de Washington sobre Comercio internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres –CITES- y el Convenio internacional sobre prevención de la contaminación marina por los buques en 1973, la Convención sobre la contaminación transfronteriza del aire a gran distancia en 1979 y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar –CONVEMAR- en 1982), y muchas veces a través de documentos que carecen de obligatoriedad, como las múltiples Declaraciones y Planes de Acción adoptadas en el ámbito de las Conferencias Internacionales de Naciones Unidas en la materia, en las cuales tuvo lugar la mayor parte de la evolución del derecho internacional del medio ambiente. Sumado a esto, a veces esos planes de acción no son cumplidos, los indicadores marcan resultados negativos y los Estados en su gran mayoría no dimensionan la importancia de comenzar a tratar con seriedad la temática ambiental.

Por otra parte, en relación a los órganos que aplican la normativa, existen múltiples organismos principalmente de la ONU. En ninguna parte de la Carta de la ONU se encuentra un mandato o atribución expresa de la para proteger, preservar o conservar el ambiente o promover el desarrollo sustentable. Esto no es una sorpresa: en 1945, cuando se

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

adopta este documento y se crea la ONU, había una escasa conciencia sobre la importancia de proteger el ambiente natural, y al mundo lo ocupaban otras preocupaciones, como el establecimiento de la paz y seguridad internacionales y evitar una tercera guerra mundial.

La potestad de la ONU para adoptar políticas o medidas tendientes a la protección del ambiente se desprende en realidad de una interpretación amplia de la Carta, de los artículos mencionados (1 y 55) como de las facultades implícitas. Hoy se entiende que la protección ambiental es un elemento esencial de la promoción del progreso social y de la solución de los problemas económicos y sociales en los términos de los artículos 1 y 55 de la Carta. Con base en esto artículos, se creó en 1972 el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) luego de la Conferencia de Estocolmo; y la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible (CDS) creada el 1992, luego de la Conferencia de Rio. Ambos organismos se relacionan con la ONU a través del ECOSOC. Los mismos artículos de la Carta sirvieron de base para los programas ambientales de agencias regionales de Naciones Unidas, como la Comisión Económica para África, Asia y el Pacífico, Europa, América Latina y Asia Occidental.

Sumado a los mencionados órganos y Programas de la Organización, se encuentran los organismos especializados que también han desarrollado a través de la interpretación y la práctica atribuciones para proteger el medio ambiente. Así, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el Banco Mundial, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Sin embargo, la tutela del ambiente brindada por todos ellos es muy débil. Los organismos encuentran amplias dificultades a la hora de coordinar sus actividades, lo cual entorpece sus objetivos y reduce su efectividad. Además, carecen de una autoridad real para imponer sus

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

decisiones, quedando menguada la protección al limitarse a "meras recomendaciones".

Sumado a esto, se aprecia que la respuesta de la protección internacional del ambiente carece de una correlación con la rápida evolución y acontecimiento de los daños ambientales. Las distanciadas Conferencias Internacionales para tomar medidas en la materia, lejos están de dar respuesta a los estrepitosos niveles de daños que estamos causando en la Tierra.

Sucede además una cuestión en torno a la implementación de los compromisos de protección: en este sistema mundial en donde rige una división internacional del trabajo que otorga riqueza a unas pocas potencias y pobreza a la mayoría, los países desarrollados condenan a los subdesarrollados a seguir contaminando, si éstos quieren evitar el descalabro de sus economías. Si bien se asumen compromisos de solidaridad y consideración de los países subdesarrollados y en vías de desarrollo; esto legitima, fomenta y mantiene esta división internacional del trabajo, en una lógica Norte-Sur, en la cual el fatal destino de la mayoría es la pobreza. A su vez, los países desarrollados mantienen la principal responsabilidad en destruir el ambiente, siendo los países pobres los principales perjudicados por los desastres naturales debido a su falta de herramientas para hacerles frente y para recuperarse; o bien porque los países ricos trasladan las consecuencias más directas del daño ambiental (la contaminación, por ejemplo) a los países pobres, debido a que operan allí sus fábricas beneficiándose de controles medioambientales más laxos.

Independientemente de esto, este sistema normativo en donde permitimos contaminar, pero en cuotas, o dañar al ambiente pero "no tanto" a los fines de alcanzar el mentado "desarrollo sustentable"; es intrínsecamente contradictorio. Por un lado, protegemos los derechos de los pueblos, dándoles a los originarios, por ejemplo, derecho a autodeter-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

minarse y darse su propia vida económica, social y cultural. Esta vida comprende su cosmovisión de la Naturaleza y del humano como parte de la Pachamama. Pero a la par de este reconocimiento, nos damos nuestra propia vida económica y cultural, destruyendo al Planeta Tierra, e incluso comercializando con esa destrucción: fijamos cuotas para que cada país contamine, y el que no cubre su cuota se la vende al mejor postor, como lo establece el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997). La Tierra es una sola, si la destruimos para nosotros, la aniquilamos para todos. Esto hace a la característica propia de la problemática ambiental, que es su globalidad[3].

V. Reflexiones finales

Los aportes de las teorías críticas aplicadas al campo de los derechos humanos, y del derecho ambiental en particular son necesarios, esclarecedores y muy útiles, en distintos aspectos. Por un lado, sirven a la hora de reflexionar sobre qué es el ambiente que se intenta proteger, y entender por qué razones la protección jurídica presenta las características de ser flexible y desordenada. El actual sistema de producción neocapitalista necesita de este marco regulatorio flexible para poder sostenerse.

Como la mayoría de los conflictos, el ambiental no se resuelve principalmente desde el derecho, sino desde un cambio cultural y social. El sistema económico capitalista que mantenemos, y que determina nuestros paradigmas culturales, es incompatible con la protección del ambiente. Sólo vamos a poder modificar algo con respecto a esta destrucción

[3] Se puede ver más sobre los instrumentos internacionales de protección y sus órganos de aplicación en: Birnie P.W. y Boyle. A. E. (2002). International law & the environment. Nueva York: Oxford University Press Inc.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuando estemos dispuestos a cuestionar el sistema mismo, y exigir al resto de la sociedad que también lo ponga en crisis.

Este es otro de los aspectos en los que las teorías críticas resultan útiles: permiten poner el foco en los procesos sociales como los verdaderos transformadores de la realidad en materia de derechos humanos, y de lo ambiental en particular; y a la vez dejan ver el lugar transformador que puede ocupar el derecho, en la medida en que lo comprendamos y usemos como una herramienta para abordar aquellas problemáticas que consideramos negativas, dañinas o que conducen a situaciones injustas.

Somos la única especie en la historia que ha dañado su propio hábitat natural al punto de la destrucción, y que ha sido tan soberbia de autoproclamarse "superior" a la propia Naturaleza que la comprende. Está en nosotros ser críticos y utilizar las herramientas a nuestro alcance para la transformación, como pueden ser los derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

ANGENOT, M. (2010). El discurso social. Los límites de lo pensable y lo decible. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

ARENDT, H. (2013). Los orígenes del totalitarismo. Madrid, Alianza Editorial.

BIRNIE, P.W. Boyle, A. E. (2002). International law & the environment. Nueva York: Oxford University Press Inc.

BOURDIEU, P. (1987). Los tres estados del capital cultural. Consultado el 4 de julio de 2021 en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/66275916/Bourdieu_LosTresEstadosdelCapitalCultural.pdf?1618518720=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLos_Tres_Estados_del_Capital_Cultural_Pi.pdf&Expires=1626300805&Signature=dkPrux0YoN8OO6rZdlpNnfiSOFLRwLeCdlQEXfDFAhDs9ZZ-RBolezLkOqbuFch~tp3QJDEea~dZWUCDFqLWMnTJ9-lkVIvr13-Cf-4T24a7vZ5KmSuTek-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

chvN0wAprkVtEpdK1gDwaarYErTijrVFucbsIQJoIBTU-VlB63xG3r~-b-PrwT7B86oqVIdiQOryigxV5EzEN~cAXR-NhfrSaR9JgQ5AA0P0XIC16NB3HN7KwPaFYHom1gc8q-fP3bo4g8Qrj2zC7e4-DTdGRF3s7xDlKm8HkU22MJ5qUT-3GcTwOI0jLq8JrvIUYmbz6um~mGTIXlbiuKG7GXBB0s-nv1EqA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA.

CÁRCOVA, C. M. (2009). Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. En: Courtis, Christian (Comp.) Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Eudeba – Facultad de derecho. UBA, pp. 19-38.

CARUTTI, E. (2014). Primera entrega de la serie documental "Voces de la Tierra" producida por Nautas, publicado el 16 dic. 2014. Consultado el 1 de julio de 2021 en: https://www.youtube.com/watch?v=Kb-FwSlgDl4.

CORDERA CAMPOS, R. (2006). Ciclo de Conferencias "Derecho y Economía. Serie El Derecho y sus Maestros, Nº 26., Universidad Nacional Autónoma de México.

DE GOUGES, O. (1791) Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana. Consultado el 10 de julio de 2021 en: https://www.marxists.org/espanol/tematica/mujer/autores/gouges/1791/001.htm.

FLORES, J. K. B. (2011) Compendio de Legislación Indígena. Buenos Aires, Argentina. Ed. Cooperativa Chilavert Artes Gráficas.

FOUCAULT, M. (1996). El orden del discurso. Madrid: La Piqueta.

FRANKENBERG, G. (2011). Teoría crítica. Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho, año 9, número 17, pp. 67-84. Buenos Aires, Argentina.

GRINGBERG, M. (2012). Ecofalacias: el poder transnacional y la expropiación del discurso verde. Rosario, Provincia de Santa Fe: Ed. Fundación Ross.

HERRERA FLORES, J. (2003). Los derechos Humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptua-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

les. International Conference on Law and Justice in the 21st Century, Coimbra, 29 al 30 de Mayo de 2003.

NIETZSCHE, F.NIHILISMO. Escritos Póstumos, Península, Barcelona, pp. 14-122. Citado en Herrera Flores, J. (2003). Los derechos Humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. International Conference on Law and Justice in the 21st Century, Coimbra, 29 al 30 de Mayo de 2003.

SURASKY, J. y MOROSI, G. (2013). La relación entre los seres humanos y la naturaleza: construcción, actualidad y proyecciones de un peligro ambiental. Publicación de Actualización Continua del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Documentos de Trabajo Nº 3.

WOLKMER. A. C. (2003). La teoría crítica en el derecho. Nociones, concepto y objetivos. En Introducción al pensamiento jurídico crítico. Bogotá D.C., Colombia: Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA.

ZAFFARONI, E.R. (2013). La Pachamama y el humano. Buenos Aires, Argentina: Ed. Madres de Plaza de Mayo.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Discriminación y Desigualdad en la Vejez: enfoque jurídico de los viejismos

Discrimination and Inequality in Old Age: the legal approach to "ageism"

María Isolina Dabove[1]
Universidad Nacional de Rosario. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e533
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/ 0000-0002-7577-3812

Resumen: El envejecimiento de la población ha generado un peculiar escenario social que crece día a día de manera sostenida y se expande en el mundo muy rápidamente: la gerontoglobalizacion y el multigeneracionismo concomitante. Desde el punto de vista jurídico, este fenómeno no siempre conlleva la posibilidad de vivir en igualdad de condiciones que todos los demás. El viejismo es un tipo particular de discriminación por razones de edad (edadismo). En este trabajo, se analiza el alcance jurídico de este fenómeno,

[1] Abogada recibida en la Universidad Nacional de Rosario (1988). Doctora en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (1998) y dos veces posdoctorada en la Universidad de Valladolid (2009 y 2010). Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Lucas Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular regular de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y Universidad Nacional del Centro de la Provincia. de Buenos Aires.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las condiciones de su configuración y el impacto que ello tiene en el ejercicio de derechos y en los procesos judiciales requeridos para su restitución

Palabras clave: Discriminación – Desigualdad - Viejismos – Derechos humanos.

Abstract: The aging of the population has generated a peculiar social scenario that grows daily in a sustained way and it expands worldwide very quickly: the "global aging" and the concomitant "multigenerationism". From a legal point of view, this phenomenon does not always entail the possibility of living in equal conditions as everyone else. "Ageism" is a particular type of discrimination based on old age. This paper analyzes the legal scope of this phenomenon, the conditions of its configuration and the impact that this has on the exercise of rights and the judicial processes required for their restitution.

Keywords: Discrimination - Inequality - Ageism - Human rights

I. Introducción

El envejecimiento de la población ha generado un peculiar escenario social que crece día a día de manera sostenida y se expande en el mundo muy rápidamente. Su alcance es mundial, genera sociedades multigeneracionales y se profundizará aún más con el tiempo[2].

[2] AUTOR (2018); LESSON, G. W. (2009). "Demography, politics and policy in Europe" en Ludow (ed.), *Setting EU Priorities*, pp. 102-124. The European Strategy Forum. Ponte de Lima; LESSON, G. W. (2009a). "Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status" en Nurvidya and Ananta (eds.), *Older Persons in Southeast Asia,* pp. 47-67. Institute of Southeast Asian Studies. ISEAS, Singapore; LESSON, G. W. (2011). "Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging" en *Current History*. Journal of Contemporary World Affairs, 110 (733), pp. 75-80.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así, en la actualidad cada persona puede aspirar a vivir una vejez de 20-25 años de duración en cualquier lugar del planeta, lo cual se intensifica entre la población femenina. En Argentina, por ejemplo, por cada varón mayor de 60 a 75 años se registran una y media mujeres, pero este número llega a 2 mujeres en el grupo de 75 y más[3]. Esta nueva longevidad provoca también múltiples consecuencias interseccionales que se expresan tanto en el campo económico, como en lo sociocultural y, por ende, en lo jurídico, afectando las condiciones de acceso y ejercicio de derechos.[4]

En el plano económico, la actual gerontoglobalización da lugar a un proceso de dependencia creciente, dado que una de las pérdidas que las personas mayores deben afrontar es el cese de sus actividades lucrativas[5]. Junto a ello se producen importantes tensiones socioculturales a nivel comunitario e individual[6], ya que cada generación de mayores esgrime una forma de entender la vida, códigos de convivencia y prácticas discursivas propios, no siempre

---

[3] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (2014). *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*. Instituto Nacional de Estadística y Censos – INDEC, Buenos Aires, pp. 9-19; AUTOR (2002); AUTOR (1996); DI TULLIO BUDASSI, Rosana (2008). "El Derecho alimentario de los ancianos", en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 38, pp. 64-82.

[4] AUTOR (2008); AUTOR (2015).

[5] BELLINA YRIGOYEN, Jorge (2004). *La economía política de los fondos de pensiones*, UCEL, Rosario, pp. 12.

[6] KYMLICA, Will (1995). *Ciudadanía multicultural*. Paidós, Barcelona, pp. 23 a 87; TAYLOR, Charles (1993). *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica, México, pp. 20; BRIONES, Claudia (1998). *La alteridad del cuarto mundo*. Colihue, Buenos Aires, pp. 12-37; PRIETO SANCHÍS, Luis (1994). "Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial", en *Doxa,* Nº 15-16, pp. 367-387; GEERTZ, Clifford (2006). *Los usos de la diversidad*. Paidós, Barcelona, pp. 4; SARTORI, Giovanni (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Taurus, Madrid, pp. 23; YTURBE, Corina de (2008). *Multiculturalismo y derechos*. Instituto Federal Electoral, México, D.F. Disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/490/1.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aceptados -y muchas veces resistidos-, por las generaciones más jóvenes[7].

Desde el punto de vista jurídico, el envejecimiento global y multigeneracional tampoco conlleva la posibilidad de vivir una vejez en condiciones sociales equitativas. Al contrario, es frecuente que las personas mayores queden sometidas a situaciones de gran fragilidad jurídica, causadas por interacciones sociales discriminatorias, "viejistas", que lesionan incluso sus derechos humanos más básicos. Los abusos y maltratos, la exclusión social, el abandono y aislamiento, la pobreza, la falta de acceso a la salud o las tecnologías, entre otras, son sólo algunos ejemplos de hechos que los convierten en un grupo vulnerable, debilitándolos para el acceso y ejercicio de sus derechos[8].

En este trabajo nos preguntamos acerca de las características y alcances jurídico de las practicas viejistas de la actualidad. Junto a ello, abordamos el análisis de las condiciones de su configuración en el ejercicio de derechos y en los procesos judiciales requeridos para su restitución.

II. Prácticas "viejistas" y vulnerabilidad jurídica

El denominado *ageism* por Butler[9], o bien, *viejismo* por Salvarezza[10], es un tipo particular de discriminación por razones de edad (edadismo) basado en la vejez de su víctima. Alude a una serie de creencias, normas y valores que justifican la discriminación de las personas por su vejez, cuyas

[7] DE SOUZA MINAYO, María Cecilia (2006). *Visâo antropológica do envelhecimento humano. Velhices: Reflexões contemporáneas*. PUC-SP, San Pablo, pp. 47-59.

[8] AUTOR (2002).

[9] BUTLER, Robert (1969). "Age-ism: another form of bigotry", en *The Gerontologist*. Winter, Nº 9 (4), pp. 243-246.

[10] SALVAREZZA, Leopoldo (2002). *Psicogeriatría: Teoría y clínica*. 2° ed. rev. y ampl., Paidós Ibérica, Buenos Aires, pp. 5-320.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consecuencias son comparables a los prejuicios contra las personas de distinto color, raza o religión o contra las mujeres o personas trans en función de su sexo[11]. Definen a la vejez desde enfoques reduccionistas y tendenciosos que derivan en justificaciones basadas en una comprensión falsa sobre personas o grupos a los que se dirigen. Son, pues, mecanismos desde donde se usa el poder para definir negativa o positivamente a unos en detrimento de otros.[12]

Para Butler, el viejismo se genera a causa de una alteración de los sentimientos, creencias o comportamientos que se produce en respuesta a la edad cronológica avanzada de un individuo o de un grupo de personas. En este proceso, los atributos de la persona referida son ignorados y los individuos son etiquetados de acuerdo con estereotipos negativos basados en la afiliación grupal. Un factor determinante de estas creencias e imágenes negativas es la dificultad de aceptar el paso del tiempo[13].

Los estereotipos dan una visión exagerada de algunos rasgos de la persona mayor[14], o brindan una concepción inventada, sin base real sobre el sujeto, pero que se considera razonable por su relación con tendencias de comportamiento que tienen cierto grado de verdad. Así, se

---

[11] IACUB, Ricardo (2011). *Identidad y envejecimiento*. Paidós, Buenos Aires, pp. 75-87.

[12] IACUB, Ricardo (2012). ¿Seguimos siendo los mismos? Actas III Jornadas de Musicoterapia en Geriatría y Gerontología: Sonido, Salud y Vejez. Asociación Argentina de Musicoterapia, Buenos Aires, pp. 21-33.

[13] BUTLER, Robert (1969), ob.cit.

[14] PALMORE, Erdman Ballagh (1990). *Ageism: Negative and positive*. Springer, New York, pp. 4-260; LOSADA BALTAR, Andrés (28 de febrero, 2004). *Edadismo: consecuencias de los estereotipos, del prejuicio y la discriminación en la atención a las personas mayores. Algunas pautas para la intervención*. Informes Portal Mayores, Madrid, Nº 14. Disponible en: http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/losada-edadismo-01.pdf; Sánchez Palacios, Concepción (2004). *Estereotipos negativos hacia la vejez y su relación con variables sociodemográficas, psicosociales y psicológicas*. [Tesis Doctoral, Universidad de Málaga], Málaga, pp. 27-46. Disponible en: http://www.biblioteca.uma.es/bbldoc/tesisuma/16704046.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

omiten, o no son suficientemente declaradas, las características positivas de la persona referenciada. No reflejan características positivas de las personas. No proporcionan información sobre la causa del dato que se señala. No facilitan el cambio, ni la observación de la variabilidad interindividual, siendo esto especialmente importante en el caso de las personas mayores, dadas las amplias diferencias de ellos entre sí. En definitiva, se trata de prácticas sociales dirigida a devaluar consciente e inconscientemente el estatus social de la vejez[15].

El viejismo se manifiesta de manera explícita e implícita y ello genera actitudes profundamente ambivalentes, en donde los discursos y los hechos no siempre son coherentes entre sí[16]. Para Levy y Banaji, uno de los aspectos más insidioso del viejismo es que puede operar sin ser advertido, controlado, o dicho, con intención de dañar de manera consciente. Logran demostrar además, que todos los seres humanos, en diferentes grados, nos encontramos atrapados en la práctica del viejismo implícito y algunas imágenes o expresiones cotidianas lo ilustran con mucha claridad[17]. Entre ellas, el estereotipo del viejo cascarrabias, los llamados viejos verdes, porque demuestran sentimientos sexuales hacia otra persona; la idea de la ancianidad como segunda infancia; la asociación de la senescencia con el olvido, los problemas de audición, o bien, con la lentitud y la pasividad.

---

[15] SALVAREZZA, Leopoldo (2002). *Psicogeriatría: Teoría y clínica*. 2a. ed. rev. y ampl. Paidós Ibérica, Buenos Aires, pp. 27-49.

[16] SALVAREZZA, Leopoldo (1998), ob.cit.; IACUB, Ricardo (2011). *Identidad y envejecimiento*. Paidós, Buenos Aires, pp. 75-87; MORENO TOLEDO, Ángel (2010). "Viejismo (ageism). Percepciones de la población acerca de la tercera edad: estereotipos, actitudes e implicaciones sociales", en *Revista Electrónica de Psicología Social, Poiésis*, Nº 19, junio, pp. 1-10. Disponible en: http://funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/view/101/75

[17] LEVY, Becca R. y BANAJI, Mahzarin (2004). "Implicit ageism" en Todd, Nelson (comp.), *Ageism. Stereotyping and Prejudice against Older Persons*. The Mit Press, Massachusetts, pp. 5-17.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Lamentablemente, el viejismo no sólo es reproducido diariamente por cualquiera de nosotros. También es sostenido por los medios de comunicación, las redes sociales, o las artes[18]. Para Levy y Banaji, esto sucede porque los procesos y comportamientos mentales que demuestran sensibilidad por la vejez se producen automáticamente en los pensamientos cotidianos, sentimientos, juzgamientos y decisiones de la gente común[19]. De allí la importancia que tiene el desarrollo de una perspectiva crítica sobre estas prácticas, lo suficientemente consistente como para desarticularlas con fundamento.

Como dice Iacub, "uno de los factores más interesantes relativos a la constitución del término viejismo es que Butler contribuyó decisivamente a introducir un giro político en la temática". Por un lado, antes de aceptarse este concepto, las personas mayores no eran reconocidos explícitamente como colectivo o grupo discriminado, como sí lo eran otros grupos en similares condiciones de vulnerabilidad social (negros, niños o mujeres). Y por otro lado, con ello, se ayudó a evidenciar la existencia de un problema cultural hacia la vejez, que debe ser interpretado también como un problema de toda sociedad que no acepta a ciertos grupos en su seno[20].

---

[18] FUSTER, Sergio Luis y VELAZQUEZ, Rodolfo (2005). *La ancianidad con los ojos del cine*. Ciudad Gótica, Rosario, pp. 13-147.

[19] LEVY, Becca R. y BANAJI, Mahzarin (2004), ob.cit.

[20] IACUB, Ricardo (2013). "Identidad social y variaciones del sí mismo en la vejez, entre los discursos modernos y posmodernos", en MONTES DE OCA Verónica, *Envejecimiento en América Latina y el Caribe*. UNAM, México, pp. 75-89; IACUB, Ricardo (2011), ob.cit.; PONCE, Silvia (2016). *Personas adultas mayores y no discriminación. Mirada desde la psicología*. Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo, Buenos Aires, pp. 17-36; IACUB, Ricardo; Castro, Irene; PETRANGOLO, Myriam y TUCHMANN, Paula (2009). *Prácticas no discriminatorias en relación con adultas y adultos mayores*. Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo, Buenos Aires, pp. 11-35.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. Condiciones jurídicas para la configuración de la discriminación

Para el Derecho, la discriminación por edad en general y la discriminación específica por vejez, traen aparejadas una compleja serie de efectos negativos, que inciden de manera directa sobre la persona en cuestión y le producen vulnerabilidad y dislocación social. En términos de McGowan, por su causa se generan pérdidas importantes de espacios, funciones y valoración personal, que se expresan en todo estatus social disminuido y en la decreciente participación social[21]

La teoría jurídica comprende esta práctica como todo acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea realmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida[22].

Es, por ello, un proceso complejo de poder, del cual derivan relaciones autoritarias, no valiosas e injustas para las partes, aun cuando generalmente cuentan con un alto grado de aceptabilidad social[23].

Para que la discriminación se configure jurídicamente tienen que darse, entonces, algunas condiciones.

1) En primer lugar, debe tratarse de una situación que viole el principio de igualdad, puede desarrollarse de manera activa o pasiva y cualquier sujeto puede ser su autor

[21] MCGOWAN, Thomas (2007). "Ageism and discrimination", en BIRREN, James E., *Encyclopedia of Gerontology*. Academic Press, Nueva York, pp. 724.

[22] RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús (2005). "Definición y concepto de la no discriminación", en *El Cotidiano*, N° 134, Universidad Autónoma Metropolitana, México, noviembre-diciembre, pp. 23-29; HUERTA OCHOA, Carla (2006). "La estructura jurídica del derecho a la no discriminación", en DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos (coord.), *Derecho a la no discriminación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, pp. 185-204.

[23] AUTOR (2006); LEVY, Becca R. y BANAJI, Mahzarin. (2004), ob.cit.; IACUB, Ricardo (2013), ob.cit.; IACUB, Ricardo (2011), ob.cit.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(personas humanas o jurídicas, públicas y privadas, instituciones comerciales o altruistas).

2) Por otro lado, se deben producir efectos negativos directos sobre la vida de la persona aludida, que vulneran sus derechos y su posición social.

3) Asimismo, no tiene que haber en ella razón alguna que sustente esa particular calificación, la distinción, o el trato diferente, de la cual ha sido objeto[24].

La ruptura de la igualdad aparece como injusta, diría Aristóteles, cada vez que se adjudican cosas iguales a quienes son desiguales; o bienes distintos a quienes son, en cambio, iguales entre sí[25]. La Constitución argentina, por ejemplo, se refiere a la igualdad general ante la ley, en el artículo 16 y también a la igualdad como regla de justicia distributiva aristotélica, en el artículo 75 incisos. 23 y 17 (acciones positivas con políticas distributivas desiguales, en mérito a la vulnerabilidad que sólo ciertos sectores de la población, allí reconocidos, padecen).

El viejismo constituye una práctica social violatoria del principio de igualdad porque se basa en prejuicios o estereotipos no fundados, que dañan la posición jurídica de las personas mayores y los margina socialmente[26]. Por ello, entre sus propósitos centrales, la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores estableció la obligación de trabajar en la promoción, protección y aseguramiento, en condiciones de igualdad, del reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos y li-

[24] HUERTA OCHOA, Carla (2006), ob.cit.

[25] ARISTÓTELES (1989). *La Política*. 18º ed., trad. DE AZCÁRATE Patricio, Espasa Calpe Austral, Madrid, pp. 89: "Así, la igualdad parece de derecho común, y sin duda lo es, no para todos, sin embargo, sino sólo entre iguales; y lo mismo sucede con la desigualdad; es ciertamente un derecho, pero no respecto de todos, sino de individuos que son desiguales entre sí"; AUTOR (2002).

[26] AUTOR (2002).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bertades fundamentales de la persona mayor y promover su plena inclusión, integración y participación social[27].

En el artículo 2 la Convención define a la discriminación, en general[28], para luego hacer referencia a la discriminación múltiple[29] y al viejismo o discriminación por edad en la vejez[30].

En el artículo 3, referido a los principios generales del tratado vuelve a aludir a la igualdad y no discriminación como postulado central explícito. También reconoce que el

[27] Organización de Estados Americanos. ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 1: "Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Convención, mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos".

[28] Organización de Estados Americanos, Asamblea General. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 2: "Discriminación: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada".

[29] Organización de Estados Americanos, Asamblea General. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 2: "Discriminación múltiple: Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación".

[30] Organización de Estados Americanos, Asamblea General. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf , Capítulo I, Artículo 2: "Discriminación por edad en la vejez: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

enfoque diferencial y la atención preferencial hacia las personas mayores son herramientas jurídicas clave para el desarrollo de la igualdad en tanto regla de justicia distributiva aristotélica[31]. Razón por la cual, los Estados parte tienen asimismo el deber de adoptar medidas afirmativas y de realizar todos los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos[32].

El capítulo IV, referido a los derechos protegidos, reconoce la problemática de la igualdad y no discriminación en dos oportunidades. En el artículo 5, cuando establece la prohibición de discriminación por edad en la vejez y al aludir a la obligación de poner en marcha políticas, planes y legislaciones basadas en el enfoque específico del envejecimiento y la vejez, "que contemplen a la persona mayor en condición de vulnerabilidad y a aquellas que son víctimas de discrimi-

---

[31] Organización de Estados Americanos, Asamblea General. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 3: "Son principios generales aplicables a la Convención:

a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.
d) La igualdad y no discriminación.
k) El buen trato y la atención preferencial.
l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
m) El respeto y valorización de la diversidad cultural".

[32] Organización de Estados Americanos, Asamblea General. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo III, Articulo 4: "No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor, así como para asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural. Tales medidas afirmativas no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado dicho objetivo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nación múltiple"[33]. También lo hace en el artículo 30, cuando el tema reaparece con relación al derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley, a la capacidad jurídica y al ejercicio de sus derechos patrimoniales[34]

En consecuencia, los estándares normativos interamericanos sobre la vejez nos llevan a pensar que el Derecho tiene

---

[33] Organización de Estados Americanos, Asamblea General. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf , Capítulo IV, Artículo 5: Entre las cuales de manera explícita la Convención incluye a "las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales".

[34] Organización de Estados Americanos, Asamblea General. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*, Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo IV, Artículo 30: "Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que actuar empoderando y valorando la autonomía de las personas que forman parte de esta etapa de la vida. Como señala Eysenck, si admitimos que los seres humanos somos diversos, nacemos diversos y nuestras experiencias vitales sirven para aumentar aún más si cabe la diversidad; es preciso entonces reconocer que "no es razonable ser tratados como si esta diversidad no existiera"[35].

IV. Las categorías sospechosas en el derecho de la vejez

La materialización jurídica de prácticas no discriminatorias es, como señala Dworkin, la consecuencia más clara y directa del derecho más general que tienen las personas de ser tratadas como iguales, es decir con consideración y respeto equivalentes entre sí. Todo lo cual supone no justificar distinciones basadas en categorías que resultan irracionales o desequilibradas para la comunidad de que se trate. Por ello, la determinación del carácter sospechoso de una diferenciación es fundamental[36]. También, exige establecer si la distinción es realizada de manera explícita o implícita. En general, las distinciones explícitas jurídicamente habituales son las que aparecen en la legislación, en cambio, las implícita se registran en comportamientos sociales no necesariamente avalados por la normativa en vigor.

El problema de la determinación de la validez de las diferenciaciones jurídicas ha sido motivo de análisis y desarrollo jurisprudencial dando lugar al dispositivo de las *"categorías sospechas y del escrutinio estricto consecuente*".

---

[35] Eysenck, Hans Jürgen (1987). *La desigualdad del hombre.* 1º ed. 1º reimp., trad. Sánchez Sáinz-Trapaga Natividad, Alianza, Madrid, pp. 198.

[36] Dworkin, Ronald (1992). *El imperio de la justicia.* 2° ed., trad. Ferrari Claudia, rev. Abril Ernesto, Gedisa, Barcelona, pp. 268-272; Dworkin, Ronald (1989). *Los derechos en serio.* 2º ed., trad. Guastavino Marta, Ariel, Barcelona, pp. 332.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El primer precedente registrado sobre esta problemática se remonta a 1938, cuando la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos introduce el concepto de *categoría sospechosa* al desarrollar la doctrina del *escrutinio estricto* para resolver un caso de discriminación en materia tributaria[37], United States vs. Carolene Products Co[38]. En ese caso, la Corte dejó entrever que toda vez que la legislación establezca distinciones, era necesario realizar un estricto escrutinio judicial para determinar si con ellas se estaban violando, o no, la igualdad ante la ley. Años más tarde, en 1944, en el caso Toyosaburo Korematsu vs. United States, la Corte se pronunció de manera aún más enfática al sostener que toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un solo grupo racial eran inmediatamente sospechosas[39]. A partir de allí, entre 1950 y 1960, el escrutinio estricto se utilizó para fundar diversos fallos que debían resolver sobre problemas de discriminación racial.

---

[37] Íñiguez Manso, Andrea Rosario (2014). "La noción de 'categoría sospechosa' y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 43, Valparaíso, diciembre, pp. 495-516; Treacy, Guillermo F. (2011). "Categorías sospechosas y control de constitucionalidad", en *Lecciones y Ensayos*, Nº 89, pp 18-216. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200013; SABA, Roberto (2008). "Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo II. Disponible en: file:///C:/Users/Alejandro/Dropbox/0.%20Fundamentos%20del%20derecho%20de%20la%20vejez/Lecturas/Categorias%20sospechosas/Desigualdad%20Estructural%20y%20Categor%C3%ADas%20Sospechosas%20_%20Roberto%20P%20Saba.html

[38] U.S. Supreme Court (1938). United States vs. Carolene Products Co. 304, US 144. Disponible en: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=304&invol=144. La autora inicia una demanda contra el Estado Norteamericano en virtud de las regulaciones económicas "diferentes" impuestas al comercio interestatal de la leche en el contexto del "New Deal"

[39] U.S. SUPREME COURT (1944). Toyosaburo Korematsu vs. United States. 323 US 214. Disponible en: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=323&invol=214.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En Bolling vs. Sharpe[40] se reclamaba en contra de la segregación en los colegios públicos del distrito escolar de Columbia, lo cual afectaba los derechos de los niños de color asegurados en la quinta enmienda de la Constitución Norteamericana. La Corte acogió la demanda y, entre otras cuestiones, declaró que las clasificaciones basadas sólo en la raza deben ser escrutadas con un cuidado particular, porque son contrarias a nuestras tradiciones y por lo tanto constitucionalmente sospechosas[41].

En Brown vs. Board of Education of Topeka[42], sobre segregación racial en las escuelas públicas de Topeka, Kansas, la Corte Suprema había resuelto en igual sentido.

Finalmente, en Loving vs. Virginia, la Corte pudo aplicar de una manera más contundente, el criterio de escrutinio estricto. Como nos recuerda Íñiguez Manso, el caso se relacionaba con la prohibición de casarse entre personas de distinta raza[43]. En 1958, Richard Loving, de raza blanca, se casó con Mildred Jeter, una mujer de color. Ambos residían en Virginia, pero las leyes estatales no permitían el matrimonio interracial. En consecuencia, la pareja se casó en Washington D.C y regresaron a Virginia en donde fueron procesados por fraude a la ley y condenados en 1959 a un año de cárcel (la cual se conmutó si los Loving se comprometían a no volver juntos a Virginia durante 25 años). Por esa razón, el matrimonio se mudó a Washington D.C y, en 1963 presentaron una demanda contra el Estado de Virginia por vulnerar la enmienda catorce de la Constitución (que consagra la igualdad ante la ley). El Estado, por su parte, argumentó que el

[40] U.S. SUPREME COURT (1954). Bolling vs. Sharpe. 347 US 497. Disponible en: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=497.

[41] Íñiguez Manso, Andrea Rosario (2014), ob.cit.; Dworkin, Ronald (1992), ob.cit.

[42] U.S. SUPREME COURT (1954). Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 US 483. Disponible en: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483.

[43] Íñiguez Manso, Andrea Rosario (2014), ob.cit.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

precepto legal tenía como fin "mantener la integridad racial de sus ciudadanos" y evitar "la corrupción de la sangre".

Como decisión final, la Corte acogió el reclamo de los Loving y señaló que la cláusula de igual protección requiere que las clasificaciones raciales -especialmente si están contenidas en estatutos criminales-, deben sujetarse al más estricto escrutinio. Señaló que en las leyes de Virginia no había un propósito decisivo, independiente de una odiosa discriminación racial, que justifique esta clasificación. Pero, además, enfatizó que la prohibición de matrimonios interraciales entre las personas blancas era claramente una medida puramente eugenésica, solo destinada a mantener la supremacía blanca[44].

Años más tarde, la doctrina del escrutinio estricto de las categorías sospechosas de discriminación fue utilizada por otros Tribunales norteamericanos para proteger la igualdad ante la ley respecto del derecho al matrimonio de parejas homosexuales (casos Hernández vs. Robles de 2006 y Perry vs. Schwarzenegger de 2010)[45], consolidándose, así como herramienta jurídica aplicable[46].

La Corte Interamericana también ha dado lugar a fallos en los cuales se aplicó este dispositivos, con base en la normativa del Pacto de San José de Costa Rica (art. 1.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2.) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26), que contienen disposiciones referidas a la

[44] Íñiguez Manso, Andrea Rosario (2014), ob.cit.

[45] U.S. Court District California (2010). Perry vs. Schwarzenegger, 704 F Supp. 22d 921. Disponible en: https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf.
U.S. New York Court of Appeals (2006). Hernández vs. Robles, NY3d 338. Disponible en: http://caselaw.findlaw.com/ny-court-of-appeals/1479219.html.

[46] Íñiguez Manso, Andrea Rosario (2014). "La noción de 'categoría sospechosa' y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 43, Valparaíso, diciembre, pp. 495-516.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

prohibición de todo tipo de discriminación basada en motivos de raza, religión, sexo, color, idioma, origen nacional, o la posición económica. Entre los más importantes se destacan dos casos Atala Riffo y niñas vs. Chile, y, Norín Catrimán y otros vs. Chile.

En el fallo Atala Riffo y niñas vs. Chile[47], la litis se trabó por un reclamo de responsabilidad internacional del Estado a causa del trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala. Durante el proceso judicial chileno, esta mujer fue discriminada al negársele el cuidado y custodia de sus hijas, menores de edad, debido a su orientación sexual.

En Norín Catrimán y otros vs. Chile, el concepto de categoría sospechosa fue utilizado, entre otras cuestiones, en virtud de la violación a la igualdad en el acceso a la justicia de ocho personas pertenecientes a pueblos indígenas[48].

En Argentina, como reseña Buteler, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido adoptando la doctrina de las categorías sospechosas de manera creciente con relación a la nacionalidad, la sexualidad, la edad, la profesión y la libertad de expresión[49]. La cuestión de la nacionalidad ha sido tratada en los casos: Repetto[50], Calvo y Pesini[51], Hooft[52], Go-

[47] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Atala Riffo y niñas vs. Chile. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

[48] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

[49] Buteler, Alfonso (27 de Julio, 2015). "¿Qué categorías son sospechosas de inconstitucionalidad?", en *Diario Constitucional y Derechos Humanos*, Nro 77. Disponible en: http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/08/Doctrina1695.pdf

[50] Corte Suprema De Justicia De La Nación (1988). Repetto. Fallos 311:2272

[51] Corte Suprema De Justicia De La Nación (1988). Calvo y Pesini. Fallos 321:194

[52] Corte Suprema De Justicia De La Nación (2004). Hooft. Fallos 327:5118

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ttschau[53], R. A., D.[54], Mantecón Valdés[55] y Perez Ortega[56]. La temática de la sexualidad, en el caso González de Delgado[57].

En la causa Arguello, se trató la discriminación por razón de edad, a causa del límite impuesto al ejercicio a la docencia universitaria[58]. La discriminación en el ejercicio para la profesión notarial, en el caso Franco[59]. La discriminación en el campo de la libertad de expresión en Verbitsky[60] y en S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias[61]. Por último, ha estimado contenedoras de la presunción de discriminación inconstitucional a las normas que imponen el pago de una deuda ajena tanto en Rodríguez[62] y en el caso Escudero[63].

V. Conclusiones

El reconocimiento del *viejismo* como práctica violatoria de la igualdad se realizó por primera vez en el mundo en la "Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores". Este tratado hizo visible tanto las condiciones para la calificación jurídica de un hecho de discriminación viejista, como también da consistencia al uso del dispositivo de las categorías sospechosas en toda lucha

---

53 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2006). Gottschau. Fallos 329:2986

54 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2007). R. A., D. Fallos 330:3853, voto de los jueces Petracchi y Argibay.

55 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2008). Mantecón Valdés. Fallos 331:1715

56 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2013). Perez Ortega. Fallos 336:131

57 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2000). González de Delgado. Fallos 323:2659

58 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2004). Arguello. Fallos 327:5002

59 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2002). Franco. Fallos 325:2968

60 Corte Suprema De Justicia De La Nación (1989). Verbitsky. Fallos 312:916

61 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2001). S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias. Fallos 324:975, voto disidente del juez Petracchi.

62 Corte Suprema De Justicia De La Nación (1993). Rodríguez. Fallos 316:713

63 Corte Suprema De Justicia De La Nación (2000). Escudero. Fallos 323:2552

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de derechos, la cual obliga a un escrutinio estricto de las razones de la distinción establecida. Este dispositivo puede ser utilizado para denunciar distinciones legislativas explícitas sin sustento gerontológico (Resolución conjunta N° 16/2020 Ciudad de Buenos Aires[64]), tanto como para dar batalla a las costumbres o prácticas sociales sustentadoras de viejismos implícitos e explícitos, muchas de las cuales suelen rayar con prácticas de violencia simbólica o material.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestras democracias adeudan todavía el desafío de suprimir la discriminación histórica y la situación de exclusión que viven muchas colectividades, grupos y personas mayores de las Américas, basadas en factores muy diversos entre sí[65]. Sin embargo, nuestra región ha dado a luz herramientas jurídicas muy potentes, tanto para identificar situaciones de discriminación, como para construir respuestas jurídicas más ajustadas al sentido actual de la vejez que den lugar a soluciones basadas en el principio estratégico de la igualdad y no discriminación.

[64] Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Resolución Conjunta n° 16/MJGGC/20. Disponible en: https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/515289

[65] Corte Interamericana de derechos humanos (2014). *Universalización del sistema interamericano de derechos humanos*. Organización de Estados Americanos. OEA, Washington. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/universalizacion-sistema-interamericano.pdf, pp. 43.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La negación del derecho a la vivienda por ser Trans en Bolivia

The denial of the right to housing for being Trans in Bolivia.

Michael Juan Ramón Vega Quevedo[1]
Universidad Mayor de San Simón. Bolivia

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Otoño 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e534
Recibido: 31/07/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/ 0000-0002-3007-9958

Resumen[2]**:** La construcción del Estado Plurinacional de Bolivia abrió las puertas para el reconocimiento de la igualdad basada en la diferencia, reconociendo identidades sometidas por las relaciones coloniales de poder, como, por ejemplo, las personas trans. Esta nueva lógica de Estado propone como fin supremo el vivir bien para todas las

[1] Activista LGBT+. Lic. en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Mayor de San Simón; Diplomatura de postgrado en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales por la Universidad de Buenos Aires; y egresado de la Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata.

[2] El presente trabajo no tiene como intención apropiarse ni capitalizar las voces trans de Bolivia, al contrario, pretende ser un canal para evidenciar las falencias del Estado Plurinacional de Bolivia en garantizar el derecho a la vivienda de las personas trans en su territorio; aportar a la investigación y servir de herramienta para exigir un cambio. Gracias a Rayza Torriani y Luna Sharlotte Humerez Aquino por compartir sus vivencias y perspectivas. En memoria de la compañera Rayza Torriani impulsora de la Ley de Identidad de Género en Bolivia que perdió la batalla contra el COVID-19.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

personas, asegurando sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, particularmente el derecho a la vivienda. Sin embargo, a pesar de esta nueva concepción, las personas trans siguen siendo sometidas dentro de un sistema de violencia estructural, sin vivienda y expulsadas de los programas de vivienda de interés social.

Palabras clave: Identidad de Género, Derecho a la Vivienda, Plurinacionalidad, Descolonización

Abstract: The construction of the Plurinational State of Bolivia opened the doors for the recognition of equality based on difference, recognizing identities subjugated by colonial power relations, such as trans people. This new logic of the State proposes as its supreme goal to live well for all people, ensuring their economic, social, cultural and environmental rights, particularly the right to housing. However, despite this new conception, trans people continue to be subjected within a system of structural violence, homeless and expelled from social housing programs.

Keywords: Gender Identity, Right to Housing , Plurinationality,/ Decolonization

---

I. Introducción

La Constitución Política de Bolivia vigente desde el año 2009 (de ahora en adelante "la CPE") permitió su refundación en un Estado Plurinacional como resultado de la lucha de los movimientos sociales, especialmente de la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas. En su preámbulo establece ciertas pautas generales de su contenido, por ejemplo, la reivindicación de la existencia de una diversidad de personas y culturas desde tiempos ancestrales; el respeto y convivencia con la pluralidad de ellas; y el reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales:

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> (…) Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas (…) El pueblo boliviano, de composición plural (…) construimos un nuevo Estado (…) basado en el respeto e igualdad entre todos (…) donde predomine la búsqueda del vivir bien (…) en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. (2009)

De lo anterior se debe observar dos cuestiones importantes; en una primera instancia, que la recuperación de los principios, valores éticos-morales ancestrales previos a la colonia y la visión de la pluralidad en todas las cosas, asientan las bases del nuevo Estado Plurinacional en la que no se admite ninguna forma de discriminación. Por lo tanto, a partir de esta visión plural de las cosas, las personas con diversa orientación sexual e identidad de género son protegidas por la Constitución. Segundo, uno de los fines máximos de este nuevo pacto social es la búsqueda del vivir bien, por lo que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales reconocidos en la norma suprema, especialmente el derecho a la vivienda, son protegidos y redefinidos.

Sin embargo, a pesar de que existe todo un conjunto normativo compacto tanto internacional, como nacional en favor de la protección de población trans; el Estado las excluyó intencionalmente de las políticas públicas y el acceso a los programas de vivienda de interés social. Un abandono que comienza desde el aparato estatal y que termina consolidándose en la misma sociedad. Una perspectiva que sigue perpetuando las relaciones coloniales de poder heredadas de la invasión y que son contrarias al Estado Plurinacional y Comunitario, cuyo fin supremo es la descolonización, la plurinacionalidad y el vivir bien.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para desarrollar el trabajo de investigación que se propone se implementó la investigación bibliográfica, con el fin de desarrollar a profundidad el tema de investigación; además se realizó un análisis jurídico de los estándares normativos y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales en contraste con la doctrina existente en la materia. El presente escrito es acompañado por abordajes de la realidad empírica a través de la realización de dos entrevistas semiestructuradas a Rayza Torriani referente nacional de REDLACTRANS en Bolivia, coord. de proyectos y ex presidenta de la REDTREBOL; y por otro lado a Luna Sharlotte Humerez Aquino presidenta de la Organización de Travestis, Transgéneros y Transexuales Femeninas de Bolivia y miembra de la REDFEMITRANSLAC.

II. Aproximación a una Interpretación de la Identidad de Género desde la Plurinacionalidad y la Descolonización

La plurinacionalidad y la descolonización son características propias del nuevo Estado, empero, no solo pueden ser pensados como tales, sino también como fines supremos del Estado plurinacional. Así lo afirma el art. 9 de la CPE cuando delega como uno de los fines y funciones supremas del Estado el de "[c]onstituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales" (2009).

La jurisprudencia constitucional asumió este razonamiento al señalar que la plurinacionalidad trata de resolver tres problemas del anterior Estado, "1) La relación colonial y el poder que ésta ejercita; (…) 2) La ambigüedad fundacional de la nación y sus modelos de Estado y sociedad excluyentes (…) y, 3) La consolidación democrática y constitucional (…)" (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, SCP 0260/2014, 2014, p. 17).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este mismo sentido el Tribunal Constitucional Plurinacional (en adelante "TCP") también mencionó que, en relación a la interpretación de la plurinacionalidad, no solo se puede visibilizar en el aspecto cultural, sino también en el aspecto físico; por lo tanto, no deben ser usados como pretexto para discriminar a las personas; sino al contrario se debe considerar esta diversidad como riqueza estatal. Esta discriminación tiene como origen la relación de subordinación de un grupo sobre otro y es reproducida por las relaciones coloniales de poder y, por lo tanto, a través de la descolonización se busca desmontarlas. A pesar de ello, la descolonización no debe ser entendida en un sentido estricto orientado únicamente a desmantelar las relaciones de subordinación sobre los pueblos indígenas, sino también en sentido amplio, aplicado a todos los ámbitos, ya que la lógica de poder colonial no solo los subordina a ellos, sino también a otros grupos o colectivos que son rechazados y expulsados del sistema por no enmarcarse en lo que se considera como "normal". (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014)

Entonces la identidad de género no puede ser pensada e interpretada solamente desde una visión occidental, como lo hacía anteriormente el Estado monocultural, en el cual se imponía una sola forma de concebir las cosas y expulsaba la diferencia, tanto como de personas, como de cualquier otro saber y/o credo, excluyendo a otras formas de existencia, vivencias y culturas. Sino que debe interpretarse desde la plurinacionalidad y la descolonización debido a que:

> (…) un Estado plurinacional, que se construye a partir de la diversidad existente, sólo puede consolidarse en la medida en los diferentes pueblos, colectividades y personas se encuentren en una relación de equilibrio y armonía, donde esté ausente la discriminación que tiene como fundamento, precisamente, a las relaciones coloniales de poder (…).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, SCP 0260/2014, 2014, p. 19)

Si un Estado que reconoce la existencia de diferentes naciones indígenas, originaras, campesinas y afrodescendientes, no acepta que, así como existe diversidad en esos pueblos en sus formas de existir, vivir y concebir las cosas, también existe la pluralidad de personas con diversa orientación sexual e identidad de género; estaríamos frente a un nuevo Estado que iza las banderas de la plurinacionalidad y la descolonización, pero sigue excluyendo a las personas de diversa identidad de género. A consecuencias de ello, perpetua las estructuras colonizadoras en el sexo, género y deseo que no existían previamente a la colonia. Silvia Rivera Cusicanqui en una entrevista decía que "(…) luchar por el pluralismo étnico, por el reconocimiento de diferentes identidades culturales, por añadidura implica no más luchar por todo tipo de aceptación y reconocimiento de todo tipo de diversidad" (Vargas y Aruquipa, 2013, p. 33).

Al repensar la discriminación estructural que sufre en la actualidad la población trans desde la plurinacionalidad y la descolonización, deben preguntarse ¿Cómo concebían el género y la sexualidad las poblaciones prehispánicas? ¿La discriminación que sufren las personas trans en la actualidad es resultado de las relaciones coloniales de poder?

En una primera instancia, para resolver estas preguntas, el preámbulo de la Constitución (2009) da una posible respuesta de interpretación cuando establece que desde tiempos ancestrales la Madre Tierra era poblada con diversidad de rostros, por lo que existía una visión y comprensión de pluralidad en todas las cosas, personas y culturas, por lo tanto, no conocían de racismo hasta que llegaron los tiempos de la colonia.

El investigador Michael J. Horswell (2000) llegó a la conclusión que, en la zona andina, previamente a la invasión europea, existía una concepción diferente de la sexualidad y

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del género que estaba asociada a rituales sexuales sagrados. Desde una concepción occidental fueron confundidas con las prácticas sodomitas sancionadas por la iglesia católica, y por lo tanto se produjo una represión violenta en contra de los indígenas que la practicaban durante la colonia. Además, escribió sobre la existencia de un tercer género en la cosmovisión andina. Para él, las personas pertenecientes a este tercer género no eran: "(…) ni hombres ni mujeres, sino subjetividades con sus propias características y funciones simbólicas en la cosmología y en la reproducción cultural. Vemos como prácticas (…) no procreantes y el travestismo funcionan como signos corporales en los ámbitos rituales de la zona (…)" (Horswell, 2000, p. 56).

Al retomar de nuevo los fines del Estado Plurinacional que tiene por objetivo lograr la consolidación de la plurinacionalidad a través de la descolonización, es decir recuperar prácticas culturales, principios y valores ético-morales propias de las cosmovisiones de las distintas etnias que conforman Bolivia; no se puede negar que en estas culturas también existió una visión diferente de la sexualidad y el género, y que previo a la colonia existió armonía entre el hombre, la mujer y otras subjetividades "[q]uien se ocupó de ocultarlos y de borrarlos, fue la Iglesia y (…) fue tan fuerte, el cimiento que ha sentado ha sido tan fuerte, que ha hecho que se olvide" (Álvarez Mollinedo *et al.* 2015, pp. 426, 427).

El Estado Plurinacional de Bolivia ha introducido e impulsado dentro de su nueva visión y política de Estado, e inclusive en su jurisprudencia constitucional el concepto de *chachawarmi* que es entendido como una "(…) visión esencialista (…) que interpreta a la pareja hombre/mujer (fusionados en aymara en el concepto chachawarmi) como la expresión natural de un modelo cosmogónico indígena dualista organizado en torno a elementos complementarios sexuados" (Álvarez Mollinedo *et al.* 2015, p. 421). A pesar de esto, Álvarez Mollinedo y Aruquipa Pérez (2015) mencionan que es un concepto heredado de la colonialidad y resultado

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

directo de la influencia de la iglesia católica y de la ciencia, por alrededor de más de quinientos años en el que se ha impuesto la división de sexos de forma binaria; esta relación de reciprocidad termina por anular cuerpos, placeres y sexualidades. A consecuencia de ello, reproducir el discurso de descolonización a partir del *chachawarmi* podría consolidar un nuevo discurso hegemónico nuevamente binario.

Entonces el *chachawarmi* interpretado en la actualidad sigue expulsando a otras formas de entender el género y la sexualidad y no reconoce, o reivindica las subjetividades ancestrales preexistentes en la *abya yala*. En otras palabras, de un "*hetero-cistema*" hegemónico estaríamos pasando a un *chachawarmi,* una nueva hegemonía heredada de la colonialidad que sigue fundamentándose en bases esencialistas y biológicas. En este mismo sentido Silvia Rivera Cusicanqui en una entrevista decía que:

> (…) lo que ha pasado últimamente ha sido que el indianismo ha estado en manos de gente letrada con ideas muy inventadas de lo que pudo haber sido la tradición y por lo tanto han sido mucho más autoritarios para negar la homosexualidad que lo que pudieran ser las bases de las comunidades, que me parece tenían un gesto de mayor tolerancia. (…) todo lo que sale de lo normal, en el mundo indígena es visto como una señal de los Dioses. (Vargas y Aruquipa, 2013, pp. 27-28)

Ahora bien, en este nuevo contexto de reivindicación durante la asamblea constituyente, se abrió la puerta de entrada para que la población TLGB+ de Bolivia pudiera participar dentro del debate y su redacción. Su lucha, fuerza, resistencia y determinación permitió que se introdujera en el artículo 14 de la Constitución (2009) la prohibición y sanción de toda forma de discriminación fundada en razón de identidad de género y orientación sexual.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. El Derecho a la Vivienda y su Concepción en el Estado Plurinacional

El Derecho a la vivienda es un derecho que fue reconocido como humano en diferentes instrumentos internacionales en la materia. Así, en el sistema universal de protección, el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) concibe que "[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda (…)". Este razonamiento se repite en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)[3].

Por otro lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos (1948) reconoce de manera indirecta al derecho a la vivienda, en conexión con el derecho a salud, en razón que los medios para proteger este último son las medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda. Es preciso resaltar, que ni la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) (ahora en adelante CADH), ni su Protocolo Adicional "Protocolo de San Salvador" reconocen el derecho a la vivienda de manera explícita, empero sí podría hacerlo a través de la interpretación del artículo 26 de la CADH.

Es por eso que autores como Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2017) se atreven a confirmar la inexistencia de un derecho a la vivienda dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, pero no porque no existe posibilidad de protección o que no pueda desprenderse del contenido del art. 26 de la CADH, sino por falta de voluntad de la Corte

[3] Este razonamiento se repite en artículo 5 inciso c de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); el artículo 14 inciso h de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); artículo 27 numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1986) artículo 28 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Interamericana de Derechos Humanos (ahora en adelante Corte IDH) de proteger la vivienda como derecho autónomo y declarar la responsabilidad estatal por su vulneración.

Como se puede evidenciar, si bien es cierto que existió resistencia para incorporar derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en los convenios internacionales, no es menos cierto que hubo mayor resistencia por parte de los Estados de darle mayor protección y autonomía al derecho a la vivienda. Eso no se evidenció en cambio en el nuevo pacto social de Bolivia que dio como consecuencia la nueva Constitución (2009), ya que como fue expuesto previamente, desde su preámbulo deja claro que el nuevo Estado tiene como único fin supremo lograr el vivir bien dándole a la vivienda un sentido de convivencia colectiva. Es así como, en su artículo 19 reconoce no solamente un derecho a la vivienda adecuada, sino también el derecho a un hábitat orientada a dignificar la vida familiar y comunitaria. Además, delega al Estado la responsabilidad de promover políticas de vivienda de interés social mediante sistemas adecuados de financiamiento, basándose en los principios de solidaridad y equidad, dando prioridad a las personas en situación de vulnerabilidad. (Constitución Política de Bolivia, 2009)

Para entender mejor lo que significa la vivienda en la interpretación dentro un Estado Plurinacional se debe recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional como máximo intérprete de la Constitución, es así que en la SCP 0348/2012 entiende a la vivienda como un derecho fundamental que emerge de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, pero no lo entiende simplemente como un techo para dormir, sino como un lugar que dignifique la vida, resaltándolo como un medio de supervivencia, seguridad y autonomía. Si bien menciona que es un presupuesto básico para la satisfacción de otros derechos como la vida, salud, agua potable, servicios básicos, enfatiza que la CPE lo incorpora como derecho autónomo a diferencia de los estándares internacionales.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero su interpretación no solo se detiene ahí, sino que el TCP califica la naturaleza del derecho a la vivienda como profundamente humana, y que por esta razón el alcance humano de este derecho comprende la protección contra el desalojo; el acceso a servicio básicos e infraestructura; costos accesibles y acceso a subsidios; la habitabilidad y protección contra climas desfavorables y la enfermedad; el acceso a la vivienda a grupos en situación de vulnerabilidad; y la no contaminación. (SCP 0426/2012, 2012) Estas dos interpretaciones previas de cierta forma se siguen enmarcando en los estándares internacionales desarrollados por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General No.4.

La diferencia radica cuando en el marco del Estado Plurinacional Comunitario, las interpretaciones occidentales empiezan a convivir con las interpretaciones propias del territorio y en la jurisprudencia empieza a surgir una mezcla de concepciones entre los estándares internacionales que de cierta forma coexisten en armonía con otras visiones en el marco de la plurinacionalidad y la interculturalidad. Así, por ejemplo, el TCP (2016) en la SCP 0972/2016-S1 realiza una visión de la vivienda desde una interpretación plural y llega a la conclusión que desde la cosmovisión andina – a diferencia de la concepción occidental- no se reduce a un bien patrimonial de carácter mercantil, sino que es entendido como un micro universo en el que transita la vida y la existencia, además de un punto de encuentro entre el dentro-afuera y el ahora-más allá, constituyéndose un lugar sagrado, donde se reproduce la sociedad comunitaria.

Lo que sí preocupa y llama la atención es que el TCP a pesar de mencionar en su jurisprudencia de manera general la prioridad del acceso a la vivienda a grupos en situación de vulnerabilidad, realiza un énfasis en ciertos grupos, omitiendo a las personas de diversa orientación sexual e identidad de género, lo que lleva a pensar sí el TCP carece de un enfoque de derechos LGBT+.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. De la Teoría de la Plurinacionalidad y la Descolonización a la Práctica, la Sentencia Constitucional 0076/2017

Desde el año 1948 en el que fueron aprobados tanto la Declaración Universal (1948), como la Declaración Americana de los Derechos Humanos (1948), momento en el que nacieron los derechos humanos formalmente, se reconoce la libertad, la dignidad, a todas las personas sin ninguna distinción, si bien se hace referencia a una lista de pretextos discriminatorios, no son de carácter restrictivo, sino meramente enunciativo, abriendo la posibilidad de protección a cualquier persona a la que se les nieguen sus derechos bajo un pretexto discriminatorio en las que operen relaciones de poder y subordinación de un grupo a otro. Es decir, desde ese momento las personas trans ya se encontraban protegidas.

Una cuestión diferente es que los Estados, aprovechándose de que no existiera el reconocimiento expreso de la orientación sexual y la identidad de género como motivos de discriminación, y bajo claras influencias culturales, conservadoras y religiosas han perpetuado la violencia, sometimiento y discriminación estructural hacia las personas de diversa orientación sexual e identidad de género, especialmente a las personas trans. Ante esta situación, la interpretación de la discriminación en los instrumentos internacionales debía ser (re)pensado, (re)conducido y (re)afirmado, de manera expresa, para que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos de las personas trans.

A consecuencia de ello, la protección de las personas trans no nace de un día para el otro, debido que a pesar de que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, bajo el paraguas de la supuesta universalidad, afirmaban rotundamente que los derechos humanos eran universales, eso solo quedó escrito en papel. Porque la rea-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lidad demostró que, evidentemente los derechos humanos son para todos los seres humanos, claro siempre y cuando no seas una persona trans. Es así como empieza a aparecer estándares internacionales, que, por no ser el motivo de estudio en este trabajo, solo se mencionará a manera de ejemplo dos de ellas, que son vinculantes, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento conforme a la jurisprudencia del TCP y el bloque de constitucionalidad en el Estado de Bolivia[4].

En el ámbito de protección universal el Comité DESC (2009) en su Observación General No. 20 reconoció de manera expresa que "[e]n "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, (…) [l]a identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación" (párr. 32). En el mismo sentido, dentro del Sistema de Protección Regional Interamericano, la Corte IDH (2017) en la Opinión Consultiva OC-24/17 ha establecido que "(…) la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención" (párr. 68).

En Bolivia, el año 2016 se promulgó la Ley N° 807 de Identidad de Género que reconoce y protege la identidad de género auto percibida, y además garantiza a través de su artículo 11 el ejercicio de todos los derechos fundamentales, incluidos los económicos y sociales para las personas que hayan tramitado su documento de identidad; empero, grupos fundamentalistas y religiosos apoyados por legisladores presentaron una acción de inconstitucionalidad abstracta que dio como resultado la SCP 0076/2017 que declaró la inconstitucionalidad en parte del art. 11 de la Ley de Identidad de Género, eliminando la posibilidad de ejercer el derecho al matrimonio igualitario, la adopción, y todos los derechos del género auto percibido.

[4] Todo el *Corpus Iuris* del derecho internacional de los derechos humanos forma parte del bloque de constitucionalidad en Bolivia conforme al art. 410 de la norma suprema; por tanto, son vinculantes para el Estado en función de lo establecido por el TCP en las SCP 0846/2012, SCP 0110/2010-R, SCP 1250/2012 y SCP 0137/2013.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los argumentos de este fallo usaron un juego diferente de palabras y frases trans-odiantes, por ejemplo, riesgo de fraude en el matrimonio, no poder concretar la procreación y la perpetuación de la especie humana; las tareas de cuidado y crianza en el matrimonio; la complementariedad biológica del hombre y de la mujer; el interés superior de la niña, niño y adolescente en casos de adopción; las obligaciones inherentes a la identidad de género asumidas; fraude en distintas relaciones jurídicas; la obligatoriedad de informar su transición a fines del interés colectivo. (Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 0076/2017, 2017)

La Sentencia Constitucional 0076/2017, demostró que los magistrados siguen perpetuando las relaciones coloniales del poder heredadas de la invasión, negándose a implementar los estándares internacionales de derechos humanos en la materia; a recuperar y reivindicar las cosmovisiones, prácticas ancestrales y valores éticos-morales previos a la colonia, comportamiento contrarío a la visión del nuevo Estado Plurinacional. Indagando a profundidad, la SCP 0076/2017 podía ser una sentencia ejemplar, el TCP se encontraba facultado para que, de manera conjunta, aplique un control de convencionalidad y constitucional, desde la plurinacionalidad y la descolonización, razonamiento combinado que ya venía realizando en la jurisprudencia constitucional previa, debido a que en Bolivia coexisten en armonía pluralidad de sistemas y concepciones.

Los resultados fueron catastróficos pues a consecuencia de ello, la violencia hacia la población trans aumentó. (Organizaciones de la plataforma Derechos Aquí y Ahora Bolivia, 2019, párr. 26) Es importante el análisis del fallo desglosado anteriormente porque permite demostrar la discriminación estructural a la que es sometida la población trans y que deviene desde el aparato estatal. Además, permite entender por qué razón la población trans es excluida de las políticas estatales de vivienda social a pesar de ser un grupo en situación de vulnerabilidad.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. Las Personas Trans en Situación de Sometimiento y sin Derecho a la Vivienda

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante la Comisión IDH) encontró que las personas trans son excluidas de cualquier oportunidad de trabajo formal y de todas las políticas de bienestar social, a consecuencia de ello se produce desempleo y pobreza, siendo el trabajo sexual la única opción como medio de supervivencia, exponiéndose a la criminalización y un ciclo permanente de pobreza. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015)

Así mismo, la pobreza se da en mayor medida en la población trans con relación a otros grupos en situación de vulnerabilidad, caracterizada especialmente por los obstáculos para acceder a la vivienda. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017) Además se observó que "(…) existe un vínculo estrecho entre la falta de vivienda, el trabajo sexual o el sexo por supervivencia, y la violencia" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, párr. 375).

La exclusión de las personas trans comienza en los hogares y las escuelas cuando comienzan a mostrar sus identidades no normativas, y ante el rechazo por parte sus familias, profesores y la población en general son expulsadas de sus hogares y escuelas produciendo números elevados de falta de vivienda en toda la región; esto no sólo se da en el seno de la familia, sino también cuando una persona alquila una propiedad generalmente es expulsada por el propietario o los vecinos. En casos extremos son desplazadas de sus comunidades, ciudades o sus propios países (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Bolivia no es ajeno a lo que la Comisión IDH ha demostrado, Luna Humerez menciona durante la entrevista que:

> (…) vivimos en una sociedad machista, patriarcal (…) entonces eso hace que las familias no compren-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> dan la identidad de las compañeras o compañeros trans, (…) pues prácticamente terminan echando a la calle (…) eso lleva a que las mujeres trans estén en peligro porque se van a la calle, tiene que buscar un lugar donde dormir, tienen que buscar como alimentarse (…) porque la familia les ha dado la espalda, a partir de ello muchas mujeres trans empiezan a ejercer la prostitución, el trabajo sexual (…).

Es necesario mencionar que esta expulsión del seno familiar se da principalmente cuando las personas trans asumen su identidad siendo menores de edad, por ejemplo, Rayza Torriani enfatiza que "jóvenes que han empezado a asumir una identidad de género diferente a lo que los padres tienen costumbre del binomio hombre-mujer, en su juventud los han arrojado de su casa a los 13, 14, 15 años (…)".

Ahora bien, cuando las personas trans se encuentran en una situación de calle, si bien el trabajo sexual les permite sobrevivir y alojarse en viviendas precarias, especialmente alojamientos, son expuestas a un peligro inminente y constante que puede acabar con sus vidas; como pudo corroborar la Comisión, a partir de datos de la sociedad civil, la expectativa de vida en las personas trans en la región no supera los 35 años. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017) En esta misma línea Luna Humerez explica que:

> (…) las dos últimas compañeras trans que han asesinado estaban en alojamiento (…) han recibido clientes ahí y las han asesinado (…) se puede ver entonces que en esos espacios de vivienda donde ellas están habitando por tiempos cortos es donde pasan estas situaciones, estos crímenes de odio (…) a la población trans.

Por otro lado, también es preciso analizar que la expulsión de la vivienda de una persona trans también se puede

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dar en este contexto, es decir cuando se encuentran en situación de alquiler ya sea dentro de una habitación en una casa o un alojamiento; Luna Humerez afirma que

> (…) los dueños de casa son abusivos al ver que son hombres o mujeres trans los acosan, les cobran un alquiler más caro, les cobran otros gastos extras, entonces hay un poco de abuso por su condición de ser trans, entonces si ellos y ellas no hacen lo que el dueño dice entonces son echadas (…).

Las desigualdades sociales han sido más evidentes durante la pandemia del COVID, agravando la situación de sometimiento estructural que se encuentran las personas trans en Bolivia, reflejando que ha sido el sector sobre el que más impactó la pandemia "era un problema muy duro que ha reflejado y desenmascarado la pobreza y la ausencia legal de las personas trans en un tema de vivienda (…) han sido las más atropelladas en tema de pandemia (…)" (Rayza Torriani). En este mismo sentido, Luna Humerez expone que:

> (…) algunas de las compañeras estaban viviendo en un alojamiento eran como 5, 6 o 7 (…) y que, en plena cuarentena rígida, en plena pandemia el dueño del alojamiento los ha echado a la calle (…) era terrible esta situación del tema de los alquileres porque muchas no podían pagar tampoco porque no trabajaban estábamos en una cuarentena rígida, no había dinero, entonces ellas ¿Cómo iban a pagar todo? No podían.

De la misma forma Rayza Torriani confirma el abuso por parte de los dueños de los alquileres durante la cuarentena rígida en Bolivia al resaltar que:

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> (…) el año pasado mes de abril, mayo, junio que hemos estado encerrados en cuarentenas terribles por el tema de COVID donde se cerró el tema laboral (…) hemos recibido denuncias de que los dueños de casa los han botado, no han accedido ni han querido esperar un pago en cuotas, no han aceptado querer ver que realmente no tenían las condiciones para poder pagar porque no había acceso al trabajo, ni siquiera al trabajo sexual porque estaba todo cerrado, les han botado, les han echado llave a las puertas, hemos recibido denuncias, un sinfín entre hombres y mujeres trans (…).

Si bien la vulneración del derecho a la vivienda de las personas trans es cometida principalmente por particulares, en un primer caso por las propias familias, y en el segundo caso por los dueños del alquiler; el Estado sigue siendo responsable por omisión, es decir por no hacer. En primer lugar, el Estado no está cumpliendo con el deber de adoptar todas las medidas a su alance para eliminar la discriminación dentro de las familias, escuelas y la sociedad en general que en un inicio debería hacerse a través de la difusión de campañas que promuevan el respeto de los derechos de las personas trans; o tomar otras medidas temporales para proteger a los menores de edad expulsados de sus hogares, como afirma Luna Humerez "(…) el Estado debería garantizar por lo menos un albergue transitorio donde puedan estar las personas trans porque muchas de ellas también son menores de edad (…)".

En segundo lugar, el Estado no está interviniendo cuando las personas trans son echadas de sus viviendas, Rayza Torriani hace referencia a "la violencia institucional (…) porque cuando vamos a denunciar las instituciones (…) no les toman las denuncias (…) la policía ni ninguna otra institución asume una defensa (…)". La responsabilidad estatal también se encuentra cuando el Estado excluye a las perso-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nas trans de las políticas de vivienda social como se desarrolla en el siguiente apartado.

VI. Exclusión de las Personas Trans de la Política de Vivienda de Interés Social de Bolivia

Con los datos desglosados a nivel regional y a nivel país, se demuestra que la discriminación, exclusión, violencia, y falta de vivienda estructural en la población trans es real, existe y se encuentran ante una situación de abandono estatal; por lo tanto, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para poner en situación de igualdad real de oportunidades a este grupo que se encuentra en una situación de sometimiento continua. Especialmente cuando hablamos de un Estado Plurinacional, social, comunitario que tiene políticas fundamentadas en el buen vivir y busca la justicia social, debe reconocer lo que ha ignorado desde hace años y que la realidad demuestra, la población trans es sometida por las relaciones coloniales del poder.

En este sentido, Saba (2005) propone que existen dos tipos de igualdad, la igualdad como no discriminación y la igualdad como no sometimiento, el primero en sentido individual, y el segundo en sentido colectivo. Este autor interpreta que la mayoría de los Estados opera un tipo de igualdad, que sería la igualdad como no discriminación, pero que este tipo de igualdad no toma en consideración la existencia sistemática de exclusión social y sometimiento de ciertos grupos de la sociedad que se encuentran en una posición de desventaja en consideración de otros grupos con privilegios y en el que juegan prácticas culturales, sociales, prejuicios y sistema de creencias que expulsan a otros grupos como las mujeres, poblaciones indígenas, personas con discapacidad, privados de libertad, personas con diversa orientación sexual e identidad de género, etc.

Este sistema estructural de exclusión debe ser confrontado con lo que se denomina las acciones afirmativas o cono-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cidas también como discriminación positiva que propone un trato diferente a los grupos en situación de desventaja para ponerlos en una situación de igualdad real de oportunidades frente a otros grupos privilegiados. Este mismo razonamiento, ha sido adoptado por el TCP en la SCP 0260/2014 cuando establece que:

> Efectivamente, actualmente se hace referencia no sólo a una discriminación (…) que es aquella en la que la norma o la decisión establece una diferenciación o distinción, exclusión, restricción o preferencia sobre una persona o grupo que lo desfavorezca por alguna de las causales prohibidas por la Constitución o por la ley, (…) sino también a una discriminación indirecta; es decir, aquellas medidas o decisiones que si bien formalmente se aplican por igual a todos; sin embargo, resultan discriminatorias pues en los hechos, determinados grupos tienen ventajas sobre otros. (p. 29)

Entonces aplicado la doctrina desglosada, la población trans siendo un grupo desventajado en el territorio boliviano y además entendiendo esta opresión desde la plurinacionalidad y la descolonización, deben ser incluidas en la construcción de todas las políticas del Estado que puedan brindarles igualdad real de oportunidad, especialmente en las políticas de vivienda de interés social establecidas por las Constitución.

Ahora en el plano nacional, el Plan de Desarrollo Económico y Social en el marco del Desarrollo Integral para Vivir Bien (PDES) 2016 – 2020 (2016), fue la política pública guía que encabezó el gobierno y que promovió la construcción de otros planes, fue construida en base a la Agenda Patriótica 2025 y el Programa de Gobierno 2015 – 2020. Esta plantea como fin supremo del Estado el de lograr consolidar el vivir bien de todos los habitantes del territorio. En la meta 4 pro-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pone alcanzar "(…) el respeto, la solidaridad y los derechos de las personas respecto a su orientación sexual e identidad de género" (Bolivia, 2016, p. 80) y en la meta 5 el gobierno se compromete a que "[e]l 100% de las bolivianas y los bolivianos acceden a viviendas dignas con servicios básicos" (Bolivia, 2016, p. 80).

El mismo año el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda aprueba Plan Plurianual de Reducción del Déficit Habitacional 2016-2020 (Resolución Ministerial No. 267, 2018), que está orientado a reducir el déficit habitacional, el acceso a la vivienda digna a poblaciones en situación de vulnerabilidad usando las siguientes estrategias: ampliación de la oferta habitacional, mejoramiento y ampliación de las condiciones de habitabilidad, y soluciones habitacionales la consolidación ciudades del vivir bien. Esta política fue (re) encaminada el año 2019 con el Plan Plurianual de Reducción del Déficit Habitacional Ajustado 2019-2020 (Bolivia, 2019) reconociendo que hubo problemas en cuanto el uso efectivo de los recursos económicos del Estado destinados a este programa.

Sin embargo, el problema radica en el Plan Plurianual de Reducción del Déficit Habitacional Ajustado 2019-2020 (2019) que de manera expresa identifica que en el territorio las únicas poblaciones en situaciones de vulnerabilidad son las madres solteras, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, pueblos indígenas, privados de libertad y migrantes, dando exclusiva prioridad a las madres solteras, niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y pueblos indígenas; excluyendo de manera directa no solo a la población trans, sino también a todo el colectivo TLGB+.

La exclusión de las personas trans dentro de la política de vivienda se da de manera intencional, pues no sigue ni sus metas propuestas en los planes originarios, ni los estándares internacionales de construcción de políticas públicas basándose en la realidad, recolección de datos y participación de las po-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

blaciones en situación de vulnerabilidad. Puesto, que el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de Naciones Unidas propuso como estrategia para enfrentar la situación de pobreza en la que se encuentran las personas trans, incorporar la identidad de género en todas las políticas públicas, estructurarlas a partir de la participación de los grupos en situación de vulnerabilidad y de la recolección de datos estadísticos para conocer la realidad de las personas trans en el territorio. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017)

La intencionalidad de excluir a la población trans es evidente por todos los argumentos previamente expuestos, y también por los testimonios de Luna Humerez Aquino que afirmó que "no tenía conocimiento del Plan Plurianual del déficit habitacional (…) el Estado nunca se ha acercado, ni siquiera sabíamos nosotras que existía ese tipo de políticas públicas (…) y no solo a nosotras sino a toda la población TLGB (…)" y de igual forma Rayza Torriani confirmó que "(…) no he podido ver, ni oído, ni tengo siquiera la remota idea de que por lo menos me hayan invitado para decirme queremos invitarla a la participación de la formulación de esta propuesta, yo no sé si les invitaron a otras organizaciones, pero quiero dudarlo porque en la ley [plan plurianual] no dice siquiera una parte de la colectividad LGBT+".

VII. Conclusión

A manera de conclusión, es preciso señalar que todos los datos estadísticos disponibles en el Instituto Nacional de Estadística de Bolivia con relación a la vivienda, déficit habitacional, y la pobreza no cuentan datos desagregados, por identidad de género. No existen datos oficiales por parte del gobierno en el que pueda ver la realidad y existencias de la población trans. Esto da cuenta del impacto negativo y la poca importancia que le ha dado el Estado para conocer la realidad de uno los grupos más vulnerables de la sociedad, y además demuestra que la construcción de las políticas de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vivienda de interés social prácticamente contó con la nula participación de las personas trans, tal y como pudieron corroborar las referentes entrevistas.

Que esta situación se de en el marco de la construcción de un nuevo Estado social, democrático, plurinacional que se funde en la descolonización y la búsqueda del buen vivir es inaceptable ¿Acaso el buen vivir no es para todas y todos? ¿Qué pasa con las compañeras y compañeros pertenecientes a las poblaciones indígenas que sufren doble discriminación al ser atravesados de manera interseccional también por la identidad de género? Un Estado Plurinacional que no admita la existencia de otras identidades no es plurinacional, tampoco decolonial.

Uno de los objetivos del Estado Plurinacional precisamente es la descolonización, porque entiende que todas las desigualdades sociales, el racismo y la discriminación devinieron de occidente. Entonces, el Estado debería preguntarse ¿Cómo era concebido la sexualidad, el género y el deseo previamente a la colonia? ¿el trans-odio se origina en las relaciones coloniales de poder? Porque precisamente lo que se está efectuando hoy en día en la realidad, el sometimiento y la subordinación de las personas trans desde el aparato estatal, hasta la misma sociedad, es herencia directa de las relaciones de poder coloniales, el trans-odio -hablando en términos actuales- no es propio de la cosmovisión indígena del Abya Yala previa a la invasión.

Finalmente, como bien se decía, el nuevo estado es comunitario, es decir crítica al liberalismo, al individualismo en la sociedad y de las normas sociales porque debilita los lazos comunitarios y la solidaridad. En un Estado comunitarista, la persona no es un ser aislado, sino es un ser colectivo, que debe ser contextualizado en un determinado grupo cultural, con circunstancias sociales que condicionan su identidad (…) "el carácter comunitario del Estado, no es posible partir de una igualdad a ciegas, sino desde el principio de la diferencia, a partir de la constatación de eviden-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tes desigualdades económicas y sociales y de identidades que históricamente estuvieron subordinadas (…)" (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, SCP 0260/2014, 2014, p. 23). Esto es precisamente lo que han estado haciendo las personas trans para sobrevivir; vivir en comunidad, crear, construir y tejer redes de apoyo desde sus organizaciones por ellas y para ellas. Donde deben protegerse unas a las otras, y el pensamiento individual no tiene lugar, porque están conscientes que suficiente ya tienen que enfrentarse a un sistema que las excluye.

Irónicamente, las políticas de vivienda social en Bolivia tienen como objetivo construir viviendas urbanas comunitarias, darle a la vivienda un sentido comunitario, donde pueda existir la solidaridad, el pensar colectivo y el vivir bien; a pesar de ello, el Estado no las reconoce como una población beneficiaria, porque según el Estado, a sabiendas de todas las violencias que son ejercidas sobre ellas, no son una población en situación de sometimiento y vulnerabilidad.

VIII. Referencias

Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (21 de mayo, 2016). Identidad de Género [Ley No. 810]. DO: [Gaceta Oficial de Bolivia 861NEC]. Recuperado de http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/ley%20identidad%20de%20genero

Bolivia (2016). *Plan de desarrollo económico y social en el marco del desarrollo integral para vivir bien 2016 - 2020.* https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/pdes2016-2020.pdf

Bolivia (2019). *Plan Plurianual de Reducción del Déficit Habitacional Ajustado 2019-2020.* https://es.scribd.com/document/439906089/Plan-Plurianual-Final-2020

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe sobre violencia contra personas LGBT (OAS/*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ser.L/V/II.rev.2 Doc 36). http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas (OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147).* http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2009). Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/20 https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQdqeXgncKnylFC%2blzJjLZGhbGEpdZH9H%2bnL3SUrW1rk0naV%2brLP%2f7ZithGZnD5jvRFEquwtZrcf2maJ8JZ9DVxY

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [Const.] (2009). Gaceta Oficial de Bolivia CPE_2009. http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/CPE_2009

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva Oc-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Serie A No. 24. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

FERRER MAC-GREGOR, E. (2017). La justiciabilidad del "derecho a la vivienda" en el sistema interamericano de derechos humanos (a propósito, sobre un caso de desplazamiento forzado intraurbano de defensoras de derechos humanos). En Ferrer Mac-Gregor, E. & Flores Pantoja R. (eds.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 315-378). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

HORSWELL, M. J. (2000). "Cuerpos rituales como memoria subalterna andina en un dibujo de Guamán Poma de Ayala". *Kipus Revista Andina de Letras*, *11*, 55–67. http://hdl.handle.net/10644/1659

Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda. (2018, 7 de septiembre). Resolución Ministerial No. 267. *Que aprueba el Plan Plurianual de Reducción del Déficit Habitacional Ajustado 2019-2020.* http://aevivienda.gob.bo/descargas/normas/rm267-pprdh-ajustado.pdf

MOLLINEDO, L. Á., Aruquipa Pérez, D., & Absi, P. (2016). "Trans y maricas en la «Primera cumbre Planetaria de Descolonización y Despatriarcalización» (La Paz, Bolivia, noviembre de 2015)". *Bulletin de l'Institut Français d'études Andines, 45*(3), 419–432. https://doi.org/10.4000/bifea.8106

SABA, R. (2005). "(Des) igualdad estructural". *Derecho y Humanidades*, (11), 123-147. https://analesfcfm.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/17057/17779

VARGAS, P. C. & ARUQUIPA PÉREZ. (eds.). (2013). *Reflexiones sobre diversidades sexuales y de género en comunidades indígenas de Bolivia*. Diakonia. http://arks.princeton.edu/ark:/88435/dsp01pr76f578n

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2012, 22 de junio). Sentencia SCP-0348/2012 (Ligia Mónica Velásquez Castaños). https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=188

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2012, 22 de junio). Sentencia SCP-0426/2012 (Blanca Isabel Alarcón Yampasi). https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=15366

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2014, 12 de febrero). Sentencia SCP-0260/2014 (Tata Gualberto Cusi Mamani). https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=14092

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2016, 19 de octubre). Sentencia SCP-0972/2016-S1 (Tata Efrén

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Choque Capuma) https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=30093

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2017, 9 de noviembre). Sentencia SCP-0076/2017 (Ruddy José Flores Monterrey). https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/(S(b1c5nmggdios14vprcltpygm))/WfrMostrarResolucion.aspx?b=149536

Organización de los Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. OAS Res. XXX. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización de los Estados Americanos. (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Serie sobre Tratados, OEA, No. 69. https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

Organización de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. A.G. res. 217 A (III). https://undocs.org/es/A/RES/217(III)

Organización de Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316, 993 U.N.T.S. 3. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200A(XXI)_economic.pdf

Organizaciones de la plataforma Derechos Aquí y Ahora Bolivia (2019). *Informe conjunto EPU 2019*. https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?filename=6784&file=SpanishTranslation

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

COMENTARIO A LEGISLACIÓN

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Arte de portada:
Marcelo Javier Mosqueira

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comentario de la Ley de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Río Negro ¿un espejo para la futura ley neuquina?

Commentary on the Law of State Responsibility of Río Negro Province: a mirror for the future law of Nequén?

Diego Ramiro Fuentes[1]
Universidad Nacional del Comahue. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e535
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/0000-0002-8081-3612

Resumen: La expresa exclusión del Estado de las reglas de responsabilidad del Código Civil y Comercial, puso en cuenta regresiva a las legislaturas provinciales. Mientras algunas, la minoría, dictó sus leyes respectivas, otras, la mayoría, lo omitieron. La Provincia de Río Negro dictó su ley, mientras que su vecina Provincia de Neuquén no lo hizo. El objetivo de este artículo es esbozar algunos apuntes sobre

[1] Abogado (2009. Universidad Nacional del Comahue). Especialista en Derecho Administrativo (2016, FADECS). Diplomado en Derecho Ambiental (UBA, 2020). Diplomado post magistral en Derecho Administrativo (Universidad Austral, 2021). Profesor Universitario en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y en Aspectos Jurídicos e Institucionales (Abogacía y Tecnicatura en Planificación Ambiental, Universidad Nacional del Comahue). Asistente Letrado en Fuero Procesal Administrativo (2017 a la fecha). Juez de Faltas de la Municipalidad de General Roca (2012 – 2014). Consejero por el Claustro Docente FADECS (2018 a la fecha). Email: diegofuentes1983@gmail.com.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la ley rionegrina a efectos de determinar si resulta un modelo a seguir por la neuquina. Finalmente, si es posible constitucionalmente un derecho común para la responsabilidad estatal.

Palabras clave: responsabilidad – provincias – región – Estado

Abstract: The express excluded of responsibility rules for Civil & Commercial Code, put on countdown a provincial legislatures. While some, minorities, they dictated a respective law, others, the majority, they omitted it. Province of Rio Negro dictated his law, while your neighbor Province of Neuquén, it didn´t. The objective of this article is to outline some notes about Rio Negro law, to determine if you are a role model for Neuquén law. Finally, if constitutionally possible a common right of state responsibility.

Keywords: responsability – provinces – region – State.

I. Introducción. Escenario del derecho público provincial luego de la sanción del Código Civil y Comercial

El reconocimiento de la responsabilidad estatal como materia excluida del Código Civil y Comercial (Ley 26.994, 2014, art. 1764) en postura que ya había adelantado la Corte Suprema de Justicia[2] exigió de los estados provinciales el dictado de las normas consecuentes. No obstante, con apoyo en pacífica doctrina constitucional y administrativista, creemos que la responsabilidad del Estado es una materia que nunca fue delegada y que constitucionalmente quedó reservada a las Provincias desde la misma constitución histórica, en mérito del actual artículo 121 (Const. Nacional, art. 123). Por tan-

[2] Corte Suprema de Justicia de la Nación (2006) *Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

to, su regulación corresponde al campo del derecho administrativo y es de resorte exclusivo de los gobiernos locales[3].

Dicha ley hace, quien lo duda, al sistema democrático y republicano de gobierno y del control[4]. La omisión legislativa en su dictado, representa en lo directo un déficit en la seguridad jurídica y, tangencialmente, puso en cabeza de los jueces el ejercicio de un poder (definir qué ley, qué normas, qué principios son aplicables a un caso concreto de responsabilidad ante el vacío legal) que es, naturalmente, de los representantes del pueblo.

Luego de que el Estado nacional dictara la Ley de Responsabilidad del Estado (Ley 26.994, 2014) otras siete provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hicieron lo propio y sancionaron sus leyes respectivas o se limitaron a adherir a la Ley Nacional[5].

Dentro del lote de provincias que no han dictado la ley, se encuentra Neuquén. En cambio, su limítrofe Rio Negro, ya dictó una ley de responsabilidad estatal, próxima a cumplir dos años.

En este trabajo nos interesa realizar un examen preliminar de la legislación rionegrina por su ínsita vinculación con la neuquina. Ambas jurisdicciones comparten un mismo momento histórico de provincialización[6], similares

---

[3] BALBIN, Carlos (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, t. IV, pág. 411; ROSATTI, Horacio (2011). *Tratado de Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe. En contra, CUADROS, Oscar Álvaro (2018) *Responsabilidad por daños y Estado*, Buenos Aires, Editorial Astrea.

[4] GUTIERREZ COLANTUONO (2005). *La responsabilidad del Estado desde la perspectiva del Derecho Público Provincial,* en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado*, Ediciones RAP N° 326, Buenos Aires.

[5] Entre ellas, Santa Cruz (Ley 3396, 2014), Chubut (Ley 560, 2015); Santiago del Estero (Ley 7179, 2015); Entre Ríos (Ley 10.636, 2018); Mendoza (Ley 8968, 2017); Catamarca (Ley 5.536, 2018), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 6.235, 2020) y nuestra analizada ley de Rio Negro (Ley 5339, 2018).

[6] Ambos espacios, Neuquén y Rio Negro, revisten como territorios nacionales entre 1884 y 1955. La provincialización se hizo por Ley nacional 14.408 y a partir de 1958 ambos estados dictan sus constituciones y eligen por primera vez autoridades.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

geografías, climas, tradiciones y actores en común, conteniendo todos los elementos de una región territorial, con elementos suficientemente comunes, homogéneos, complementarios o susceptibles de armonización, más allá de los límites políticos de las unidades autónomas o soberanas que se regionalizan[7].

Desde la historia, se ha definido a la región como un subsistema posicionado sobre recorte del territorio de un país. Este subsistema, si bien es inseparable del sistema social nacional, tiene características diferenciadas con respecto a él. Estas características diferenciadas se originan en peculiaridades de los actores regionales y en la forma específica en que estos actores se articulan con otros interregionales y suprarregionales[8].

Sin perjuicio de que cada entidad representa un estado autónomo dentro de la República y que, como tal, cada constitución propicia bases para sentar las reglas de responsabilidad estatal, nos preguntamos ¿cabría la posibilidad de una región que compartan el mismo derecho de daños en materia estatal? ¿Hay basamento jurídico? ¿No podría ser factible una regulación sobre ciertos puntos en común? ¿Hay lugar constitucionalmente para ello?

II. La Constitución de la Provincia de Río Negro

En un par de artículos, la Constitución de Río Negro (1988) definió los trazos generales de la responsabilidad estatal, mucho antes del reconocimiento del Código Civil y Co-

[7] GELLI, María Angélica (2011). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires. t. II, p. 609.

[8] FAVARO, Orietta (2005), *Sujetos sociales y política: historia reciente de la Norpatagonia Argentina*. Editorial La Colmena. Buenos Aires.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mercial[9] y unos años después de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitiera el decisorio "Vadell" [10] que explicitó la *falta de servicio* como fundamento de la imputación de conductas al Estado por el accionar de sus órganos[11] que la Corte aplicaba veladamente desde "Ferrocarril Oeste"[12]. Como sostuvo el Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro:

> "en nuestro Derecho Público la responsabilidad del Estado es de base constitucional. La Constitución Provincial, vanguardista y de avanzada, establece concreta y claramente la responsabilidad"13.

Rio Negro distinguió la responsabilidad de los agentes, por un lado, y de la Provincia y de los Municipios, por otro, y estableció la responsabilidad personal de los primeros de los daños causados por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones (Const. Río Negro, 1988, art. 54[14]). Agregó que aquellas serian responsables por sí y por los actos de sus agentes, realizados con motivo o en ejercicio de

---

[9] Hubo en esto, como en Neuquén, un firme posicionamiento en torno a ubicar la responsabilidad del Estado como una materia del derecho local. No obstante, ni Neuquén ni Río Negro registran normativas que hayan regulado la responsabilidad del Estado de manera previa a la Ley 26.994.

[10] Corte Suprema de Justicia de la Nación (1984) *Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización*.

[11] SAENZ Juan Ignacio (2007) *Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia*, en ABERASTURY Pedro (Dir.), *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, pág. 79.

[12] Corte Suprema de Justicia de la Nación (1938) *FF.CC Oeste de Buenos Aires v. Provincia de Buenos Aires*.

[13] Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro (2014) Sentencia N° 54, Expte. N° 26476/13, *Chazarreta Gustavo David c. Provincia de Rio Negro*.

[14] Responsabilidad de los Agentes: los agentes públicos son personalmente responsables de los daños causados por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sus funciones, y sin necesidad de autorización previa (Const. Río Negro, art. 55[15]).

Dicho sistema, se complementó con la necesidad del agente de vindicarse (Const. Río Negro, 1988, art. 56[16]) y la obligación de la Provincia de citarlos a juicio para integrar la relación procesal y determinar las responsabilidades consecuentes (Const. Río Negro, art. 57[17]).

Desde una interpretación literal, la constitución rionegrina no requiere la *antijuridicidad* del obrar estatal y fijó la responsabilidad estatal por actividad (lícita e ilícita) en todos los casos, con una construcción cercana al modelo español, esa que canceló la Corte Suprema en el precedente "Friar"[18] según el cual:

> "en nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por

[15] Responsabilidades de la Provincia y Municipios. La Provincia y los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones. Son demandados sin necesidad de autorización previa. Sus rentas y los bienes destinados al funcionamiento no son embargables a menos que el gobierno provincial o municipal no hubiera arbitrado los medios para efectivizar el pago en el ejercicio inmediato a la fecha en que la sentencia quedare firme. Son inembargables los bienes destinados a la asistencia social, salud y educación. En ningún caso los embargos trabados podrán superar el veinte por ciento de las rentas anuales.

[16] Acción vindicatoria: Todo agente público a quien se le imputa delito cometido en el desempeño de sus funciones, está obligado a acusar para vindicarse, en un plazo no mayor de seis meses del conocimiento de la imputación, bajo pena de destitución. A tal efecto gozará del beneficio del proceso gratuito.

[17] Citación a juicio: La Provincia o sus municipios, demandados por hechos de sus agentes, deben recabar la citación a juicio de estos últimos para integrar la relación procesal, a efectos de determinar las responsabilidades establecidas en el Art. 54o de esta Constitución. El representante legal que no cumpliere con tal obligación es responsable de los perjuicios causados por la omisión, además de las restantes sanciones que le pudieren corresponder.

[18] Corte Suprema de Justicia de la Nación (2006) *Friar c/ Estado Nacional Ministerio de Obras y Servicios Públicos Secretaría de Agricultura Ganadería y Pesca (SENASA) s/ daños y perjuicios.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en el ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar".

De este modo, siguiendo a Juan Justo[19], podemos sindicar que la constitución local estableció el siguiente esquema:

a) El Estado, provincial o municipal, responde por las actuaciones lícitas o ilícitas de sus agentes si ellas son realizadas en ejercicio o con motivo de sus funciones (imputabilidad);

b) Si la actuación es *ilícita*, pues involucra una extralimitación o cumplimiento irregular de la competencia, ello engendra, además de la estatal, la responsabilidad *personal* del agente involucrado, en los términos del artículo 54.

c) Por el contrario, si la actuación es *lícita,* solo corresponderá declarar la responsabilidad estatal, sin poder responsabilizar personalmente al agente, habida cuenta que se ha limitado a cumplir con su función.

III. La Ley de Responsabilidad de Rio Negro N° 5339

Luego de varios años -treinta exactamente- y a instancia de un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Provincial, la Legislatura rionegrina sancionó la Ley de Responsabilidad estatal N° 5339 que rige la responsabilidad de la Provincia de Rio Negro por los daños que su actividad o in-

[19] JUSTO, Juan Bautista / EGEA, Federico Mariano (2016), *La responsabilidad del Estado en Rio Negro y Neuquén. Apuntes para el nuevo escenario,* en Revista (en) Clave Comahue N° 21, Fadecs – Unco, pág. 164/165.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

actividad produzca a los bienes o derechos de las personas (Ley 5339, 2018, art. 1)

Sin la intención de hacer un análisis exhaustivo de la misma, expondremos sus puntos más notorios, a modo de desandar nuestro interrogante central.

1. Carácter de la responsabilidad

Sin rodeos, a semejanza de la Ley nacional[20], la ley establece como principio general, que la responsabilidad del Estado provincial es *objetiva y directa* (Ley 5339, 2018, art. 3).

Nos adelantamos a señalar que el segundo de los caracteres será imposible de transpolar a una futura ley de responsabilidad en la Provincia del Neuquén, pues la Carta magna neuquina, a diferencia de la jurisprudencia vigente en materia federal, establece la responsabilidad subsidiaria del Estado provincial.

2. Requisitos de la responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima

Desde el propio proyecto legislativo[21], Rio Negro postuló que no era adecuado a la realidad jurídica provincial ni a la Constitución Provincial, una adhesión lisa y llana a la Ley nacional, tal como hizo Santiago del Estero o Catamarca.

No obstante, a poco que se observen los recaudos requeridos para que se configure la responsabilidad por actividad ilícita, se verifica que esa reivindicación provincial, indudablemente, el grueso de la actividad estatal sigue los

[20] Dirección que toma también la Ley de Mendoza (Ley 8968, 2017, art. 6), Entre Ríos (Ley 10.636, 2018, art. 1), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 6245, 2020, art. 1) y Chubut (Ley 560, 2015, art. 1).

[21] https://web.legisrn.gov.ar/legislativa/proyectos/documento?c=P&n=699&a=2018&e=original

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lineamientos nacionales o, mejor dicho, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema.

Esta mirada tiene por objeto exponer cuánto y con qué poder aquellas construcciones judiciales subsisten aun frente al constitucionalismo provincial y el marcado carácter público de la responsabilidad.

Es así que, la Ley rionegrina prevé que son requisitos de la responsabilidad del Estado: daño cierto, imputabilidad material de la actividad o inactividad del órgano, relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano, el daño cuya reparación se persigue y la falta de servicio[22] (Ley 5339, 2018, art. 4).

3. Responsabilidad estatal por omisión ilegítima

Rio Negro siguió a la Ley nacional en requerir la inobservancia de "*un deber normativo de actuación expreso y determinado*"[23]. La excepcionalidad de la responsabilidad por omisión la brinda la literalidad de la norma, según la cual "La omisión *sólo* genera responsabilidad…" (el destacado nos pertenece).

[22] La fórmula es similar a la recogida en el resto de las legislaciones provinciales. Por el contrario, Mendoza precisa que la falta de servicio consiste en "*una violación o anormalidad frente a las obligaciones del funcionamiento regular de la Administración Pública*" y que para calificar a la falta de servicio se deberá tener en cuenta: 1) la naturaleza de la actividad; 2) los medios de que dispone el servicio; 3) el vinculo que une a la víctima con el servicio y 4) el grado de previsibilidad del daño (Ley 8268, 2017, art. 7).

[23] En la misma dirección, Chubut (Ley 560, art. 3) y CABA (Ley 6245, art. 2). En cambio, Mendoza admite la responsabilidad ante deberes indeterminados, siempre que se respeten los siguientes requisitos: a) existencia de un interés jurídicamente relevante, cualitativa o cuantitativamente; b) Necesidad material de actuar para tutelar dicho interés; y c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar (art. 8). Entre Ríos, por su parte, en una fórmula menos rígida determina que la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber de actuación (Ley 8268, art. 4).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esta decisión del legislador deja atrás la doctrina del ya restrictivo "Mosca" que admitía la responsabilidad ante "deberes indeterminados" bajo ciertos recaudos[24].

Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

> "resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que, si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta de servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible".

Desde una interpretación literal, Rio Negro no admitiría la responsabilidad ante estos supuestos en abandono a la doctrina del máximo tribunal federal.

4. La responsabilidad del Estado por actividad legítima

Este punto central expone con mayor fuerza esa brecha abierta entre los postulados constitucionales locales y la Ley Nacional.

La ley rionegrina siguió los lineamientos de la Corte Federal en "Friar"[25] y, además, expresamente fijó que esta clase de responsabilidad es "excepcional" (Ley 5339, art. 12).

---

[24] CSJN (2007) *Mosca Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios.*

[25] Corte Suprema de Justicia de la Nación (2006) *Friar c/ Estado Nacional Ministerio de Obras y Servicios Públicos Secretaría de Agricultura Ganadería y Pesca (SENASA) s/ daños y perjuicios.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A todo ello, la ley precisó que para responsabilizar al Estado bajo dicha causal, era necesario que, junto al daño, la imputabilidad y relación de causalidad, exista la "*ausencia de deber jurídico de soportar el daño*" y el "*sacrificio especial de la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido*" (Ley 5339, art. 22).

La jurisprudencia rionegrina, desde antes de la sanción de la ley de Responsabilidad, hacía notar que, pese a la aplicación por analogía o por subsidiaridad del Código Civil, hay aspectos diferenciales que obstan a su aplicación homogénea. Así, por ejemplo, en el derecho privado solo excepcionalmente se atribuye responsabilidad al individuo por un comportamiento válido, mientras que al Estado puede atribuírsele responsabilidad por actividad lícita[26].

La Ley de Rio Negro limitó la responsabilidad de responder al valor objetivo del bien y a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, y descartó las circunstancias de carácter personal, valores afectivos, beneficio económico esperado, ganancias dejadas de percibir ni las hipotéticas.

Pero, a diferencia de su análoga nacional, la ley local no previó que *"en ningún caso procede la reparación del lucro cesante*"[27] lo que, naturalmente, podría abrir las puertas a su reconocimiento.

---

[26] Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (2017) Expte. 27780/15, voto de la jueza Liliana Piccinini, *Ganim María Rosa c/Municipalidad de General Roca*,

[27] La ley mendocina, en cambio, admite que el juez fije prudencialmente la reparación del lucro cesante, las circunstancias de carácter personal, valores afectivos o ganancias hipotéticas cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, debiendo explicar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños (art. 10). Una fórmula similar recoge la reciente ley porteña (Ley 8268, art. 5). Con menor grado de abstracción, Entre Ríos fija que, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas en cuanto hayan sido razonables para su giro (Ley 10.636, art. 6).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Finalmente, según la normativa rionegrina, los daños causados por la actividad judicial legítima, al igual que en Nación, no generan responsabilidad estatal.

5. La exclusión o limitación de responsabilidad estatal

En este punto, a las tradicionales causales de *caso fortuito o fuerza mayor o hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder*, Rio Negro contempló dos supuestos adicionales (Ley 5339, artículo 5°):

- cuando la acción lesiva derive de la falta personal del agente o funcionario sin que exista una relación con el cargo y las obligaciones del servicio (inc. c), y
- cuando el daño se haya ocasionado con la intervención de una cosa de propiedad del Estado utilizada en contra de los fines públicos para la cual ha sido destinada (inc. d).

En la elevación del Proyecto Legislativo, se mencionó que el fin de agregar dicha eximente se debía a la necesidad de superar criterios jurisprudenciales diversos, aspecto que se extendía al último de los supuestos de exclusión[28].

Esta limitación estatal parece tener vinculación directa respecto a los daños causados por armas de fuego en mano de agentes de la policía provincial desvinculados del servicio. La exclusión, sin embargo, deja afuera la responsabilidad provincial *por escoger* a un agente que sin lugar a duda no era apto para portar un arma (la tradicional "*culpa in eligendo*"), no controlar la aptitud del agente ("*in vigilando*") o, incluso, el riesgo de la propia arma[29].

[28] https://web.legisrn.gov.ar/legislativa/proyectos/documento?c=P&n=699&a=2018&e=original

[29] En el citado "Chazarreta", previo a la sanción de la ley rionegrina, el Superior Tribunal de Justicia rionegrino había aceptado la responsabilidad del Estado por el uso de arma de un agente fuera del ejercicio de sus funciones, con fundamento en normas de derecho público y

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

6. La aplicación supletoria del Código Civil y Comercial

La Ley rionegrina contempló una novedosa cláusula respecto a su homóloga nacional y el resto de las legislaciones[30], que generó algunas alarmas en cierta doctrina local.

Según dicha disposición, las disposiciones del Código Civil y Comercial de la nación son aplicables "*en forma supletoria en lo atinente al daño resarcible en los supuestos de responsabilidad ilegítima del Estado*" (Ley 5339, art. 6). A *contrario sensu*[31] no habría responsabilidad estatal genuinamente objetiva y, por tanto, no existiría tal por actividades o cosas riesgosas (ahora en el artículo 1757 del CCyC), la concurrente del dueño y guardián (art. 1758) y, lo que es notorio por sus efectos, la responsabilidad en establecimientos educativos.

Luego, en Río Negro y conforme a esa cláusula, la inaplicabilidad de todas las modalidades de responsabilidad objetiva se resolvería bajo la idea de *falta de servicio*, lo que obliga al actor a acreditar detalladamente la falencia en el obrar administrativo[32]. Por el contrario, Mendoza, por citar un ejemplo, contempló "supuestos especiales de responsa-

---

en el permanente "estado policial" del agente, decisión que, ante similares circunstancias, como señala Juan Justo, sería difícil de admitir con la Ley actual.

[30] Con la excepción de la Provincia de Chubut, que establece que "*las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*" (Ley 560, art. 1).

[31] JUSTO, Juan Bautista (2019), *El nuevo régimen legal de la responsabilidad del Estado en Rio Negro. Tercera Parte: problemas de sintonía gruesa*, en Derecho Público Integral Diario Administrativo Nro. 240 – 04.06.2019, DPI. Disponible en: https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/05/Administrativo-Justo-21.05.pdf

[32] La cuestión no resulta baladí: el hecho de aplicar derechamente el Código Civil y Comercial podría abrir espacio a gran escala de la responsabilidad del Estado (cf. PERRINO Pablo). En contra Cuadros, para quien de aplicarse el factor falta de servicio se llegaría a la misma conclusión. CUADROS, Oscar Álvaro, *Responsabilidad por daños y Estado*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pág. 227.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bilidad" y previó la situación[33]. Esta norma, en vigor antes de la rionegrina[34], podría haber sido tomada en cuenta para censurar cualquier duda al respecto.

7. La prescripción de las acciones de daños y perjuicios contra el Estado

La ley rionegrina, determinó un plazo de tres (3) años para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual o contractual, computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños se encuentre expedita[35] y previó que, en los casos de responsabilidad aquiliana, el plazo se interrumpe solo por medio de la interposición de la demanda judicial, expresamente vedando supuestos de suspensión del curso[36].

Finalmente, previó la posibilidad de que el interesado deduzca la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos o la de inconstitucionalidad o después de finalizado el proceso de nulidad o inconstitucio-

[33] La Ley 8968, prevé específicamente la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas (art. 12), los daños ocasionados por concesionarios o contratistas (art. 13), la responsabilidad de los establecimientos educativos (art. 14), la responsabilidad por la prestación directa de servicios públicos (art. 15) y la responsabilidad personal del funcionario o agente público (art. 16).

[34] La Ley 8.993 de Mendoza fue promulgada en agosto de 2017, mientras que la ley rionegrina entró en vigor en diciembre de 2018.

[35] Artículo 15. El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual o contractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños se encuentre expedita. La pretensión contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

[36] Artículo 17: La prescripción por responsabilidad extracontractual del Estado solo se interrumpe por medio de la interposición de la demanda judicial, no existiendo ningún supuesto de suspensión del curso de la misma, dejando a salvo los supuestos de dispensa en que será aplicable el Código Civil y Comercial. La querella criminal o demanda judicial contra el agente o funcionario público no suspende ni interrumpe la acción contra el Estado.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nalidad, aunque en este caso el plazo de prescripción será de un año desde que la sentencia se encuentre firme[37].

IV. La responsabilidad del Estado en la Constitución neuquina

A diferencia de su homóloga rionegrina, la Constitución neuquina desde sus orígenes ignoró un tratamiento específico de la Responsabilidad del Estado.

No obstante, estableció algunos puntos centrales que alcanzan a comprender por qué el sistema es sustancialmente diferente al rionegrino e impedir, en nuestra búsqueda, que Neuquén siga los lineamientos de su lindante provincia.

Además de la forma republicana de gobierno -punto central de la responsabilidad estatal reconocida en la constitución neuquina- desde sus cimientos, la Provincia neuquina pergeñó una idea de responsabilidad "subsidiaria" del Estado (artículo 101, inciso 20 de la Constitución de 1957). Esta previsión puede verse como un avance de época en la cual el sistema nacional se debatía entre el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado y los recaudos previos para activar su demandabilidad[38].

La Constitución originaria estableció como atribución de la Legislatura dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios y empleados públicos y la responsabilidad subsidia-

[37] Artículo 16: El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento. En este último caso, el plazo de prescripción será de un (1) año desde que la sentencia se encuentre firme, no resultando necesario instar ni agotar la vía administrativa.

[38] GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo (2005). *La responsabilidad del Estado desde la perspectiva del Derecho Público Provincial*, en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Editorial RAP N° 326.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ria estatal, además de algunas previsiones respecto a ciertas actividades o funciones[39].

Esta premisa local, inédita para el derecho público provincial, significó un claro posicionamiento de la provincia neuquina: si la responsabilidad estatal es indirecta, significa alejarse de los criterios de la Corte Federal, implica adoptar una suerte de suplencia, identificar al agente o cosa responsable del daño, demandarlo directamente, entre otros aspectos.

Tal postura, que podría albergar una suerte de *irresponsabilidad estatal*, no fue revisada ni modificada por el constituyente al momento de la reforma sucedida en el año 2006 (ahora en el art. 189, inc. 20) aun después de medio siglo de construcciones jurisprudenciales en torno a la responsabilidad estatal, lo que implicó, en definitiva, reafirmar la manda constitucional y prepararla para este momento: el dictado de la ley de responsabilidad neuquina.

No obstante, pasados más de cinco años del dictado del Código Civil y Comercial, la ley no fue dictada y los casos sucedidos después de agosto de 2015, fecha de su entrada en vigencia, son resueltos por la jurisprudencia local a partir de la analogía respecto al cuerpo normativo privado.

Desde esa fecha, pese a algún proyecto presentado y no tratado, como el presentado en el año 2019[40], Neuquén adolece de una legislación consecuente que albergue la responsabilidad estatal.

[39] Por ejemplo, el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados a través de la privación de libertad por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales, art. 40; la responsabilidad del funcionario y empleado que no cumpla las órdenes del juez de habeas corpus, art. 46; y la responsabilidad de los municipios por el rescate de los servicios públicos concesionados, en el art. 204, inc. f (Const. Neuquén, 1958).

[40] En https://www.legislaturaneuquen.gob.ar/svrfiles/Neuleg/exptepdf/Proy12924.pdf?534914035.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. ¿Puede haber un derecho común de daños en Neuquén y Río Negro?

La reforma constitucional nacional incorporó a la región como "posibilidad" y dispuso que las provincias "*podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines*..." (Const. Nacional, 1994, art. 124).

Esta cláusula, novedosa dentro del sistema nacional, posibilitó encaminar el desarrollo económico y social al interior del Estado con el propósito de potenciar el progreso mancomunado de áreas que no han podido crecer aisladamente y equilibrar los desniveles que generan las desigualdades fácticas[41].

¿Hay lugar para un *derecho de daños común* respecto a la Responsabilidad del Estado en Neuquén y Rio Negro por su condición ínsita de región o la legislación de Rio Negro puede servir como una guía ante realidades similares?

Creemos que no.

Nuestra historia constitucional registra antecedentes (sobre todo en la década del 60) de intentos de regionalización[42]. Entre ellas, cabe citar la Ley 16.964 y su modificatoria 19.276, que dividió al territorio nacional en ocho regiones: 1) Patagonia, 2) Comahue, 3) Cuyo, 4) Centro, 5) Noroeste, 6) Noreste, 7) Pampeana, y metropolitana. Aun cuando el plan no adquirió vigencia práctica en forma global, tres regiones de las creadas, entre ellas la del Comahue que nuclea a Rio Negro y Neuquén, por propio impulso han tenido operatividad y cumplen una función ejemplificadora de integración regional para el desarrollo.

---

[41] ROSATTI, Horacio (2011), *Tratado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, 2010, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 649.

[42] VERGARA, Ricardo Alberto (1985) "*La Región*" en FRIAS Pedro y otros, *Derecho Público Provincial*, Editorial De Palma, Buenos Aires, pág. 135.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No obstante, la proyección de un mismo derecho en Neuquén y Río Negro sobre la responsabilidad estatal parece desligada de la plataforma constitucional y del mismo fin con que se instituyó esta figura.

A diferencia de los estados regionales europeos, que tienen competencia legislativa y producen una legislación adecuada, entre otros, al ambiente, a las condiciones y necesidades locales y son, por tanto, sujetos de derecho público, la región proyectada por el constituyente argentino se aleja de dicha realidad[43]. Explica, Bidart Campos que el regionalismo esbozado por la Constitución no intercala una estructura política en la organización tradicional de nuestro régimen que mantiene la dualidad distributiva del poder entre el estado federal y las provincias y, dentro de estas últimas, los municipios y que la región prevista solamente, implica un sistema de relaciones interprovinciales para la promoción del desarrollo que el artículo 124 califica como "económico y social" y por faltar el nivel de decisión política, tales relaciones entre provincias regionalizadas, habrá de ser, en rigor, relaciones intergubernamentales, que no podrán producir desmembramientos en la autonomía política de las provincias[44].

Mas allá de las disquisiciones en la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de las regiones, en efecto, lo cierto es que se alejan de una entidad jurídico política para acercarse más a una *corporación con finalidades de promoción y desarrollo*.

Apelando a la imaginación dentro de los confines constitucionales, se puede pensar en un modelo acordado dentro de un marco de cooperación que concluya en un proyecto

[43] CASTORINA DE TARQUINI, María Celia (2003), *La Provincia y la Región*, en Ábalos, María Gabriela (coord.), *Derecho Público Provincial y Municipal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, t. I, pág. 262.

[44] BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2001, t. I, pág. 453.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de derecho de responsabilidad estatal que cada provincia luego deberá dar trámite en cada legislatura provincial con los requisitos de rigor.

VI. Apreciaciones finales

La posibilidad del dictado de una *ley común de daños*, censurada al menos por ahora con el dictado de la ley rionegrina y las trabas constitucionales, nos lleva a corroborar si esta normativa podría ser un reflejo para imitar en Neuquén.

Dicha posibilidad, valga decir, también resulta sino imposible, muy difícil de trasladar a la práctica dada la distinta base constitucional en la que nacen ambos proyectos.

A todo esto, podría evaluarse la posibilidad de pensar en la *Teoría del mejor derecho* del sistema interamericano de derechos humanos, derivado del principio de igualdad, por el cual los ciudadanos de un Estado Federal, o de una asociación de Estados, podrían invocar a su favor aquellas normas internas de otros Estados asociados que representen un mayor grado de tutela de los derechos convencional o constitucionalmente protegidos. Esta idea, que tuvo recepción parcial en el fallo "Verbitsky" de la Corte Suprema de Justicia, trasladada a nuestro ensayo supondría que, ante la disparidad de normas sobre Responsabilidad del Estado entre Neuquén y Río Negro, por ejemplo, un ciudadano de alguna de las provincias podría invocar la aplicación de la norma de su provincia coterránea en sustitución a la norma local[45]..

Dicha situación, llevada a la práctica, sería factible de evaluar con el dictado de la Ley neuquina y su similitud, o no, con la de su vecina rionegrina.

[45] Idea evaluada por Justo/Egea en base a una teoría de Jorge Salomoni (JUSTO/EGEA, ob. Citada, pág. 159/160).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Observamos, en ese camino, algunas fortalezas y debilidades de la ley rionegrina que deben necesariamente ser tenidas en cuenta por el legislador neuquino a la hora de proyectar la ley de responsabilidad del Estado y eliminar situaciones de vaguedad o inseguridad jurídica, como el caso de los daños derivados del riesgo o vicio de la cosa, los sucedidos en establecimientos educativos del Estado o de las actividades riesgosas.

También es dable verificar que algunas situaciones procesales puntuales, como los plazos de prescripción, se dan de bruces con los generosos plazos fijados en la ley neuquina[46].

En fin, la finalidad del trabajo fue retratar desde una realidad puntualmente local cómo el reconocimiento de la responsabilidad estatal como una materia de derecho público, podría haber abierto las puertas a algunos intentos de proyección común entre provincias con realidades similares, idea que al menos todavía no registra pronunciamiento dentro del derecho argentino.

[46] Según la Ley 1284 (1981, art. 191) y la 1305 (1981, art. 10) el plazo de prescripción de la acción procesal administrativa es de cinco años para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas y de dos años para actos anulables.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Las posibilidades individuales de acceso en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos: CIDH, Corte IDH, Sistema Europeo y Sistema Africano

Individual access possibilities in the Universal System for the Protection of Human Rights: IACHR, I / A Court HR, the European System and the African System

María Fátima Pinho De Oliveira[1]
Universidad Simón Bolívar. Venezuela

Amelia Adriana Marin Herrera
Universidad Latinoamericana y del Caribe. Venezuela

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e536
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/0000-0002-7539-5620

Resumen: El objetivo del presente artículo es dar a conocer las posibilidades que tienen los individuos como sujetos de derecho internacional para acceder ante el Sistema Universal de Protección

[1] Profesora Asociado de la Universidad Simón Bolívar, adscrita al Departamento de Ciencias Económicas y Administrativas en Caracas, Venezuela. Abogado de la Universidad Santa María (USM, 1999). Especialista en Derecho Penal (USM, 2001) y Magíster en Derecho Penal (USM, 2008). Doctorando en Derecho Internacional Público de la Universidad Latinoamericana y del Caribe (ULAC) (ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7539-5620).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de los Derechos Humanos con la finalidad de presentar sus denuncias. Se utilizaron los métodos analíticos de fuentes documentales. Para lograr el objetivo propuesto se realizó una investigación documental y de nivel descriptivo, con énfasis en las normas internacionales que regulan la materia. La investigación está dividida en 3 partes: en la primera parte una breve introducción sobre el sistema de protección de Derechos Humanos; en la segunda parte sobre el Sistema Universal de Protección de los DDDH y en la tercera parte se presentan los Sistemas Regionales de Protección de los DDDH que son tres: el Sistema Europeo, el Sistema Interamericano y el Sistema Africano. Es importante destacar que la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo, depende del grado de progreso en la materia que presente el sistema regional o la instancia internacional ante la cual se demande.

Palabras clave: Derechos Humanos, Sistemas de Protección, Universalidad, Individuo

Abstract: The objective of this article is to make known the possibilities that individuals have as subjects of international law to access to present their complaints in the Universal System for the Protection of Human Rights. It is in the subject of access to justice of the law of the city; analytical methods were used. To achieve the proposed objective, a documentary and descriptive research was carried out, with an emphasis on international standards that regulate the subject. The investigation is divided into 3 parts: in the first part, a brief introduction about the Human Rights protection system; in the second part on the Universal System for the Protection of Human Rights and in the third part, there are three Regional Systems for the Protection of Human Rights: the European System, the Inter-American System and the African System. It is important to highlight that the active dimension of the individual's international legal subjectivity depends on the degree of progress in the matter presented by the regional system or the international body before which it is sued.

Keywords: Human Rights, Protection Systems, Universality, Individual.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Introducción

La protección internacional de los Derechos Humanos tuvo como origen el fin de la Segunda Guerra mundial y la creación de las Naciones Unidas. El espíritu posterior a la guerra, marcada por los errores del nazismo y del fascismo, permitió incorporar en el sentido común internacional la idea de que existen Derechos Humanos Universales que deben ser protegidos, no solo por las naciones, sino también por el ordenamiento internacional. Se dio así un importante avance en lo que se ha llamado la declinación del principio de soberanía absoluta de los Estados y la incorporación de los Individuos en el Derecho Internacional[2].

Gracias a la evolución y reconocimiento de los Derechos Humanos, tanto éstos como la dignidad de la persona pasan a formar parte de la agenda mundial y de la preocupación de los Estados, considerando la necesidad de la creación de un sistema que garantice la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en varios niveles y que se garantice su acceso[3]. Por lo cual se han tomado medidas significativas, entre ellas la creación del sistema de protección internacional de los derechos humanos, de ámbito universal.

Esa creación comenzó en 1948, con varios contratiempos con hechos significativos como la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Declaración Americana de Derechos Humanos. Además de la creación del sistema universal de protección de derechos humanos,

[2] Chipoco, Carlos. (1994). "La protección Universal de los Derechos humanos, una aproximación crítica"; en: Estudios Básicos I; en particular (pp. 184 – 186) ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994. (Documento en línea). (Consulta 15/11/2020). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9708.pdf.

[3] Jean-Bernard, Marie. (s/f). "Los Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas". Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (p.158). (Consulta 08/06/2021). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12008.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a nivel regional se desarrollan otros sistemas de protección limitados a su ámbito geográfico.

En el continente europeo, en el marco del Consejo de Europa, se instaura el Sistema Europeo de Derechos Humanos, cuyo instrumento principal es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y su órgano de protección internacional es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo; y en el ámbito de la Unión Europea, su principal instrumento es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siendo su órgano de protección, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otro lado, en el continente americano, bajo el resguardo de la Organización de Estados Americanos (OEA), se crea el sistema interamericano de derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos conforma su principal tratado internacional de derechos humanos, cuenta con la Carta constitutiva de la OEA y la Declaración Americana de Derechos Humanos. Estos dos instrumentos internacionales son los pilares sobre los que se sustenta el fundamento jurídico de sus actuaciones. Siendo sus principales órganos de protección internacional, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, el presente artículo se plantea dar a conocer las posibilidades que tienen los individuos como sujetos de derecho internacional al acceso para presentar sus denuncias en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos; para el logro del objetivo, se estructura en los siguientes apartados. En la primera parte una breve introducción sobre el sistema de protección de Derechos Humanos; en la segunda parte sobre el Sistema Universal de Protección de los DDDH y en la tercera parte se presentan los Sistemas Regionales de Protección de los DDDH que son tres: el Sistema Europeo, el Sistema Interamericano y el Sistema Africano.

Para lograr el objetivo, a nivel metodológico, la investigación ha sido elaborada bajo el paradigma interpretativo, hermenéutico sobre la base del método bibliográfico o docu-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mental. Además, se contó con el apoyo de herramientas de tipo histórico, descriptivo y comparativo. Finalmente, se han consultado diferentes bases de datos y se han analizado las últimas fuentes virtuales disponibles.

II. ¿Qué es un Sistema de Protección de Derechos Humanos?

Los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos son en principio: (1) El Sistema Universal y (2) Los Sistemas Regionales. El sistema internacional integra los mecanismos y las normas de protección que emanan de la Carta, de la Declaración y los Tratados de Derechos Humanos; mientras que los sistemas regionales comprenden los tratados regionales de Derechos Humanos, tales como el Sistema Europeo (Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y el Sistema Interamericano (Convención Americana de Derechos Humanos)[4].

> Las fuentes principales del sistema universal de protección internacional son: (a) la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dan lugar a la Comisión de Derechos Humanos y otros órganos especializados de control de las Naciones Unidas y (b) los tratados específicos sobre Derechos Humanos, que dan lugar a órganos específicos de control como el Comité de Derechos Humanos.[5]

Para Carvajal (2016), un sistema de protección de Derechos Humanos (en adelante DDHH), es un conjunto de ele-

[4] Chipoco, (1994). "La protección Universal de los Derechos humanos…", p.172

[5] Chipoco, (1994). "La protección Universal de los Derechos humanos…", p.173

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mentos, principios, reglas, órganos e instituciones relacionados, enlazados y ordenados entre sí para buscar la adecuada protección de los DDHH. El conjunto de normas que lo conforman, están contenidas en uno o varios instrumentos internacionales de carácter convencional, que definen y enumeran los derechos y libertades fundamentales, que todo ser humano debe disfrutar. A su vez, determinan las obligaciones asumidas por los Estados para hacer efectivo su compromiso[6].

Agrega el autor mencionado, que pueden identificarse cuatro (4) sistemas internacionales que cumplen con los cinco elementos fundamentales, para ser considerados un sistema internacional: 1- tener un instrumento internacional que lo forma; 2- contener una relación de los derechos fundamentales que tutela; 3- la obligación de los Estados; 4- facultades de los órganos defensores; 5- un mecanismo de protección. Los cuatro sistemas que encuadran en el supuesto señalado son: el sistema universal (sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y tres de características regionales: europeo, africano y americano.

Posibilidades individuales en los sistemas de protección de los DDHH universal y regionales

En el documento de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU (2013), titulado *Procedimientos para presentar denuncias Individuales en virtud de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,* se señala que los DDHH adquieren un significado concreto cuando se presentan denuncias individuales. Al pronunciarse un fallo en un caso individual se llevan a la práctica normas internacionales que de otra manera podrían parecer generales y abstractas[7].

---

[6] Carvajal, M. (2016). "Los sistemas internacionales de protección a los Derechos Humanos". Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo lxvi, núm. 265. pp. 395-416.

[7] Oficina del Alto Comisionado de la ONU (2013). "Procedimientos para presentar denuncias Individuales en virtud de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". Folleto

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Efectivamente, las normas que contienen los tratados internacionales de DDHH producen sus efectos más inmediatos cuando se las aplica a la situación de la vida diaria de una persona. El conjunto de decisiones resultantes puede servir de orientación a los Estados, la sociedad civil y los particulares al interpretar el sentido contemporáneo de estos tratados. Los particulares han obtenido progresivamente los medios de reivindicar sus derechos a nivel internacional. Al respecto, se han desarrollado a ritmo acelerado mecanismos internacionales de denuncia, y actualmente los particulares pueden presentar reclamaciones a nivel de los sistemas de protección de los DDHH universal y regionales[8]. En este sentido, destacan los siguientes:

III. Sistema Universal de Protección de los DDDH

El Sistema nace en el seno de la ONU. Está fundamentado en la Declaración Universal de los DDHH y en la Carta de la ONU, e integrado por el Sistema de Tratados y el Sistema de Órganos. Las Convenciones y Pactos con sus respectivos órganos de control, se caracterizan por incorporan las comunicaciones individuales directamente en sus textos o a través de sus Protocolos Facultativos.

Para Bregaglio (2013) "el término "universal" procede de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e indica que estos derechos son propios de todas las personas por igual, sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo"[9].

Informativo número 7/Rev.2. (Consultado 18/11/2020). Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev2_sp.pdf.

[8] Christof, H., Padilla, D. y Zwaak, L. (2005). "Comparación Esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: una actualización". *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol.3 no.4. (Revista en línea). Recuperado de http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/es_09.pdf.

[9] Bregaglio, R. (2013). "Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos", en G. Bandeira, R. Urueña y A. Torres (coordinadores), Protección Multinivel de Derechos

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuadro Nº 1. Comparativa sobre el acceso a denuncias individuales y órganos que lo permiten.

Convención	Órgano de Control	**Denuncias Individuales**
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)	**SI** (Art.14)
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Comité de Derechos Humanos (CCPR)	**SI** (Art. 2 (a)) También, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto destinado a abolir la pena de muerte en su Art. 5 contempla la denuncia individual
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)	**SI** (Art.2) del Protocolo Facultativo del Pacto.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	**SI** (Art. 15 (2)) También, el Protocolo Facultativo de la Convención contempla en su Art.2, la denuncia individual.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes /Subcomité para la Prevención de la Tortura	Comité contra la Tortura (CAT)	**SI** (Art.22)
Convención sobre los Derechos del Niño	Comité de los Derechos del Niño (CRC)	**SI** (Art 5 al 11) del Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones

Humanos. (Documento en línea). (p.92). Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW)	**SI** (Art.77)
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas	Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED)	**SI** (Art.31)
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (CRPD)	**SI** (Art.13) También, el Protocolo facultativo de la Convención contempla en su Art.1, la denuncia individual.

Fuente: Elaboración propia (2020).

En este sistema convencional, el mecanismo de atención de comunicaciones individuales, permite que un individuo presente ante un comité una comunicación en la que alegue que el Estado ha incurrido en una violación de los derechos consagrados en el Convenio respectivo, contra un individuo sujeto de su jurisdicción. El objeto de la comunicación es obtener un dictamen u opinión del Comité, en el que se pronuncie sobre si ha habido o no, violación de derechos, con el fin de obtener una reparación del Estado infractor[10].

Para activar los procedimientos de denuncias individuales, se requiere el agotamiento de los recursos internos, estos mecanismos de control deberán ser considerados subsidiarios de los procedimientos judiciales internos. Adicionalmente, cada Comité podrá señalar requisitos adicionales.

[10] Bregaglio, (2013). "Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos"…

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el marco del procedimiento de comunicaciones individuales, los Comités pueden solicitar al Estado en cuestión la adopción de medidas provisionales, las cuales permiten atender situaciones de urgencia que tengan lugar mientras se examina una comunicación, y que puedan hacer que se produzca un daño irreparable.

También, hay otras vías para presentar denuncias individuales a los órganos de la ONU que se conoce como el sistema extra-convencional. Este es el caso de los procedimientos especiales monitoreados por el Consejo de Derechos Humanos, como se resume en el cuadro Nº 2.

Cuadro Nº 2 Procedimientos especiales monitoreados por el Consejo de Derechos Humanos

Procedimientos especiales	**Contenido**
Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2007).	El 18 de junio de 2007, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 5/1, titulado "Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos", por el cual un nuevo procedimiento de denuncia fue establecido para hacer frente a un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y todas las libertades fundamentales ocurridos en cualquier parte del mundo y bajo cualquier circunstancia. Se basa en el anterior procedimiento 1503 de la Comisión de Derechos Humanos, que se ha modificado para asegurar que el procedimiento de denuncia sea imparcial, objetivo y eficiente, esté orientado a las víctimas y se lleve a cabo de manera oportuna.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos	Son mandatos para presentar informes y asesorar sobre derechos humanos que ejecutan expertos independientes en la materia, desde una perspectiva temática o en relación con un país específico abarca a todos los derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Los titulares de mandatos pueden enviar comunicaciones independientemente de si una presunta víctima ha agotado los recursos internos y si el Estado interesado ha ratificado un instrumento internacional o regional de derechos humanos.

Fuente: Elaboración propia (2020).

Otras instituciones de la ONU como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) contemplan procedimientos de quejas individuales. En el primer caso, la Constitución de la OIT (artículos 26 a 34) regula un procedimiento de quejas entre Estados miembros de la OIT para llamar la atención sobre violaciones de los derechos laborales y de los trabajadores en los Estados miembros que incumplan los convenios de la OIT que han ratificado.

Por su parte, en el seno de la UNESCO existe un procedimiento extra convencional confidencial de protección de los derechos humanos que son de la competencia de la UNESCO en las esferas de la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación, regulado por la Decisión número 104, de 1978, del Consejo Ejecutivo de la UNESCO[11], que instaura un procedimiento de quejas individuales mediante comunicación de la víctima o grupo de víctimas (incluidas las ONG) direc-

[11] UNESCO. (1978) "Protección de los derechos humanos: Procedimiento 104". Procedimiento de la UNESCO para ocuparse de presuntas violaciones de los Derechos Humanos. Disponible en: https://es.unesco.org/about-us/procedure104.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tamente al Director General de la Secretaría de la UNESCO, quien la remite al Comité de convenciones y de recomendaciones del Consejo Ejecutivo el cual, tras el estudio previo de su admisibilidad, intentará alcanzar una solución amigable entre la víctima y el Gobierno del Estado interesado.

Ahora bien, en el documento de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU (2013), se destaca que en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados reconocen la competencia de los Comités convirtiéndose en partes en sus Protocolos facultativos, es decir, tratados separados aprobados para complementar las disposiciones de cada uno de los pactos y convenciones mencionados[12].

En el caso de la Convención contra la Tortura, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, los Estados reconocen la competencia de los Comités formulando una declaración a esos efectos con arreglo a un artículo concreto de estas convenciones.

En cuanto a los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, no hacen ninguna provisión para medidas internas de protección o remedios para el individuo. Estas medidas ayudarían a hacer el procedimiento de queja más "orientación-víctima" y atractivo para los quejo-

[12] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2013). "Principios y Directrices para la Integración de los Derechos Humanos en las estrategias de reducción de la pobreza". Directriz 3: Igualdad y no discriminación. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyStrategiessp.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sos. Por el momento, el procedimiento es adecuado para permanecer como parte de una técnica incrementada para "colocar gradualmente presión en gobiernos culpables". Esto podría ser más útil para los quejosos que se encuentran en una posición de seguimiento de estos temas en el Consejo y/o están en campaña para tales resultados. La decisión de intervenir queda a discreción de los titulares de mandatos y dependerá de los diversos criterios establecidos en sus respectivos mandatos, así como de los criterios establecidos en el Código de Conducta.

Entonces, en función a lo arriba señalado se puede afirmar que, aunque la ONU incorpora el sistema de recursos individuales en tanto manifestación de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo, su alcance es limitado, parcial, facultativo, no obligatorio en vista de que las denuncias individuales con arreglo a alguno de los nueve tratados solo se pueden presentar contra el Estado que cumpla dos condiciones: (1) debe ser parte (mediante ratificación o adhesión) en el tratado que establezca los derechos presuntamente violados, (2) el Estado parte debe haber reconocido la competencia del Comité encargado de la vigilancia del tratado para recibir y examinar denuncias de particulares.

Otro aspecto importante a destacar es que la opinión final de los Comités constituye una recomendación, que implica para el Estado una obligación de medios antes que de resultados. Dicha obligación de medios consistiría en realizar los mejores esfuerzos para seguir las recomendaciones de los Comités, con base en el principio de buena fe.

IV. Sistemas Regionales de Protección de los DDDH

En cuanto a los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos, puede afirmarse que tres (3), son los sistemas que pueden identificarse a nivel regional: el Sistema Europeo, el Sistema Interamericano y el Sistema Africano.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. Sistema Europeo de Protección de los DDDH.

El viejo continente, tiene un sistema bien establecido en el seno del Consejo de Europa para la protección de los DDHH, fundamentado en la Convención Europea de DDHH con el Tribunal Europeo de DDHH (TEDH) con sede en Estrasburgo. En su evolución, el Convenio ha adoptado protocolos adicionales, como el Protocolo nº 11, que permitió que el TEDH admitiera demandas individuales directas (el peticionario debe ser la víctima).

En efecto, el Convenio Europeo de DDHH (CEDH) modificado por el Protocolo 11 consagra:

> Artículo 34: Demandas individuales
>
> El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.
>
> Artículo 35: Condiciones de admisibilidad
>
> 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.
>
> 2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34 cuando:
>
> a) sea anónima; o
>
> b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya so-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> metida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos.
>
> 3. El Tribunal declarará inadmisible cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que:
>
> a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o
>
> b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional.
>
> 4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisible en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento[13].

Este cambio formaliza el *ius standi*[14] o acceso directo del individuo al TEDH. Es decir, admite demandas individuales directas, previo cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 34 y 35 del Convenio. Se consigue que los individuos puedan demandar al Estado sin la intervención de ningún órgano. En tal sentido, el individuo cuenta con legitimación activa ante el TEDH, de tal suerte que una vez agotados los recursos internos del Estado demandado, puede presentar la demanda directamente ante el

[13] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1953). "Convenio Europeo de Derechos Humanos". (Documento en línea). Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

[14] *Ius Standi*: En el sistema Europeo el individuo accede directamente al Tribunal.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TEDH. Por lo tanto, al individuo se le reconoce plenamente su condición de sujeto de derecho internacional[15]

El Consejo Europeo en su documento titulado: *Protección Legal de los DDHH* (s/f), destaca que otro aspecto a resaltar del CEDH, es que constituye una de sus principales ventajas es el sistema de jurisdicción obligatoria, lo que significa que tan pronto como un Estado ratifique o se adhiera a él, se coloca automáticamente bajo la jurisdicción del TEDH[16].

Otra de las razones de su éxito es la fuerza de la sentencia del Tribunal. Los Estados tienen que cumplir con la sentencia definitiva. Su cumplimiento es supervisado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Así, estamos frente a un instrumento cuya competencia no se suscribe a reconocimiento expreso por parte de los Estados; no obstante, en la recepción de las sentencias en el derecho interno, los Estados determinan, so pretexto de su autodeterminación, las vías legislativas o políticas para implementar las resoluciones del Tribunal Europeo. Otro aspecto es que el TEDH tiene la sola función de interpretar, el Convenio Europeo de DDHH.

Es por ello, que la legitimación/o consagración del *ius standi* al individuo por el sistema de protección de los derechos humanos en Europa, no ha resultado suficiente ni eficiente para atender sus reclamos, producto de un entramado burocrático complejo y de procedimientos legales confusos. Además, existen condiciones inherentes al individuo demandante (nivel de educación, estatus social, poder adquisitivo entre otros) que también determinan y se cons-

[15] PÉREZ-LEÓN, J. (2008). "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo". *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 8 (Revista en línea). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100018

[16] Consejo de Europa. Convenio europeo de derechos humanos revisado en conformidad con el Protocolo n° 11. (Fecha de entrada en vigor 1 de noviembre 1998). Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1249.pdf.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tituyen en barreras para la admisibilidad de su petición ante el Tribunal Europeo.

El Consejo Europeo reconoce que las personas saben que el Tribunal existe y es capaz de intervenir cuando sientan que sus derechos fundamentales están siendo violados; sin embargo, la autoridad y la eficacia de la CEDH debería garantizarse en el plano nacional, de conformidad con el "principio de subsidiariedad", que prevé que los Estados tienen la responsabilidad primordial de impedir las violaciones de los derechos humanos y de poner remedio a esta situación cuando se produzcan.

2. Sistema Interamericano de Protección de los DDDH.

El Sistema Interamericano de los DDHH se alberga en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), fundamentado en su Carta, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Está conformado por dos (2) organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En su evolución, el sistema ha adoptado cambios entre los que destaca, la posibilidad de peticiones individuales directas ante la ***CIDH*** (no siendo necesario que el peticionario sea la víctima) por la violación de algunos de los derechos contemplados en la CADH o en la Declaración Americana de los DDHH o en otros tratados interamericanos de DDHH. En este sentido, la CADH, consagra:

> Sección 3, Competencia. Artículo 44: Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan de-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> nuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Para Tojo y Elizalde (2014), el artículo 44 de la Convención Americana establece las bases sobre las que se ha dado forma al acceso al sistema de peticiones individuales, ya que el cumplimiento de esta norma, es imprescindible para garantizar el ejercicio de los otros derechos amparados por la Convención[17].

Agregan las autoras, que la Comisión Interamericana es la puerta de acceso para los individuos que buscan protección y justicia en el sistema regional. Éste, es el primer órgano al que debe dirigirse una denuncia de violación a los derechos enunciados en la CADH. Esta amplitud del *locus standi*[18] es una característica positivamente distintiva del sistema interamericano. También, de este modo, se genera al Estado la obligación de permitir el ejercicio de este derecho sin obstaculizarlo[19].

La CIDH recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a DDHH, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad. Entre estos últimos, es importante destacar que todo Estado parte que haya ratificado la Convención debe declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

---

[17] Tojo, L. y Elizalde, P. (2014). "Medios de la Protección", en Steiner, C. y Uribe, P (coordinadores), Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. (Documento en línea). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf.

[18] *Locus standi*: El individuo puede participar de manera autónoma una vez que la Comisión o el Estado inician el proceso, mediante la presentación de su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y durante el resto del proceso.

[19] Tojo y Elizalde, (2014). "Medios de la Protección",…

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En cuanto a la ***Corte IDH***, se señala que la CADH no asigna ningún rol explícito a la presunta víctima en el procedimiento individual ante la Corte: no le da *locus standi* para poner en movimiento la jurisdicción de la Corte, del cual gozan sólo los Estados y la Comisión (CADH, artículo 61) y establece en el artículo 57 que esta última debe comparecer en todos los casos que se lleven ante la primera. En términos teóricos, sería posible comparecer ante la Corte en diversas calidades, que en el caso de las peticiones individuales podría ser: a) demandante; b) representante de la víctima, es decir, mandataria que recibe instrucciones de la presunta víctima u c) órgano del sistema[20].

La Comisión puede, cuando proceda, remitir casos ante la Corte IDH únicamente respecto de los Estados que han ratificado la Convención Americana y han reconocido con anterioridad la competencia de la Corte IDH, salvo que un Estado acepte la competencia expresamente para un caso concreto. Si el Estado no hubiera aceptado la jurisdicción de la Corte, el caso solo será presentado ante la Comisión Interamericana. Además, la Corte puede tomar las medidas previsionales que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas.

Cabe destacar entonces que en el sistema interamericano el individuo posee subjetividad jurídica internacional, en tanto goza del *locus standi* en todas las etapas del proceso, pero dicha subjetividad no es plena al no poseer *ius standi*[21].

---

[20] Medina, C. (2011). "Modificación de los Reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Procedimiento de Peticiones Individuales ante la Corte". *Anuario de Derechos Humanos*. (Documento en línea). Disponible en: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sS-9L_2AdcUJ:https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/17001/20530/0+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ve.

[21] Pérez-León, J. (2008). "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo". *Anuario mexicano*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

De igual manera, las decisiones de la CIDH, al ser recomendaciones, no constituyen sentencias, por lo que no implican obligaciones de resultado sino de medios. Sin embargo, la Corte IDH (1997), ha señalado que en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de DDHH, como es el caso de la CADH, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la CIDH que es, además, uno de los órganos principales de la OEA que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio de conformidad con la Carta de la OEA (artículos 52 y 111)[22].

También, el reconocimiento de la competencia de la CIDH y de la Corte IDH por parte de los Estados que han ratificado la CADH es facultativo, no obligatorio.

3. Sistema Africano de Protección de los DDDH.

El sistema Africano de los DDHH, descansa sobre la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, mejor conocida como Carta de Banjul[23]. Está integrado por dos organismos: la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[24].

---

de derecho internacional, vol. 8 (Revista en línea). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100018

[22] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Soto y Otros Vs Venezuela*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 55, p.18. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf.

[23] Agencia de la ONU para los Refugiados, (2002). *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* (Carta de Banjul). (Documento en línea). Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf.

[24] Child Rights International Network (s/f). Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Documento en línea). Recuperado de https://archive.crin.org/es/guias/onu-sistema-internacional/mecanismos-regionales/tribunal-europeo-de-derechos-humanos.html.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Respecto a las peticiones individuales, Saavedra (2008), señala que la expresión "otras comunicaciones" a que se refieren los artículos 55 a 59 de la Carta Africana, y 102 a 120 del Reglamento de la Comisión, son aquellas presentadas por sujetos distintos a los Estados, por ejemplo, las personas, individual o colectivamente, y organizaciones no gubernamentales. Es importante resaltar que la Carta no se refiere a comunicaciones o peticiones "individuales" como sucede en otros instrumentos internacionales en la materia, sino que simplemente hace una distinción entre aquellas estatales y "otras". No obstante, de la práctica de la Comisión se desprende que casi cualquier persona podría presentar casi cualquier comunicación[25].

Añade la autora, el artículo 56 de la Carta señala cuidadosamente los criterios de admisibilidad de las comunicaciones a saber: la comunicación debe indiciar quién es el autor, incluso si se solicita mantener el anonimato, debe ser compatible con la Carta de la Unión Africana y la Carta Africana, no deben estar escritas en un lenguaje "insultante" en contra del Estado responsable y sus instituciones, o contra la Unión Africana; no deben estar basadas únicamente en información proporcionada por los medios de comunicación[26].

Sólo serán admitidas una vez que los recursos de jurisdicción interna hayan sido agotados, las comunicaciones no deben referirse a asuntos solucionados por los Estados involucrados de conformidad con los principios de la Carta de la ONU, de la Carta de la Unión Africana, o de la Carta Africana.

Por su parte, la ***Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*** fue creada mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para

[25] Saavedra, Y. (2008). "El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos". Prolegómenos. *Anuario mexicano de Derecho Internacional,* vol.8 (Revista en línea). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a20.pdf. (p.690)

[26] Saavedra, (2008). "El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos"…, p.690.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Protocolo de Banjul, 2006)[27].

Al respecto el artículo 5° del Protocolo faculta para dirigirse a la Corte y a la Comisión: (i) al Estado parte que hubiera sometido un caso ante la Comisión; (ii) al Estado parte demandado ante la Comisión; (iii) al Estado parte de la nacionalidad de la víctima de una violación de los derechos humanos; y (iv) a organizaciones intergubernamentales; (v) además, los individuos y las ONG que tengan el estatuto de observador ante la Comisión pueden acudir a la Corte directamente, siempre que el Estado frente al cual se interpone la demanda emita una declaración de competencia conforme al artículo 34.6. La Corte no recibirá ninguna demanda del artículo 5 concerniente a un Estado parte que no haya realizado tal declaración[28].

Por tanto, en el Protocolo se establece una jurisdicción automática para los casos presentados por la Comisión y por los Estados que hayan ratificado el Protocolo y una jurisdicción opcional para ONG e individuos.

Es importante destacar que, la Carta Africana no faculta expresamente a la Comisión para sugerir a los Estados partes la adopción de medidas provisionales ni investigaciones *in situ*, sin embargo a través de una interpretación *pro homine* del artículo 46 de Carta, la Comisión ha logrado

[27] Organisation de l' Unites Africaine (1998). *Protocole Relatif a la Charte Africaine des Droits De L'Homme et des Peuples Portant Creation d'une Cour Africaine des Droits del 'Homme et des Peuples*. (Consultado 20/11/2020). Disponible en: http://fr.africancourt.org/images/Basic%20Documents/Protocole%20portant%20Creation%20de%20la%20Cour%20Africaine%20des%20Droits%20de%20l'Homme%20et%20des%20Peuples.pdf.

[28] Fundación Acción Pro Derechos Humanos. (s/f). "Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio". Derechos Humanos.net, Octubre, 1979, modificaciones al 1 de junio de 2010. (Documento en línea). Recuperado de: https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1994-Protocolo11-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

enfrentar situaciones de urgencia a través de la aplicación de este tipo de medidas[29].

La Corte puede dictar decisiones vinculantes y ordenar medidas de reparación cuando recibe comunicaciones individuales, además, las sentencias de la Corte son definitivas.

El 1° de julio, 2008, fue aprobado durante el 11º período ordinario de sesiones de la Asamblea de la Unión Africana celebrada en Sharm el-Sheikh, Egipto, el Protocolo para el Establecimiento del Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos, que no ha entrado en vigor, al ser ratificado por pocos Estados de la Unión Africana.

Entonces, aunque los mecanismos descritos parecen adecuados, la práctica no resulta siempre convincente y se enfrenta de hecho a varios obstáculos. Entre ellos, Tardif (2013) enumera los siguientes: (1) La falta de cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión por parte de los Estados y el bajo número de ratificaciones a los protocolos que dieron vida a los dos tribunales africanos; (2) los conflictos inter e intraestatales y las limitaciones en materia de recursos financieros y humanos para apoyar el trabajo de la Comisión y de la Corte; (3) la percepción por parte de los ciudadanos de la ausencia de una verdadera independencia y separación de poderes, limitando el interés en acudir a la Comisión[30].

V. Conclusiones

Del análisis en general que precede se puede señalar que, la dimensión activa de la subjetividad jurídica interna-

[29] Saavedra (2008). "El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos…",p.692

[30] Tardif, E. (2013). "Acercamiento al sistema africano de protección de los derechos humanos: avances y retos". *Anuario de Derechos Humanos*, No. 9, 2013, (Revistas en línea), pp. 139-148. Recuperado de: https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27058/28692.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cional del individuo depende del grado de progreso en la materia que presente el sistema regional o la instancia internacional ante la cual se demande.

Ello, plantea la discusión epistemológica crítica sobre la concepción clásica de los DDHH, pues el ser humano a pesar de tener derechos, que en teoría, le son inherentes por el solo hecho de ser persona, al momento de exigir respeto, protección o garantía de los mismos, ante su amenaza de vulneración o efectiva infracción, se encuentra tanto a nivel internacional, con una flagrante violación de otro derecho , el acceso a la justicia, cuyo contenido en cuanto a pretensiones se centra no solo en el restablecimiento de la situación jurídica infringida, sino lo más importante, en la garantía de no repetición de violación o amenaza de violación de los mismos.

Ahora bien, pese a que el funcionamiento de esos sistemas e instancias internacionales no es perfecto, y que el *ius standi* aún no se consagra de pleno en la jurisdicción internacional, ello no constituye un argumento lo suficientemente sólido para negarle al individuo su condición de sujeto de derecho internacional.

En todo caso, el carácter progresivo de las reformas en esa materia en el seno de los sistemas regionales y de las organizaciones internacionales con competencia para la protección de los DDHH, y el rol cada vez más activo del individuo por procurar directamente la defensa y el respeto de los intereses que el orden internacional le confiere y resguarda, confirman la importancia y la necesidad del reconocimiento de su capacidad de goce y de ejercicio dentro del ámbito de la comunidad internacional.

Referencias Bibliográficas

Agencia de la ONU para los Refugiados (2002). *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* (Carta de Ban-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

jul). (Documento en línea). Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf

BREGAGLIO, R. (2013). Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos en G. Bandeira, R. Urueña y A. Torres (coordinadores), *Protección Multinivel de Derechos Humanos.* (Documento en línea). Recuperado de https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf

CAMARILLO, L. (2016). Convergencias y Divergencias entre los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Prolegómenos*, (Revista en línea), pp. 67-84. Recuperado dehttp://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a05.pdf

CAMARILLO, L. (2014). *Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (Tesis Doctoral) Universidad de Castilla-La Mancha. Recuperado de https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/5331/TESIS%20Camarillo%20Govea.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CARVAJAL, M. (2016). Los sistemas internacionales de protección a los Derechos Humanos *Revista de la Facultad de Derecho de México,* tomo lxvi, núm. 265. pp. 395-416.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (CEPAL), (2020). Evento con países de América Latina y el Caribe enfatiza la importancia de garantizar un régimen de protección social universal. Comunicado de prensa, publicado en fecha 10 de julio de 2020. (Documento en línea). Recuperado de: https://www.cepal.org/es/comunicados/evento-paises-america-latina-caribe-enfatiza-la-importancia-garantizar-un-regimen

Comisión de Derechos Humanos de México (2013). *El sistema interamericano en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.* (Documento en línea). Recuperado de https://cdhcm.org.mx/serv_prof/pdf/elsistemainteramericanoenelcontextodelossistemasregionales.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Consejo de Europa (s/f). Protección legal de los Derechos Humanos. (Documento en línea). Recuperado de https://www.coe.int/es/web/compass/legal-protection-of-human-rights

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes. (Documento en línea) Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html

Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). Sistema Africano de Derechos Humanos. (Documento en línea). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33357.pdf

Child Rights International Network (s/f). *Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* (Documento en línea). Recuperado de https://archive.crin.org/es/guias/onu-sistema-internacional/mecanismos-regionales/tribunal-europeo-de-derechos-humanos.html

CHIPOCO, CARLOS. (1994). "La protección Universal de los Derechos humanos, una aproximación crítica"; en: Estudios Básicos I; en particular pp. 184 – 186 ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994. (Documento en línea). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9708.pdf

CHRISTOF, H., PADILLA, D. y Zwaak, L. (2005). Comparación Esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: una actualización. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol.3 no.4. (Revista en línea). Recuperado de http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/es_09.pdf

Fundación Acción Pro Derechos Humanos. (s/f). *Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio.* DERECHOS HUMANOS.NET, Octubre, 1979, modificaciones al 1 de junio de 2010. (Documento

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en línea). Recuperado de: https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1994-Protocolo11-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm

GONZÁLEZ, P. (2007). Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, pp. 717.

GUY, ISAAC. (1985). *Manual de derecho comunitario general***.** Barcelona: Ariel.

KELSEN, HANS. (2003) "Teoría General de las Normas". Editorial Trillas. México, Argentina, España, Colombia, Puerto Rico, Venezuela.

MEDINA, C. (2011). Modificación de los Reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Procedimiento de Peticiones Individuales ante la Corte. *Anuario de Derechos Humanos*. (Documento en línea). Recuperado de: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sS-9L_2AdcUJ:https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/17001/20530/0+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ve

MONROY, C. y Marco, G. (2008). El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional. *ACDI,* Bogotá, Nº 1, pp. 107-138.

Organización de Estados Americanos. (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* (Documento en línea). Recuperado de. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización de Estados Americanos. (s/f). *El Acceso a la Justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de derechos humanos. Resu-*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

men Ejecutivo. (Documento en línea). Recuperado de: https://www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesci-ii.sp.htm

Organisation de l' Unites Africaine (1998). *Protocole Relatif a la Charte Africaine des Droits De L'Homme et des Peuples Portant Creation d'une Cour Africaine des Droits del 'Homme et des Peuples* (Documento en línea). Recuperado de: http://fr.africancourt.org/images/Basic%20Documents/Protocole%20portant%20Creation%20de%20la%20Cour%20Africaine%20des%20Droits%20de%20l'Homme%20et%20des%20Peuples.pdf

Organización de las Naciones Unidas (2013). *Procedimientos para presentar Denuncias Individuales en virtud de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* Folleto informativo Nº 7/Rev.2. (Documento en línea). Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev2_sp.pdf

P**ÉREZ**-LEÓN, J. (2008). El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 8 (Revista en línea). Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100018

PÉREZ, R. (2012). *Derechos Humanos, Constitución y Jurisprudencia Constitucional en Venezuela.* Universidad Central de Venezuela. Trabajo Especial no publicado presentado para optar al Título de Especialista en Derechos Humanos. Caracas, Junio 2012, p.103. Recuperado de: http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/3053/1/T026800006583-0-perezpinto_finalpublicacion-000.pdf [Consultado en febrero 9, 2020].

SAAVEDRA, Y. (2008). El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos. *Anuario mexicano de Derecho Internacional* vol.8 (Revista en línea). Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a20.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TARDIF, E. (2013). Acercamiento al sistema africano de protección de los derechos humanos: avances y retos. *Anuario de Derechos Humanos,* No. 9, 2013, (Revistas en línea), pp. 139-148. Recuperado de: https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27058/28692

TOJO, L. Y ELIZALDE, P. (2014). Medios de la Protección en Steiner, C. y Uribe, P (coordinadores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. (Documento en línea).* Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1953). *Convenio Europeo de Derechos Humanos.* (Documento en línea). Recuperado de: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

UNESCO. (1978) "Protección de los derechos humanos: Procedimiento 104". Procedimiento de la UNESCO para ocuparse de presuntas violaciones de los Derechos Humanos. Disponible en: https://es.unesco.org/about-us/procedure104

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Arte de portada:
Marcelo Javier Mosqueira

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La "jurisdicción exorbitante" del poder judicial norteamericano: El caso de los fondos buitre contra la República Argentina

The "exorbitant jurisdiction" of the Norteamerican judiciary: The case of Vulture Funds against The Argentinian Republic.

Augusto Martinelli[1]
Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre)
https://doi.org/10.24215/25251678e537
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/ 0000-0001-7818-096X

Resumen: Este artículo analiza dos instancias procesales del caso NML Capital v. Republic of Argentina (2013-2014). En este caso, conocido como "el juicio del siglo", los acreedores de deuda Argentina emitida bajo legislación estadounidense iniciaron acciones legales contra el país ante cortes federales del Estado de Nueva

[1] CV Abogado (UNLP), Maestrando en Derecho Procesal (UNLP). Diplomado en Argumentación Jurídica (USI). LLM en U.S. Legal Studies (Fordham Law School). Este trabajo es el resultado de dos semestres de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham, Nueva York (2019-2020). La versión en inglés se encuentra en proceso de publicación. El autor agradece por sus invaluables aportes a María Dinard, Francisco Verbic, Octavio Barone, Sebastián Chumbita, Matías Tau, George Conk, Pamela Bookman y María Emilia Mamberti.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

York. La forma en que NML fue resuelto demuestra que, para ejecutar sus sentencias, las cortes de estadounidenses pueden restar importancia a derechos constitucionales como el debido proceso y el derecho de defensa en pos de asegurar el efectivo cumplimiento de lo ordenado. Como si el fin de ejecutar la decisión se pudiera imponer sobre los medios a emplear. En particular, el análisis se enfoca en dos etapas del caso, posteriores a la sentencia definitiva que condenó a Argentina a pagarle a los fondos buitre. Analiza si las cortes de EE.UU. tienen jurisdicción para emitir (1) una orden de discovery para identificar bienes argentinos radicados fuera de EE.UU y (2) una orden de hacer de carácter permanente que obligue al país a pagar de igual forma a los acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda y a los que no lo hicieron. También analiza la estrategia que implementó el Juez Thomas Griesa para forzar a la Argentina a cumplir con sus sentencias definitivas. Luego de NML v. Argentina, la Suprema Corte de Justicia estadounidense cambió el criterio en materia de jurisdicción contra extranjeros. Gracias a este nuevo criterio, se redujeron sustancialmente las herramientas que las cortes de primera instancia utilizaban para coaccionar a países juzgados a cumplir con sus sentencias definitivas. Este cambio dejó aún más en evidencia que las controversias sobre deuda soberana requieren de un marco normativo y fuero internacional específico para ser resueltas.

Abstract: This article analyzes two instances of NML Capital v. Republic of Argentina (2013-2014). In this case, widely known as "the trial of the century," Argentina's sovereign debt creditors sued the country before New York District courts. NML shows that, when it comes to enforcing their merit decisions, US courts may rest importance on constitutional rights such as due process and the right to defense to ensure effective compliance with their rulings. Like if ends could triumph over means. Mainly, the analysis focuses on two instances after the District adjudicated against Argentina by recognizing the vulture fund's credits. It examines whether the US courts have jurisdiction to issue (1) a post-judgment discovery in aid of execution to target Argentinian assets located outside the US and (2) a permanent injunction to force the country to decide whether to pay

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

to all of its creditors or none of them. The article also analyzes Judge Thomas Griesa's strategy to force Argentina to comply with its merit decisions by extending its jurisdiction against foreign companies that were not part of the controversy. Fortunately, after NML v. Argentina, the US Supreme Court modified the criterion on how District courts should assert personal jurisdiction over foreigners. This new perspective dramatically diminished the scope of district courts to force sovereign nations to comply with their rulings. Moreover, it also left it even more evident that sovereign debt litigation requires a specific international legal framework and jurisdiction.

Palabras clave: Deuda soberana – Fondos Buitre – Legislación Estadounidense – Cortes Federale

Keywords: Sovereign debt - Vulture Founds – united states law- U.S. courts -

I. Introducción

Este trabajo analizará algunos aspectos procesales del caso *NML Capital v. Republic of Argentina* (en adelante, *NML*), donde el Poder Judicial estadounidense condenó a la Argentina a pagar sumas extraordinarias de dinero a los fondos de inversión que bloquearon el proceso de reestructuración de deuda soberana del país.

NML acaparó la atención de la opinión pública a nivel global y fue definido como el "juicio del siglo"[2]. Si bien giró en torno a reclamos por más de ochenta mil millones de dólares[3], también involucró conflictos geopolíticos. Por un

[2] Benefict Mander, *Slow painful ending for "trial of the century"*, Financial Times, 18/02/2014.

[3] Karen Halverson Cross (2014), *U.S. Supreme Court Denies Certiorari and Affirms Discovery in Bondholder Litigation against Argentina*, The American Society of International Law, Vol. 18 Issue 23, (2014), (última actualización 31/08/20, 3.42 pm).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lado, una nación libre que intentaba ejercer su soberanía. Por el otro, fondos de inversión altamente especulativos. En el medio, el Poder Judicial estadounidense, interesado en garantizar "previsibilidad" y "seguridad jurídica" a todo tipo de inversores financieros, inclusive a fondos buitre[4].

En el apartado 2 veremos las características principales de la Foreign Sovereign Immunities Act (en adelante, FSIA), la norma federal que regula las excepcionales circunstancias en las que una corte estadounidense podrá habilitar su jurisdicción contra un país, cuya inmunidad se presume. Luego, repasaremos la situación de la Argentina en la histórica crisis del 2001, en particular, las dos ofertas que realizó a los tenedores de bonos defaulteados. Si bien Argentina logró persuadir a más del 92% de sus acreedores, una ínfima porción (en adelante, fondos buitre[5]) rechazó ambas ofertas e inició acciones legales para cobrar el monto total de la deuda emitida.

Las demandas quedaron radicadas ante la corte del Juez Thomas P. Griesa, que condenó al país a pagar lo que los fondos buitre reclamaban. La forma de resolver de Griesa generó rechazo en distintos ámbitos por el negativo precedente que generaba para futuras reestructuraciones de deuda, ya

---

[4] Mallory Barr, *The litigation tango of La Casa Rosada and the vultures: the political realities of sovereign debt, vulture funds and the Foreign Sovereign Immunities Act*, Santa Clara Journal of International Law, pp. 575 (2016).

[5] *"Los fondos buitre son fondos de capital de alto riesgo que compran a precio de default títulos de deuda de empresas y, particularmente -a partir de los años 90-, de Estados con economías agonizantes con el propósito de conseguir a través de litigios sumas considerablemente mayores de lo que pagaron por ellos. Tal como describe el economista, Alfredo Zaiat, no son "acreedores de buena voluntad ni actores interesados en participar del juego del mercado [financiero], espacio donde se gana y se pierde con apuestas más o menos arriesgadas con el sube y baja de las cotizaciones (...) sino que el método [que utilizan] para contabilizar ganancias fabulosas es (...) la vía judicial"*, Romina Kupelian – María Sol Rivas, *Fondos Buitre: el juicio contra Argentina y la dificultad que representan en la economía mundial*, Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina (CEFIDAR), pp. 7 (2014) (citando a Alfredo Zaiat, "Carroñeros", Diario Página 12, 27/08/2013).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que invitaba a los acreedores a no aceptar quitas de capital e intereses sino a litigar por el monto total de lo adeudado.

Sin embargo, el verdadero desafío de los fondos buitre surgió cuando quisieron ejecutar las sentencias definitivas ante la negativa de Argentina de cumplir con la condena de Griesa. Frente a la postura adoptada por el país, los fondos buitre modificaron sus reclamos para incorporar dos pedidos: una medida de discovery para identificar bienes argentinos radicados en el mundo y una orden de hacer de carácter permanente para que se obligue a Argentina a pagarle a los fondos buitre de la misma forma que se le estaba pagando al 92% de los acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda.

En los apartados 2.b y 2.c veremos las dos órdenes que Griesa emitió para forzar a Argentina a cumplir con las sentencias definitivas. Ambas fueron concedidas bajo argumentos que se contradicen con el espíritu de la FSIA, que establece un criterio restrictivo en materia de jurisdicción contra países. El contraste entre las ordenes de Griesa y el espíritu de la FSIA permitirá poner en debate la situación de las naciones juzgadas ante cortes estadounidenses. En el apartado 3.a lo veremos y, desde una mirada de debido proceso, analizaremos los límites que estas cortes deberían respetar cuando emiten órdenes contra un país.

Por otro lado, el apartado 4 se enfocará en uno de los puntos más importantes sobre la estrategia que implementó Griesa para forzar al país a cumplir con las sentencias definitivas: como asumió que Argentina no cumpliría espontáneamente las sentencias definitivas, extendió su jurisdicción contra instituciones financieras que prestaban servicios al país y les ordenó determinado accionar bajo apercibimiento de sancionarlas.

Parte del análisis se enfocará en esta maniobra de Griesa que, para garantizar el cumplimiento de sus sentencias, forzó los límites jurisdiccionales de la FSIA para que los fondos buitre pudieran cobrar. Como también veremos, al

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

utilizar estos "atajos", Griesa lesionó el derecho de estas instituciones financieras a ser juzgadas en el marco del debido proceso, garantizado en la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense.

En los apartados 4.a y 4.b veremos que, muy poco tiempo después de *NML,* la Suprema Corte de EE.UU y dos de las cámaras de apelaciones más importantes del país cambiaron el criterio sobre jurisdicción contra personas físicas o jurídicas extranjeras. Este cambio, más respetuoso de la diplomacia y cortesía internacional, reducirá sustantivamente los atajos que las cortes distritales podían utilizar para forzar a países a cumplir con sentencias emitidas por cortes estadounidenses. Como hizo Griesa con Argentina.

Antes de comenzar, es importante aclarar que el análisis propuesto no se enfocará en la cuestión de fondo, vinculada al incumplimiento contractual y los alcances de la famosa cláusula "pari passu"[6], sino que analizará las órdenes que Griesa emitió para forzar al país a cumplir con sus sentencias definitivas.

II. La FSIA y el "Juicio del Siglo"

La forma en que EE.UU se condujo con otros países en controversias judiciales cambió drásticamente durante el siglo XX[7]. En términos generales, EE.UU no permitía que sus cortes ejercieran su jurisdicción contra otras naciones[8]. Sin

[6] Explican Mitu Gulati y Robert E. Scott que la cláusula "pari passu" siempre fue una "cláusula ornamental" que hace décadas se inserta en determinados contratos, pero que nunca fue interpretada como una condición de igual tratamiento entre acreedores. La primera vez que fue interpretada de esa forma fue en el caso de Elliot Associates contra Perú. Mitu Gulati – Robert E. Scott, *Foreword. The three and a half minute transaction: Boilerplate language and the limits of contract design*, Hofstra Law Review, pp. 2 (2011)

[7] W. Mark C. Weidemaier, *Sovereign immunity and sovereign debt,* University of Illinois Law Review, pp. 69 (2014).

[8] Joshua Burres, *Sovereign Disobedience: the role of U.S. courts in curtailing the proliferation of sovereign default*, Indiana International & Comparative Law Review, pp. 283 (2015).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

embargo, en los hechos, la falta de criterios claros y legalmente establecidos permitía que el Poder Ejecutivo determinara caso por caso cuándo un país estaba protegido con inmunidad absoluta y cuándo era susceptible de ser demandado ante una corte estadounidense[9].

Para reducir esta discreción, en 1976 el Congreso promulgó la FSIA y estableció marco normativo "objetivo" que identificara las excepcionales circunstancias en las que una corte estadounidense podía habilitar su jurisdicción contra un país[10]. El artículo §1605 dispuso, como regla general, que los países y sus bienes gozaban de absoluta inmunidad de jurisdicción y ejecución ante cortes del país[11].

Solo en seis casos taxativos la FSIA permitió que las cortes ejercieran su jurisdicción contra Estados soberanos[12]. En lo que importa para este análisis, el artículo § 1605(a)(2) dispuso que los países no contarán con inmunidad de jurisdicción y ejecución cuando se involucren en actividades comerciales que afecten los intereses de EE.UU. De darse este supuesto, una corte podría habilitar su jurisdicción, por ejemplo, ante el reclamo de un acreedor que pretende obtener una ejecución de su contrato, como en *NML*.

---

[9] Irene P. King, *Are Foreign Sovereigns Entitled to Constitutional Due Process - The Ninth Circuit's Analysis of Personal Jurisdiction in Altmann v. Republic of Austria*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, pp. 391 (2003).

[10] *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, pp. 434 (1989); Republic of Austria v. Altman, 541 U.S. 677, pp. 717 (2004). Ver también Irene P. King, *Are Foreign Sovereigns Entitled to Constitutional Due Process - The Ninth Circuit's Analysis of Personal Jurisdiction in Altmann v. Republic of Austria*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, pp. 391 (2003). Ver también Colin Martindale, *Don't cry for me Argentina: The aftermath of Republic of Argentina v. NML Capital and the uncertain limits of post-judgement attachment discovery against foreign sovereigns,* Berkeley Journal of International Law, pp. 524 (2019).

[11] Joseph M. Terry, *Jurisdictional discovery under the Foreign Sovereign Immunities Act*, University of Chicago Law Review, pp. 1029 (1999).

[12] David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A guide for judges*, Federal Judicial Center, International Litigation Guide, pp. 2 (2013). Ver también Simowitz, Op. cit. N° 2, pp. 360. Ver también Fox - Hazel, Op. Cit. N° 2, pp. 242.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Si bien la FSIA implicó un avance importante para establecer criterios objetivos sobre la jurisdicción de cortes estadounidenses contra otros países, también omitió regular aspectos vinculados con la ejecución de sentencias contra países que no cumplen espontáneamente con sentencias definitivas de condena[13]. Este vacío se fue ocupando a través de precedentes judiciales, que no estuvieron exentos de discusiones sobre soberanía, exceso de jurisdicción y debido proceso.

a. La crisis de deuda argentina y la estrategia de los *"fondos buitre"* para ejecutar las sentencias contra el país:

La República Argentina inició el milenio sumergida en una de sus peores crisis económicas y sociales[14]. El país entró en una profunda recesión, su moneda sufrió fuertes devaluaciones y más del 50% de su población cayó bajo la línea de pobreza[15]. En 2001 renunció el presidente Fernando de La Rúa y en menos de dos semanas Argentina tuvo una sucesión de cinco presidencias. Al no poder hacer frente a la deuda pública externa, el presidente Adolfo Rodríguez Saa declaró el default de la deuda argentina[16].

Luego de años de inestabilidad económica y social, Argentina inició un virtuoso proceso de crecimiento e inició gestiones para reestructurar la deuda pública externa que había entrado en cesación de pagos[17]. En el año 2005, durante la presidencia de Néstor C. Kirchner, Argentina ofre-

---

[13] Dan Rosenheck, *Argentina´s rational default*, The New Yorker, August 7, 2014.

[14] Joseph E. Stiglitz & Martín Guzmán, *Argentina default? Griesafault is much more accurate*, The Guardian, 07/08/2017.

[15] Romina Kupelian - María Sol Rivas, *Fondos Buitre: el juicio contra Argentina y la dificultad que representan en la economía mundial*, Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina, pp. 5 (2014).

[16] Kupelian - Rivas, Op. Cit. N° 7, pp. 29.

[17] Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 271.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ció a sus acreedores intercambiar los bonos en default por nuevos títulos[18]. Para incentivar la adhesión de la mayoría de los acreedores, el Congreso Nacional sancionó la ley N° 26.017 y prohibió al Poder Ejecutivo reabrir la oferta de canje de bonos para quienes no se sumaran a la oferta de reestructuración. El país logró el 76% de adhesión[19]. El resto rechazó lo ofertado[20].

En 2010, bajo la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner, Argentina suspendió los efectos de la Ley N° 26.017 y emitió una segunda oferta de canje que permitió convencer a la mayoría de los acreedores que no habían aceptado en la primera oportunidad. Entre las ofertas del 2005 y 2010, mas del 92% de los acreedores avaló la reestructuración de la deuda[21]. Sin embargo, una pequeña porción nuevamente rechazó la propuesta. Entre ellos, los fondos buitre, especuladores financieros que compraron bonos de Argentina en default para litigar agresivamente por el valor total de la deuda[22].

Presentaron varias demandas que quedaron radicadas en la corte del Juez Griesa, que condenó al país por incumplimiento contractual y le ordenó pagar importantísimas sumas de dinero. Pero Argentina se negó a cumplir. En reiteradas ocasiones planteó cuán injusto era que un Estado soberano se viera obligado a pagarle a una ínfima minoría

---

[18] Kupelian - Rivas, Op. Cit. N° 7, pp. 5.

[19] Brett Neve, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina: An alternative to de Inadequate Remedies under the Foreign Sovereign Immunities Act*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, pp. 635 (2014). Ver también Kupelian - Rivas, Op. Cit. N° 7, pp. 75.

[20] Rosenheck, Op. Cit. N° 15.

[21] *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, pp. 253 (2d Cir. 2012). Ver también Rosenheck, Op. Cit. N° 15.

[22] John M. Fisher, *Starving the Vultures: NML Capital v. Republic of Argentina and Solutions to the Problem of Distressed-Debt Funds*, California Law Review, pp. 1674 (2014). Ver también Aaron D. Simowitz, *Transnational enforcement discovery*, Fordham Law Review, pp. 3300 (2015).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de acreedores especuladores, cuando había logrado persuadir a más del 92% de los acreedores para que aceptaran reestructurar la deuda[23].

Frente a la postura de Argentina, NML realizó una serie de planteos ante Griesa para persuadirlo de emitir dos órdenes de hacer que indirectamente forzaran al país a cumplir con las sentencias. Ambas requerían que Griesa extendiera su jurisdicción hacia instituciones financieras ajenas a la controversia que prestaban servicios al país. La estrategia no era nueva. Años antes fue probada por los mismos actores contra Perú, cuando en 1995 buscó reestructurar su deuda soberana en default[24].

Pocos meses después de que Perú defaulteara su deuda, Elliot Associates (controlante de NML Capital[25]), compró parte de estos bonos en el mercado secundario[26]. Cuando el país pretendió acordar con sus acreedores, Elliot rechazó todas las ofertas y lo demandó ante una corte distrital del Estado de Nueva York, que desestimó el caso basándose en la doctrina "*champerty*" (básicamente, porque compró la deuda defaulteada solo para litigar por el monto total[27]). Sin embargo, la Cámara de Apelaciones revocó lo resuelto y reenvió el caso a primera instancia para que dicte un nuevo pronunciamiento. Finalmente, la corte distrital falló a favor de Elliot por más de ochenta millones de dólares, es decir, obligó al país a pagar una renta mayor al 700% en comparación con el dinero invertido para la compra de los bonos defaulteados[28].

---

[23] Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 642.

[24] Manuel Monteagudo, *Peru´s experience in sovereign debt management and litigation: some lessons for the legal approach to sovereign indebtedness*, Law and Contemporary Problems, Duke Law, pp. 203. Ver también William W. Bratton, *Pari Passu and A Distressed Sovereigns Rational Choices*, Emory Law Journal, pp. 823 (2004).

[25] Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 634.

[26] Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 279.

[27] *Elliot Associates, L.P. v. Republic of Perú*, 12 F.Supp.2d 328, pp. 351 (S.D.N.Y. 1998)

[28] Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 280.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero el verdadero desafío de Elliot y compañía se presentó cuando buscaron ejecutar la sentencia definitiva contra Perú[29], que no la cumplió y continuó con el pago a aquellos acreedores que habían aceptado la reestructuración de la deuda[30]. Para evitar posibles embargos de cortes estadounidenses, Perú contrató los servicios de Euroclear, un intermediario financiero con sede en Bruselas[31]. Pero Elliot interpuso un reclamo ante una corte belga para que congele las cuentas bancarias de Perú y le impida continuar pagando a los acreedores que habían aceptado la reestructuración de la deuda. La corte belga no solo concedió este pedido, sino que lo hizo sin siquiera escuchar la postura de Perú[32].

NML Capital replicó la misma estrategia contra Argentina[33]. A partir de una contradictoria interpretación de los límites jurisdiccionales de la FSIA, Griesa accedió a las pretensiones de los reclamantes y emitió dos órdenes de hacer para forzar al país a que optara entre pagarle a todos los acreedores (fondos buitre y los que aceptaron la reestructuración) o no pagarle a ninguno y entrar nuevamente en default[34]. Como veremos a continuación, con esta nueva victoria, los fondos buitre lograron disminuir una vez más los límites que la FSIA impone en favor de estados soberanos[35].

---

[29] Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 281. Ver también Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 637

[30] Rodrigo Olivares-Caminal, *The pari passu interpretation in the Elliot Case: a brilliant strategy but an awful mid-long term outcome?*, pp. 44/45 (2011).

[31] Gulati – Scott, Op. Cit. N° 8, pp. 2. Ver También Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 282.

[32] Mitu Gulati - Robert E. Scott, *The three-and-a-half-minute transaction: boilerplate and the limits of contract design*, Hofstra Law Review, pp. 2 (2011).

[33] Juan J. Cruces - Tim R. Samples, *Settling sovereign debt´s "Trial of the century"*, Emory International Law Review, pp. 14 (2016).

[34] Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 271.

[35] Karen Halverson Cross, *The extraterritorial reach of Sovereign Debt enforcement*, Fourth Biennial of Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL), Working Paper No. 2014/28, pp. 118 (2015).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

b. La orden de Discovery para identificar bienes argentinos radicados fuera de los Estados Unidos:

La FSIA no estableció un procedimiento claro para ejecutar sentencias contra países que se nieguen a cumplirlas espontáneamente. Frente a este vacío, NML solicitó a Griesa que emitiera una orden de discovery[36] (*"post-judgement discovery in aid of execution"*[37]) contra dos bancos para que informen sobre bienes argentinos radicados fuera del país[38]. NML buscaba información sobre (i) cuentas bancarias de Argentina en el mundo; (ii) la forma en que Argentina movía dichos activos y (iii) dónde y cuándo podrían embargarse/ejecutarse[39]. Frente a semejante solicitud, Argentina y los bancos requeridos se presentaron ante Griesa para que lo rechace[40].

En audiencia oral, NML alegó que tenía derecho a conocer los activos de Argentina fuera de los EE. UU aún cuando dichos bienes no fueran susceptibles de embargo y/o ejecución por parte de una corte estadounidense[41]. Sostuvo

[36] *"La característica más distintiva del proceso civil norteamericano es la adquisición de prueba bajo el procedimiento del "Discovery". La posibilidad de hacer que la contraparte produzca documentos, responda por escrito a preguntas, o presten testimonio bajo juramento es el corazón del proceso judicial civil estadounidense"*, para más información ver Samuel Issacharoff, *Civil Procedure,* Foundation Press 4th Ed. pp, 45 (2017).

[37] El "post judgement discovery in aid of execution" es una de las variantes del discovery que no se desarrolla en la etapa "pre-trial", como sucede con la versión más tradicional, donde las partes acceden a la prueba de una forma temprana y evalúan con mejores herramientas que tan sólido es su caso. El "post judgement discovery" tiene un objeto distinto ya que se enfoca en recolectar prueba sobre la existencia de bienes de parte vencida para que puedan ser ejecutados en cumplimiento de la sentencia de fondo. Para más información, ver Mary K. Kane, *Chapter 9: Provisional and final remedies and special proceedings*, Wright & Miller, Federal Practice and Procedure, (2019)

[38] *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 139 (2014).

[39] Id. pp. 137.

[40] Id. pp. 137.

[41] Version taquigráfica de audiencia oral, United States District Court, Southern District of New York, 17/12/2010, WL 122883, Apéndice D, pp. 18 (2013).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que no importaba si la FSIA prohibía la ejecución de activos soberanos ubicados en el exterior porque ese aspecto debía resolverse luego de que la información fuera recolectada. A esa altura del debate, solo debía resolverse si tenía derecho a solicitar ese tipo de información a través de una medida de discovery[42].

Argentina y los bancos alegaron que el objeto del Discovery era innecesariamente amplio e irrelevante porque, aún cuando los bienes fueran identificados, Griesa no tendría jurisdicción para embargarlos o ejecutarlos dado que estaban radicados fuera de su jurisdicción territorial[43]. Pero el 2 de septiembre de 2011 Griesa hizo lugar al planteo de los reclamantes y sostuvo que la FSIA no limitaba el poder de la corte para obtener información sobre activos soberanos fuera del país[44]. En este sentido, afirmó que el discovery tenía como objetivo obtener información útil que podría ayudar a la actora a ejecutar sus sentencias en el extranjero[45].

Argentina apeló y alegó que la medida discovery para identificar bienes argentinos fuera de EE.UU excedía los límites establecidos por la FSIA, que solo permitía que las cortes distritales embarguen/ejecuten bienes ubicados dentro del país y que tuvieran fines comerciales[46]. Pero la Cámara de Apelaciones confirmó y negó que se hubiera violado la inmunidad soberana de Argentina porque el discovery no pretendía embargar bienes sino obtener información útil. Además, sostuvo que la medida no fue dirigida contra el país, sino contra instituciones financieras que no eran parte de la

[42] Id. pp. 18.

[43] Id. pp. 18.

[44] Resolución, United States District Court, Southern District of New York, 02/09/2011, Apéndice B, WL 122883, pp. 29 (2013).

[45] Id. pp. 62.

[46] Memorial de apelación de la República Argentina, WL 5834017, pp. 3 (2011).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

controversia, por lo que no podría hablarse de violación a inmunidad soberana[47].

Si bien la Cámara de Apelaciones reconoció que Griesa no tenía jurisdicción para embargar bienes argentinos radicados en el exterior, también resaltó que el discovery para identificar bienes embargables era una medida común en las cortes estadounidenses[48]. Y como la FSIA no había incluido una prohibición expresa contra ella, Griesa tenía plena jurisdicción para emitirla aún cuando la misma norma prohibiera el embargo y ejecución de los bienes que pudieran identificarse[49].

Argentina interpuso un recurso extraordinario ante la Suprema Corte para que resolviera si la FSIA permitía a una corte de primera instancia emitir una orden de discovery al solo efecto de identificar bienes que ni siquiera podrían ser embargados o ejecutados por esa corte[50]. Pero la Suprema Corte apoyó la postura de NML y, sin resolverlo expresamente[51], afirmó que las cortes tenían jurisdicción para emitir órdenes de discovery contra terceros para identificar bienes radicados fuera de EE.UU, aún cuando dichos bienes no pudieran ser embargados o ejecutados por una corte federal[52].

Asimismo, desde el aspecto técnico-recursivo, la Suprema Corte remarcó que Argentina no había puesto en discusión si Griesa tenía facultades para emitir un discovery sobre bienes que no podían embargarse ni ejecutarse en territorio

---

47 *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 208 (2012).

48 *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 208 (2012).

49 Id. pp. 298. Ver también Halverson Cross, Op. Cit. N° 37, pp. 127.

50 Recurso extraordinario ante la Suprema Corte, República Argentina, WL 122882 (2013)

51 Es común ver que la Suprema Corte estadounidense de por sentada determinada cuestión solo para el caso concreto y sin admitir que aplica para futuros casos en carácter de precedente. Lo llamativo es que lo hace sobre cuestiones que se encuentran estrictamente vinculadas al fondo de la controversia. Para más información, ver Josh Blackman, *How can the Court asume without deciding that a right exists?*, (2011).

52 *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 141 (2014).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estadounidense[53]. Para la Corte, Argentina se limitó a plantear si la FSIA reconocía inmunidad de discovery al país[54]. Y en este sentido, concluyó que Griesa podía solicitar información sobre activos argentinos ubicados en el exterior porque la orden no constituía ni un embargo ni ejecución de bienes soberanos radicados fuera del país[55].

Más allá de las críticas que podrían realizarse contra lo resuelto, vale destacar el voto de la Jueza Ruth B. Ginsburg[56], que expresó su disconformidad con la mayoría. Sostuvo que el discovery era exorbitante y se preguntó cuál era la norma que permitía a una corte distrital obtener información sobre los bienes de dominio público y privado de un país, que ni siquiera podían ser ejecutados[57]. Afirmó que, para su admisibilidad, el discovery debería enfocarse en la identificación de bienes ejecutables. Por ello, el hecho de que el discovery se enfocara en bienes inembargables/inejecutables demostraba que la información a recolectar no era relevante para ejecutar la sentencia. Es que, aún cuando existieran bienes radicados en el extranjero, la corte interviniente no podría ejecutarlos[58].

El razonamiento de la Suprema Corte estadounidense fue tan controvertido que el propio Departamento de Estado de los EE.UU se presentó como amigo del tribunal y manifestó preocupación sobre estas ordenes exorbitantes de discovery porque amenazaban la soberanía de países libres, contrade-

[53] Id. pp. 139.

[54] Id. pp. 139.

[55] Id. pp. 135-39.

[56] Ruth Joan Bader Ginsburg (1933-2020) fue una reconocida abogada y jueza estadounidense activista por los derechos civiles. Particularmente reconocida por su trabajo en materia de género. Integró la Suprema Corte estadounidense desde 1993 hasta el 2020.

[57] *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 147 (2014). Ver también Ray W. Campbell, *Personal jurisdiction and national sovereignty*, Washington and Lee Law Review, pp. 110 (2020)

[58] Id. pp. 147.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cían principios internacionales sobre diplomacia y generaba incentivos para que los países destinatarios de estas medidas tomaran represalias contra los Estados Unidos[59].

En síntesis, tanto Griesa como la Cámara de Apelaciones y la propia Suprema Corte le restaron importancia a la contradicción de permitir que una corte de distrito ordene la producción de información sobre bienes soberanos radicados fuera del país, aún cuando la misma corte careciera de jurisdicción para embargarlos/ejecutarlos[60]. Como señala Simowitz, esta contradicción es un ejemplo que demuestra que las cortes estadounidenses son capaces de restar importancia a garantías básicas como el debido proceso cuando un país decide no acatar una orden jurisdiccional[61].

A continuación, veremos el mismo patrón sobre una orden de hacer de carácter permanente (*"permanent injunction"*[62]) que Griesa emitió para forzar a Argentina a pagarle a los fondos buitre. Con esta orden, Griesa buscó poner al país en el dilema de elegir entre pagarle a todos los acreedores, inclusive a los fondos buitre, o no pagarle a ninguno y entrar nuevamente en default.

c. Embargos disfrazados de órdenes de hacer:

En simultáneo al pedido de discovery, NML modificó su demanda para incluir dos nuevas pretensiones. Por un lado, solicitó una sentencia declarativa que estableciera que Argentina había violado la cláusula "pari passu" cuando el Congreso argentino sancionó la Ley N° 26.017 y subordinó los créditos de los *holdouts* a los de los acreedores que acep-

[59] *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 145 (2014).

[60] Martindale, Op. Cit. N° 12, pp. 537.

[61] Simowitz, Op. Cit. N° 24, pp. 3337.

[62] La "permanent injunction" es una orden judicial que permanece vigente por tiempo indeterminado. Ver Cabanellas de las Cuevas – Eleanor C. Hoague, *Law Dictionary*, Ed. Heliasta, pp. 521 (2010).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

taron la reestructuración de la deuda. Como segunda pretensión, solicitó a Griesa que emitiera una orden de hacer de carácter permanente que impidiera a Argentina continuar pagando los créditos reestructurados hasta que el país no pagara a los holdouts[63].

El 23 de febrero de 2012 Griesa resolvió que Argentina violó la cláusula "pari passu" porque priorizó el pago a los acreedores restructurados en detrimento de los que no aceptaron la reestructuración de la deuda. También concedió la orden de hacer permanente para impedir que Argentina pudiera seguir pagando los créditos reestructurados hasta que no le pague a los fondos buitre. Si bien el propio Griesa admitió tener dudas sobre su jurisdicción para emitir una orden de estas características[64], NML Capital logró persuadirlo.

Argentina apeló y sostuvo que la corte excedió sus facultades jurisdiccionales porque, en los hechos, la orden de hacer equivalía a un desapoderamiento de bienes que estaban fuera del límite territorial de la corte de Griesa, circunstancia expresamente prohibida por el artículo §1609 de la FSIA[65]. Alegó que si bien estaba fuera de discusión la diferencia entre embargos y órdenes de hacer, la orden de hacer afectaba la libre disponibilidad de activos soberanos radicados fuera de EE.UU. Es que, no había diferencia entre indisponer bienes de forma directa (embargo) o hacerlo indirectamente (orden de hacer permanente que obliga a usar esos bienes de determinada forma)[66].

---

[63] Version taquigráfica de audiencia oral, United States District Court, Southern District of New York, 28/09/2011, WL 662133, Apéndice G, pp. 3 (2014).

[64] Resolución, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08 Civ. 6978 (TPG), United States District Court, Southern District of New York, 23/02/2012, WL 3225959, Apéndice I, pp. 40 (2012).

[65] Memorial de apelación de la República Argentina, WL 1077763, pp. 1 (2012).

[66] Mark C. Weidemaier – Anna Gelpern, *Injunctions in sovereign debt litigation*, Georgetown Law Scholarship, pp. 6 (borrador 15/112013). Ver también Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 653.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para demostrar la arbitrariedad del razonamiento empleado, Argentina citó el caso *S & S Machinery Co v. Masinexportimport*, (1983), donde esa misma Cámara de Apelaciones admitió que la inmunidad que la FSIA reconocía a los países carecería de sentido si las cortes pudieran evadirla con embargos disfrazados de órdenes de hacer[67]. Sin embargo, la cámara confirmó lo resuelto y sostuvo que Griesa no abusó de su discreción porque la orden de hacer tenía un propósito diferente al de un embargo[68].

Además, sostuvo que *Machinery* no aplicaba al caso porque la orden solo afectaba indirectamente a los activos argentinos radicados fuera de EE.UU[69]. No obstante, le ordenó a Griesa que explicara cómo haría que su orden fuera oponible contra instituciones financieras que trabajaban con Argentina pero que no formaban parte del litigio[70]. Griesa aclaró que aplicaría el artículo 65 (d) de las Federal Rules of Civil Procedure (en adelante, FRCP[71]), que impedía a terceros ayudar al demandado a eludir el cumplimiento de una orden judicial[72].

Argentina apeló junto a un grupo de bonistas que aceptaron la reestructuración de la deuda. Alegaron que la orden de hacer violaba las disposiciones de la FSIA porque Griesa no tenía jurisdicción para afectar la libre dispo-

---

[67] *S & S Machinery Co v. Masinexportimport*, 706 F.2d 411, pp. 418 (1983).

[68] *NML Capital, Ltd., v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, pp. 263 (2012).

[69] Id. pp. 262-63.

[70] Id. pp. 265.

[71] En 1934 el Congreso sancionó las *Rules Enabling Act* (REA) y permitió que la Suprema Corte y un Comité de expertos, diseñen un código de procedimientos que permitiera resolver los conflictos con menos formalidades. En 1938 el Poder Judicial promulgó las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), marcando un quiebre histórico en varios aspectos del sistema de enjuiciamiento civil estadounidense. Ver Martin Redish – Uma Amarulu, *The Supreme Court, the Rules Enabling Act, and the Politicization of the Federal Rules: Constitutional and Statutory Implications*, Minnesota Law Review, pp. 1303, (2006).

[72] *NML Capital, Ltd., v. Republic of Argentina*, Not Reported in F.Supp.2d, pp. 2 (2012).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nibilidad de activos soberanos radicados en el exterior[73]. Pero la Cámara nuevamente confirmó lo resuelto y sostuvo que Griesa no violó la FSIA porque no embargó ninguna propiedad en el exterior[74].

Argentina interpuso un recurso extraordinario ante la Suprema Corte para que resolviera si la FSIA reconocía jurisdicción a las cortes de distrito para obligar a un país a usar sus bienes en el exterior de determinada forma; bienes que, vale recordar, eran absolutamente inmunes de jurisdicción y ejecución bajo la FSIA[75]. En apoyo a Argentina, México, Colombia, Paraguay, Francia, inclusive el Departamento de Estado de EE.UU solicitaron a la Suprema Corte que concediera el recurso y tratara el límite a la jurisdicción de Griesa[76]. Pero la Corte ni siquiera habilitó la instancia extraordinaria[77].

Según Stiglitz y Guzmán, con la orden de hacer de Griesa, *NML* se convirtió en el primer caso en que una corte estadounidense impidió a un país pagar su deuda a más del 92% de acreedores a pesar de que tenía el dinero y la intención de hacerlo[78]. Es que, más allá de las distinciones entre "embargos" y "ordenes de hacer", un juez de una corte doméstica de EE.UU resolvió la forma en que Argentina debía utilizar sus activos financieros radicados fuera del territorio estadounidense[79].

Si bien es cierto que varios precedentes admitieron que las cortes de distrito tienen jurisdicción para juzgar a países involucrados en actividades comerciales que afecten intere-

---

[73] Memorial de apelación de la República Argentina, WL 6777133, pp. 1 (2012).

[74] *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, pp. 241 (2013).

[75] Escrito de recurso extraordinario ante la Suprema Corte, WL 662133, pp. 1 (2014).

[76] Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 659.

[77] *Republic of Argentina v. NML Capital*, Ltd., 573 U.S. 927 (2014).

[78] Joseph E. Stiglitz & Martín Guzmán, *Argentina default? Griesafault is much more accurate*, The Guardian, 07/08/2017.

[79] Weidemaier – Gelpern, Op. Cit. N° 68, pp. 6.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ses estadounidenses[80], sigue sin estar claro el límite territorial que estas cortes deberían reconocer respecto a su jurisdicción. Por ejemplo, ¿es razonable que una corte doméstica tenga facultades para emitir órdenes que, en la práctica, tienen el mismo efecto que un embargo sobre bienes que son inmunes de ejecución según la FSIA? ¿es lógico asumir que la FSIA permite este tipo de órdenes cuando al mismo tiempo prohíbe a las cortes trabar embargos sobre dichos bienes?

Esta forma "indirecta" de afectar activos soberanos radicados en el exterior es posible a través de lo que Nathan Park define como *"equidad extraterritorial"*, una doctrina acuñada por la Suprema Corte de EE.UU en 1877, cuando resolvió el caso *Pennoyer v. Neff* y sostuvo que, si bien las cortes estatales tenían límites territoriales para ejercer su jurisdicción, los límites desaparecían si la corte se había declarado competente para juzgar a la destinataria de la orden[81].

A través de este mecanismo, las cortes primero habilitan su jurisdicción territorial para resolver una controversia. Luego, le ordenan a una parte realizar determinada acción con bienes que se encuentran fuera de la jurisdicción territorial de la corte. Según Park, esta estrategia "indirecta" que las cortes estadounidenses utilizan para llegar a bienes radicados fuera de su jurisdicción implica, en la práctica, que tienen suficiente poder como para llegar a cualquier rincón del mundo[82].

Por ello, Park sostiene que estas órdenes contradicen el principio de territorialidad que gobernó en EE.UU durante

---

[80] Artículo § 1605(b) de la FSIA. Ver también *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, pp. 440 (1989). Ver también *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, pp. 611 (1992)

[81] *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, pp. 733 (1877). Ver también S. Nathan Park, *Equity extraterritoriality*, Duke Journal of Comparative & International Law, pp. 106 (2017).

[82] Park, Op. Cit. N° 83, pp. 106. Ver también Diego Zambrano, *A comity of errors: The rise, fall, and return of international comity in transnational discovery*, Berkeley Journal of International Law, pp. 167 (2016). Ver también Weidemaier - Gelpern, Op. Cit. N° 68, pp. 1.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

siglos[83]. También resalta que no existe una manda legal que establezca criterios objetivos sobre los límites territoriales de la jurisdicción norteamericana porque la Suprema Corte evitó resolverlo[84]. Y para ilustrar su punto, cita al caso *NML* como un ejemplo de cuán exorbitante puede ser el poder de una corte estadounidense[85], que no es más que una corte doméstica, sin jurisdicción fuera del país.

Neve sugiere que la orden de Griesa que impidió a Argentina utilizar sus activos radicados fuera de EE.UU fue diseñada para eludir la inmunidad de ejecución que consagra la FSIA sobre bienes que no se encuentran en Estados Unidos[86]. Por ello Rosenheck considera que, después de *NML*, la reputación de EE.UU. como centro financiero global se vio seriamente afectada[87].

Gracias a este embargo disfrazado de orden de hacer, Griesa indirectamente logró afectar activos de Argentina ubicados fuera de los EE. UU[88]. Luego de esta reseña sobre el discovery y la orden de hacer de carácter permanente, en el siguiente apartado veremos que ambas órdenes de Griesa, avaladas por tribunales superiores, pusieron en seria tensión el derecho de Argentina de ser juzgada bajo las garantías del debido proceso.

III. Exceso de jurisdicción y debido proceso

¿Acaso las naciones soberanas están protegidas bajo la cláusula de Debido Proceso prevista en la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense? ¿Cuál sería la consecuencia si una corte se excediera en el ejercicio de las facultades

83 Park, Op. Cit. N° 83, pp. 151.

84 Park, Op. Cit. N° 83, pp. 104.

85 Park, Op. Cit. N° 83, pp. 182.

86 Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 638,

87 Rosenheck, Op. Cit. N° 15.

88 Weidemaier -Gelpern, Op. Cit. N° 68, pp. 6.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

jurisdiccionales legalmente establecidas? ¿El debido proceso en los EE.UU se limita a regular la forma en que las cortes habilitan su jurisdicción contra una persona determinada? ¿O implica una protección más amplia contra el abuso de poder por parte del Poder Judicial?

La FSIA estableció que las cortes distritales solo tienen jurisdicción para embargar y/o ejecutar bienes soberanos que se encuentren en territorio estadounidense y tengan fines comerciales. Al legislar de esta forma, el Congreso estadounidense no reconoció jurisdicción a las cortes de EE.UU para que puedan afectar la libre disponibilidad de bienes soberanos radicados fuera del país.

Sin embargo, para justificar la concesión de la medida de discovery y la orden de hacer, Griesa interpretó los límites de la FSIA partiendo de premisas inversas. Frente a este razonamiento contradictorio, y en su afán de forzar a la Argentina a cumplir con sus sentencias definitivas, Griesa emitió decisiones jurisdiccionales por fuera de los límites impuestos por la FSIA. Y al hacerlo, lesionó el derecho de Argentina a ser juzgada bajo la garantía de debido proceso que consagra la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense. Sin embargo, como veremos a continuación, en Estados Unidos aún no está claro que los países se encuentren protegidos bajo las garantías constitucionales porque el Congreso Nacional y la Suprema Corte omitieron expedirse sobre el asunto.

a. El Congreso de EE.UU no concedió efectos extraterritoriales a la FSIA:

Shapiro define a la "discreción judicial" como cualquier escenario donde el responsable de la toma de decisiones puede optar entre distintos resultados posibles dentro del derecho aplicable[89]. Desde una perspectiva positiva, la dis-

[89] David L. Shapiro, *Jurisdiction and discretion*, New York University Law Review, pp. 546 (1985).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

creción ayuda a llenar vacíos, corregir errores y resolver conflictos. Pero también puede conducir a decisiones injustas[90], por ejemplo, cuando una corte utiliza sus poderes más allá de los límites territoriales establecidos por una ley federal.

Desde que se firmó el Tratado de Westfalia en 1648, la territorialidad se convirtió en el principio rector a nivel global y todas las naciones fueron consideradas iguales[91]. En este sentido, la legislación estadounidense sobre territorialidad tuvo su origen bajo las influencias de los criterios de la Europa continental, que desarrollaron el concepto de "elección de la ley" (*"choice of law"*)[92].

Esta doctrina se basó en dos principios fundamentales: soberanía territorial y cortesía internacional[93]. El principio de soberanía territorial estableció que la ley de todo Estado solo aplica dentro de sus límites territoriales[94]. Pero dejó sin resolver qué ley debería aplicarse en aquellos casos que involucren conductas o personas ubicadas fuera del territorio donde se encuentra radicada la corte interviniente[95]. La incertidumbre fue resuelta por Ulrich Huber, que desarrolló el principio de "cortesía internacional" basado en que los Estados reconocieran y aplicaran derechos nacidos en otros Estados[96].

Este principio fue adoptado por la ley estadounidense[97]. Por ello, las cortes distritales históricamente presumieron

---

[90] Imogen Jones, *Still just rhetoric? Judicial discretion and Due Process*, Liverpool Law Review, pp. 255 (2011).

[91] Kal Raustiala, *Does the Constitution follow the flag? Territoriality and extraterritoriality in American Law*, UCLA School of Law Research Paper N° 08-34, pp. 7 (2009).

[92] Gary B. Born – Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts*, Aspen Casebook Series, Sixth Edition, pp. 630 (2018).

[93] Id. pp. 631.

[94] Id. pp. 631.

[95] Id. pp. 631.

[96] Id. pp. 631.

[97] Id. pp. 632.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que, al sancionar una ley, el Congreso no pretendía otorgarle alcance extraterritorial[98]. De hecho, hace más de doscientos años, en *Rose v. Himely* (1808), la Suprema Corte sostuvo que la legislación de cada país debía aplicar dentro de un límite territorial, por lo que resultaba dificultoso concebir un poder para forzar el cumplimiento de leyes más allá de territorio en el que hubieran sido sancionadas[99]. Con la misma lógica, en *N.Y. Cent. R.R. Co. v. Chisholm* (1925), la Suprema Corte resolvió que las cortes distritales no debían asumir que una ley tuviera efectos extraterritoriales, a menos que la norma expresamente lo dispusiera[100]. El mismo enfoque se aplicó en *Blackmer v. Estados Unidos* (1932)[101].

Born explica que la histórica presunción contra la extraterritorialidad de normas estadounidenses perdió fuerza durante el siglo XX, cuando las cortes comenzaron a aplicar enfoques alternativos para determinar el alcance de la legislación federal[102]. En este sentido, en *Lauritzen v. Larsen* (1953), la Suprema Corte sostuvo que el derecho internacional contemporáneo requería que las cortes distritales consideraran otros factores, más allá de los límites territoriales[103].

No obstante, este alejamiento sobre la presunción de territorialidad no duró demasiado. En *República Argentina v. Amerada Hess Shipping Corp.* (1989), la Suprema Corte sostuvo que el Congreso conocía perfectamente los límites

---

98 Id. pp. 633.

99 *Rose v. Himely*, 8 U.S. 241, pp. 279 (1807); Ver también *United States v. Palmer*, 16 U.S. 64, pp. 118 (1804).

100 New York Cent. R. Co. v. Chisholm, 45 S.Ct. 402, pp. 402 (1925) (citando United States v. Bowman, 260 U.S. 94, 98 (1922).
Blackmer v. United States, 268 U.S. 29, pp.31 (1925)..

101 *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421, 437 (1932) (quoting *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 357 (1909)

102 Born – Rutledge, Op. Cit. N° 94, pp. 633.

103 *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571, pp. 582 (1953).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

territoriales de una ley[104]. Por ello, a menos que se expresara en sentido contrario, la legislación estadounidense estaba destinada a aplicarse dentro de los límites del país[105].

Dos años después, en *Equal Employment Opportunity v. Arabian Am. Oil Co.* (1991), la Corte reafirmó la presunción de territorialidad de la ley estadounidense al sostener que las garantías consagradas en la Ley de Derechos Civiles de 1964 no aplicaban a disputas fuera del país[106]. Además, señaló que no alcanzaba con que el texto de una norma permitiera inferir que el Congreso tuvo intención de otorgarle efectos extraterritoriales[107]. Sostuvo que el Poder Judicial no debería adivinar lo que el Congreso pudo haber intentado al sancionar la FSIA, si no lo que legisló[108].

Si seguimos la lógica planteada por los precedentes señalados, veremos que la FSIA no contiene una disposición expresa que reconozca jurisdicción a las cortes distritales para afectar la libre disponibilidad de activos soberanos ubicados fuera del país[109]. El artículo §1603 (c) define a los Estados Unidos como la extensión territorial de la nación, incluidas sus aguas continentales e insulares[110]. Y el artículo §1610 establece que, en un litigio contra un Estado soberano, no estarán protegidos con inmunidad absoluta de embargo y

---

[104] *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, pp. 440 (1989).

[105] Id. pp. 440.

[106] *Equal Employment Opportunity Comm´n v. Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244, pp. 248 (1991).

[107] *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764, pp. 814 (1993) (citando *E.E.O.C. v. Arabian Oil Co.*, 499 U.S. 244, pp. 251 (1991)).

[108] *Republic of Argentina v. Weltover*, 504 U.S. 607, pp. 618 (1992).
Ver también Jordan Reth, *Just Your Run-of-the-Mill Sovereign Debt Crisis: An Analysis of Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, Maryland Journal of International Law, pp. 158 (2015). Ver también Halverson Cross, Op. Cit. N° 37, pp. 115.

[109] Andrew Rocklage, *International law – Neglected consequences of the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act – Leibovitch v. Islamic Republic of Iran*, Suffolk Transnational Law Review, pp. 484 (2013).

[110] Artículo §1603 (c): El territorio de los Estados Unidos incluye todo el territorio delimitado incluyendo aguas continentales e insulares sujetas a la jurisdicción estadounidense..

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ejecución aquellos bienes soberanos (i) radicados en territorio estadounidense, (ii) que tengan fines comerciales relacionados con la cuestión de fondo a resolver[111].

Como vemos, la FSIA no confiere una jurisdicción amplia a las cortes estadounidenses[112], como sí hacen los llamados *"long arm statues"* (leyes que reconocen un importante abanico de situaciones en las que una corte podría habilitar su jurisdicción contra un demandado[113]). Sin embargo, como vimos, las cortes que intervinieron en *NML* aplicaron la lógica inversa: sostuvieron que, como la FSIA no prohibió a las cortes ordenar medidas de prueba para identificar activos ubicados en el extranjero ni emitir órdenes de hacer que afecten a dichos bienes, entonces permitía ambas medidas[114].

Este razonamiento no solo se contradice con los precedentes citados, sino que tampoco puede sostenerse ni desde una interpretación "tuitiva" de la FSIA, como tampoco desde una "textualista". La interpretación tuitiva de una norma parte de la premisa que el Congreso emite legislación con fines concretos y específicos. Así, cuando el texto de la norma es ambiguo, un análisis tuitivo permite identificar aquel propósito que a primera vista no está del todo claro[115].

En cambio, un análisis textualista asume que la judicatura tiene el deber constitucional de hacer cumplir el texto de la norma y no lo que surge de su "espíritu" porque no se encuentra expresamente establecido. En otras palabras, el textualismo se pregunta cómo una persona razonable inter-

---

[111] Sadie Blanchard, *Courts as information intermediaries: a case study of sovereign debt disputes*, Brigham Young University Law Review, pp. 505 (2019).

[112] Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 284. Ver también Stewart, Op. Cit. N° 14, pp. 82.

[113] Issacharoff, Op. Cit. N° 38, pp. 104.

[114] *EM Ltd. V. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 208 (2012). Ver también *NML Capital, Ltd., v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, pp. 263 (2012). Ver también *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, pp. 241 (2013).

[115] John F. Manning, *What divides textualists from purposivists?* Columbia Law Review, pp. 70 (2006).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pretaría un texto de manera objetiva, en vez de buscar un propósito parlamentario complejo e intrincado[116].

No obstante, más allá de que ambas metodologías de interpretación parten de bases distintas, al mismo tiempo comparten una misión: arribar a una conclusión razonable. Precisamente lo que faltó en *NML*. Como sugiere Burres, la interpretación tuitiva de la FSIA no permite concluir que el Congreso facultó a las cortes para emitir órdenes que afecten bienes soberanos radicados fuera de los EE.UU[117]. Y a la misma conclusión se llega desde una perspectiva textualista, ya que la FSIA no contiene artículo alguno que reconozca su aplicación extraterritorial, sino todo lo contrario: el artículo §1603 (c) deja claro que aplica sólo en territorio estadounidense[118].

Ahora bien, si los argumentos empleados por Griesa para conceder el discovery y la orden de hacer se contradicen tanto con el texto, como con el espíritu de la FSIA, ¿hablamos de simples errores? ¿O de decisiones intencionadas para mostrarle al mundo qué le sucede a un país que incumple una orden judicial de una corte estadounidense?

b. Debido proceso, exceso de jurisdicción y razonabilidad:

La Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense dispone que ninguna persona será privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal. El poder judicial no está exento de esta prohibición[119]. En *County of*

---

[116] Id. pp. 70.

[117] Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 300.

[118] Artículo §1603 (c) FSIA : El territorio de los Estados Unidos incluye todo el territorio delimitado incluyendo aguas continentales e insulares sujetas a la jurisdicción estadounidense..

[119] Thomas E. Sullivan - Toni M. Massaro, *Arc of due process in American Constitutional law*, Oxford University, pp. 82 (2013) (citando *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. 272, pp. 276 (1856)).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sacramento v. Lewis (1998), la Suprema Corte sostuvo que el fin central del debido proceso es proteger a las personas del ejercicio arbitrario del poder por parte del gobierno[120].

Issacharoff explica que el término "procedimiento" involucra dos cuerpos legales separados. Uno relacionado con el mandato constitucional del debido proceso, donde la Quinta y Decimocuarta Enmienda impiden a todo actor gubernamental realizar acciones que atenten contra la vida, la libertad o la propiedad de las personas. El otro cuerpo legal está relacionado con los comandos internos de las cortes estadounidenses, establecidos por las FRCP, que busca regular las etapas del proceso judicial[121]. Por lo tanto, "debido proceso" significa (i) regularidad en el trato entre conflictos similares; (ii) protección frente a arbitrariedades y (iii) obligación por parte de todos los poderes de explicar de forma razonada como toman las decisiones que toman en el ejercicio de su poder[122].

A su vez, Redish y Marshall hablan de la "racionalidad procesal" y destacan su importancia en todo sistema legal. Afirman que toda persona sujeta a una orden jurisdiccional debe comprender las razones por las que se tomó tal decisión. E incluso, si la decisión se basó en estatutos o precedentes, la parte interesada debe recibir una explicación razonable sobre cómo la autoridad estatal llegó a esa conclusión[123]. Chemerinsky sostiene que existe una denegación del debido proceso cuando se produce una privación de la vida, la libertad o la propiedad sin un procedimiento previo adecuado[124].

---

[120] *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, pp. 845-46 (1998).

[121] Issacharoff, Op. Cit. N° 38, pp. 1

[122] Id. pp. 1.

[123] Martin H. Redish, Lawrence C. Marshall, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, Yale Law Journal, pp. 485 (1986).

[124] Erwin Chemerinsky, *"Procedural Due Process Claims"*, Touro Law Review, pp. 871 (2016).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el mismo sentido, el Black´s Law Dictionary (diccionario jurídico tradicional estadounidense[125]) sostiene que una corte excede sus facultades jurisdiccionales si emite una orden sin tener el poder para hacerlo. Si eso sucede, la decisión de la corte puede ser apelada por ser "arbitraria" o "caprichosa".

Si aplicamos estas definiciones de debido proceso al caso *NML*, deberíamos concluir que, según la FSIA, en casos contra Estados soberanos las cortes carecen de jurisdicción para ordenar medidas de discovery sobre activos que no pueden embargar ni ejecutar. Con la misma lógica, si la FSIA no faculta a las cortes a embargar/ejecutar bienes soberanos en el extranjero, entonces el debido proceso en favor de los países demandados también significa que las cortes no tienen derecho a emitir órdenes que, en los hechos, afectan la libre disponibilidad de bienes soberanos ubicados fuera del país.

Esto es exactamente lo contrario de lo que concluyeron las cortes de *NML*. En lugar de admitir que carecían de jurisdicción tanto para identificar bienes inembargables como para intentar llegar a ellos indirectamente, se basaron en premisas irrazonables para forzar a un país a cumplir con juicios monetarios en favor de una ínfima minoría de acreedores, que compró deuda defaulteada solo para litigar agresivamente por su recupero de deuda.

Al emplear estas controvertidas estrategias, las cortes de *NML* lesionaron el derecho constitucional de Argentina a ser juzgada en el marco de un debido proceso. Sin embargo, el problema no termina aquí. Como veremos, en Estados Unidos aún no está del todo claro si los países demandados se encuentran amparados bajo la Constitución estadounidense.

---

[125] El Black´s Law Dictionary es el diccionario jurídico más importante de Estados Unidos. Publicado por primera vez en 1891, escrito por Henry Campbell Black, que fundó la National Association for Constitutional Government en 1914 y fue editor de la revista The Constitutional Review. Para más información, ver Leslie L. Taylor, *The evolution of Black´s Law Dictionary*, Canadian Law Library (2011).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

c. La cláusula de debido proceso de la Quinta Enmienda y su aplicación en favor de países demandados ante cortes distritales:

La forma en la que las naciones del mundo se vinculan con la Constitución Estadounidense es uno de los aspectos mas complejos en materia de litigios bajo la FSIA. Por más raro que pueda sonar (al menos desde el derecho continental europeo[126]), que en EE.UU una corte tenga jurisdicción para juzgar a un extranjero no implica que esa persona esté protegida bajo la cláusula de debido proceso de la Quinta Enmienda[127].

Como señala Bursey, en más de una oportunidad la Suprema Corte evitó resolver esta cuestión[128]. En *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* (1992), el país puso en discusión que la corte distrital tuviera jurisdicción bajo la Quinta Enmienda. Y si bien la Suprema Corte admitió que los países podían ser considerados "personas" a los efectos de la cláusula de debido proceso consagrada en la Quinta Enmienda, al mismo tiempo resaltó que solo era una suposición, no una decisión jurisdiccional[129].

Esta falta de un criterio inequívoco repercutió en instancias de apelación. Por ejemplo, en *Price v. Socialist People´s Libyan Arab Jamahiriya* (2002), la Cámara de Apelaciones de Washington D.C. afirmó que, en lo que respecta a la Quin-

---

[126] Roberto O. Berizonce, *"Rol del Juez y función social del proceso"*, Librería Editorial Platense, La Plata (2008). Ver también Francisco Javier Ferrer Arroyo, *"el Debido Proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, ISSN 0328-5642, Año 14, No. 1 (2015).

[127] Mauro Megliani, *Sovereign Debt: genesis, restructuring, litigation*, Springer International Publishing Switzerland, pp. 400 (2015). Ver también Ingrid Wuerth, *The Due Process and other constitutional rights of Foreign Nations*, Fordham Law Review, pp. 634 (2019).

[128] Bursey, Op. Cit. N° 2, pp. 233.

[129] *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, pp. 619 (1992). Ver también Bursey, Op. Cit. N° 2, pp. 232.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ta Enmienda, la cláusula de debido proceso no podía incluir a los Estados confederados del país porque eran "iguales" al Estado Nacional de EE.UU[130]. Por ello, concluyó que no sería razonable asegurar a los países garantías que no eran reconocidas a Estados confederados del país[131].

También afirmó que las naciones soberanas no tenían un derecho inherente de acceder a las cortes estadounidenses porque esa prerrogativa solo se reconocía a los países que estuvieran "en paz" con EE.UU[132]. Y si un Estado se sintiera agraviado en sus derechos, debería recurrir a los mecanismos internacionales para reivindicarlos[133]. El Segundo Circuito llegó a la misma conclusión en *Frontera Resources Azerbaijan Corp. c. State Oil Co. de la República de Azerbaiyán* (2009), donde sostuvo que los países no podían ser considerados "personas" para beneficiarse de la cláusula del debido proceso[134].

Siguiendo este enfoque, Megliani afirma que no está claro si las garantías del debido proceso se aplican a las naciones soberanas porque la FSIA no dice nada sobre este tema[135]. Por su parte, Fox y Webb sostienen que la FSIA no reguló si los países estaban protegidos por la Quinta y Decimocuarta Enmienda[136]. Blackman y Mukhi afirman que esta incertidumbre explica por qué los fondos buitre tienen sufi-

---

130 *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, pp. 96 (D.C. Cir. 2002) (citando Fisler Damrosch, *Foreign states and the constitution*, pp. 519 (1998)). Ver también Bursey, Op. Cit. N° 2, pp. 233. Ver también Simowitz, Op. Cit. N° 3, pp. 371.

131 *Price v. Socialist People´s Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, pp. 96 (D.C. Cir. 2002) (citando *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, pp. 323 (1966)). Ver también Bursey, Op. Cit. N° 2, pp. 233.

132 *Price* pp. 98.

133 Id. pp. 98.

134 *Frontera Resources Azerbaijan Corp. v. State Oil Co. of Azerbaijan Republic*, 582, F.3d 393, pp. 399 (2d Cir. 2009). Ver también Wuerth, Op. Cit. N° 131, pp. 636.

135 Megliani, Op. Cit. N° 131, pp. 400.

136 Fox, Hazel, Op. Cit. N° 2, pp. 242.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cientes incentivos para demandar a países con conflictos de deuda soberana ante cortes estadounidenses[137].

Wuerth sostiene que, antes de *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* (1992), las cortes, los litigantes, el Congreso, inclusive el gobierno de EE.UU, asumían que las garantías del debido proceso se aplicaban a los países[138]. Además, afirma que la Quinta Enmienda históricamente mostró que los estados extranjeros eran entendidos como "personas" y protegidos por el debido proceso[139].

Según Simowitz, la Suprema Corte todavía no explicó claramente la relación entre normas procesales y garantías constitucionales[140]. Sostiene que no está claro cómo juegan las garantías de la Quinta Enmienda en relación a las cortes estadounidenses y el resto de los países. Como respuesta, con cita del Juez Williams, afirma que los países demandados ante cortes estadounidenses están protegidos por la Quinta Enmienda desde el instante en que una corte asume jurisdicción sobre ellos[141].

Más allá de las posturas citadas, a esta altura del análisis vale preguntarse si la FSIA realmente requiere una previsión que expresamente reconozca la garantía de debido proceso en favor de los países demandados. ¿No va de suyo que en cualquier país democrático toda persona será juzgada dentro de los límites que reconoce la legislación y la Constitución? Afortunadamente, existe una interpretación alternativa basada en dos precedentes de la Suprema Corte que confirma

---

[137] Jonathan I. Blackman, Rahul Mukhi, *The evolution of modern sovereign debt litigation: vultures, alter egos, and other legal fauna*, Law and Contemporary Problems, Duke Law, pp. 51 (2010).

[138] Wuerth, Op. Cit. N° 131, pp. 644.

[139] Wuerth, Op. Cit. N° 131, pp. 637.

[140] Simowitz, Op. Cit. N° 3, pp. 341.

[141] Simowitz, Op. Cit. N° 3, pp. 352. (citando *Gss Group Ltd v. National Port Authority*, 680 F.3d 805, pp. 819 (D.C. Cir. 2012)).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que los países deben ser considerados "personas" a los efectos de la cláusula de debido proceso de la Quinta Enmienda.

El primero es *Republic of Argentina v. Weltover* (1992), donde la Suprema Corte analizó si Argentina podía ser juzgada ante cortes distritales a raíz de la actividad comercial que había desplegado al emitir deuda como si fuera un "privado"[142]. En este caso, la Suprema Corte sostuvo que una vez que la corte distrital habilitaba su jurisdicción contra un país, esa nación debería ser tratada como una empresa privada[143].

Este criterio podría complementarse con *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* (2014), donde la Corte sostuvo que, en materia de derechos constitucionales, las empresas con fines de lucro debían ser consideradas "personas" a los efectos de la cláusula de debido proceso[144]. Por lo tanto, si bajo *Weltover* una corte distrital debería tratar al país demandado como si fuera una empresa, entonces conforme *Hobby Lobby*, esa corte debería reconocer que dicha "empresa" se encuentra protegida por las garantías constitucionales de EE.UU, entre ellas, el derecho a un debido proceso.

A modo de resumen, las dos ordenes emitidas por Griesa para forzar a Argentina a cumplir con las sentencias definitivas contradijeron los propósitos y límites de la FSIA y, por ello, constituyeron un exceso jurisdiccional que violó el derecho del país a ser juzgado en el marco de un debido proceso. No hay forma de lograr una justicia sustancial cuando la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad.

Desde esta perspectiva, el análisis remarcó que el debido proceso en los EE.UU no se agota en cómo las cortes habilitan su jurisdicción, sino que también incluye el deber del Poder Judicial de resolver controversias basándose en decisiones razonables, aún cuando cuenten con un amplio

[142] *Republic of Argentina v. Weltover*, 504 U.S. 607, pp. 609 (1992).

[143] Id. pp. 614.

[144] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682, pp. 682 (2014).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

margen de discrecionalidad para resolver[145]. No basta con afirmar que el Poder Judicial de EE.UU tiene especial interés en el cumplimiento de sus sentencias[146]. Todos los países democráticos pretenden un Poder Judicial robusto con poder para ejecutar sus decisiones. Pero ese objetivo no puede lograrse a cualquier precio.

Por ello, los países demandados ante cortes estadounidenses podrían profundizar la discusión sobre los límites jurisdiccionales que el Congreso impuso al Poder Judicial cuando sancionó la FSIA. La combinación entre los precedentes *Weltover* y *Hobby Lobby* podría poner a cualquier corte en la incómoda situación de tener que explicar cómo puede ser que una empresa trasnacional cuente con garantías constitucionales más amplias que un Estado soberano.

Veamos ahora la situación de personas físicas o jurídicas extranjeras y su relación con la jurisdicción de cortes norteamericanas desde una perspectiva de debido proceso.

IV. Jurisdicción exorbitante contra extranjeros ajenos a la controversia

La forma en que las cortes estadounidenses ejercen su jurisdicción contra extranjeros ajenos a una controversia judicial es otro aspecto importante para tener en cuenta en litigios basados en la FSIA. Como fue descripto, en *NML* Griesa otorgó a los actores (i) una medida de Discovery para identificar bienes argentinos en todo el mundo[147] y (ii) una orden de hacer que obligaba a Argentina a pagar a los holdouts de la misma forma que se estaba pagando a los *holdouts*[148].

[145] Shapiro, Op. Cit. N° 91, pp. 545.

[146] Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 661.

[147] *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 137 (2014).

[148] Resolución, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08 Civ. 6978 (TPG), United States District Court, Southern District of New York, 23/02/2012, WL 3225959, Apéndice I, pp. 40 (2013).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Y para asegurarse que ambas surtieran efecto, extendió su jurisdicción contra instituciones bancarias que, sin ser demandadas, debieron cumplir con lo ordenado bajo apercibimiento de ser consideradas en desacato[149].

Con esta estrategia, Griesa logró que sus órdenes tuvieran otro peso. Es que, aún cuando Argentina no se ajustara voluntariamente a lo resuelto, los bancos requeridos pensarían dos veces antes de incumplirla las órdenes impartidas para evitarse mayores complicaciones con la justicia federal norteamericana.

Como dijimos, la orden de discovery para identificar bienes argentinos radicados en el exterior no fue dirigida contra Argentina, sino contra el Banco de América y el Banco de la Nación Argentina, que tenía una sucursal en EE.UU[150]. Si bien ni Argentina ni los bancos discutieron la jurisdicción de Griesa para emitir esta medida[151], la Cámara de Apelaciones lo analizó de oficio y sostuvo que el país no podía controvertir la jurisdicción de Griesa porque había renunciado a su inmunidad de jurisdicción[152].

Con relación a los bancos que trabajaban con Argentina, la Cámara citó el caso *First City, Texas-Houston, NA v. Rafidain Bank* (1998) y afirmó que una vez que una corte habilitaba su jurisdicción contra una parte, también estaba habilitada a ejercer su jurisdicción contra terceros que trabajen con ella[153]. Martindale sostiene que por esta razón varios países promulgaron leyes para sancionar a quienes cumplen con órdenes de Discovery estadounidenses[154]. De hecho, afirma que, si todos los países aplicaran los mismos

[149] Weidemaier – Gelpern, Op. Cit. N° 68, pp. 2.

[150] *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 137 (2014).

[151] *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 209 (2012).

[152] Id. pp. 209.

[153] Id. pp. 209 (citando *First City, Texas-Houston, N.A. v. Rafidain Bank*, 150 F.3d 172, pp. 177 (2d Cir. 1998)).

[154] Martindale, Op. Cit. N° 12, pp. 520. Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 169.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

criterios, la cortesía internacional habría enfrentado a desafíos más difíciles[155].

Algo parecido ocurre con la orden de hacer de carácter permanente. Como el propio Griesa admitió que no esperaba que Argentina la cumpliera, citó la Regla 65 (d)(2)(c) FRCP y le ordenó que notificara lo ordenado a toda institución financiera involucrada con el procedimiento de pago a los acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda. Para persuadirlas de cumplir con lo ordenado, Griesa les advirtió que podrían recibir sanciones en caso de incumplimiento[156].

A diferencia de lo que sucedió con el discovery, en esta oportunidad Argentina impugnó la jurisdicción de Griesa para emitir órdenes hacia terceros ajenos a la controversia[157]. Pero la Cámara de Apelaciones confirmó y sostuvo que Griesa no había emitido orden alguna a terceras partes, sino que se había limitado a "advertirles" las consecuencias que podrían enfrentar de no acatar lo resuelto. En este sentido, afirmó que no tenía sentido analizar si Griesa tenía jurisdicción para emitir una orden a terceros porque ni siquiera se había emitido una orden[158].

Weidemaier y Gelpern sugieren que con este tipo de medidas las cortes distritales buscan garantizar el cumplimiento de sus decisiones. Aún cuando el país se niegue a cumplirlas, las ordenes incluyen a terceras partes que terminan cumpliendo con lo ordenado para evitarse problemas con el poder judicial estadounidense[159]. También consideran que estos atajos influyen negativamente en las instituciones financie-

[155] Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 169.

[156] Weidemaier - Gelpern, Op. Cit. N° 68, pp. 4. Ver también Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 293.

[157] *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, 242 (2013).

[158] Id. pp. 243.

[159] Weidemaier – Gelpern, Op. Cit. N° 160, pp. 3.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ras, que encuentran incentivos para no trabajar con países por los posibles riesgos de recibir órdenes de estas cortes[160].

En la misma línea, Burres afirma que la orden de Griesa dirigida a los bancos que trabajaban con el país constituye el aspecto más controvertido del caso *NML*. Sostiene que aún cuando la Regla 65 de las FRCP permita a las cortes emitir órdenes contra terceras personas que no son parte de la controversia, no está claro si la misma lógica puede aplicarse contra compañías extranjeras que no están instaladas en EE.UU sino que tienen alguna sucursal[161].

Si aplicamos los mismos argumentos sobre debido proceso en favor de Estados soberanos, los extranjeros ajenos a la controversia que reciben órdenes de cortes estadounidenses también deberían estar protegidos bajo la Quinta Enmienda. Y por ello las cortes deberían justificar de dónde surge el poder que les permite emitir órdenes contra instituciones extranjeras que no forman parte del litigio.

Casualmente, pocos meses después de *NML*, la Suprema Corte resolvió un caso donde se discutía la jurisdicción de una corte para juzgar a una compañía extranjera que tenía vínculos comerciales con una norteamericana. Como veremos, la Corte cambió por completo el paradigma en materia de jurisdicción contra extranjeros. Y poco tiempo después, las cámaras de apelaciones de los Estados de Nueva York e Illinois se hicieron eco de este nuevo criterio al extenderlo en favor de extranjeros ajenos a la controversia que recibían órdenes sin una expresa habilitación de su jurisdicción. Con este nuevo paradigma en materia de jurisdicción, ya no tendrán cabida las estrategias empleadas por Griesa para forzar a naciones soberanas a cumplir con sus sentencias definitivas.

---

[160] Weidemaier – Gelpern, Op. Cit. N° 160, pp. 8. Ver también Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 672.

[161] Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 292.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a. *Daimler* como límite a la jurisdicción exorbitante contra extranjeros

En *Daimler AG v. Bauman* (2014), la Suprema Corte redujo considerablemente el criterio con el que las cortes distritales podrían habilitar su jurisdicción contra empresas extranjeras[162]. El caso giró en torno a la cláusula de debido proceso y la posibilidad de que las cortes se declaren competentes para (i) juzgar a una empresa alemana radicada en Alemania; (ii) por crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina durante la última dictadura cívico-militar; (iii) a raíz de reclamos realizados por personas no estaban radicadas en EE.UU[163].

Un grupo de argentinos/as demandaron a la empresa Mercedes Benz por su activa participación en la última dictadura cívico-militar argentina al aportar infraestructura y cooperar con el secuestro, detención, tortura y homicidio de los familiares de las y los demandantes. El reclamo fue interpuesto ante las cortes distritales de California y sostuvo que la empresa alemana podía ser juzgada en ese Estado porque contaba con una distribuidora exclusiva con asiento permanente allí[164]. En este sentido, afirmaron que Daimler podía ser demandada por cualquier conflicto ante las cortes de California, más allá de que los hechos a juzgar hubieran sucedido en ese Estado o no[165].

La empresa alemana sostuvo que MBUSA (la distribuidora estadounidense) era una contratista independiente que no representaba sus intereses en EE.UU. Por ello, afirmó que la corte de California no era competente para juzgarla por

[162] Reth, Op. Cit. N° 110, pp. 794. Simowitz, Op. Cit. N° 3, pp. 327.

[163] *Daimler AG v. Bauman*, 134 S.Ct. 746, pp. 751 (2014).

[164] Id. pp. 752.

[165] Id. pp. 751.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el simple hecho de que Daimler contara con una empresa subsidiaria radicada en California[166].

La corte hizo lugar a la defensa de Daimler y desestimó el caso por falta de jurisdicción[167]. Las familias argentinas apelaron y la Cámara revocó lo resuelto. Sostuvo que era razonable permitir que Daimler fuera juzgada en las cortes de California porque la relación que tenía con MBUSA era evidente[168]. Daimler recurrió ante la Suprema Corte para que resolviera si, bajo la cláusula de debido proceso, era razonable que una empresa extranjera fuera sometida a juicio por hechos que no habían ocurrido en los EE.UU, cuyas víctimas tampoco eran estadounidenses[169].

La Suprema Corte revocó la decisión de la Cámara. Con cita de *Goodyear Dunlop Tyres Operations, S.A. v. Brown* (2011), afirmó que ni Daimler ni MBUSA tenían suficientes vinculaciones con California para afirmar que estaban radicadas allí[170]. Sostuvo que si las actividades de Daimler en California fueran suficientes para que una corte distrital habilitara su jurisdicción para juzgarla por hechos que ocurrieron en el extranjero, entonces la empresa alemana podría ser demandada en cualquiera de los Estados de EE.UU[171].

Desde esta perspectiva, la Suprema Corte sostuvo que reconocer a las cortes distritales un poder jurisdiccional tan amplio contra empresas extranjeras afectaría las relaciones diplomáticas del país porque muchas otras naciones aplican un criterio más restrictivo. Por ello, concluyó que la corte de California no tenía jurisdicción para juzgar a Daimler

[166] Id. pp. 748.

[167] Id. pp. 752.

[168] Id. pp. 753.

[169] Id. pp. 753.

[170] Id. pp. 761.

[171] Id. pp. 761.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ya que, de reconocérsela, se estarían violando principios del debido proceso[172].

Freer sostiene que *Daimler* cambió sustancialmente la forma en que las cortes estadounidenses podrán habilitar su jurisdicción contra extranjeros[173]. Bookman afirma que, después de *Daimler*, las cortes distritales ya no tendrán tantos elementos para habilitar su "jurisdicción general" contra extranjeros. Solo podrán hacerlo cuando tengan "jurisdicción personal", es decir, cuando una norma expresamente lo permita frente a hechos puntuales, como sucede con la FSIA[174].

Por su parte, Reth sostiene que con *Daimler* la Suprema Corte estableció un nuevo paradigma sobre la jurisdicción de los tribunales estadounidenses[175]. En la misma línea, Silberman afirma que *Daimler* alineó el enfoque estadounidense con el criterio aplicado en la mayoría de los demás países[176], donde las cortes domésticas no ejercen una jurisdicción tan exorbitante como la que ejercían las cortes de EE.UU[177].

A esta altura del análisis vale preguntarnos qué efectos puede tener *Daimler* en materia de litigio por deuda soberana si no generó cambio alguno sobre la forma en que las cortes ejercen su jurisdicción contra naciones soberanas. Sin embargo, como veremos a continuación, luego de *Daimler* los mismos criterios sobre jurisdicción y debido proceso se extendieron en favor de los extranjeros ajenos a la controver-

---

[172] Id. pp. 763.

[173] Richard D. Freer, Symposium – *Justice Black was right about International Shoe, but for the wrong reason*, University of the Pacific Law Review, pp. 600 (2019).

[174] Pamela K. Bookman, *Litigation Isolationism*, Stanford Law Review, pp. 1140 (2015). Ver también Reth, Op. Cit. N° 166, pp. 796. Ver también Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 182.

[175] Reth, Op. Cit. N° 166, pp. 794.

[176] Linda J. Silberman - Aaron D. Simowitz, *Recognition and enforcement of foreign judgments and awards: what hath Daimler wrought?* New York University Law Review, pp. 393 (2016).

[177] Kevin M. Clermont – John R. B. Palmer, *Exorbitant Jurisdiction*, Maine Law Review, pp. 474 (2006).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sia. Este cambio sí impactará en litigios basados en la FSIA porque las cortes distritales perderán una herramienta clave para forzar a estados soberanos a cumplir con sus sentencias, tal como hizo Griesa con Argentina.

b. *Gucci* y *Leibovitch* como límites a la jurisdicción contra extranjeros ajenos a la controversia

Poco tiempo después que la Suprema Corte resolviera *Daimler*, las Cámaras de Apelaciones del Estado de Nueva York e Illinois disminuyeron sustancialmente la forma en que las cortes ejercían su jurisdicción contra extranjeros ajenos a la controversia. En *Gucci América, Inc. v. Weixing Li* (2014), el Segundo Circuito aplicó *Daimler* y sostuvo que la jurisdicción exorbitante que venían ejerciendo las cortes estadounidenses se contradecía con principios de diplomacia internacional y debido proceso[178]. Vale resaltar, hablamos de la misma Cámara de Apelaciones que en *NML* confirmó las órdenes de Griesa, aquellas que Argentina impugnó porque implicaban un exceso de jurisdicción[179].

En este caso, un grupo de industrias demandaron a Weixing Li por vender falsificaciones de sus productos[180]. Para congelar sus activos, solicitaron a la corte que emitiera una orden de restricción temporal. La corte concedió la orden y exigió al Banco de China (BOC) que congelara los activos de la empresa, aún cuando el Banco, radicado en China, no formaba parte de la controversia. Como en *NML*, la corte asumió que podía emitir órdenes al BOC por el simple hecho de que trabajaba con la empresa demandada[181].

---

178 *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 768 F.3d 122m pp. 135 (2nd Cir. 2014).

179 Id. pp. 125. Ver también Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 161.

180 Id. pp. 125.

181 Id. pp. 125.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los reclamantes notificaron de la orden judicial al BOC, incluyendo citaciones dirigidas a los directivos. En respuesta, el BOC informó que en su sucursal de Nueva York no tenía posesión ni control sobre ningún documento o información proveniente de la sucursal china. Además, argumentó que, incluso si la tuviera, no podría entregarla porque violaría legislación china[182].

Los reclamantes presentaron una moción para que se obligue al BOC a cumplir con lo ordenado y se cite a los directivos de la empresa. La corte concedió ambos pedidos[183]. El BOC solicitó a la corte que reconsidere su decisión porque lo ordenado contradecía normas de China sobre secreto bancario[184]. Pero la corte desestimó el planteo y lo intimó a cumplir bajo apercibimiento de declararlo en desacato[185]. Finalmente, lo declaró en desacato y le impuso multas[186]. Sin embargo, la Cámara revocó y, con cita de *Daimler*, sostuvo que la corte distrital tenía jurisdicción para emitir órdenes contra Weixing, pero no contra el BOC[187]. Reconoció que un ejercicio jurisdiccional tan amplio se contradecía con valores diplomáticos y debido proceso[188].

Según Zambrano, a partir de *Gucci*, las empresas radicadas fuera de EE.UU con sucursales en el país no estarán sujetas a la jurisdicción general y exorbitante que utilizaban las cortes hasta hace poco[189]. También destaca la importancia que la Cámara de Apelaciones de Nueva York le dio a la cortesía internacional cuando remarcó que debe ser ponderada

[182] Id. pp. 127.

[183] Id. pp. 127-28.

[184] Id. pp. 128.

[185] Id pp. 128.

[186] Id. pp. 128.

[187] Id pp. 129.

[188] Id. pp. 135.

[189] Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 192.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en cada decisión que pueda afectar a países extranjeros[190]. Es importante dimensionar el rotundo cambio de criterio de esta Cámara. En *NML*, omitió expedirse sobre planteos de nueve países que remarcaron cuán excesiva había sido la orden de discovery para identificar bienes argentinos[191]. A partir de *Gucci*, la situación pareciera ser bien distinta.

Tres años después, la Cámara de Apelaciones de Illinois fue aún más lejos. En *Leibovitch v. Islamic Republic of Irán* (2017), aplicó *Daimler* y negó que las cortes distritales tuvieran jurisdicción para obtener información sobre bienes iraníes ubicados en todo el mundo[192]. En este caso, los familiares de un niño asesinado en un atentado terrorista demandaron a Irán ante una corte distrital de Chicago en virtud de la Ley Antiterrorista y la FSIA, que reconoce una excepción a la inmunidad de jurisdicción contra países que participen o presten ayuda en actos de terrorismo[193]. Reclamaron que se condene a Irán a pagar una indemnización por haber brindado apoyo a la organización terrorista que asesinó al niño en un atentado en Jerusalén[194].

Irán no presentó defensa y el tribunal emitió una millonaria sentencia contra el país[195]. Los reclamantes intentaron ejecutar el monto adjudicado y utilizaron estrategias similares a las de los fondos buitre en *NML*. Solicitaron una medida de discovery para identificar bienes iraníes ubicados en cualquier país y que se citara a directivos de dos bancos

---

190 Id. pp. 187.

191 Id. pp. 177 (citando *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 03 Civ. 8845 (TPG), 2013 WL 491522 (S.D.N.Y. 08/02/2013)

192 *Leibovitch v. Islamic Republic of Iran*, 852 F.3d 687, pp. 688 (7th Cir. 2017).

193 El artículo §1605A de la FSIA dispone que no estarán protegidos bajo inmunidad absoluta de jurisdicción y ejecución aquellos países que se involucren o presten auxilio en actos de terrorismo.

194 *Leibovitch v. Islam Republic of Iran*, 188 F.Supp.3d 734, pp. 736 (N.D.Ill. 2016).

195 Id. pp. 736.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

extranjeros para que prestaran testimonio bajo juramento[196]. La citación advertía que la incomparecencia podría acarrear órdenes de encarcelamiento[197].

En respuesta, ambos bancos solicitaron que se acote el objeto del discovery para que solo incluyera bienes radicados en EE.UU porque, de existir, eran los únicos que podrían ser embargados y ejecutados[198]. Como vemos, las mismas discusiones que se dieron en *NML*, solo que en este caso el resultado fue distinto[199]. La corte distrital rechazó el planteo de los actores y explicó que, para emitir órdenes contra estos bancos, primero debería habilitar su jurisdicción contra ellos[200].

Con cita de *Daimler*, detalló las circunstancias en las que una corte podría ejercer su jurisdicción contra una empresa extranjera. Para ejercer su "jurisdicción general", es decir, para habilitar su jurisdicción contra un extranjero por razones generales que no surgen de una norma expresa (como la FSIA), el extranjero debería estar radicado en territorio estadounidense. Pero ello no sucedía con los dos bancos requeridos, porque solo tenían unas pocas sucursales en EE.UU. Siguiendo esta lógica, afirmó que luego de *Daimler*, la mera existencia de una sucursal radicada en el país no era suficiente para que una corte habilite su jurisdicción general contra una empresa extranjera[201].

Los actores apelaron y argumentaron que el criterio establecido en *Daimler* solo aplicaba en favor de personas demandadas, no de terceros ajenos a la controversia[202]. Pero la

---

196 Id. pp. 741.

197 Id. pp. 741.

198 Id. pp. 742.

199 *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 137 (2014).

200 *Leibovitch v. Islamic Republic of Iran*, 188 F.Supp.3d 734, pp. 745 (N.D.Ill. 2016).

201 Id. pp. 747.

202 Id. pp. 747.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cámara también concluyó que la corte carecía de jurisdicción sobre los bancos porque ninguno de ellos se encontraba realmente asentado en el Estado de Illinois[203].

Los actores apelaron y reiteraron sus argumentos sobre la irrelevancia de la jurisdicción para hacer cumplir ordenes de discovery contra partes ajenas a la controversia. Pero la Cámara de Apelaciones sostuvo que el argumento de la actora era defectuoso porque una corte estadounidense debía tener jurisdicción para ordenar y/o ejecutar una orden judicial, en este caso, la entrega de información sobre bienes iraníes radicados en el mundo[204]. Remarcó que la cuestión habría sido distinta si los actores se hubieran limitado a solicitar información de activos iraníes ubicados dentro del estado de Illinois[205]. Los reclamantes recurrieron ante la Suprema Corte, que desestimó el recurso.

De esta forma, con *Leibovitch* el Séptimo Circuito también dejó en claro su voluntad de otorgar órdenes de discovery solo contra empresas radicadas en los EE.UU[206]. Por ello, podemos afirmar que los nuevos criterios del Segundo y Séptimo Circuito acotaron significativamente los atajos que las cortes distritales venían utilizando para ejecutar sus decisiones contra países. Es que, como vimos en el apartado 4, en *NML* la cámara de apelaciones citó *Rafidain* para justificar que Griesa podía emitir una medida de discovery contra dos bancos ajenos a la controversia porque previamente había habilitado su jurisdicción contra Argentina[207]. Pero después de *Gucci* y *Leibovitch*, las cortes distritales ya no podrían utilizar este atajo para forzar a extranjeros ajenos al proceso

[203] *Leibovitch v. Islamic Republic of Iran,* 852 F.3d 687, pp. 690 (7th Cir. 2017).

[204] Id. pp. 689.

[205] Id. pp. 690.

[206] Martindale, Op. Cit. N° 12, pp. 353.

[207] *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 209 (2012). (citando *First City, Texas-Houston, N.A. v. Rafidain Bank*, 150 F.3d 172, 177 (2d Cir. 1998)).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a cumplir con sus órdenes, a menos que expliquen de dónde surge dicho poder jurisdiccional[208].

El mismo razonamiento podría aplicarse en lo que respecta a órdenes de hacer. En *NML*, la cámara de apelaciones sostuvo que, conforme el art. 65(d)(2)(c) de las FRCP, las personas extranjeras ajenas al proceso también debían ajustarse a la orden emitida contra Argentina[209]. Pero después de *Gucci* y *Leibovitch*, no pareciera que este artículo aplique contra personas que no tienen su asiento principal en los EE.UU.

En conclusión, gracias a *Gucci* y *Leibovitch*, dos de las Cámaras de Apelaciones más importantes de EE.UU redujeron el poder de las cortes distritales para utilizar "atajos" que les permitieran afectar la libre disponibilidad de bienes soberanos radicados fuera del país. Con los nuevos criterios sobre jurisdicción, las cortes distritales, como la de Griesa, ya no podrán extender tan fácilmente su jurisdicción contra extranjeros ajenos al litigio para forzar a los Estados soberanos a cumplir con sus sentencias definitivas.

V. Conclusiones

El "juicio del siglo" fue analizado desde distintas posiciones. Este trabajo pretendió agregar otra perspectiva, más enfocada en los argumentos y herramientas jurisdiccionales que el poder judicial estadounidense utilizó para justificar su decisión de forzar a la Argentina a cumplir con las sentencias a favor de los fondos buitre. En este sentido, la forma en que las cortes estadounidenses ejercen su jurisdicción contra otros países merece un profundo análisis, sobre todo por parte de las naciones que necesitan financiamiento para lograr su desarrollo. Es que, con *NML* quedó claro cómo pue-

[208] Id. pp. 129.

[209] Id. pp. 255.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

den pensar las juezas y jueces federales de las cortes más importantes de Estados Unidos.

Varios de los razonamientos que vimos evidencian una lógica formalista. El discovery para identificar bienes en el extranjero contradijo disposiciones de la FSIA, que solo permiten a las cortes ejecutar bienes soberanos radicados en EE.UU y que tengan fines comerciales. Pero en *NML* no importó si esos bienes podían ejecutarse o no. Lo que importó era saber dónde se encontraban radicados. *La información es poder.*

También vimos un razonamiento formalista y contradictorio con la orden de hacer de carácter permanente. ¿Qué sentido tiene que la FSIA prohíba a las cortes embargar y/o ejecutar bienes soberanos en el exterior, si al mismo tiempo les permite afectar esos bienes indirectamente, a través de órdenes de hacer? Está claro que en la teoría un embargo no tiene nada que ver con una orden de hacer. Pero si ambas medidas tienen el mismo efecto porque afectan la libre disponibilidad de bienes, esas diferencias teóricas desaparecen en la práctica y las cortes de EE.UU. terminan ejerciendo su jurisdicción más allá de los límites establecidos por el Congreso.

Los argumentos empleados para justificar estas órdenes contra Argentina se contradicen con principios básicos de debido proceso y derecho de defensa, reconocidos expresamente en la Constitución de Estados Unidos. Las cortes sabían que no podían llegar más allá de las fronteras del país. El propio Griesa lo admitió en audiencia oral[210].

Pero, frente a la postura que asumió Argentina, decidieron forzar los límites de la FSIA para impedirle al país que continuara pagando al 92% de los acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda. Y, para cumplir su cometi-

[210] Resolución en audiencia oral, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08 Civ. 6978 (TPG), United States District Court, Southern District of New York, 23/02/2012, WL 3225959, Apéndice I, pp. 40 (2012).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

do, aplicaron criterios interpretativos amplios, al estilo *"si la FSIA no lo prohíbe, entonces lo permite"*, cuando el texto y el espíritu de esta ley federal van en sentido contrario: ante la duda, no hay jurisdicción contra un país. Y si la hubiera, la FSIA expresamente establece límites a la jurisdicción de estas cortes, que no son más que cortes domésticas, no internacionales. Y en este objetivo de forzar a la Argentina a cumplir, el poder judicial estadounidense también se sirvió de instituciones financieras ajenas a la controversia, que tuvieron que optar entre cumplir órdenes de cortes federales o ser consideradas en desacato y ganarse una mala imagen en el mundo de las finanzas.

NML debe servir como ejemplo a decenas de países en vías de desarrollo que pueden encontrarse en dificultades al reestructurar su deuda gracias a las abusivas estrategias que utilizan los fondos buitre. En futuros casos de este tipo, las naciones demandadas podrían profundizar sus defensas para tensionar la relación entre la FSIA y la garantía de debido proceso de la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense. Más aún si tenemos en cuenta que, muy poco tiempo después de *NML*, la Suprema Corte y dos cámaras de apelaciones muy poderosas restringieron considerablemente la forma en que las cortes de primera instancia ejercían su jurisdicción más allá de los límites territoriales del país.

Argentina recibió muchas críticas por la defensa que adoptó en este caso, que recorrió los medios de comunicación de todo el mundo. Pero no puede negarse que la estrategia fue audaz. Desde una perspectiva de litigio estratégico[211], el país no solo enfrentó la discusión en sede ju-

[211] Si bien no existe una definición única sobre "litigio estratégico", en términos generales hablamos de estrategias judiciales que van más allá de lo que se resuelva en la sentencia definitiva. El litigio estratégico permite utilizar el caso judicial como una plataforma de discusión mucho más amplia, que excede a las partes que conforman una litis. Ayuda a poner en debate público conflictos que involucran a personas, comunidades, sociedades, que no necesariamente forman parte del litigio. Y, más allá de los resultados formales del caso (parte vencedora o vencida), ayuda a difundir o generar conciencia sobre determinada

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dicial, sino que puso sobre la escena pública las criticables estrategias que utilizan ciertos fondos de inversión altamente especulativos, que solo piensan en maximizar sus rentas al menor costo posible.

En este sentido, la experiencia Argentina demuestra cuán necesaria es la formalización de un tratado internacional que regule controversias sobre deuda soberana de una forma imparcial y ajena a los intereses en pugna. Argentina dio pasos importantes en este sentido. El 17/09/2014, el canciller Héctor Timerman planteó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la urgente necesidad de sancionar un marco legal para la reestructuración de la deuda soberana. Resaltó que miles de millones de dólares iban a los bolsillos de los fondos buitre, que se aprovechaban de los países con crisis de deuda para bloquearles sus procesos de reestructuración de pasivos y obtener rentas mucho más elevadas en comparación con la inversión realizada[212].

Esta presentación sentó las bases para que la ONU emitiera la Resolución N° 69/319 sobre Principios Básicos de

situación lesiva de derechos, permitiendo que tal situación se modifique no solo por el actuar del Poder Judicial, sino gracias a la difusión pública del caso. En Estados Unidos esta práctica también es conceptualizada como "Public Interest Litigation", "Impact Litigation", "Civil Rights Ligitation". Para más información, ver Charles F. Sabel – William H. Simon, *Destabilization rights: How Public Law Litigation Succeeds*, Harvard Law Review (2004); John Denvir, *Towards a Political Theory of Public Interest Litigation*, North Carolina Law Review (1976); Abram Chayes, *The role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review (1976); En Argentina esta práctica se encuentra ampliamente difundida entre las organizaciones de la sociedad civil, que la utilizan como una herramienta (entre otras) para generar conciencia social sobre conflictos vinculados a derechos humanos y avanzar en reformas estructurales que garanticen el pleno respeto de estos derechos. Para más información, ver Francisco Verbic, *Un nuevo proceso para conflictos de interés público*, La Ley (2014); María Carlota Ucín, *Litigio de Interés Público*, Revista en Cultura de la Legalidad (2017), Martín Böhmer - Tatiana Salem, *Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave*, CIPPEC (2010).

[212] Asamblea General Organización de Naciones Unidas, 68° Sesión, 107° Reunión plenaria, Martes 9 de Septiembre de 2014. A/68/PV.107

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana[213]. Argentina logró el apoyo del "Grupo de los 77", integrado por ciento treinta y cuatro (134) países en vías de desarrollo y China[214]. El principio N° 6 establece que la inmunidad de jurisdicción y ejecución contra países debe ser interpretada restrictivamente. El N° 9 dispone que las reestructuraciones de deuda deben ser aprobadas por mayorías calificadas. Logrado ello, serán oponibles a todos los acreedores, inclusive a los que pretendan rechazarlas.

[213] Resolución ONU 69/319, 29 de septiembre de 2015.

[214] Agencia Telam, *"Los nueve principios del proyecto aprobado por la ONU para reestructurar las deudas de los países"*, 10/09/2015.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Un paso adelante, varios atrás: *Dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre relaciones colectivas de trabajo*

One step forward, several steps back: Two sentences of the Supreme Court of Justice of the Nation on collective labor relations

Jorge Afarian[1]
Universidad de Buenos Aires. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e538
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/0000-0002-9350-2768

Resumen: El presente artículo busca aportar una reflexión sobre dos recientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de relaciones colectivas de trabajo: "APSAI" y "Romero". Analizaremos ambas sentencias, en sus diferentes instancias, hasta arribar a la decisión de la Corte Suprema. Estimamos que ambas sentencias, dentro de sus tendencias jurisprudenciales, vienen a complejizar aún más el panorama de tratamiento de diversas temáticas neurálgicas sobre las asociaciones

[1] Abogado y docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Becario CONICET en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Correo electrónico: jafarian@derecho.uba.ar. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9350-2768

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sindicales de trabajadores/as y sus representantes. En la primera sentencia, trataremos la retención de cuotas sindicales por parte de las asociaciones simplemente inscriptas y en la segunda, abordaremos la tutela sindical de los representantes gremiales. Como conclusión preliminar, podemos aseverar que la Corte mediante distintos tecnicismos y apreciaciones del caso en concreto, ha dado nuevos giros en materia de relaciones colectivas, mediante la negación de, a su vez, tendencias decisorias de otros años. Si bien se trata de casos muy específicos, es sabido que los fallos del Máximo Tribunal son influyentes para otras instancias judiciales, a la vez que instalan estándares en la misma instancia extraordinaria, y de ahí la importancia en su análisis.

Palabras clave: Corte Suprema de Justicia - Relaciones colectivas - APSAI – Romero

Abstract: This article seeks to provide a reflection on two recent judgments of the Supreme Court of Justice of the Nation in matters of collective labor relations: "APSAI" and "Romero". We will analyze both sentences, in their different instances, until we arrive at the decision of the Supreme Court. We believe that both judgments, within their jurisprudential tendencies, further complicate the panorama of treatment of various neuralgic issues regarding workers' trade union associations and their representatives. In the first sentence, we will address the withholding of union dues by simply registered associations and in the second, we will address the union protection of union representatives. As a preliminary conclusion, we can assert that the Court, through different technicalities and appraisals of the specific case, has taken new turns in the matter of collective relations, by denying, in turn, decision-making tendencies from other years. Although these are very specific cases, it is known that the rulings of the Highest Court are influential for other judicial instances, at the same time that they establish standards in the same extraordinary instance, and hence the importance in their analysis.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Keywords: Supreme Court of Justice - Collective relations - APSAI - Romero

I. Introducción: ¿Qué hay de nuevo?

Desde ""ATE I""[2], de noviembre de 2008, hasta los fallos que nos ocupan en el presente ensayo, se ha dicho mucho, se ha gastado mucha tinta (o teclas de computadora) en reflexiones sobre las implicancias de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN, Corte Suprema o Máximo Tribunal), en materia de derechos colectivos del trabajo, huelga, negociación colectiva, libertad sindical y representación sindical en el lugar de trabajo (Afarian, 2016, 2021; Amestoy, 2021; Duarte, 2016; García, 2009, 2016; Gianibelli, 2015; Morris, 2017; Mugnolo, 2021; Ventrici, 2016; Zas, 2016).

La aparente apertura del Máximo Tribunal en materia sindical se ha visto afectada en los últimos años, si bien con vaivenes, contradicciones y la especificidad del caso concreto para el que la CSJN establece sus decisiones. Podríamos decir que en los fallos ""ATE I"", ""Rossi""[3], "Álvarez"[4], ""ATE I"I"[5] y "NorTE"[6], la CSJN asume una postura "aperturista", res-

[2] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2008) Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni. Nro. S.C. A. n° 201, L. XL, "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ley de Asociaciones Sindicales".

[3] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2009) Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay. Nro. R. 1717. XLI, ""Rossi", Adriana María c/ Estado Nacional-Armada Argentina s/sumarísimo".

[4] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2010) Mayoría: Fayt, Petracchi, Zaffaroni, Maqueda. Disidencia parcial: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay. Nro. A. 1023. XLIII, "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/acción de amparo".

[5] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2013) Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni. Nro. A. 598. XLIII, Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad".

[6] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2015) Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda. Nro. CSJ143/2012(48-N)/CSI, "Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pecto de los derechos sindicales, sin atacar las bases mismas de la ley sindical. Particularmente, y en lo esencial, la CSJN se expide en materia de cargos electivos y representación de delegados/as de organizaciones sindicales simplemente inscriptas (““ATE I””, ““Rossi””, “NorTE”) o de los intereses colectivos de la categoría profesional (““ATE I”I”).

De todos modos, la cuestión es altamente compleja, sobre todo por las modificaciones de las nuevas sentencias en la materia, concretamente sobre titularidad del ejercicio del derecho de huelga, como es el caso “Orellano”[7] y “ADEMUS”[8], sobre negociación colectiva. En estas últimas la Corte Suprema, con una nueva conformación, se encarga de establecer limitaciones frente a la huelga, como también la representación en las negociaciones colectivas.

Parece que no hay una tendencia específica por parte de nuestro Máximo Tribunal, pero si podemos adelantar lo siguiente: la CSJN utiliza tecnicismos cada vez más marcados para apoyar una visión tanto limitativa como aperturista de los derechos colectivos en el trabajo, y eso siempre es un problema, porque conlleva problemas de argumentación y consistencia jurídicas.

Como veremos en las próximas páginas, con los casos “APSAI”[9] y “Romero”[10], junto a los tecnicismos de la Corte

---

[7] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2016) Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda. Nro. CSJ93/2013(49-0)/CSI, “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo”.

[8] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020) Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosenkrantz. Disidencia: Rosatti. Nro. FSA 648/2015/C51, “ADEMUS y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta y otro s/amparo sindical”.

[9] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2021) Mayoría: Highton de Nolasco, Maqueda, Rosenkrantz, Rosatti. Disidencia: Lorenzetti. Nro. CNT 83140/2016/1/RH1, “Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ acción de amparo”.

[10] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2021) Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz. Disidencia: Maqueda, Rosatti. Nro. CNT 40803/2017/1/RH1, “Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/juicio sumarísimo”.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Suprema hallamos importantes errores conceptuales que merecen ser destacados, a fin de ofrecer un acabado análisis de los problemas en juego.

A ello nos dedicaremos en los puntos siguientes, e intentaremos responder la siguiente pregunta: ¿Qué hay de nuevo en estas decisiones? Para ello, realizaremos un recorrido de éstas últimas sentencias, desde la decisión en 1era. Instancia hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sobre el final, aportaremos algunas conclusiones.

II. 1. APSAI. Hechos y 1era. Instancia

La sentencia de 1era. Instancia[11] de "APSAI" data del 31 de agosto de| 2017, y estuvo a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 43, cuyo titular es el juez Gerardo Magno. El juez relata, sintéticamente, el fundamento de la acción de amparo presentada por la Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura[12], contra Autopistas del Sol S.A.[13]

Allí, el sindicato peticiona que se le ordene a Autopistas del Sol a efectuar la retención de la cuota sindical por planilla salarial de los afiliados a APSAI. Solicita, a su vez, el cese de toda obstaculización ilegítima al accionar gremial mediante este mecanismo de aporte sindical. Al respecto, el sindicato refiere que se han producido despidos de supervisores por

[11] Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 43. (2017) Gerardo Magno. Nro. 11524, "Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/acción de amparo".

[12] APSAI es una asociación sindical de primer grado con inscripción gremial (sin personería gremial) mediante resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (N° 9/2015), con ámbito de actuación en empresas viales en la Provincia de Buenos Aires y otras regiones del país. Posee representatividad del personal de categoría superior, jerárquica y profesional.

[13] Empresa concesionaria de peajes de autopistas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el hecho de afiliarse a APSAI, a la vez que rebajas salariales, lo que ha incidido en la masa de sus afiliados/as al gremio.

En noviembre de 2015, el sindicato cursó una carta documento hacia la empresa de peajes, en la que constaban los nombres de cuatro afiliados que trabajaban en la autopista, y solicitó la retención de la cuota sindical por planilla. Se adjuntaron las notas firmadas por los afiliados, en la que autorizaron la retención en sus haberes del aporte sindical.

Ante la falta de respuesta por parte de la empresa, uno de los afiliados remitió una nueva carta documento para que la empresa realice la retención correspondiente. La demandada respondió la intimación del afiliado, y rechazó su participación gremial. De acuerdo con Autopistas del Sol, el sindicato APSAI no representa a los trabajadores de la empresa, por lo que no reconocerá la representación gremial de los trabajadores que se la adjudicaren ilegítimamente, en virtud de la ley de asociaciones sindicales 23.551. Los tres afiliados restantes recibieron la misma respuesta de sus intimaciones por parte de la empresa.

Para sustentar su demanda, APSAI cita el art. 14 bis de la Constitución Nacional, el convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y lo dicho por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, concretamente los privilegios en materia de retenciones a las asociaciones sindicales con personería gremial[14]. El actor califica estos privilegios como inconstitucionales (art. 38, ley 23.551)[15]. Como precedente jurispruden-

[14] La CEACR ha criticado el sistema de personería gremial prácticamente desde la sanción de la ley 23.551. Ver al respecto, CEACR (1989) y sus declaraciones subsiguientes.

[15] Art. 38 de la ley 23.551: Los empleadores estarán obligados a actuar como "agente de retención" de los importes que, en concepto de cuotas afiliación u otros aportes deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial. Para que la obligación indicada sea exigible, deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, disponiendo la retención. Esta resolución se adoptará a solicitud de la asociación sindical interesada. El ministerio citado deberá pronunciarse dentro de los treinta (30) días de recibida la misma. Si así no lo hiciere,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cial, cita el fallo "ATE I", y también invoca la ley antidiscriminatoria 23.592, el art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 47 de la ley 23.551.

En su contestación de la demanda, y en lo que aquí importa, la empresa manifestó que el reclamo del sindicato contraría lo dispuesto por el art. 38 de la ley 23.551 y su decreto reglamentario 467/88. Por otro lado, es el SUTPA (Sindicato Único de Trabajadores de los Peajes y Afines) la asociación con personería gremial que ejerce la representación de sus trabajadores. Por el contrario, APSAI solo posee simple inscripción, y no le correspondería la retención de la cuota, de acuerdo con la ley 23.551.

Concretamente, el juez explica que el art. 38 de la ley 23.551 obliga a los/las empleadores/as a actuar como agentes de retención de los importes en materia de cuotas de afiliación u otros aportes a las asociaciones sindicales con personería gremial. Por supuesto, y como expresáramos anteriormente, la parte actora planteó su inconstitucionalidad con base en jurisprudencia nacional, normas legales, constitucionales y disposiciones de naturaleza internacional.

Basándose en el fallo "ATE I", el juez Magno recordó que la Corte Suprema afirmó que el convenio N° 87 de la OIT tiene rango superior a las leyes[16] y que la interpretación de la CEACR y del Comité de Libertad Sindical de la OIT

---

se tendrá por tácitamente dispuesta la retención. El incumplimiento por parte del empleador de la obligación de obrar como agente de retención, o - en su caso- de efectuar en tiempo propio el pago de lo retenido, tornará a aquél en deudor directo. La mora en tal caso se producirá de pleno derecho.

Para un precedente sobre la inconstitucionalidad del art. 38, ver: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I. (2012) Vilela, Pasten de Ishihara. Nro. 88026, "Sindicato de Trabajadores de Salud del Hospital Posadas c/ Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción de la Nación y otro s/juicio sumarísimo".

[16] Sumamos que el convenio N° 87 posee, además, rango constitucional a partir de su inclusión expresa en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos con jerarquía constitucional.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

son vinculantes para la Argentina. Ambos organismos han expresado su rechazo al art. 38 de la ley 23.551, por otorgar excesivos privilegios a los sindicatos con personería gremial, lo que en definitiva incide en la igualdad entre estos y los simplemente inscriptos, cuestión que fue reafirmada por el informe de la CEACR (2011).

A su vez, el juez Magno agrega que el Comité de Libertad Sindical (2000) se expresó en concordancia con la CEACR, particularmente sobre que la mayor representatividad no debería implicar privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas y consultas con los gobiernos en la designación de delegados ante los organismos internacionales.

Por ello, el juez declara la inconstitucionalidad del art. 38 de la ley 23.551 porque implica un privilegio excesivo en favor de los sindicatos con personería gremial, y ello vulnera el art. 14 bis de la Constitución Nacional y el convenio N° 87 de la OIT. En consecuencia, condenó a la empresa a que proceda a la retención de la cuota sindical por planilla salarial respecto de los afiliados a APSAI y el cese de toda obstaculización sindical, mediante la puesta en marcha del mecanismo de descuento de la cuota sindical.

II. 2. El "libre albedrío sindical": La decisión de la CNAT

Posteriormente a la decisión en 1era. Instancia, el expediente fue examinado por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo[17] (en adelante, CNAT o Cámara), a cargo de la jueza Estela Ferreirós y los jueces Miguel Rodríguez Brunengo y Héctor Guisado. El fallo, dictado el 22 de diciembre de 2017, se basó en el voto definitorio de la jueza Ferreirós.

[17] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII. (2017) Ferreirós, Rodríguez Brunengo. No votó: Guisado. Nro. 51822, "Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/acción de amparo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En su recurso, la demandada reiteró el argumento respecto del art. 38 de la ley 23.551, y que sería adecuada una resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la que se dispusiera la retención a favor de APSAI. Esta cuestión debería ser solicitada por la asociación sindical y comunicado a la empresa con una antelación no menor a diez días al primer pago de la cuota sindical.

La jueza, en definitiva, acuerda con la sentencia de 1era. Instancia. Cita precedentes de aquella Sala que trataron temáticas similares[18]. En este sentido, señaló que ese excesivo privilegio de retención de la cuota sindical solo a la asociaciones con personería gremial, implica el cercenamiento de la libertad sindical y el libre ejercicio de los derechos de los/as trabajadores/as.

De acuerdo con Ferreirós, los/las empleados/as, en uso de sus facultades de "libre albedrío sindical", optaron por determinada entidad y sus aportes permiten el desarrollo de las actividades necesarias de la organización sindical. Luego de citar el convenio N° 87 de la OIT, las opiniones de los órganos de la organización internacional y las expresiones vertidas por la Corte Suprema en "ATE I", la jueza concuerda con la inconstitucionalidad del art. 38 de la ley 23.551, puesto que la pretensión de la parte actora fue lograr el pie de igualdad con el sindicato con personería gremial, en el derecho de retención de la cuota sindical.

II. 3. La tercera es la vencida: La opinión de la Corte Suprema (concretamente, la del Procurador Fiscal)

Decir que la Corte Suprema "opinó" quizá es demasiado, puesto que para decidir se remite al dictamen del Procurador

[18] En particular: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII (2017) Ferreirós, Rodríguez Brunengo, Guisado. Nro. 41929, "Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Construcción y Afines c/ Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación s/ley de asociaciones sindicales".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Fiscal, Víctor Abramovich[19]. La sentencia, firmada el día 04 de marzo de 2021, fue decidida por mayoría. El único voto disidente fue el del juez Ricardo Lorenzetti, quien rechaza el recurso extraordinario por considerarlo inadmisible.

Pero centrémonos en el dictamen del Procurador, de fecha 27 de agosto de 2019. Abramovich señala que el fallo de la CNAT fue recurrido por la demandada, en el que alegó la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, por entender que el fallo no es una derivación lógica y razonada de las constancias de la causa y del derecho vigente. Reafirma que el artículo 38 de la ley 23.551 impone a los empleadores la retención de aportes sindicales, únicamente respecto de asociaciones con personería gremial.

En ese sentido, la parte actora no demostró un perjuicio "real" ante el art. 38 de la ley 23.551, puesto que el hecho de no actuar como agente de retención no vulnera ningún derecho de APSAI, ni le provoca ningún impedimento a sus afiliados/as, sino la "incomodidad" en el pago de la cuota sindical en persona por parte de estos/as.

Por otro lado, la recurrente afirma que la CNAT no tuvo en cuenta el decreto 467/88 puesto que, en primer lugar, la asociación sindical debe tener personería gremial, mediar resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la que dispone la retención, y comunicar al empleador la resolución de la autoridad de aplicación con una antelación no menor a diez días al pago. Además, el fallo ""ATE I"" no sería aplicable, puesto que se trató de un caso diferente y que la Corte Suprema solo declaró la inconstitucionalidad del art. 41 de la ley 23.551.

Luego de puntualizar las pretensiones de la recurrente, Abramovich recordó que el art. 14 bis de la Constitución Nacional establece que el trabajo, en sus diversas formas,

[19] Procuración General de la Nación. (2019) Víctor Abramovich. "Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/acción de amparo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Por su parte, agrega que el convenio N° 87 de la OIT reconoce a los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción ni autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como afiliarse a las ya creadas.

También les asiste el derecho a redactar sus estatutos, reglamentos administrativos, elegir sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción. Además, el art. 8 del mismo cuerpo normativo establece que la legislación nacional no menoscabará las garantías previstas en el convenio.

En materia de libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas, el Procurador Fiscal alude a los precedentes ""ATE I"", ""Rossi"" y ""ATE I", los que establecieron principios constitucionales que resultan aplicables a este caso. Recordó que en el caso "ATE I", la Corte Suprema expresó que las personas tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, además de gozar del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito (considerando 6°).

A su vez, la CSJN también manifestó que la libertad sindical "tiene el propósito de que los sindicatos puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias, esto es, la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial" (considerando 7°).

En "ATE I" y en "Rossi", el Máximo Tribunal estima que otorgar mayores beneficios o ventajas a un sindicato por sobre otro, conlleva una discriminación, aunque ésta no haya constituido un fin explícito del Estado. Mediante estos mecanismos, el Estado puede influir en la elección de los/las trabajadores/as de la organización sindical a la que se afiliarán,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y el sindicato que posea personería gremial sería el elegido, al ser más apto para representarlos en diversas instancias.

Por otro lado, si bien la ley puede establecer diferenciaciones entre sindicatos (y lo ha hecho, como lo demuestra esta sentencia), ello no puede significar la privación de las organizaciones simplemente inscriptas de la defensa de los intereses de sus afiliados/as, establecer su programa de acción y actividades de representación.

Frente a estas razones, el Procurador Fiscal concluyó que la exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del régimen de retención de cuotas sindicales del artículo 38 de la ley 23.551, configura una injerencia del Estado que reduce injustificadamente la capacidad de estos sindicatos de ejercer las funciones para las que fueron creados y elegidos por los/las afiliados/as. Los aportes de éstos/as son el medio principal de financiamiento para la defensa de los intereses profesionales de la categoría que el gremio busca representar, sobre todo las asociaciones de reciente fundación.

Entonces, el fácil acceso a los recursos presupuestarios del gremio fortalece su autonomía frente al Estado y el empresariado, sin los cuales el programa de acción y representativo del sindicato se vería truncado y carecería de sentido. Es por eso que el art. 38 produce una limitación en la libertad sindical de los sindicatos simplemente inscriptos, puesto que la ausencia de agilidad en la disposición de los aportes de los/las afilados/as influye en su desarrollo, en la defensa de los intereses colectivos y en la posibilidad de captar nuevos/as trabajadores/as cotizantes. Concretamente, la forma de cobro puede ser tanto un incentivo, como un desincentivo para la afiliación, y ello afecta la democracia sindical.

Sobre el final de su dictamen, Abramovich aporta una serie de puntos. En primer lugar, no se logró acreditar la existencia de un interés público que resulte necesario resguardar y justifique la limitación en la percepción de la cuota sindical por parte de asociaciones simplemente inscriptas. En segundo lugar, el privilegio excede los de la prioridad de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades o en la designación de delegados ante organismos internacionales, únicas prerrogativas admitidas en el convenio N° 87 de la OIT, y reafirmadas por la CEACR.

Por último, la extensión de los supuestos de retención de la cuota sindical no afecta a los empleadores ni les impone una carga excesiva, pues el procedimiento es el mismo que el utilizado para los/las trabajadores/as afiliados al sindicato con personería gremial. Concluye, de este modo, que el artículo 38 de la ley 23.551, en cuanto excluye en forma arbitraria a las asociaciones simplemente inscriptas del régimen de retención de aportes a sus afiliados/as, lesiona la libertad sindical y resulta inconstitucional.

III.1. Una nueva limitación: Romero y la discriminación en materia sindical. Hechos y 1era. Instancia

En 1era. Instancia[20], el expediente estuvo a cargo de la jueza Graciela Dubal, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 29. En este caso, Jonathan Romero promovió una acción sumarísima a fin de que se declare la nulidad del despido discriminatorio dispuesto por la demandada, el Ministerio de Educación y Deportes de la Nación, puesto que contaba con la tutela sindical, al ser delegado de ATE. Asimismo, el actor solicitó que la actitud de la demandada sea declarada como una práctica desleal conforme el art. 53, incisos i. y j. de la ley 23.551, y que se ordene el cese de los actos de discriminación respecto del actor, conforme las leyes 23.551 y 23.592.

En su demanda, el actor manifestó que ingresó a trabajar en el Ministerio de Educación y Deportes de la Nación en

[20] Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 29. (2018) Graciela Dubal. S/N, "Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/juicio sumarísimo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el mes agosto de 2014, en el área de derechos humanos del Instituto Nacional de Formación Docente. Por su gran desempeño fue reubicado en el área de políticas estudiantiles de la misma institución y que en octubre de 2016 comenzó a realizar tareas como asistente en el sector de Legajos y Archivos, en la Dirección de Recursos Humanos dependiente del área de Administración de Personal.

Agregó que fue un activo militante de ATE y referente sindical de su sector, convirtiéndose en un delegado de hecho y que por su desempeño, la asamblea de trabajadores del Ministerio lo votó y designó como Delegado Titular Consejero Gremial de Capacitación, lo cual fue comunicado a la empleadora a finales de 2016, y quedó consentido por el Ministerio.

De acuerdo con su relato, luego de su designación comenzó una actitud de avasallamiento por parte de su empleadora, lo que motivó que lo despidieran sin justa causa y sin mediar ninguna notificación, en el mes de marzo del año 2017. Luego del despido, remite un telegrama en el que rechaza el distracto y lo califica de discriminatorio y persecutorio.

A su vez, solicita su nulidad con base en la ley 23.551 y tratados internacionales, puntualmente los convenios de la OIT sobre libertad sindical. Exige una reparación por daño moral, los salarios caídos desde su despido hasta su efectiva reincorporación y la publicación de la sentencia y su difusión a los fines de reparar su honor y buen nombre.

En su contestación, el Ministerio de Educación y Deportes de la Nación manifiesta que el actor, hasta el 1º de septiembre de 2016, se encontraba vinculado a través de un contrato de locación de obra con la Universidad Nacional de Quilmes y que con posterioridad a esa fecha, hasta el 31 de diciembre de 2016, el actor fue contratado en los términos del artículo 9 de la ley de empleo público nacional 25.164 y de su decreto reglamentario, con la finalidad de prestar tareas por tiempo determinado en el sector de Administración de Personal.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Aquél contrato fue renovado desde el 1° de enero de 2017 hasta el día 28 de febrero de 2017, momento en que concluyó. El actor carecía de la estabilidad del empleado público por ser de carácter transitorio, cuestión que se encuentra amparada por las normas. Por otra parte, y en relación con su carácter de delegado, el Ministerio manifestó que el actor carecía de representación gremial por no cumplir con los requisitos que exige el art. 41 de la ley 23.551, ni los planteados por los artículos 40, 48 y 50. El actor no fue elegido por un órgano paritario, sino por la comisión consultiva del sistema de capacitación, que constituye un órgano de asesoramiento que carece de la representatividad.

Si bien ambas partes concedieron la contratación que las vinculaba, a la vez que los antecedentes laborales de la actora, el resto de las circunstancias se mantuvieron en el pleito. A continuación, la jueza se encarga de dilucidar si la calificación de la desvinculación fue un despido y si aquél fue discriminatorio y persecutorio.

En el primer caso, la relación que había entre las partes se regía por el art. 9 de la ley 25.164, mediante una contratación de carácter temporario y por plazo determinado. Se trató de una relación de carácter no permanente en la cual el actor se vio excluido del régimen de estabilidad, y tampoco se invocó, ni acreditó, que hubiese mediado acto expreso de la Administración Pública en que aplicase las disposiciones de la ley de contrato de trabajo 20.744 (LCT). Por ello, vencido el mismo, y anoticiado de ello al actor 30 días antes de su expiración, la rescisión del contrato por parte del Estado fue legítima.

Seguidamente, la jueza analiza la conducta "persecutoria y discriminatoria" en que pudiera haber incurrido el Estado frente a la representación sindical invocada por el actor en su cargo de Consejero Gremial de Capacitación. La magistrada estima que la designación directa de un agente por parte de una entidad gremial en el cargo de Consejero de Capacitación, con el objeto de proponer y colaborar con la

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ejecución de políticas de capacitación dentro de la órbita del empleo público, no es suficiente para obtener la tutela gremial, según lo dispuesto por los art. 48 y 50 de la ley 23.551 y su decreto reglamentario.

En efecto, el actor no ejerció un cargo electivo o representativo dentro del sindicato, ni había sido designado para ser miembro del órgano de la comisión directiva o del cuerpo deliberativo, fiscalizador o electoral. Tampoco fue designado como representante de las comisiones de negociación. Entonces, la designación que ostentaba Romero no implicó atribuirle la tutela sindical en los términos del art. 52 de la ley 23.551, por lo que resultaría inviable su reinstalación.

La jueza también considera inconducente la demanda por la actitud discriminatoria, basada en el artículo 47 de la ley 23.551 y el art. 1° de la ley 23.592. Sin perjuicio de que el art. 47 otorga la tutela a todo/a trabajador/a que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio de los derechos de la libertad sindical, los argumentos aportados por el actor fueron imprecisos, abstractos y omisivos en cuanto a la carga adjetiva de explicar en forma circunstanciada el fundamento del amparo. Y ello le cabe tanto al relato de su participación gremial, como la actitud persecutoria de la demandada.

La jueza agrega, con cita a otro expediente, que "la participación que uno o más trabajadores puedan tener en distintos reclamos, peticiones, movilizaciones o reivindicaciones tendientes a obtener el resguardo de los derechos e intereses del grupo al que pertenecen, y aún la adhesión que ello implique con respecto a determinada gestión que pudieran llevar a cabo los delegados del personal (…) no implica el desempeño de una actividad gremial o sindical cuando no está claramente patentizado que quien la lleva a cabo ejerza algún grado de representación de, al menos, un grupo de trabajadores"[21].

[21] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. (2009). Nro. 96649, «Marnoni Eduardo Daniel c/ Spicer Ejes Pesados S.A. s/acción de amparo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Además, para que el accionante pueda ser calificado como representante sindical de hecho es necesario que su actuación haya involucrado intereses colectivos o de ese carácter, además de demostrar la calidad que erigiría a la actora en un sujeto especialmente vulnerable a los actos persecutorios de la empleadora, lo que no ha sucedido en este caso[22].

La prueba testimonial no probó el carácter de representante del actor, puesto que todas las testigos aportaron elementos contradictorios, enunciados que carecieron de descripción circunstanciada, concreta y objetiva capaz de encuadrar en la caracterización del activismo gremial del actor. Por ello, la jueza rechaza la aplicación de los arts. 47 y 53, inciso i. y j. de la ley 23.551.

En relación con el art.1º de la ley 23.592, para su aplicación es necesaria una ponderación muy estricta de los elementos alegados y acreditados en la causa, puesto que se trata de dejar sin efecto un acto aparentemente legítimo, dado que está en tela de juicio la libertad de contratar del empleador. La no renovación del contrato fue sustentada en el régimen particular de este, a la vez que no se acreditó ninguna circunstancia de carácter discriminatorio.

Sobre el final, la jueza aclara que no es aplicable la inversión de la carga de la prueba en el modo que fue considerado por la Corte Suprema en los precedentes "Álvarez" y "Pellicori", toda vez que no se acreditaron los hechos que induzcan a tener por demostrado un acto discriminatorio. De resultas de lo expresado, la magistrada no advierte elementos de juicio que conlleven la demostración de que en el caso haya existido un acto discriminatorio o persecutorio. Con arreglo a todos los extremos ponderados, rechaza la acción de amparo planteada por el actor.

[22] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. (2010). Nro. 97985, «Castro Brenda Leticia c/ Casino Buenos Aires S.A. Cía. de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E. s/ juicio sumarísimo».

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. 2. El giro a favor: La sentencia de la CNAT

Luego de la decisión en 1era. Instancia, el expediente fue examinado por la Sala V de la CNAT[23], a cargo de la jueza Graciela Marino y el juez Enrique Arias Gibert. El fallo, dictado el 03 de agosto de 2018, se basó en el voto definitorio de la jueza Marino.

A partir de, en lo que aquí interesa, la apelación de la parte actora, la jueza Marino comienza su análisis. En efecto, Romero cuestiona la sentencia 1era. Instancia, en cuanto determina que no se acreditó que el despido hubiese ocurrido como consecuencia de la actividad gremial y que ninguno de los instrumentos adjuntados en autos da cuenta de que hubiera realizado las denuncias por discriminación, así como su activismo gremial.

El actor señala que la prueba no fue correctamente valorada por la jueza anterior, y que ha desechado, sin más, las declaraciones testimoniales de los testigos, en las que se demuestran su activismo en el organismo. Por otro lado, la Comisión Consultiva del Sistema Nacional de Capacitación, del cual el actor fue electo Consejero Consultivo, es un organismo en el que participan los representantes de los gremios y de la administración pública, por ende, se trata de una comisión paritaria.

Entonces, el demandante afirma que fue despedido a causa de su activismo en el lugar de trabajo. Su cargo gremial se encuentra bajo la tutela de los arts. 48 y 50 de la ley 23.551, en tanto los trabajadores que asumen el rol de paritarios ante organismos con participación sindical, poseen la tutela que solo puede quitarse a partir de una acción de exclusión. La demandada, cuando fue notificada de su designación, no formuló impugnación ni cuestionamiento alguno.

[23] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V. (2018) Marino, Arias Gibert. Nro. 81951, "Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ juicio sumarísimo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La jueza acuerda con el actor, puesto que éste fue designado como representante sindical ante la Comisión Consultiva del Sistema Nacional de Capacitación por parte de ATE, de acuerdo con la prueba aportada en el expediente. El Ministerio no formuló ninguna objeción a dicha designación. A su vez, la designación como Consejero Gremial constituye un cargo que requiere representación gremial en los términos del art. 48 de la ley 23.551 y la necesaria acción de exclusión de tutela del art. 52 del mismo cuerpo legal.

La magistrada declara viable y suficiente la prueba testimonial aportada por el actor, a partir de los dichos de sus compañeros/as. Quedó claro el activismo de Romero en la defensa de los intereses colectivos de su grupo, en la toma de decisiones, las medidas de fuerza adoptadas, clases públicas e incluso como orador en muchos actos de importancia, en épocas de conflicto gremial, particularmente durante los años 2016 y 2017. En consecuencia, la jueza considera que el despido de Romero fue discriminatorio, y ordena su reinstalación definitiva en el lugar de trabajo y en las mismas condiciones laborales que poseía a la fecha del despido. Por último, dispuso el pago de los salarios caídos y una indemnización por daño moral.

III. 3. Otra vez, hacia atrás: El fallo de la Corte Suprema

La Corte Suprema se ocupó de este caso, y lo resolvió por mayoría el 21 de octubre de 2021, con los votos de Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti (voto concurrente) y Carlos Rosenkrantz. Los jueces Horacio Rosatti y Juan Carlos Maqueda expresaron sus votos disidentes y concluyeron que el recurso era inadmisible.

El Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario que analiza la Corte Suprema. Para la recurrente, la CNAT omitió la normativa específica de empleo público en la que se sustentaba el vínculo, concretamente el contrato de locación

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de servicios de Romero. La cuestión federal estaría dada en la designación del actor como Consejero Gremial, puesto que tal cargo requería representación de acuerdo con la ley 23.551.

A su vez, la recurrente fundamentó su recurso en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, puesto que la CNAT no había ponderado correctamente la forma de contratación que unía a las partes, y el distracto se había debido a la extinción del contrato, por lo que no cabía la reinstalación en el puesto de trabajo. Para el Estado, la tutela sindical no puede aplicarse a una relación transitoria.

Por otro lado, la Cámara había equiparado erróneamente el cargo de Romero con un cargo representativo y electivo, sumado a que la valoración de la prueba fue arbitraria. Sobre el final de los agravios, el recurrente que los elementos recogidos por la Cámara, para decidir que en el caso se había dado una conducta persecutoria y discriminatoria, fueron arbitrarios.

Luego de tachar de inadmisibles los agravios sobre la cuestión de si el cargo de Consejero Gremial de Capacitación es un cargo electivo o representativo y los concernientes al rol de activista de Romero, la Corte comienza su análisis. Si bien advierte que las impugnaciones tratan temáticas de índole fáctica, probatoria y de derecho común ajenas al recurso extraordinario, la Corte Suprema hizo una excepción a esta regla, puesto que se ha violado la exigencia de la fundamentación de las sentencias y se ha omitido considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución de la cuestión.

Respecto de la tutela sindical de Romero, la CSJN acuerda con el fallo de 1era. Instancia. En efecto, expresa que la contratación llevada a cabo entre las partes, en los términos del art. 9 de la ley 25.164, era transitoria y por tiempo determinado. Mediante cita al fallo "Jasso"[24], el Máximo Tribunal

[24] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1987) Belluscio, Fayt, Bacqué. Nro. J. 51. XXI, "Jasso, Ramón Enrique y Fragueiro, José María s/amparo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

juzgó que la contratación por tiempo determinado por parte de la Administración Pública, extingue el vínculo automáticamente, por el mero vencimiento del término convenido.

Por otro lado, y de acuerdo a lo dicho en el caso "Gil"[25], la Corte expresó que el mero transcurso del tiempo no afecta la situación de revista de un agente transitorio, pues lo contrario desvirtuaría el régimen jurídico básico de la función pública. En definitiva, el carácter de representante sindical de Romero no quitaba el carácter de transitorio de su designación. La tutela sindical, entonces, no puede exceder el lapso de contratación.

Además, y más allá del carácter de representante gremial de Romero, la CNAT concluyó que el actor era activista gremial y que ello determinaba la nulidad del despido. Contrariamente a lo dicho por ésta última, la CSJN expresa que "para considerar probado un despido discriminatorio por razones sindicales (…) se deben acreditar hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, en cuyo caso corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que responde a un móvil ajeno a toda discriminación ("Pellicori", Fallos: 334:1387, "Varela", Fallos: 341:1106)" (considerando 8°).

Es decir, para la Corte no basta el activismo sindical para probar que la extinción del vínculo obedece a motivos discriminatorios. Es necesario, además, evaluar si el activismo sindical es la razón por la que se dio por terminado el vínculo, para luego exigir al empleador que pruebe que la extinción del contrato se debió a motivos ajenos a un accionar discriminatorio. De acuerdo con la Corte Suprema, este extremo fue probado por la parte demandada en su contestación, pero la CNAT nada dijo al respecto. En conclusión, el Máximo Tribunal revocó la sentencia de Cámara y remitió el expediente para que dicte un nuevo pronunciamiento.

[25] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1989) Belluscio, Fayt, Bacqué. Nro. G. 242. XXII, "Gil, Carlos Rafael c/ UTN. s/ nulidad de acto adm., indemniz, daños y perjuicios, etc.".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El voto concurrente del juez Lorenzetti, en lo que aquí interesa, manifiesta que la tipificación del vínculo es determinante para establecer las consecuencias jurídicas, cuestión que fue omitida por la Cámara. En este sentido, la relación se extinguió por el mero paso del tiempo, puesto que se trataba de un contrato por tiempo determinado, y carácter de representante gremial de Romero no modifica la naturaleza jurídica de la relación prexistente.

Por su parte, la acreditación del carácter de activista sindical no determina la nulidad del distracto, puesto que el Estado Nacional planteó ante la Cámara que no se había acreditado un temperamento discriminatorio, y que la extinción del vínculo fue por el vencimiento del plazo, cuestión que, como se dijo en el voto mayoritario, no fue tenido en cuenta por la CNAT. Por ende, la decisión de ésta última, retoma una norma jurídica sobre la representación gremial para modificar el caso.

Finalmente, el juez Lorenzetti expresa que "no puede prescindirse del elemento consecuencialista, que atiende al tipo de incentivos que produce la decisión. En este caso, es claro que se desvirtúa todo el fundamento del contrato limitado en el tiempo, haciendo que un instituto regulado por el derecho pierda toda su utilidad para los futuros contratantes, con efectivos negativos para el empleo" (considerando 7°).

IV. Conclusiones

Las conclusiones nunca son fáciles, es más si lo pensamos dos veces, no hay mucho para concluir. Sin embargo, buscaremos ofrecer algunas consideraciones y reflexiones finales a este trabajo. Estas reflexiones no son sino la continuidad de muchas de las que se nutre, en especial las relativas al derrotero jurisprudencial de la CSJN en materia sindical y su impacto en los principios del derecho del trabajo, tanto de raigambre nacional como internacional, como hemos señalado al comienzo.

En primer lugar, vemos que la Corte Suprema se centra en temáticas que hacen al empleo público o a empresas del Estado

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(si bien concesionarias de servicios como el peaje). En prácticamente todos los fallos que hemos señalado sobre relaciones colectivas, son los sindicatos estatales los que están en juego, así como una interpretación jurisprudencia acorde a las particularidades del empleo público, en el que hay una multiplicidad de sindicatos intervinientes, con distinto poder de negociación.

En segundo lugar, vemos que ambos fallos tratan sobre un tema tan importante como la libertad sindical, que es la democracia sindical en el lugar de trabajo. Por un lado, desde la posibilidad de elegir cuál es la organización sindical que representará los intereses colectivos, sin cortapisas ni injerencias indebidas por parte del Estado ("APSAI"). Por otro lado, en la posibilidad de elección de delegados de hecho, como modo de representación colectiva ("Romero").

En tercer lugar, vemos que la Corte aún no posee estándares definidos en cuanto a la calificación y derechos de las asociaciones simplemente inscriptas, puesto que el aseguramiento que dieron fallos como "ATE I", "ATE II", "Rossi", "NorTE", "APSAI" y, en cierto sentido, "Orellano" se vio obnubilado por decisiones limitativas como "ADEMUS" y "Romero", sobre cuestiones de gran peso en materia de relaciones colectivas.

Podríamos decir que, en el caso de "APSAI", es muy importante la regulación del aporte de las cuotas sindicales de las asociaciones sin personería gremial, puesto que puede ser utilizado por el Estado para limitar la autonomía y el financiamiento de aquellos gremios[26], actitud que puede ser, incluso, adoptada de las empresas. Por ello, el aseguramiento

[26] Esto ya ha sucedido en años anteriores. Como ejemplo, podemos citar la experiencia de la Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro (AGTSyP). En este caso, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en conjunción con el Banco Central estableció que ninguna entidad bancaria podrá debitar cuotas de afiliación o cualquier otro aporte a organizaciones sindicales que no posean personería gremial. Dicho comunicado objeto de una denuncia ante la OIT por parte de la AGTSyP, puesto que atentaba contra la libertad sindical, al desfinanciar a un gremio que cuenta con la afiliación de un considerable y representativo grupo de trabajadores, y contra la libertad individual del trabajador para disponer los débitos en su cuenta sueldo como mejor considere.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del cobro de la cuota sindical es de utilidad para lograr los objetivos de la organización sindical, e incluso como medio para acceder a la personería gremial y, en definitiva, para una democracia sindical más robusta.

Del lado del fallo "Romero" se le quita toda autonomía decisoria a las organizaciones simplemente inscriptas (en este caso, ATE) para designar a sus representantes, en un momento dado y para ocupar cargos específicos. Sumado a ello, la Corte tampoco realiza un examen de las declaraciones testimoniales aportadas en la causa, consideras decisivas por la Cámara para la acreditación de los extremos sindicales.

Luego, la Corte Suprema realiza una ponderación errónea de los fallos "Pellicori"[27] y "Varela"[28]. En aquellos fallos, la CSJN establece un principio indiciario en materia de prueba de la discriminación por parte de la parte actora, y ello no implicó una excesiva carga probatoria en cabeza del/la actor/a. Es el empleador quien está en mejor situación de probar la no discriminación en el caso específico.

Al respecto, la Corte Suprema expresó en Pellicori, con cita al Tribunal Constitucional Español: "En tal sentido, ese tribunal tiene juzgado que "cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales […] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse" (considerando 9°).

---

[27] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2011) Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni. Nro. P. 489. XLIV, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo"

[28] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2018) Highton de Nolasco, Maqueda, Rosenkrantz, Rosatti. Nro. CSJ 528/2011 (47-V)/CS1, "Varela, José Gilberto e/ Disco S.A. s/amparo sindical".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En respuesta a la pregunta que nos formulamos al comienzo de nuestro trabajo: ¿Qué hay de nuevo en todos estos fallos?, podemos decir que la impresión que nos queda es agridulce (en general, más agria que dulce), y ello por la siguiente consideración:

Si bien en "APSAI" la Corte Suprema asume una posición amplia en materia de retención de cuotas sindicales, en "Romero" el estándar probatorio sobre discriminación sufre un importante embate, a la vez que parece que la calificación contractual define la posibilidad de representación sindical. Es decir, de la lectura de la sentencia parece inferirse que el carácter transitorio del vínculo contractual, limita la vocación representativa del actor, y eso también es un problema, si bien la Corte Suprema no lo expresa concretamente.

Una cuestión más. Es importante hacer notar lo expresado en el voto concurrente de Lorenzetti, sobre el impacto que podría tener una sentencia favorable en el caso "Romero", puesto que afectaría la utilidad de las contrataciones temporales en el Estado. Este argumento es polémico, puesto que una de las motivaciones de este Ministro para votar en contra del actor es meramente utilitario, "consecuencialista" en las palabras de Lorenzetti.

Es decir, no importa tanto la calificación del vínculo como las posibles repercusiones que una sentencia podría tener en la economía o en la planificación estatal. Y eso nos recuerda (peligrosamente) a sentencias de la Corte Suprema cuyo fin era netamente económico, en lugar de protectorio de las relaciones de trabajo, como por ejemplo el tristemente célebre caso "Rodríguez"[29].

Esperemos equivocarnos.

[29] Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1993) Mayoría: Levene (h), Cavagna Martínez, Barra, Moliné O'Connor, Boggiano. Disidencia: Fayt, Petracchi, Belluscio, Nazareno. Nro. R. 317. XXIII, "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora y otro s/despido".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bibliografía

AFARIAN, Jorge (2021). "Ampliación o limitación de los derechos colectivos laborales. Un análisis a partir de las últimas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" en CLÉRICO, Laura, DE FAZIO, Federico y VITA, Leticia, *La argumentación y el litigio judicial sobre derechos sociales. Una caja de herramientas interdisciplinaria.* Zeta Ediciones, Buenos Aires.

AFARIAN, Jorge (2016). "Licencias y franquicias gremiales" en *Revista Derecho del Trabajo*, N° LXXVI (6), pp. 1459-1468.

AMESTOY, Juan (2021). "A PROPOSITO DEL FALLO "ADEMUS Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE SALTA Y OTRO S/ AMPARO SINDICAL" De ampliaciones, restricciones y literalidades en la interpretación de la CSJN sobre el modelo sindical" en *Revista de Derecho Laboral,* A II, N° 2, pp. 6-15.

DUARTE, David (2016). "La titularidad del derecho de huelga no resuelve el conflicto" en *Revista de Derecho Laboral Actualidad* (Online), N° 1, RC D 472/2016.

GARCÍA, Héctor Omar (2016). "¿Quiénes son titulares del derecho de huelga? (Sobre la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa Orellano c. Correo Oficial de la República Argentina y las inconsistencias de sus fundamentos)" en *Revista Derecho del Trabajo*, N° LXXXVI (7), pp. 1532-1545.

GARCÍA, Héctor Omar (2009). "La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo "ATE": muchas preguntas y algunas respuestas" *en Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Nº Extraordinario, pp. 145-165.

GIANIBELLI, Guillermo (Dir.) (2015). *Estructura normativa y garantías para el ejercicio de un derecho fundamental: la Libertad Sindical en Argentina, 2003-2011. Proyecto UBACyT. Informe Preliminar.* Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

MORRIS, María Belén (2017). "La revitalización sindical en Argentina (2003-2015): dimensiones e indicadores para su conceptualización", en *Población y Sociedad*, Vol. 24, N° 2, pp. 195-226.

MUGNOLO, Juan Pablo (2021). "La invariable direccionalidad deconstructiva sobre el modelo sindical y la obligada revisión sistémica de las relaciones colectivas de trabajo en clave de libertad sindical", en *Diario La Ley*, A. LXXXV, N° 76, pp. 5-8.

OIT, Comité de Libertad Sindical (2000). *Caso 2054, queja presentada contra el Estado Argentino por el Sindicato de Trabajadores de Lockheed Airnaft Argentina S.A., Informe Definitivo nro. 320*. OIT, Ginebra.

OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2011). *Observación (CEACR) - Adopción: 2011, Publicación: 101ª reunión CIT (2012)*. OIT, Ginebra.

OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (1989). *Observación. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) - Argentina (Ratificación: 1960), Adopción: 1989, Publicación: 76ª reunión CIT (1989)*. OIT, Ginebra.

VENTRICI, Patricia (2016). "La crisis del modelo sindical. Proyectos para la modificación de la Ley de Asociaciones Sindicales" en *Ciencia, Docencia y Tecnología*, Vol. 27, N° 52, pp. 73-105.

ZAS, Oscar (2016). "Análisis crítico de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en materia de titularidad del derecho de huelga" en *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, Vol. 2, N° 2, pp. 84-125.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Reflexiones acerca de los límites en los usos de las medidas anticautelares en la jurisprudencia ambiental. Un análisis desde el caso "Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/medida cautelar"

Reflections about the limits on the uses of anti-precautionary measures in environmental jurisprudence. An analysis from the case "State Prosecutor's Office of Chaco Province s/precautionary measure

Clarisa Neuman y M. Valeria Berros[1]
Universidad Nacional del Litoral. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e539
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/ 0000-0003-1579-8468
https://orcid.org/ 0000-0002-9472-5955

Resumen: Este artículo parte de una decisión judicial de febrero de 2021 proveniente de la la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Resistencia - "Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/medida cautelar" (Expte. Nº 7706/20-1-C) –

[1] Clarisa A. Neuman, Abogada y Especialista en Derecho de Daños UNL, Maestranda en Derecho Ambiental y Urbanístico por la Universidad de Limoges y en la Especialización de Derecho Ambiental y Patrimonio Cultural UNL, Profesora de la UCSE-Sede Rafaela; María Valeria Berros, Abogada y Doctora en Derecho UNL, Investigadora Adjunta de CONICET, Profesora de la Universidad Nacional del Litoral, Former Fellow Rachel Carson Center for Environment & Society de la Universidad de Münich.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que permite el análisis de una categoría que comienza lentamente relacionar conflictos ambientales con un tipo de medida destinada a la protección de bienes patrimoniales: las medidas anticautelares. Para ello se presenta un análisis del conjunto de resoluciones judiciales que terminaron por dar lugar a la sentencia de referencia. Luego, se identifican las características principales de este tipo de medidas. Por último, se presentan una serie de conclusiones sobre los límites en el uso de este tipo de herramienta procesal cuando existen derechos de incidencia colectiva implicados en el conflicto.

Palabras clave: medida anticautelar, medida cautelar, derecho ambiental, abuso del derecho.

Abstract: This article is based on a judicial decision of February 2021 from Chamber I of the Civil and Commercial Court of Appeals of the city of Resistencia - "Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/medida cautelar" (Expte. Nº 7706/20-1-C) - which allows the analysis of a category that slowly begins to relate environmental conflicts with a type of measure aimed at the protection of patrimonial assets: anti-cautelary measures. To this end, an analysis is presented of the set of judicial decisions that gave rise to the ruling in question. Then, the main characteristics of this type of measure are identified. Finally, a series of conclusions are presented on the limits to the use of this type of procedural tool when there are rights of collective incidence involved in the conflict.

Key words: anti-cautelar measure, precautionnary measure, environmental law, abuse of rights.

I. Introducción

A inicios de febrero de 2021 la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Resistencia dictó sentencia en la causa "Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/medida cautelar" (Expte. Nº 7706/20-1-C). Esta decisión sella un recorrido proveniente de planteos judiciales

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

anteriores que comienzan a relacionar conflictos ambientales con un tipo de medida destinada a la protección de bienes patrimoniales como lo es la medida anticautelar.

En este artículo presentamos el contenido de las tres resoluciones para, luego, indagar en cuestiones esenciales relativas a este tipo de medidas, considerando especialmente su naturaleza jurídica, la finalidad que persiguen y los requisitos que deben acreditarse para su procedencia. A continuación, describimos los límites propios al despacho anticautelar para, luego, analizarlos en relación a la sentencia de la Cámara de Apelaciones antes detallada. Finalmente, esbozamos algunas conclusiones sobre límites al uso de este tipo de herramienta procesal respecto de la naturaleza de los derechos en conflicto.

II. Tres sentencias judiciales en diálogo

El origen de las resoluciones judiciales que aquí comentamos se relaciona con el Expte. Nº 11345/20 caratulado "C/ C.- s/ medida cautelar" resuelto el 16 de octubre de 2020 por la Cámara en lo Contencioso Administrativo.

Esta acción fue iniciada por la Asociación Civil Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente, el Equilibrio Ecológico y los Derechos Humanos. Esta entidad solicitó se dicte una medida cautelar con el fin de ordenar a la Provincia del Chaco la suspensión de todo trámite de otorgamiento de permisos para cambios de uso de suelo, así como permisos de desmonte, en cualesquiera de las categorías establecidas en la Ley Provincial Nº 1762-R hasta tanto se despeje la incertidumbre existente respecto de las solicitudes que fueron otorgadas luego del plazo de vigencia y actualización del Ordenamiento Territorial del Bosque Nativo provincial.

El problema radica en que el artículo 7 de la Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos establece la prohibición de toda acción de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

desmonte hasta tanto se sancione el ordenamiento ambiental de bosques nativos en cada jurisdicción. A su vez, el artículo 6 del Decreto 91 de 2009 establece como obligatoria la actualización de los ordenamientos cada cinco años. En el caso de la Provincia de Chaco, este ordenamiento fue sancionado por medio de la Ley 1762-R en diciembre de 2009, con lo cual la organización no gubernamental entiende que se debería haber actualizado a fines de 2014, y ello no fue cumplimentado. Cabe agregar que, luego de esa fecha de actualización se autorizaron desmontes y ese conjunto de autorizaciones serían de carácter ilegal, ilegítimo e inconstitucional.

La Asociación accionante contextualiza la destrucción del bosque nativo en el territorio chaqueño lo que no sólo redunda en una pérdida de los bosques sino también de los servicios ecosistémicos asociados *"que son fundamentales para la vida misma, a las condiciones vitales del presente y de las futuras generaciones"*[2].

La Cámara interviniente hace lugar a la medida cautelar y ordena a la Subsecretaría de Desarrollo Forestal dependiente de la Subsecretaría de Recursos Naturales y al Ministerio de la Producción, Industria y Empleo chaqueños: *"1) La inmediata suspensión de todo permiso y/o autorización de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo -desmonte, etc.- correspondientes a las categorías de conservación I (rojo) -excepto planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques-, II (amarillo) y III (verde III) de la Ley Nº 1762-R,*[3] *en cualquier estado de ejecución en que se encuentre, desde el mes de diciembre*

[2] Cámara en lo Contencioso Administrativo. (2020) Patro, Varas y Ruiz Diaz. Nro 11345/20 C/ C. s/ medida cautelar. Página 2.

[3] Estas tres categorías de bosques nativos se encuentran incorporadas en el artículo 9 de la Ley 23.661 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos y se establecen como categorías diferenciales para la conservación: la categoría roja (I) identifica los bosques con alto valor de conservación y que no pueden ser transformadas; la amarilla (II) los sectores con mediano valor de conservación que pueden ser compatibles con algunas actividades como el turismo, investigación o aprovechamiento sostenible;

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del año 2014 y hasta el presente; 2) La inmediata suspensión de todo procedimiento, trámite o actividad tendiente a otorgar permisos y/o autorizaciones de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo -desmonte, etc.-, recategorizaciones o actividad alguna, vinculadas a las categorías de conservación I (rojo) -excepto planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques-, II (amarillo) y III (verde III) de la Ley Nº 1762-R, en cualquier estado de ejecución en que se encuentre; 3) Informe en el plazo de cinco (05) días la totalidad de los permisos y/o autorizaciones de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo -desmonte, etc.- correspondientes a las categorías de conservación I (rojo), II (amarillo) y III (verde III) de la Ley Nº 1762-R, otorgadas desde el mes de diciembre del año 2010 y su estado de ejecución, debiéndose detallar: datos del propietario, datos catastrales del predio, departamento, superficie catastral y superficie de trabajo. 4) Notificar fehacientemente de la medida ordenada a los titulares de la totalidad de los permisos y/o autorizaciones de aprovechamiento y/o cambios de uso de suelo -desmonte, etc.- correspondientes a las categorías de conservación I (rojo) -excepto planes y trabajos de conservación que no impliquen la afectación y/o conversión de los bosques-, II (amarillo) y III (verde III) de la Ley Nº 1762-R, aprobadas y en estado de ejecución desde el mes de diciembre del año 2014, debiendo acreditar su cumplimiento. Bajo apercibimiento de correr vista al Fiscal en turno por las responsabilidades penales, administrativas, civiles y ambientales que correspondan. 5) Difundir y publicar la medida resuelta. 6) Informar a este Tribunal el cumplimiento de la presente resolución en el término de cinco (05) días, considerando el aislamiento dispuesto por la situación de pandemia originada por Coronavirus".[4]

---

y la verde (III) los de bajo valor de conservación que puede transformarse conforme los criterios que la propia ley estipula.

[4] Cámara en lo Contencioso Administrativo. (2020) Patro, Varas y Ruiz Diaz. Nro 11345/20 C/ C. s/ medida cautelar. Página 34.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Frente a esta sentencia, la Fiscalía de Estado provincial interpone otra acción judicial. La misma es resuelta sólo tres días más tarde, el 19 de octubre de 2020, por el Juez en lo Civil y Comercial Nro. 6 y tramita bajo el Expte. Nº 7706/2020 "Fiscalía de Estado de la Provincia de Chacho s/ medida cautelar".

En este caso lo que se plantea desde la Fiscalía es una medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal; o bien que altere o restrinja la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial 1762-R. Suman también las acciones que pudieran producir la interrupción o suspensión de la producción y la industria forestal, las actividades de transporte asociadas así como el desarrollo de las actividades de los trabajadores forestales, empresas, acopios, playas de carga, o cualquier actividad derivada. Fundan sus pretensiones en la tutela judicial efectiva de los habitantes del Chaco y del Estado Provincial.

Argumentan que a través de diferentes medios de comunicación entraron en conocimiento de la medida cautelar dispuesta hace apenas pocos días y *"advierten que una medida judicial dictada con la amplitud y abarcamiento descripto por los medios periodísticos (…) afectaría la totalidad de la línea productiva forestal, desde los encargados de la extracción de materia prima, hasta los pequeños comerciantes de su producto terminado, pasando por transportistas, acopiadores, etc., por lo que se estaría afectando aproximadamente 25.000 familias que viven de la actividad productiva forestal y sus derivados, en su mayoría habitantes de la Provincia del Chaco, con el impacto social y económico que ello acarrearía".*[5]

[5] Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 6. (2020). Sincovich. Nro Nº 7706/2020 "Fiscalía de Estado de la Provincia de Chacho s/medida cautelar". Página 3.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A partir de esta descripción sobre las eventuales implicancias de la resolución judicial dictada previamente, introducen el concepto de medida anticautelar mediante citas expresas de la obra de Jorge W. Peyrano. Este docente universitario es una de las personas a quien se asigna la autoría sobre esta herramienta procesal que, como veremos en el apartado III de este artículo, tiene un origen, fisonomía y funcionamiento que poco se relaciona con casos en los que se encuentran en conflicto derechos ambientales. Si bien la sentencia afirma que esta herramienta está destinada a proscribir el ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar, lo cierto es que no se introduce un elemento fundamental: el caso sobre el que se decide es un supuesto de tutela de intereses supraindividuales.

Sin perjuicio de esto último, el juez interviniente entiende que *"los recaudos legales para la procedencia de la anticautelar que se pretende en el sub- examinis, se hallan configurados por la situación fáctica expuesta por quién pretende la medida incoada"*[6] seguido lo cual expresa que *"corresponde despachar la presente medida anticautelar contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole que afecte la legalidad y plena vigencia en materia forestal (Subsecretaría de Recursos Naturales y/o el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de la Provincia del Chaco y/o repartición estatal competente); que alteren o restrinjan la ejecución de planes, permisos, guías de tránsito de productos forestales e industriales, o el avance de permisos o autorizaciones otorgadas que se encuentren en ejecución por aplicación de la Ley Provincial"*.[7]

El tercer episodio en este conjunto de resoluciones judiciales se relaciona con la sentencia dictada por la Sala I de

[6] Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 6. (2020). Sincovich. Nro Nº 7706/2020 "Fiscalía de Estado de la Provincia de Chacho s/medida cautelar". Página 8.

[7] Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 6. (2020) Sincovich. Nro. 7706/2020 "Fiscalía de Estado de la Provincia de Chacho s/medida cautelar". Página 14.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Cámara en lo Civil y Comercial. En esta ocasión se admite un recurso de apelación interpuesto por la Asociación Civil Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente, el Equilibrio Ecológico y los Derechos Humanos respecto de la sentencia del 19 de octubre de 2020.

En primer término, la Cámara aclara que las medidas anticautelares deben plantearse con antelación a que otro juez entienda en la medida cautelar que se pretende evitar y, más aún, antes de que la medida haya sido dictada. Así, el argumento sobre la procedencia de la medida anticautelar presentada por parte de la Fiscalía provincial no sería razonable. Ello se refuerza con la existencia de un antecedente previo de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial que confirmó una medida cautelar en la que se ordenó la suspensión de los permisos de las autorizaciones otorgados para desmontes en la zona amarilla (categoría II).[8] Y, a su vez, cuenta con una sentencia del Superior Tribunal de Justicia que desestimó el recurso de inconstitucionalidad intentado por parte de la Fiscalía provincial.[9]

Con ello se entiende que a la fecha de presentación de la medida anticautelar ya había sido dictada una medida cautelar conformada que suspendía los permisos para la categoría II y otra medida cautelar que intentaba suspender los trámites de permisos de cambios de uso de suelo y permisos de desmonte en cualquiera de las categorías establecidas en la Ley provincial N° 1762-R conforme el contenido de la primera sentencia que comentamos en este apartado.

Por lo expuesto, la Cámara considera que no podría haberse dado lugar a la medida anticautelar solicitada por la fiscalía: *"el instituto ha sido concedido para reglar hacia el futuro, a modo de "escudo" ante eventuales medidas que pu-*

[8] Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala IV (2019) Derewicki y Heñin Nro. 5763/19-1-C, Sentencia Nº 543.

[9] Superior Tribunal de Justicia. (2020) Modi, Grillo, Toledo y Valle. Nro. 5763/19-SCA, Sentencia Nº 221.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dieran dictarse con posterioridad; el solo hecho de que haya existido una medida dictada con anterioridad imposibilita conceptualmente la utilización de este instituto. Con mayor razón cuando la decisión de la Cámara Contencioso Administrativa había tomado estado público por lo que no podía alegarse su desconocimiento. De permitirse la utilización de este tipo de medidas en situaciones como las presentes se provocaría una violación al procedimiento legalmente previsto para la revisión de las decisiones judiciales, que en lugar de seguir el carril normal de apelación permitiría acudir a un nuevo juez para revocar la decisión desfavorable en detrimento de la garantía del juez natural y el debido proceso (art. 18 Constitución Nacional, arts. 8 y 25 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 20 Constitución Provincial). La Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades señaló que "el dictado de medidas cautelares no puede interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales, ni ser empleado para impedir u obstaculizar el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer los derechos que las partes interesadas consideran tener" (Fallos: 319:1325). Asimismo, indicó que "no corresponde, por la vía que se pretende interferir en procesos judiciales ya existentes" (Fallos 327:4773)".[10]

De ese modo, se considera improcedente la medida anticautelar centralmente por el argumento expuesto. A continuación analizamos las características de este tipo de medidas y agregamos algunas reflexiones que intentan alertar sobre el uso de esta herramienta cuando se encuentran en juego derechos colectivos.

Previo a ello, recordamos otro caso, diferente al expuesto sobre la tutela de los bosques nativos, pero también vinculado con la Provincia de Chaco. El 2 de junio de 2014, la Sala en lo Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de

[10] Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial (2020) Barreto y Martinez. Expte. Nº 7706/20-1-C, "Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/medida cautelar". Página 14.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Justicia entiende en un caso en el que una empresa, Ceshma S.A., que estaba desarrollando un centro comercial solicitó una medida cautelar con el fin de que la Fundación Encuentro por la Vida, Cultura y Democracia se abstenga de realizar cualquier acto u omisión que pudiera perturbar la ejecución del proyecto edilicio. En este caso en la primera instancia se hizo lugar a la medida. Esta decisión fue luego revocada por parte de la segunda instancia interviniente. La empresa interpuso así recurso de inconstitucionalidad y en la sentencia del Superior Tribunal se confirmó la resolución de primera instancia. Este caso previo permite robustecer nuestras reflexiones sobre la inadecuación de este tipo de planteos judiciales ante situaciones en las que puede afectarse el ambiente. En ese sentido, esta resolución se plantea como un primer antecedente sobre el cual prestar atención.

III. De qué hablamos cuando referimos a las medidas anticautelares

Las decisiones antes mencionadas conllevan la necesidad de definir los contornos de las llamadas medidas anticautelares. Como primera aproximación, estamos frente a un tipo de medidas diseñada por parte de la doctrina procesalista cuyo principal exponente es Jorge W. Peyrano. Desde los primeros ensayos en los que refiere a las anticautelares este autor es consistente en definirlas como "una autosatisfactiva con orientación definida que puede promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (…) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria" (Peyrano, 2012, pág. 1251).[11] Así las medidas anticautelares se erigen como un proceso autónomo y urgente promovido por un sujeto en situación de vulnerabilidad cautelar respecto del

[11] Peyrano, Jorge W. (2014) *La medida autosatisfactiva, hoy* en La Ley, Tomo 2014-C, Buenos Aires, Argentina.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dictado de una medida cautelar en específico que verosímilmente puede resultar abusiva y contraria a su giro negocial. A través de este proceso que incluye una propuesta de un reemplazo menos perjudicial para sus intereses, el sujeto en situación de vulnerabilidad cautelar conseguiría evitar el dictado de esa medida.

A continuación, se analizan cuestiones que son esenciales para delinear el funcionamiento y perfil de este diseño anticautelar, como su naturaleza jurídica, la finalidad que persiguen, los requisitos que deben acreditarse para su procedencia y los límites a su despacho.

III.1. La naturaleza jurídica autosatisfactiva de las medidas anticautelares

Tal como surge de la definición antes mencionada las medidas anticautelares participan de la naturaleza jurídica de las llamadas medidas autosatisfactivas.[12] Peyrano, que también ha realizado aportes medulares en el diseño procesal de las medidas autosatisfactivas, las define –y diferencia de las medidas cautelares tradicionales-, como requerimientos urgentes formulados al órgano jurisdiccional que se agotan con su despacho favorable y, por tanto, son autónomas. Ello importa una satisfacción definitiva de lo requerido por el postulante que no depende de la interposición coetánea o ulterior de un proceso principal (Peyrano, 1999, pág.27).[13] Al ser parte del género de procesos urgentes las medidas autosatisfactivas se caracterizan por la celeridad en los tiempos

[12] Posteriormente se consideró viable la posibilidad de una medida anticautelar que se denominó endógena interpuesta como una pretensión incidental un proceso que se encuentra en trámite. (Esperanza, 2020 pág. 17). Esta modalidad no genera un proceso principal y autónomo, sino anclado a otro en curso por lo que no podría sostenerse que participa de la misma naturaleza autosatisfactiva que posee la modalidad autosatisfactiva o exógena.

[13] Peyrano, Jorge W. (1999) *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas,* en Medidas autosatisfactivas, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que normalmente insume el devenir de los trámites judiciales (Peyrano, 1998, pág. 652).[14]

Según este autor los requisitos indispensables para la procedencia de las autosatisfactivas son la concurrencia de una situación urgente y una fuerte verosimilitud del derecho invocado por el requirente (Peyrano, 2014, pág. 1134).[15] Además, puede exigirse una contracautela, lo que dependerá de las circunstancias concretas del caso y, finalmente, de la acreditación en mayor o menor medida de la casi certeza del derecho que se invoca[16]. El carácter de autónomas que poseen las autosatisfactivas determina una mayor estrictez en sus requisitos de procedencia, por lo que no resulta suficiente que quien la solicita acredite una verosimilitud del derecho que invoca, sino que lo que se requiere es una "fuerte probabilidad -cercana a la certeza- de la atendibilidad del derecho invocado" (De los Santos, 1998, pág. 31).[17]

Al existir una relación de género-especie, todos estos requisitos de procedencia de las medidas autosatisfactivas

---

[14] Peyrano, Jorge W. (1998) *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución.* Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Argentina.

[15] Peyrano, Jorge W. (2014) *La medida autosatisfactiva, hoy* op. cit.

[16] Esto surge de los propios códigos procesales que regulan expresamente las medidas autosatisfactivas. El Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes establece que se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia (2021, art. 478) y que los jueces deberán decretar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación (2021, art. 480). El Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa establece que siempre que sea posible el juez sustanciará previa y brevemente la medida autosatisfactiva y que podrá exigir caución real o personal (1999, art. 305). El Código Procesal Civil y Comercial de Chaco dispone que según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, este podrá exigir la prestación de caución así como someterla a una previa y reducida substanciación excepcional (2017, art. 253).

[17] De los Santos, Mabel (1998) *Medida autosatisfactiva y medida cautelar. Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales*, en Revista de Derecho Procesal Tomo 1998-1, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

permean en el diseño de las medidas anticautelares y, por tanto, deben acreditarse al momento de su solicitud. A estos se suman, entre otros, que la medida debe perseguir la principal finalidad que las inspira: la prevención de abusos cautelares en aras de la protección específica de los negocios del peticionante.

III.2. La prevención de abusos cautelares en protección de los negocios del peticionante como fin último de las medidas anticautelares

El especial tratamiento de esta especie de autosatisfactiva se justifica por el fin que las inspira: la prevención de los abusos cautelares en protección de los negocios del peticionante.

La prevención de los abusos cautelares posee anclaje en la noción de abuso del derecho y el deber de evitación de efectos del ejercicio abusivo que pesa sobre los jueces, pero también en la regulación correspondiente a la función preventiva de la responsabilidad civil (Código Civil y Comercial, 2014, arts. 10, 1710, 1711 y 1712).[18] El espíritu de este enunciado permite sostener que la medida anticautelar tiene como fin evitar la causación de un daño por parte de un acreedor en ejercicio irregular de su derecho a cautelar su acreencia. Por eso, en palabras del propio Peyrano, las medidas anticautelares habilitan a "poner en manos de posibles y futuras víctimas de abusos procesales cautelares, un arma idónea para conjurarlos" (Peyrano, 2016, pág. 638).[19]

Pero esa específica finalidad de evitación del ejercicio abusivo de una cautelar que tienen las medidas anticautelares no está orientada a la protección de cualquier interés

[18] Código Civil y Comercial (2014) 1ra. ed, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

[19] Peyrano, Jorge W. (2016) *Nuevas miradas sobre las medidas anticautelares*, en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sino específicamente la protección del giro de los negocios de su proponente.

El objetivo de protección de los negocios del deudor proponente pivotea en el discurso de los comentaristas de las medidas anticautelares. Es así que el propio Peyrano ha dicho que la idea anticautelar es clara: prevenir que el acreedor elija libremente una medida cautelar en particular más aflictiva para el deudor para de esa manera estar en condiciones de obtener transacciones o ventajas leoninas sobre este (2012, pág. 670).[20] En otra oportunidad el autor expresó que las medidas anticautelares apuntan a ordenar que no se trabe determinada medida cautelar "que puede redundar en que se le corte al requirente su crédito comercial y financiero indispensables para el giro de sus negocios o que cautele ciertos bienes (…) porque su indisponibilidad conspira contra el flujo monetario que sigue su actividad" (Peyrano, 2016, pág. 616).[21]

En el mismo sentido se ha enfatizado en la idea de que estas medidas anticautelares funcionan como un instrumento para ofrecer otros bienes para ser cautelados que no afecten el desenvolvimiento económico de su actividad (Esperanza, 2016, pág. 683).[22] También se argumenta que el objetivo anticautelar es vedar que se concrete una medida cautelar en particular o la traba de una medida precautoria en relación a determinados bienes "cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios (…)" (Fernandez Balbis, 2016, pág.

[20] Peyrano, Jorge W. (2012) *Las medidas anticautelares* en La Ley, Tomo 2012-B, Buenos Aires, Argentina.

[21] Peyrano, Jorge W. (2016) *Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op. cit.

[22] Esperanza, Silvia (2016) *Medidas anticautelares* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op. cit.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

685).[23] Asimismo, se considera que el juez debe despachar este tipo de medidas para permitirle al peticionante "continuar trabajando con los bienes que cree más productivos para pagar su deuda y no dejarlo desprotegido al resguardar al acreedor, a quien si aseguraremos la posibilidad de cobro en otros bienes" (El Halli Obeid, 2016, pág. 672).[24]

Se ve así que la finalidad de las medidas anticautelares es clara y se dirige a evitar el ejercicio cautelar abusivo por parte de un titular de crédito en protección de los negocios del peticionante. Tal como se verá a continuación, esta finalidad determina el contenido de los requisitos de procedencia de las medidas anticautelares.

III.3. Requisitos de procedencia de las medidas anticautelares

Se dijo oportunamente que la mayoría de las medidas anticautelares participan del género de las autosatisfactivas, aunque con una orientación definida. Por esta circunstancia, los requisitos de procedencia de las mismas se encuentran en consonancia (Peyrano, 2012, pág. 670).[25] Esto no implica desconocer que las particulares finalidades que inspiran a las medidas anticautelares -evitar un ejercicio, aunque irrazonable, de un derecho cautelar del titular de crédito-, imponen una especial caracterización de esos requisitos. Esto ha sido resaltado por los autores que describen a las anticautelares y también por las regulaciones procesales que contemplan estas medidas.[26]

---

[23] Fernandez Balbis, Amalia (2016) *El puente de las medidas anticautelares* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op. cit.

[24] El Halli Obeid, Maria V (2016) *Medidas anticautelares: la justa prevención, el nuevo desafío* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op. cit.

[25] Peyrano, Jorge W. (2012) *Las medidas anticautelares* op cit.

[26] El Código Procesal Civil y Comercial para la provincia de Corrientes contempla un capítulo en específico titulado "Medidas anticautelares" y prevé su regulación en los siguientes términos "Quien se encuentre en riesgo de que se dicte en su contra una medida cautelar que

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Es así que donde las autosatisfactivas exigen urgencia, las medidas anticautelares requieren la demostración de una situación de vulnerabilidad cautelar. A la exigencia de una fuerte verosimilitud del derecho, se le agrega la exigencia de identificar bienes de reemplazo de aquellos que se pretende proteger de una cautelar. Asimismo, siempre se debe ofrecer una contracautela suficiente para responder por los posibles daños y perjuicios que puedan causarse con el dictado de una anticautelar irrazonable. A continuación analizaremos detenidamente estos requisitos.

III.3.a. La situación de vulnerabilidad cautelar

El primero de los requisitos de procedencia es la llamada situación de vulnerabilidad cautelar e implica que el peticionante debe demostrar que el destinatario de la medida anticautelar está en condiciones de postular en su contra una cautelar que lo perjudicaría en gran medida (Peyrano, 2016, pág. 624).[27] Como se anticipó, este requisito ocupa el lugar de la urgencia requerida en toda medida autosatisfactiva en tanto "la situación de vulnerabilidad cautelar apremia y no admite demoras frente a la posibilidad de que el requirente pueda ser víctima de un abuso cautelar" (Peyrano, 2012, pág. 670)[28]. El autor agrega que este requisito no implica que sea necesario que el solicitante de la medida acredite que fue intimado efectivamente con la traba de una medida cautelar sino que bastaría con demostrar que se encuentra en situación de vulnerabilidad cautelar. Como

considere abusiva y que podría causarle graves e irreparables perjuicios, podrá peticionar que la jurisdicción se abstenga de decretarla, acreditando la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora y ofreciendo bienes o un seguro de caución suficientes para sustituir la medida cuya prohibición solicita. La resolución que la admita fijara la contracautela por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar. La anticautelar podrá ser impugnada por vía de revocatoria o incidental, las que no tendrán efecto suspensivo" (2021, art. 203).

[27] Peyrano, Jorge W. (2016) *Las medidas anticautelares* op. cit.

[28] Peyrano, Jorge W. (2012) *Las medidas anticautelares* op cit.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ejemplos de formas de acreditar este requisito menciona que el solicitante puede comprobar sumariamente que se encuentra en situación de "mora *debitoris*" o que es responsable civil preferido como puede ser el caso de las compañías aseguradoras (Peyrano, 2016, pág. 616)[29].También se ha considerado que este requisito podría demostrarse a través de elementos probatorios como cartas documento en las que conste una intimación a un pago que de no satisfacerse tendrá como consecuencia la traba de la medida cautelar gravosa o incluso un acta de mediación en la que conste tal manifestación (Trucco, 2016, pág. 729).[30]

III.3.b. Verosimilitud del derecho e identificación de bienes de reemplazo

Este requisito impone al solicitante de una anticautelar que demuestre que la traba de la medida cautelar en cuestión le resultaría especialmente gravosa o perjudicial y que el requirente individualice de manera precisa bienes de su pertenencia que puedan servir idóneamente de asiento de una medida precautoria de recambio (Peyrano, 2016, pág. 625).[31]

La esencia eminentemente autosatisfactiva de la herramienta anticautelar que aquí se analiza impone al solicitante la demostración de una fuerte verosimilitud del derecho que invoca para su procedencia. Pero esto no resulta suficiente en el caso siendo además necesaria la acreditación de bienes que pueden servir de reemplazo de aquellos que se solicitan como asiento cautelar.

Así planteado este requisito posee una doble exigencia para el solicitante de una anticautelar: demostrar qué per-

[29] Peyrano, Jorge W. (2016) *Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial, op. cit.

[30] Trucco, Jorge (2016) *La medida anticautelar y el sentido común* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op. cit.

[31] Peyrano, Jorge W. (2016) *Las medidas anticautelares* op. cit.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

juicio de importancia le generaría el dictado de una medida cautelar sobre determinados bienes e identificar los bienes de su patrimonio que serían aptos para reemplazarlo.

Al exigirse la identificación de bienes "de reemplazo" como requisito esencial para la procedencia anticautelar surge innegable el carácter patrimonial que deben tener los bienes que se intenta proteger mediante el dictado de una medida anticautelar puesto que de otra manera no podría darse el mencionado cambio en protección de los intereses del titular del crédito potencial solicitante de una cautelar.

III.3.c. Contracautela

Por último, quien pretenda una medida anticautelar debe prestar una contracautela apta para responder por los perjuicios que pueda ocasionar el dictado de la medida anticautelar. El fundamento es proteger al titular de un crédito a quien se le impone una medida anticautelar en caso en que el presunto ejercicio cautelar a realizar no sea abusivo (Peyrano, 2016, pág. 641).[32]

Para determinar la cuantía de esta contracautela -que puede consistir en una caución real o personal- (Esperanza, 2020, pág. 17)[33] debe tenerse en cuenta el resarcimiento del perjuicio propio de haber abortado la medida cautelar impedida y el haber realizado un reemplazo por otra medida cautelar que le origine perjuicios (Orrantía, 2016, pág. 700).[34]

---

[32] Peyrano, Jorge W. (2016) ¿Qué son las medidas anticautelares? en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op. cit.

[33] Esperanza, Silvia L. (2020) *Vademecum de la postulación anticautelar: su frontera* en Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Buenos Aires, Argentina.

[34] Orrantía Rodrigo (2016) *Repensando las anticautelares* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op. cit.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. Limitaciones internas al despacho anticautelar

De lo hasta aquí dicho surge que no en todo momento, ni en todos los casos procede una medida anticautelar, sino que por el contrario existen ciertas limitaciones que ponen coto a su dictado.

Se identifican así fácilmente limitaciones que surgen de los propios fines y requisitos de procedencia de las anticautelares. Es que, tal como ya se dijo, las medidas anticautelares tienen como finalidad prevenir o evitar el dictado abusivo de una medida cautelar en específico que pueda perjudicar el giro negocial del peticionante. Esta finalidad se pone de manifiesto en los requisitos de procedencia antes enunciados: se debe demostrar una situación de vulnerabilidad cautelar que implica que el solicitante se encuentra en una probable situación cautelar negativa para su giro negocial y que existe una verosimilitud de que la misma lo perjudicaría. También se exige contracautela de una cuantía tal que permita hacer frente a los daños que se podría causar al titular de un derecho con un despacho anticautelar injustificado. Por tanto surgen como límites que la medida anticautelar sea planteada y dictada oportunamente, esto es, antes del dictado de la cautelar que se pretende evitar, y que la extensión que se le otorgue a la medida sea circunscripta a una medida cautelar en particular y no comprenda a todas las medidas en general.

IV.1. La evitación debe ser tal: la exigencia de oportunidad en la solicitud y el despacho anticautelar

El dictado de la medida cautelar que se pretende evitar es la valla de oportunidad que se impone al solicitante de la medida anticautelar. Más allá de ese momento no podría efectivizarse la finalidad de la medida en tanto se habría consumado aquello que se busca evitar.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Es que en las anticautelares el deudor se anticipa previo a ser demandado puesto que ello le significaría la probabilidad cierta de verse afectado por determinadas medidas cautelares que le generarán mayores perjuicios que los normales. (Carbone, 2016, pág. 659).[35] Por lo tanto, en el caso en que estas hayan sido dictadas no correspondería un despacho anticautelar sino simplemente plantear en el proceso cautelar iniciado una mera sustitución o modificación (Salgado, 2016, pág. 710)[36] opción que se encuentra contemplada entre las normas procesales.[37]

La finalidad perseguida y los requisitos transforman a la oportunidad de planteo de la anticautelar en un límite o frontera a la pretensión (Esperanza, 2020, pág. 17).[38] Pero además la existencia del despacho cautelar que se pretende evitar también se erige como un límite al juez que entiende en la pretensión anticautelar con fundamento en el principio de prevención conforme el cual, cuando un juez se avoca a un asunto, en el caso el despacho de una medida cautelar, ningún otro juez podría interferir directa o indirectamente en la cuestión (Peyrano, 2016, pág. 625).[39]

---

[35] Carbone, Carlos (2016) *La medida anticautelar, nuevos horizontes y prohibición de demandar* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op. cit.

[36] Salgado, Andrés M. (2016) *Finalidad y límites de la medida anticautelar* en La acción preventiva del Código Civil y Comercial op cit.

[37] Solo como ejemplo puede mencionarse la previsión del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que habilita al deudor a solicitar la sustitución de la medida cautelar por otra que resulte menos perjudicial o por otros bienes del mismo valor (1967, art. 203). En similar sentido, el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe habilita al deudor a solicitar sustitución del bien embargado por una fianza suficiente con provisión de intereses y costas y permite dejar sin efecto la inhibición general de bienes si presentare bienes o caución suficiente (1961, arts. 285 y 290).

[38] Esperanza, Silvia L.(2020) *Vademecum de la postulación anticautelar* op. cit. La autora entiende que es la finalidad de evitación del daño ocasionado por una cautelar abusiva la que hace que este límite deba respetarse en todas las postulaciones anticautelares ya sea en su variante exógena o autosatisfactiva como en la endógena o incidental.

[39] Peyrano, Jorge W. (2016) *Las medidas anticautelares* op cit.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV.2. La extensión de la medida anticautelar: no puede prohibirse genéricamente el dictado de medidas cautelares contra el deudor

De todo lo antes dicho surge que ni la pretensión anticautelar ni su despacho pueden perseguir la proscripción del dictado de cualquier medida cautelar en general, debiendo limitarse a que se eviten las que puntualmente considere abusivas.

Peyrano considera, incluso, que la proscripción para el dictado de cualquier diligencia cautelar resultaría inconstitucional por lo que las anticautelares deben circunscribirse a que se vede una medida cautelar en particular, como puede ser una inhibición general de bienes o que se trabe en relación a determinados bienes (2016, pág. 621). En efecto, se considera que un despacho anticautelar en términos genéricos resultaría violatorio del derecho a peticionar ante las autoridades, como así también de la garantía constitucional de acceso a la justicia (Salgado, 2016, pág. 710).

Es esencial, entonces, el cumplimiento del deber de identificación que pesa sobre el peticionante de la medida anticautelar respecto de aquella cautelar que, en tanto se presenta como abusiva, lo ubica en una situación de vulnerabilidad. Este deber se erige como un límite no solo para el peticionante de la anticautelar sino también para el juez que entiende respecto de su procedencia y debe definir qué alcance asignarle a la misma.

IV.3. El exceso en los límites internos al dictado de las medidas anticautelares en la sentencia bajo análisis

La sentencia dictada el 01.02.2021 por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Resistencia revocó la resolución de primera instancia que había hecho lugar a la medida anticautelar solicitada por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Chaco. Para ello desarrolló un conjunto de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

argumentos, mencionados en el punto II de este trabajo, que en el caso son demostrativos de un exceso en el límite de oportunidad en la solicitud y el despacho anticautelar.

Aquí debemos agregar que, pese a que la Cámara no se haya expedido sobre el punto, la sentencia revocada también contravenía el límite relativo a la extensión de la medida anticautelar en tanto no despachó la medida anticautelar respecto de una cautelar que en específico resultaba abusiva sino (…) "contra cualquier resolución judicial y/o de cualquier otra índole" (…).

Más allá de estos límites internos que, como expusimos, fueron excedidos en la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la medida anticautelar solicitada por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Chaco, en casos como el que se analiza se observa la existencia de otro límite a la viabilidad de la medida anticautelar. El mismo se relaciona con la diferente naturaleza de derechos que se encuentran en conflicto, esto es, derechos individuales y derechos de incidencia colectiva. A ello nos referiremos a continuación.

V. Límites en el despacho anticautelar y derechos colectivos: algunas reflexiones finales

Tal como afirmamos anteriormente, la finalidad de las medidas anticautelares es evitar el abuso cautelar que podría poner en peligro el giro negocial de quien la solicita. Asimismo, para que proceda la medida, junto con la acreditación de verosimilitud del especial perjuicio que le causaría la medida cautelar, es necesario que su solicitante identifique bienes de reemplazo suficientes en lugar de aquellos que, de ser objeto de la cautelar, le provocarían el perjuicio.

Estas cuestiones, que son consustanciales de las medidas anticautelares, permiten afirmar que las mismas están destinadas a resolver conflictos relacionados con derechos individuales, esto es, entre los derechos de propiedad y de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ejercer industria lícita que titulariza el peticionante de una anticautelar, por una parte, y los del sujeto pretenso solicitante de una medida cautelar, por otra.

Así, la medida anticautelar define su campo de actuación en un conflicto suscitado entre dos derechos individuales que se resuelve, como ya afirmamos, apelando a la figura clásica del abuso del derecho (Código Civil y Comercial, 2014, art. 10).[40]

Distinta es la solución que debe darse en los casos como el que aquí comentamos, esto es, cuando la pretensión anticautelar, tendiente a la protección del giro de los negocios del solicitante, busca evitar una medida cautelar orientada a la protección de un derecho de incidencia colectiva como es el ambiente. En este caso, el conflicto traduce una colisión entre dos categorías de derechos de naturaleza diferente que debe resolverse a favor del derecho colectivo en tanto "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva en general" (Código Civil y Comercial, 2014, art. 14).[41] Esta norma, que junto a los artículos 240 y 241 forma parte de un conjunto de herramientas valiosas para la regulación de la problemática ambiental (Berros, 2020, pág. 120)[42], está destinada a regir particularmente en los casos en que se identifica una colisión entre diversas categorías de derechos a favor de aquel de incidencia colectiva. Así, esta regulación se erige como otro límite al ejercicio de preten-

[40] Código Civil y Comercial (2014) op. cit.

[41] Código Civil y Comercial (2014) op. cit. Para observar los alcances de esta norma resultan ilustrativos los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborados por la Comisión Redactora en los que se resaltó la importancia de la noción de abuso del derecho individual respecto de los derechos de incidencia colectiva y que la misma "Se trata de que los derechos subjetivos tengan límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos (2012, pág. 537).

[42] Berros, María V. (2020) *Función preventiva del Código Civil y Comercial y problemática ambiental* en Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época, n.º 11, Santa Fe, Argentina.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

siones anticautelares en las que el ejercicio del derecho que se intente impedir es en pos de la protección de derechos de incidencia colectiva como es el caso del ambiente.

De lo hasta aquí expuesto puede observarse que los argumentos esbozados por la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Resistencia para dejar sin efecto la medida anticautelar dictada en primera instancia dejaron traslucir una intolerancia al exceso en los límites internos propios de la estructura de estas medidas brindando consecuentemente, de una manera que podemos calificar de indirecta, protección a los ecosistemas implicados que de otra manera se hubiesen visto irremediablemente perjudicados por el avance en las acciones sobre el territorio.

Sin embargo, al no reconocer la tensión entre dos derechos de distinta naturaleza como un límite al uso de estas medidas, emerge como idea que, siempre que no se haya dictado una cautelar previa y cuando la pretensión de evitación sea específica, procede el dictado de una medida anticautelar tendiente a evitar una cautelar destinada a la protección del ambiente u otro derecho de incidencia colectiva, en clara contravención a la norma específica del caso prevista en el código.

Estas reflexiones son necesarias entonces para alertar respecto del uso de las medidas anticautelares en casos en los que se encuentren en juego derechos de incidencia colectiva como el ambiente y para observarlas como ubicadas en las antípodas de las normas de protección del derecho ambiental y, por ende, improcedentes en estos casos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Arte de portada:
Marcelo Javier Mosqueira

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Derechos fundamentales del trabajo. El principio protectorio y la no discriminación

Fundamental labour rights. The protective principle and non-discrimination

Gustavo Murano[1]
Universidad de Buenos Aires. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e540
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/ 0000-0003-0287-9437

Resumen: El objeto del presente trabajo tiene como finalidad analizar y estudiar a los principios fundamentales del derecho del trabajo, abordando la temática con una exploración escueta de los principios generales del derecho, en general, hasta arribar a la situación actual con el aporte obtenido a partir de la reforma constitucional de 1994, con la incorporación a la misma de Declaraciones, Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, lo que implicó un cambio sustancial en el sistema normativo de nuestro ordenamiento jurídico y particularmente, en el derecho del trabajo. Así, haré mención de los diferentes principios fundamentales del derecho del trabajo, a través de la opinión de los más destacados autores y de la juris-

[1] Abogado UBA. Trabajo final presentado para aprobación del Posgrado de Actualización en Derechos, Bienes y Deberes Fundamentales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA y calificado con nota Diez (10) excelente.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

prudencia reinante. Se hará particular hincapié en el principio protectorio, con sus variantes y en el principio de no discriminación e igualdad de trato.

Abstract: The purpose of this article is to analyze and study the fundamental principles of labor law, addressing the issue with a brief exploration of the general principles of law, until reaching the current situation with the contribution obtained from the 1994 constitutional reform, with the addition of Human Rights Declarations, Treaties and Conventions to it, which implied a substantial change in the normative system of our legal system and particularly in labor law. Thus, I will/am going to mention the different fundamental principles of labor law through the opinion of the most outstanding authors and the prevailing jurisprudence. Particular emphasis will be placed on the protective principle with its variants, and on the non-discrimination and equal treatment principle.

I. Los Principios Generales del Derecho

Para comenzar, resulta necesario señalar cual es el significado del vocablo "Principio"; el término deriva del latín "principium" que en términos históricos significó "comienzo" y "origen" y en la época clásica se lo ha utilizado para mencionar "norma con carácter superior". Asimismo, principio significa fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede pero también puede entenderse como lo primordial en todo orden de relación cronológica, lógica y ontológica. La idea de principio denota el origen y desarrollo de criterios fundamentales expresados en reglas o aforismos que tienen virtualidad y eficacia propia, su más pura esencia responde a una general aspiración que se traduce en la realización de su contenido.

Previo a efectuar un análisis minucioso de los principios generales del derecho del trabajo en particular, resulta necesario señalar, en forma breve, que se entiende por principios

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

generales del derecho. Destacada doctrina señala que existen distintas tendencias doctrinarias respecto de la significación de la locución "principios generales del derecho". Expresa el autor que para una primera tendencia, en la que se destacan los nombres de Coviello, De Ruggiero y Groppali, en Italia, y Busso en nuestro país, son los principios fundamentales de la legislación positiva, que aunque no se hallen escritos en ninguna parte, constituyen los presupuestos lógicos de la norma legislativa. Para otra tendencia, en la que militan Del Vecchio en Italia, Stamler en Alemania, Renard en Francia, Castro y Bravo, Castan Tobeñas, Pérez González y Alguer en España, y entre nosotros Borda y Casares, son los principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales este trata de darles encarnación en una circunstancia histórica concreta determinada[2].

Siguiendo esta línea de análisis, se sostiene que los principios generales del derecho son pautas superiores emanadas de la conciencia social sobre la organización jurídica de una sociedad. Fundamentan el ordenamiento jurídico y orientan al juez o al intérprete de la norma.

Estos principios establecen cuatro funciones esenciales: 1) Orientadora e informadora, porque ilustra al legislador y delimita su actuar conforme a las pautas superiores; es una función de política legislativa, ya que orienta a quien debe sancionar una ley y, por ende, sirve como fundamento del ordenamiento jurídico. 2) Normativa o integrativa, ya que es un instrumento técnico para cubrir una laguna del ordenamiento jurídico; integra el derecho, actuando como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley. El art. 11 de la L.C.T. otorga expresamente la función de integración del derecho jurídico positivo ante una laguna del derecho (carencia de normas), al disponer que "cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato, o por las leyes análogas, se decidirá conforme a

[2] Llambías, Jorge, Tratado de Derecho Civil – parte general, 16 ed, Bs. As, 1995.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los principios de la justicia social y a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe". 3) Interpretadora, ya que fija reglas de orientación al juez o al intérprete de la norma en las controversias y lo conduce hacia la interpretación correcta; también está dirigida al abogado —que debe encuadrar una norma en un caso determinado— y al jurista y al doctrinario, que fuera de los litigios concretos deben interpretar una norma. 4) Unificante o de armonización de política legislativa y judicial, ya que vela por la seguridad jurídica al preservar la unidad sistémica del derecho, evitando que tanto el legislador —al sancionar la ley— como el juez —al interpretarla— se aparten del sistema[3].

Por otra parte, se ha dicho que los principios generales del derecho son "enunciaciones normativas de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración, como para la elaboración de nuevas normas"[4].

Asimismo se los ha definido como "las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanados de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria de su total ordenamiento jurídico (Arce y Flores-Valdés). A los principios generales del derecho se los caracteriza como fundamentales, "porque controlan el excesivo activismo judicial, confiriéndole un marco de actuación" (Carlos Lazarte; Lorenzetti); y en cuanto tienen una estructura deontológica que señala un deber ser, ordenan "que algo sea cumplido de la mejor manera posible", en búsqueda de lo óptimo, por lo que también son mandatos de optimización (Lorenzetti)[5].

---

[3] Grisolia, Julio A., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Depalma, Bs. As, 1999.

[4] Reale Miguel. Introducción al estudio del derecho. 9ª.ed., Madrid, Ediciones Pirámide, 1989, pág. 139.

[5] Podetti, Humberto. Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pág 139.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los principios generales del derecho son la base fundamental de los principios específicos del derecho laboral, en tanto son inspiradores de una determinada legislación positiva y determinan los pilares fundamentales para realizar una interpretación filosófica del derecho del trabajo. Dignidad, justicia, equidad y buena fe se vinculan con el mundo del derecho laboral para dar lugar a los principios de estabilidad y continuidad en el trabajo, principio de garantías mínimas para los trabajadores, el principio de igual salario para igual trabajo, así como el principio de la libertad sindical tan promovido por la Organización Internacional del Trabajo.

Entre las funciones que tradicionalmente se atribuyen a los principios generales del derecho, encontramos la de fuente subsidiaria a falta de ley o costumbre, informar y nutrir el ordenamiento laboral y la función interpretativa en razón de su consideración como verdades jurídicas notorias e indiscutibles que deben ser tomadas en cuenta por el juzgador, dado que son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.

Los principios generales que informan los institutos que constituyen las distintas ramas del derecho son diferentes. Así, en el derecho del trabajo tienden a establecer el alcance de sus normas y a asegurar su contenido, como la pronunciada intervención del Estado en la regulación del contrato de trabajo para garantizar el justo consentimiento de las partes en su celebración; el principio de orden público, que informa sus normas e impide al trabajador la renuncia al beneficio reconocido por la ley y a modificar el contenido de la relación de trabajo, en su perjuicio, bajo sanción de nulidad; el principio de la aplicación de la ley más favorable al trabajador, para el caso en que una actividad estuviese regida por dos o más normas, así como también el principio in dubio pro operario.[6]

[6] Pérez Benito, "Derecho del Trabajo", ed . Astrea, 1983, pág 77-78

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El derecho del trabajo consolida su identidad y autonomía con los principios generales que no sólo son una fuente de orientación para el legislador, sino un medio de integración de la materia que orienta su interpretación, tanto en el plano de las relaciones laborales como en el marco judicial. Entre esos principios se destacan: el protectorio; el de irrenunciabilidad, el de continuidad, el de primacía de la realidad, y los principios de buena fe, justicia social y equidad[7].

II. Los Principios fundamentales del derecho del trabajo

Adentrándonos en lo que atañe al derecho del trabajo, cabe mencionar las diferentes opiniones de la doctrina respecto de la temática en tratamiento.

Los principios del Derecho del Trabajo constituyen reglas jurídicas autónomas que despliegan su eficacia tanto al momento de formación del régimen regulador de las relaciones laborales como al de exigibilidad de los derechos[8].

El art. 14 bis de la Constitución Nacional dice textualmente: "*el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...*". Este enunciado, propio del garantismo legal, es decir, de las normas que preservan y aseguran determinados derechos, considerados esenciales para —en este caso— el ser humano-trabajador, con el fin de amparar su dignidad y su integridad psíquica, física y moral.

El precepto constitucional fue recogido por la LCT, que ha plasmado los principios generales del derecho del trabajo en una serie de normas expresas, e indirectamente lo ha ratificado

[7] De Diego, Julián A. "Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social",Quinta edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, 2002, pág. 70.

[8] Rodrìguez Mancini, Jorge, Separata de la obra "Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo", 1979, ed. heliasta. (publicado en http://saij.jus.gov.ar)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en otras disposiciones que son su fiel reflejo (vgr. 7o, 8o, 9o, 10, 11, 12, 17,20,56,58,62,63,73,81,94,98,102, 114, 172, etc., LCT)[9].

Asimismo, los derechos fundamentales del trabajo están contenidos en nuestra Constitución Nacional, a través de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*: arts. 14 y 16, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*: arts. 22 y 23, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*: arts. 6, 7, 8 y 9, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: art. 22, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*: art. 11, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*: art. 5 y la *Convención sobre los Derechos del Niño*: art. 32.

En este mismo sentido es de suma importancia subrayar que existen Convenios de la OIT, como el 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, que ostenta jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 8.3. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 22.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inciso 22 C.N.).

Por otra parte, dable es enfatizar que destacada doctrina ha emitido su opinión en lo que respecta a los principios fundamentales del derecho del trabajo. Uno de los importantes doctrinarios que nos inspiró sobre el tema fue Plá Rodríguez, quien manifestaba que, en general, los autores no estaban de acuerdo en cuanto al número y denominación de los distintos principios[10], no obstante ello, señalaba, puede apreciarse cierto consenso sobre determinadas diferencias que hacen al fondo de la cuestión. El destacado autor distinguía entre los siguientes principios:

[9] De Diego, Julián A. "Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social",Quinta edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, 2002, pág. 108.

[10] Plá Rodríguez, Américo: "Principios del derecho del trabajo", ed. De Palma, 1978, pág. 3

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1- *Principio protector,* del cual derivan tres reglas o "*subprincipios*", a saber:

a) in dubio pro operario,

b) regla de la aplicación de la norma más favorable,

c) regla de la condición más beneficiosa;

2- *Principio de la irrenunciabilidad de los derechos*,

3- *Principio de la continuidad de la relación laboral*,

4- *Principio de la primacía de la realidad*,

5- *Principio de la razonabilidad*, y

6- *Principio de buena fe*.

Por su parte Justo López adiciona los de *igualdad de trato* (no discriminación) y *de integración o actuación colectiva*, que se refleja en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en los derechos sindicales y en la participación en las ganancias con control de producción y colaboración con la dirección.

Siguiendo este orden se expresa que, de acuerdo a la evolución y el sentido último del derecho del trabajo, es el *principio protectorio* el centro alrededor del cual gira toda la normativa laboral[11]. Para este autor, las reglas de aplicación del principio protectorio son: a) in dubio pro operario; b) la selección de la norma más beneficiosa; c) irrenunciabilidad de derechos; d) indemnidad y ajenidad al riesgo empresario; e) subsistencia de la condición más favorable; f) no discriminación; g) facilitación de las pruebas en el proceso.

El principio protectorio puede ser calificado como el fundamental, bajo la denominación de principio de favor hacia el trabajador. El principio protectorio tiene una finalidad primordial: el respeto de la dignidad de la persona humana[12].

---

[11] Fernández Madrid, Juan Carlos: "Tratado de Derecho del Trabajo", FEYDE, La Ley , Bs. As., 1992, T 1, pág. 165.

[12] Rodrìguez Mancini, Jorge, Separata de la obra "Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo", 1979, ed. heliasta. (publicado en http://saij.jus.gov.ar).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este sentido Grisolía por su parte, hace una división en diez diferentes principios:

1) *Principio protectorio*. Se manifiesta en tres reglas:
   a) In dubio pro operario.
   b) Regla de la aplicación de la norma más favorable.
c) Regla de la condición más beneficiosa.
2) *Principio de irrenunciabilidad de los derechos*.
3) *Principio de la continuidad de la relación laboral*.
4) *Principio de primacía de la realidad*.
5) *Principio de buena fe*.
6) *Principio de no discriminación e igualdad de trato*.
7) *Principio de equidad*.
8) *Principio de justicia socia*l.
9) *Principio de gratuidad*.
10) *Principio de razonabilidad*.

Otro parte de la doctrina introduce el principio de progresividad, que impregna a todo el sistema normativo laboral de sus notas características y excluyentes[13].

Otra categoría, con similitudes a las precedentes, los clasifica en:

I) *Principio protectoría o tuitivo*. Manifestado a su vez en tres direcciones perfectamente delimitadas:
   a) principio de la condición más favorable (arts. 7 y 8);
   b) de la aplicación de la norma más beneficiosa (art. 9);

[13] Cornaglia, Ricardo: "El ataque al principio de progresividad", Errepar, D.L., 1994, pág. 175. íd.: "La reforma constitucional de la provincia de Buenos Aires y la consagraciòn en la misma de los derechos sociales", DT 1995-A-43..

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

c) de la regla in dubio pro operario (art. 9).

II) *Conservación o continuidad del contrato* (art.10).

II) *Justicia social* (art. 11).

IV) *Equidad* (art. 11).

V) *Buena fe* (arts. 11 y 63).

VI) *Irrenunciabilidad de derechos* (arts. 12 y 13).

VII) *Primacía de la realidad* (art. 14).

VIII) *Prohibición de hacer discriminaciones* (arts. 17, 81 y 172).

IX) *Gratuidad de los procedimientos* (art. 20).

X) *Razonabilidad* (art. 66).

En doctrina incluso se menciona el de la indemnidad y ajenidad del riesgo empresario (art. 247), el de la limitación de los poderes jerárquicos del empleador (arts. 66, 67 y 69) o, en fin, el de la humanización y dignificación del trabajo (art. 4), si no se entendiera que todos se dirigen a este fin[14].

Con consideraciones análogas a las citadas en los párrafos precedentes, los distintos autores laboralistas emiten sus opiniones con similitudes y algunas discrepancias, pero la mayoría de ellos coincide en que el principio base de todo el resto es el llamado principio protectorio, que seguidamente analizaré.

II.1 El Principio Protectorio

El principio protectorio es aquel que tiene por fin amparar al trabajador en virtud del desequilibrio (hipo-suficiencia) que existe frente a la superioridad del empleador. El

[14] Sardegna, Miguel Angel, "Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas, Comentada - Anotada – Concordada" Séptima edición, actualizada y aumentada ed. Universidad, Bs. As, 1999, pág. 72/73.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

principio precitado se desarrolla a través de tres fórmulas: a. el principio in dubio pro operarii; b. la regla de la norma más favorable; y c. la regla de la condición más beneficiosa[15].

El principio protectorio tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana. Consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos[16].

Este principio, de consagración constitucional (art.14 bis), tiene como fin mantener el equilibrio entre quienes están vinculados por un contrato de trabajo en atención a la diferencia de fuerzas que media entre los empleadores y los obreros.

Resulta importante destacar que sobre el principio protectorio se han elaborado innumerables estudios y comentarios, los que se vienen incrementando notablemente en atención al empuje dado a través de la incorporación de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, en la reforma del año 1994.

Ahora bien, que se puede decir sobre este principio que no se haya dicho, tal vez nada. No obstante ello, dable es destacar que el principio protectorio ha tomado mayor preponderancia, como dijera previamente, debido a la incorporación, en nuestra Constitución Nacional, de las Declaraciones, Convenciones y Tratados sobre Derechos Humanos, lo que vislumbra, desde el punto de vista del derecho constitucional, la intención del constituyente de lograr la paz social, ello sobre la base del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de la persona humana.

---

[15] De Diego, Julián A. "Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social",Quinta edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, 2002, pág. 109.

[16] Grisolia, Julio A., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Depalma, Bs. As, 1999.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II.1.2 Las reglas del Principio Protectorio: el In Dubio Pro Operario, de la Norma más Beneficiosa y de la Condición más Favorable

II.1.2 a) la regla "in dubio pro operario"

Es una directiva dirigida al juez (o al intérprete) para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma. Va dirigido fundamentalmente al intérprete y se presenta cuando una determinada norma presenta varias interpretaciones posibles, caso en el cual el operador jurídico debe escoger la más favorable al trabajador.

El principio in dubio pro operarii proviene de su equivalente del derecho penal in dubio pro reo, y está contenido en la LCT (art. 9º, 2do. párrafo). En efecto, dicha norma establece que "si la duda, recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador"[17].

Se opone al criterio utilizado en las demás ramas jurídicas, según el cual la duda se resuelve, por lo común, a favor del deudor. Aplicado éste al derecho del trabajo, en la mayor parte de los casos lo sería en beneficio del empleador (que tiene ese carácter respecto de muchas de las obligaciones de derecho laboral). De acuerdo con esta regla se ampara al más débil. Su aplicación concreta exige tener en cuenta que sólo lo es en caso de duda, por lo cual de ningún modo permite violar la voluntad del legislador, es decir, la ratio legis[18].

El segundo párrafo del art. 9 de la L.C.T. dispone que "si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador".

---

[17] De Diego, Julián A. "Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social",Quinta edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, 2002, pág. 111.

[18] Vazquéz Vialard, Antonio, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo 1, edición actualizada y ampliada, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 121.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esto significa que si una norma resulta ambigua, es decir, que no es clara y puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juez debe, obligadamente, inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador. Resulta indiscutible que sólo debe aplicársela cuando existan dudas razonables en el alcance o interpretación de una norma legal o convencional, pero no cuando el texto es claro. En la práctica, por lo general, las dudas se plantean con las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo.

Esta regla no es aplicable en los casos de valoración de pruebas en un litigio judicial: en el momento de fallar, el juez debe tener la plena convicción de la razón de quien resulte vencedor en el pleito; en caso de duda, deberá seguir produciendo pruebas e investigando para alcanzar la certeza.

De acuerdo con el principio clásico del derecho laboral, las situaciones dudosas deben ser resueltas en el sentido más favorable al trabajador, principio que ha sido receptado ulteriormente por el art. 9 de la ley 20.744. (CSJN, 19-XI-1974, T.yS.S., 1975, pág. 673).

El principio in dubio pro operario produce efectos en dos hipótesis: a) respecto a la interpretación de las normas y a la aplicación de la más favorable, cuando existen varias aplicables, y b) respecto a la apreciación de la prueba (CNAT, Sala IV, 25/7/72, "E.D.", 48- 443).

El principio in dubio pro operario preside no solamente las valoraciones de hecho sino también la selección de la norma o de la ley que debe regir una determinada controversia (C.T. Gral. San Martín - Mza., 8/7/68, "L.L.", 135-1207).

El principio favor operarii rige en caso de duda respecto de la aplicación de normas jurídicas (S.C.B.A., 20/7/71, "E.D.", 57-325).

Cuando el texto de una ley es claro y expreso, debe aplicárselo estrictamente, en el sentido que resulta de sus propios términos, aun cuando pareciere injusta, y en tal supues-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

to no juega el principio favor operarii (S.C.B.A., 20/2/ 79, "D.J.B.A.", 116-386).

Para que el principio in dubío pro operario proceda son necesarios dos supuestos: a) que realmente exista una duda sobre el alcance de la norma legal, y b) que no esté en pugna con la voluntad del legislador (C.S. de Tucumán, 6/7/76, "J.A.", 1977-111-38).

La aplicación de la norma más favorable al trabajador implica muchas veces la ruptura de la jerarquía de las fuentes imponiendo la más favorable a la de rango jerárquico superior (S.C.B.A, 12/11/74, "J.A.", 1976-IV-31).

II.1.2 b) la regla de la norma más favorable

Así como en el caso anterior la duda recaía en la interpretación de una norma, aquí se presentan dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica; en tal caso, el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior.

El primer párrafo del art. 9 de la L.C.T. establece que "en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo". Por tanto, adopta el sistema de conglobamiento de instituciones.

Esta regla también se manifiesta en la redacción del art. 8 de la L.C.T., al consignar que "las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales exigidos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio".

En esta inteligencia debo decir que en doctrina se ha destacado que, a los fines de la aplicación de esta regla, debe tomarse en cuenta: 1) en la comparación, el tenor de las

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

normas, con prescindencia de las consecuencias económicas; 2) la situación de la comunidad interesada y no sólo la del empleado; 3) lo que es más favorable no debe juzgarse en función de la apreciación subjetiva de los interesados, sino objetivamente, de acuerdo con los motivos que han inspirado las normas, y 4) que la confrontación debe hacerse de tal manera que se aprecie si la "regla inferior" es o no más favorable al trabajador[19].

Es decir que, en definitiva, elegimos una o otra norma in totum. De esta última alternativa, denominada conglobamiento surge una tercera alternativa, que es la que finalmente acoge nuestro sistema legal, y es la denominada conglobamiento por instituciones, cuando en lugar de elegir una norma en forma íntegra, sólo se toman —la norma o conjunto de normas— por instituto.

El conglobamiento por instituciones está consagrado en la LCT., al puntualizar que en el caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales, prevalecerá la más favorable al trabajador a cuyos efectos se considerará la normativa o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.

Un convenio colectivo no puede afectar las condiciones de trabajo más favorables de los trabajadores pactadas en sus contratos individuales de trabajo (CNAT, Sala VI, 18/10/78, "J.A.", 1979-IV-386).

Frente a dos normas que legislan sobre la cuestión, es necesario hacer un examen de compatibilidad entre ambas para establecer si hay dudas acerca de cuál es la aplicable y, en su caso, recurrir al criterio de conglobamiento de instituciones y decidir cuál es la norma más favorable. (CSJN, r-VI-II-1989. Véase Osvaldo J. Lima y Osvaldo J. Lima [h], "Jornada in itinere", T.yS.S., 1989, pág. 1086).

[19] Vazquéz Vialard, Antonio, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo 1, edición actualizada y ampliada, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 122.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Dentro de las reglas que se conocen en doctrina para determinar la aplicación de la norma más favorable, nuestro ordenamiento legal se pronunció por el del conglobamiento orgánico o por instituciones, y, en su consecuencia, para valorar cuál es la disposición que más favorece al trabajador ha de estarse al régimen que disciplina el respectivo instituto. (CNAT, Sala VII, 23-111-1988, T.yS.S., 1988, pág. 651).

II.1.2 c) la regla de la condición más beneficiosa

Esta regla establece que toda modificación contractual que se produzca no puede ir en detrimento de los mínimos inderogables contenidos en la ley, los estatutos especiales o los convenios colectivos. O sea, la misma dispone que cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar: la modificación debe ser para ampliar y no para disminuir derechos. El punto de partida es el reconocimiento en el contrato individual de trabajo de una situación concreta más favorable al trabajador que la que establece la nueva norma que se habrá de aplicar.

El contrato no puede ser modificado en perjuicio del trabajador por debajo del orden público laboral, que está compuesto por las normas imperativas que surgen de la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo y que constituyen mínimos inderogables.

Distintos autores han señalado que la aplicación práctica de esta regla de la condición más beneficiosa supone estas dos consecuencias:

1) Cuando se dicte una reglamentación o disposición de carácter general, aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, éstas quedarán modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean para el trabajador más beneficiosas que las nuevamente establecidas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2) La nueva reglamentación habrá de respetar – salvo que contuviera afirmación expresa en contra – como situaciones concretas reconocidas a favor del trabajador o trabajadores interesados, aquellas condiciones que resulten más beneficiosas para éstos que las establecidas para la materia o materias de que se trate – o en su conjunto – por la nueva reglamentación.[20]

Al respecto, el art. 7 de la L.C.T. prescribe que "las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectiva de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley".

El art. 13 de la L.C.T. dispone que "las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán sustituidas de pleno derecho por éstas".

En cambio, las condiciones de trabajo pactadas por las partes pueden ser modificadas para el futuro en perjuicio del trabajador cuando surjan de un convenio homologado, pero son nulas las cláusulas del convenio colectivo que reduzcan los derechos del trabajador más allá de los límites de la ley.

Jurisprudencia de nuestros tribunales ha referido que, sí en el caso está reconocido que durante ocho años la empleadora adoptó un modo de liquidar el S.A.C. más beneficioso que el previsto por la ley, debe puntualizarse que es propia del ordenamiento laboral la facultad del empleador de establecer derechos más favorables para los trabajadores que los previstos en la legislación o aun en las convenciones colectivas de trabajo (art. 7 L.C.T.). Por ello, resulta aplicable al caso la "condición más beneficiosa" la cual, según

[20] Plá Rodríguez, Américo: "Principios del derecho del trabajo", ed. De Palma, 1978.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Plá Rodríguez, es aquella que supone la persistencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse (en sentido análogo CNAT, Sala III, sent. 69.119 del 30/3/95, "Zech, Ricardo c/Autolatina S.A. s/cobro de salarios") (Del voto de la- Dr-a. Porta) (CNAT, Sala-III, sent. 71.451, 17/5/96, "B.J.", 1996-198/9).

II.2 Principio de no discriminación e igualdad de trato

La plena vigencia de este principio, quita al empleador la posibilidad de realizar discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, estado civil, raza, religión, ideas políticas y otras causales (aspecto físico, enfermedades, discapacidad, etc.).

El principio general de igualdad ante la ley está contenido en la Constitución Nacional (art. 16) donde se afirma que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. A su vez, dentro del enunciado del art. 14 bis (C.N.) se incluye el principio igual remuneración por igual tarea que el legislador de la LCT transformó —siguiendo los lineamientos de la OIT— en igual remuneración por tarea de igual valor. Este principio anti-discriminatorio frente al salario tiene muy importantes alcances prácticos, y además de haber estas normas específicas, es también frondosa la jurisprudencia. La L.C.T. lo trata en forma puntual en el art. 81, en base a la doctrina del caso "Rato Sixto y otros c/ Productos Stani" (CSJN, 26-VIII-1966, L.T., vol. XIV, pág. 520).

Asimismo, diversos artículos de nuestra Constitución Nacional tratan el tema en cuestión. Cabe citar como ejemplo los artículos 37, 43, 75 incisos 17, 19, 22 y 23, 86 y Cláusula Transitoria 2ª.

Por otra parte, con similar espíritu, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires reseña lo referente a la discriminación en sus artículos 11, 14, 23, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 62 y 137, y Cláusula Transitoria.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La Ley 23.592 en su artículo 1° define el acto discriminatorio y prevé su reparación de la siguiente manera: "*Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados", por el segundo párrafo, agrega que "A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*.".

Para la O.I.T. el término discriminación laboral, según la definición contenida en el art. 1° del Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), comprende: "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

En lo que refiere al derecho internacional sobre la discriminación, debe destacarse que el citado Convenio N° 111 se complementa con diferentes normas de orden público internacional.

Asimismo, diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional refieren al tema de la discriminación en general. Entre estas normas se destacan las siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1,2,7 y 23[21];

[21] **Declaración Universal de Derechos Humanos,** Art. 23, 1.- Todo hombre tiene derecho al trabajo, a la libre búsqueda de empleo, a condiciones justas y favorables de trabajo y a la protección contra el desempleo. Art. 23, 2.- Todo hombre, sin distinción, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2 y 26[22];
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 3 y 7[23];

  Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre, art. 2[24];
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1, 13, 17 y 24;

---

[22] **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, Art. 2° inc. 1°: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.-; Art. 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.- Art. 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley. A este respecto, la ley, deber prohibir cualquier forma de discriminación y garantizar a todas las personas protección igual y eficaz contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política, o de otra naturaleza, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra que fuese.

[23] **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,** Art. 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.-; Art. 7°. Los Estados Parte del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: … a.-) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i.-) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; … c.-) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y calidad.

[24] **Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre Art.** 2°: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna"

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial;
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, arts. 1 2;
- Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer;
- Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1;
- Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 2 y 30.

De igual modo, otros tratados internacionales refieren al tema de la discriminación, entre los que se pueden mencionar los siguientes:

- Declaración de los Derechos del Niño (Principio I);
- Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer del año 1952, arts. 1, 2 y 3;
- Convenición Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos e Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, del año 1956, art. 1;
- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, arts. 1 y 2[25];
- Carta de Organización de Estados Americanos, art. 34[26];

[25] **Carta Internacional Americana de Garantías Sociales,** Art. 2: Los siguientes principios considéranse básicos en el derecho social de los países americanos: ... inc. d.-) a trabajo igual, debe corresponder igual remuneración, cualquiera sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.

[26] **Carta de Organización de Estados Americanos,** Art. 34: Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: g.-) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, del año 1960, arts. 1 al 10;
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, del año 1973, arts 1 y 2;
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, suscripta en el año 1994 en Belem do Para.
- La Declaración Socio-Laboral del Mercosur, art. 1[27]

Por otra parte, en el ámbito de nuestro derecho del trabajo, la L.C.T. prohíbe en su artículo 17 cualquier tipo de discriminación, y complementa esta disposición con su art. 81, prohibiendo al empleador hacer discriminaciones en el trato con sus trabajadores.

El principio de no discriminación se vincula con el de igual remuneración por igual tarea del art. 14 bis de la Constitución Nacional, con el art. 81 de esta ley que prevé que el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones y con la ley 23.592 que excluye todo tipo de discriminación. Convenios Internacionales de la O.I.T. como los Nro. 100 y 101 también contemplan la igualdad remuneratoria, el principio de igual salario por trabajo de igual valor y prohíbe discriminaciones al igual que diversos tratados con jerarquía constitucional. El art. 172, LCT, recoge esos principios estableciendo la prohibición de trato discriminatorio fundado en el sexo o

[27] **Declaración Socio-Laboral del Mercosur (Art. 1º)**: Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo y orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estado civil de la mujer. El art. 29 (L.E) establece el principio de igualdad de trato, condiciones de trabajo y garantías para el ejercicio de sus derechos colectivos entre los trabajadores permanentes y los contratados bajo las modalidades que prevé la Ley de Empleo (L.E).[28].

Siguiendo este análisis, el Art. 73 establece la prohibición de obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales con vistas a la disolución. De este modo, el empleador se halla vedado de despedir a un trabajador por sus creencias religiosas, sus opiniones políticas o sindicales, por lo que no puede obligarlo a manifestar las mismas para conocer a qué dependiente es conveniente despedir, con basamento en dichas creencias u opiniones, siempre y cuando dichos extremos no impidan el normal desarrollo de las tareas.

Esta norma impide la discriminación por causas políticas, religiosas o gremiales. Se plantea el problema de la incompatibilidad del trabajador por razón ideológica en una empresa o institución de este tipo (partido político, colegio religioso, iglesia, etc.) que impide la prosecución del contrato. La solución de los casos ocurrentes está condicionada a la buena o mala fe con que se haya actuado.[29]

La mera tenencia de panfletos, afiches de propaganda y fichas de afiliación a determinado partido político, situarían al tenedor como simpatizante o ideólogo de dicha agrupación, pero esta simple presunción no es suficiente por sí misma para configurar injuria a los intereses del empleador, en tanto no se traduzca en actitudes de proselitismo político[30].

---

[28] Fernández Madrid, Juan Carlos y Caubet, Amanda Beatriz, "Leyes Fundamentales del Trabajo", 2ª ed. Actualizada, Colección legislación, en comentario del artículo 17 de la LCT.

[29] Fernández Madrid, Juan Carlos y Caubet, Amanda Beatriz, "Leyes Fundamentales del Trabajo", 2ª ed. Actualizada, Colección legislación, en comentario al art. 73 de LCT.

[30] CNTrab., sala V, 18/10/68, DT, 1969-434.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A su vez, el Art. 172 de la L.C.T refiere a la prohibición de trato discriminatorio, con respecto a la mujer, y a la obligación de abonar la misma retribución por igual trabajo.

Este artículo ratifica la imposibilidad de realizar discriminaciones en el trabajo por razones de sexo y estado civil, debiendo abonarse la misma remuneración por igual tarea, así se trate de una persona de sexo femenino o masculino.

De este modo se afirma un principio de exclusión de trata discriminatorio a contenido por los arts. 14 bis C.N., 17 y 81 L.C.T., por ley 23.592, por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, a lo que se agrega el Convenio 100 de la O.I.T. sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor[31].

El Art. 178 L.C.T, refiere a la protección de la maternidad y el embarazo. Este artículo establece que la trabajadora embarazada y en estado de excedencia, no puede ser despedida por dicha causa durante los 7 meses y medio anteriores y posteriores al parto, de donde nace la prohibición de discriminación de la trabajadora embarazada y de la que ha dado a luz.

Jurisprudencia de nuestros tribunales ha señalado que la indemnización prevista en el Art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo tiende a precaver los peligros que se ciernen sobre la mujer trabajadora que se halla embarazada o ha dado a luz, de manera de garantizar no sólo su empleo, sino también de rodear tanto al proceso de gestación como al de alumbramiento –fases fundamentales de su trascendental función maternal- de los presupuestos básicos de seguridad y tranquilidad que requieren y en definitiva, se materializan en mejores condiciones filosóficas y psicológicas. Negar este tipo de reparación al cesar el vínculo laboral, implicaría ig-

[31] Fernández Madrid, Juan Carlos y Caubet, Amanda Beatriz, "Leyes Fundamentales del Trabajo", 2ª ed. Actualizada, Colección legislación, en comentario al art. 172 de LCT.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

norar principios básicos plasmados en el orden público laboral, que tienden a necesidades inmediatas de la vida social.[32]

Finalmente, el Art. 181 de la citada ley, protege al despido por causa del matrimonio. Ello se origina en la defensa de la institución familiar y con el fin de evitar la discriminación de trabajadores que eran despedidos por contraer matrimonio.

La jurisprudencia ha dicho que *para que un acto sea discriminatorio, en perjuicio del trabajador, es necesario que el empleador que lo realiza, tenga conocimiento de su ilicitud con referencia a aquél* (CNAT, Sala III, 29/4/77, sentencia 34.987).

El mismo Tribunal dictamino que "*No existe "discriminación arbitraria" entre quienes realizan tareas similares percibiendo remuneraciones diferentes cuando ello responde a una causa justificada como antigüedad en el cargo o con el empleador o título u otros conceptos admitidos en los convenios colectivos o asignación de funciones de mayor responsabilidad*" (CNAT, Sala III,28/9/77, T. y S.S.", 1978-179).

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral fundamental inespecífico (cfr. Palomeque-Lopez, Manuel Carlos, "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo" conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo Universidad de Salamanca- Fundación MAPFRE, 11/11/91 publicado en Actualidad Laboral n° 4, pág 37/44). El art. 14 bis de nuestra carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica,

[32] Cfed. Córdoba, sala Civil y Com. 1983/05/16.- Bonetto de Rrizzi, Nevy c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Trabajo).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor. Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del "Protocolo de San Salvador" 1,2 y 3 del Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica. Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes y una tutela constitucional específica. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría). CNAT Sala V, Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo" (GM.- Z.- S.-).

La ley 23592, que nos protege frente a las conductas discriminatorias, tiene por objeto sancionar el trato desigual (en cualquier ámbito que se trate, incluso el laboral) fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir, el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo "subjetivas" (nacionalidad, raza, sexo, religión, caracteres físicos, ideas políticas, religiosas, sindicales etc). De manera que protege al trabajador en un espectro más amplio que la tutela que confiere la ley 23551, pues sanciona cualquier trato desigual fundado en diferentes circunstancias, incluso las ideas o la actividad sindical. Por ello el despido discriminatorio en el régimen de la ley citada y en los Tratados Internacionales con jerarquía de tales (confr. art. 75º inc. 22 C.N.) tiene como rango distintivo que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia. (Del voto del DR. Fernán-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dez Madrid) . CNAT Sala VI, Expte Nº 33975/02 Sent. 56971 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico De Argentina SRL S/ Sumarísimo" (FM.- De La F.-).

En esta misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señalando que "*El principio de "igual remuneración por igual tarea" (art. 14 bis C.N.) es aquel opuesto a situaciones que implican discriminaciones arbitrarias, como serían las basadas en razones de sexo, religión o raza, pero no aquellas que se sustentan en motivos de bien común, como las de mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del dependiente (conf. "Ratto y otro c/ Productos Stani S.A.", C.S.J.N., 26/8/66), puesto que no es sino una expresión de la regla más general de que la remuneración debe ser justa*" (C.S.J.N., 23/8/88, "ERREPARDLE", IV-215).

"L*a garantía de igual remuneración por igual tarea no impide pagar mayor remuneración por mayor rendimiento, desde que aquella garantía no se dirige a imposibilitar que haya un trabajador más beneficiado, sino a impedir que alguno resulte discriminado con respecto a la generalidad. No puede dejar de reconocerse la facultad de premiar a los mejores trabajadores, pero asimismo debe protegerse al dependiente del uso abusivo o con propósitos persecutorios o subalternos de ese derecho"* (C.S.J.N., 26/6/86, "ERREPAR-DLE", IV-217).

"*En la demanda en que se alega discriminación remuneratoria es arbitraria la sentencia que omitió considerar, alegando dogmáticamente la ausencia de prueba sobre el punto, que el área donde se desempeñara la dependiente era la más crítica y compleja del establecimiento y que su nivel salarial era inferior al del personal a su cargo y de menor jerarquía, así como la eficiencia de la actora en la dependencia a su cargo"* (C.S.J.N., 23/8/88, "ERREPAR-DLE", IV-219).

"El principio de equivalencia salarial consagrado por el art. 13 del reglamento de personal del Consejo de Administración de la Entidad Binacional Yaciretá y por el art. 11 del Protocolo de Trabajo y Seguridad Social de la entidad no puede

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estimarse referido a una igualdad nominal de las remuneraciones pagadas en las distintas sedes, valorizadas en dólares estadounidenses, sino que se dirige a garantizar que trabajadores de iguales categorías, que se desempeñan en países distintos, reciban por sus tareas una remuneración con igual poder adquisitivo" (C.S.J.N., 10/7/86, "ERREPAR-DLE", P7-220).

III. Conclusiones

El derecho del trabajo en Argentina, más allá de los intentos de embestida que padece continuamente, en la actualidad evidencia innumerables conquistas que se fueron dando a lo largo de las décadas. Organizaciones sindicales, empresariales y dirigencia política han debatido, a lo largo de estos años, sus diferentes posturas, que en muchos casos han provocado diversos conflictos que alteraron el orden social y político. No obstante ello, el faro de los derechos del trabajo siempre nos encamino hacia la progresividad de los mismos, con la aparición de normativa superadora en la materia.

La reforma constitucional de 1994 fue un punto de inflexión respecto de los Derechos Laborales y un punto de partida para nuevas conquistas que fueron aconteciendo durante las últimas tres décadas.

En este sentido, de todo lo que se ha expuesto durante el desarrollo del presente trabajo se puede arribar a una primera e importante conclusión, afirmando que en virtud de la reforma constitucional de 1994, se han consolidado, enriquecido y extendido los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, especialmente el protectorio -y sus reglas in dubio pro operario, de la selección de la norma más beneficiosa, subsistencia de la condición más favorable, la no discriminación y el de progresividad.

A casi tres décadas de su incorporación en la Constitución Nacional, podemos reafirmar que el art. 14 bis logró

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

establecer un piso inquebrantable, emergiendo como el basamento esencial de los derechos laborales.

La incorporación de Tratados Internacionales jerarquizados constitucionalmente a través del art. 75 inc. 22, implicó asimismo un incremento trascendente respecto de las bases fundamentales del derecho del trabajo.

Tal es la importancia de los avances producidos gracias a la operatividad de estas normas internacionales, que se puede avizorar un avance continúo en lo que a derecho de los trabajadores refiera. Esto puede vislumbrarse a través de las distintas resoluciones emanadas de nuestros tribunales, en donde la plena vigencia y aplicación de estos principios se ve reflejada en cada una de las decisiones, tal como se observa en los fallos de la C.N.A.T y de la C.S.J.N previamente mencionados.

Considero, asimismo, que aún queda un largo camino para transitar, máxime teniendo en cuenta la cantidad de Convenios de la O.I.T que la Argentina, al día de hoy, no ha ratificado, no obstante ello creo, con optimismo, que el derecho del trabajo se encuentra encaminado hacia el mayor bienestar y protección de todos los trabajadores.

Nos corresponde a nosotros abogar para que los principios del derecho del trabajo mantengan firme su esencia y nos guíen a mayores conquistas en los ámbito laborales.

Bibliografia consultada

BARBAGELATA, HÉCTOR HUGO, “Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación”.

Constitución de la Nación Argentina

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CORNAGLIA, RICARDO: “El ataque al principio de progresividad”

DE DIEGO, JULIÁN A. “Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS: "Tratado de Derecho del Trabajo"

FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS y CAUBET, AMANDA BEATRIZ, "Leyes Fundamentales del Trabajo".

GRISOLIA, JULIO A., "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social".

LLAMBÍAS, JORGE, "Tratado de Derecho Civil – parte general".

PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO: "Principios del derecho del trabajo".

PÉREZ, BENITO, "Derecho del Trabajo".

PODETTI, HUMBERTO, "Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social".

REALE, MIGUEL, "Introducción al estudio del derecho".

Régimen Laboral Argentino I, "Ley de Contrato de Trabajo, Legis, 2003"

RODRÌGUEZ MANCINI, JORGE, Separata de la obra "Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo".

SARDEGNA, MIGUEL ANGEL, "Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas, Comentada - Anotada – Concordada"

VAZQUÉZ VIALARD, ANTONIO, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo 1.

Sitios de internet consultados

SAIJ – http://saij.jus.gov.ar

El Derecho on line – http://elderecho.com.ar

La Ley on line – http://laleyonline.com.ar

Abeledo Perrot on line – http://abeledoperrot.com.ar

Ministerio de Trabajo – http://trabajo.gov.ar

Corte Suprema de Justicia de la Nación – http://csjn.gov.ar

Poder Judicial de la Nación – http://pjn.gov.ar

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El acceso a la pensión por discapacidad para personas detenidas. Inconstitucionalidad del inc. i, art. 1, Anexo I del Decreto 432/97[1]

Access to disability pension for detainees. Unconstitutionality of the sub-s. i, art. 1, Annex I of Decree 432/97

Ezequiel Scafati[2]
Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e541
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/0000-0002-0072-4522.

Resumen: Este artículo analiza la inconstitucionalidad del decreto 432/97, que reglamenta del régimen de pensiones no contributivas. El decreto impone el requisito de no encontrarse detenido para acceder a la pensión por discapacidad. Desde una perspectiva interseccional sobre la discapacidad en el encierro, se realiza un análisis

[1] Artículo redactado en base al trabajo final de la Diplomatura en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (U.B.A.). Agradezco a Celeste Fernández, por sus observaciones, comentarios y acompañamiento durante el curso.

[2] Abogado (U.NL.P.), Diplomado en D.E.S.C.A. (U.B.A.) y Maestrando en R.R.I.I. (U.N.L.P.). Abogado en el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria y Becario Norma Vorpahl 2022 en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. Email: ezequielscafati@gmail.com.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

normativo y jurisprudencial que expone el carácter discriminatorio del requisito. Asimismo, se concluye que la denegación de la pensión constituye un agravamiento en las condiciones de detención, susceptible de ser denunciado mediante acción de habeas corpus

Palabras clave: Discapacidad – Prisión – Seguridad Social – Discriminación

Abstract: This article analyzes the unconstitutionality of Decree 432/97, which regulates the non-contributory pension scheme. The Decree imposes the requirement of not being detained to access the disability pension. From an intersectional perspective on disability in confinement, a normative and jurisprudential analysis is carried out and exposes the discriminatory nature of the requirement. Likewise, it is concluded that the denial of the pension constitutes an aggravation of the detention conditions, capable of being denounced by habeas corpus

Keywords: Disability - Prison – Social Security - Discrimination

---

I. Introducción

La seguridad social constituye un Derecho Humano reconocido en la Constitución Nacional e instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Como tal, debe ser garantizado sin discriminación y atendiendo a la situación de los grupos en situación de desigualdad estructural.

Entre estos grupos se encuentra el de las personas con discapacidad a quienes la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, le reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado y protección social.

A su vez, dentro de los grupos históricamente vulnerados se encuentran las personas privadas de la libertad. Al tratarse de un colectivo bajo custodia estatal, su acceso a prestaciones esenciales se encuentra mediado, y en consecuencia atraviesan dificultades para gozar de derechos tales como

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

educación, salud, trabajo y seguridad social. Estos obstáculos no son solo de índole material, sino también formal, mediante la imposición de requisitos discriminatorios y excluyentes, fundados en su detención, procesamiento o condena.

Este es el caso de las pensiones por discapacidad contenidas en la Ley Nacional 13.478, debido a que su Decreto Reglamentario impone como requisito de acceso "no encontrarse detenido a disposición de la Justicia", vulnerando el derecho humano a la seguridad social mediante un acto estatal de discriminación fundado en una "categoría sospechosa".

II. El derecho humano a la seguridad social. Consagración normativa e interpretación

El derecho a la seguridad social es el "conjunto de normas jurídicas, que regulan la protección de las denominadas contingencias sociales, como la salud, la vejez, la desocupación" (GRISOLIA, 2012:1101). Esta rama del derecho social, se compone de medidas y garantías de carácter protectorio, destinadas a asegurar determinado nivel de subsistencia a las personas, otorgando un amparo frente a las necesidades que obstaculizan su bienestar (GRISOLIA, 2012).

En nuestra Constitución Nacional, se encuentra consagrado en el artículo 14 bis, como así también en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, cuya jerarquía constitucional es reconocida a través del artículo 75 inc. 22.

En el ámbito regional, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone la obligación de adoptar medidas de desarrollo progresivo para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, mientras que el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención, reconoce expresamente que "toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o men-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

talmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa (art. 9 ap. 1)."[3]

Por su parte, el sistema universal recepta la seguridad social en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ha de leerse en consonancia con lo establecido por el artículo 25.1, que reconoce tanto el derecho a un nivel de vida adecuado, como así también a "los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".[4] La seguridad social es a su vez reconocida en el artículo 9 del P.I.D.E.S.C., cuya interpretación fue realizada mediante Observación General Nro. 19 del Comité correspondiente.[5] Mediante sus lineamientos ha reparado en la importancia de la seguridad social para garantizar a todas las personas su dignidad humana, frente a circunstancias que privan de su capacidad de ejercer plenamente sus derechos (párr. 1). Con un carácter eminentemente redistributivo, la seguridad social incluye "el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo" (párr. 2). En este marco se erige la obliga-

[3] Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos En Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador", San Salvador, El Salvador, 1988. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html (consultado el 02/05/2021)

[4] Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Francia, 1948. Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights (consultado el 02/05/2021)

[5] Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Observación General Nro. 19, Ginebra, Suiza, 2007. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc (consultado el 02/05/2021)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ción de tomar medidas que pueden consistir tanto en planes contributivos como no contributivos.

En consecuencia, la consagración normativa de este derecho, atiende tanto a la cobertura frente a contingencias sociales, como a políticas redistributivas en favor de colectivos históricamente vulnerados. Dentro de estos grupos sociales, se encuentran las personas con discapacidad, para quienes los regímenes previsionales constituyen una herramienta frente a la desigualdad. En esta línea, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra en su art. 28 el derecho a un nivel de vida adecuado y protección social.

III. El modelo social de la discapacidad frente a la desigualdad estructural

Al determinar el contenido normativo de la seguridad social, la Observación General Nro. 19 del Comité D.E.S.C. la considera un bien social de carácter redistributivo, establecido con el fin de garantizar la dignidad humana de todas las personas, frente a circunstancias que obstaculizan el pleno ejercicio de sus derechos. Con referencia a la Observación General Nro. 5 sobre las personas con discapacidad, reafirma la importancia de garantizar apoyo suficiente a los ingresos de este colectivo, de manera digna y reflejando necesidades especiales de asistencia y otros gastos.

Respecto del tratamiento hacia este grupo social, cabe señalar que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad plasmó normativamente un cambio de paradigma en la temática. Este instrumento abandona el "modelo medico rehabilitador" que patologiza a la discapacidad, tratándola como una enfermedad o padecimiento que debe ser rehabilitada y normalizada, a efectos de que las personas con discapacidad se integren y sean "asimiladas" socialmente. En cambio, propone el avance hacia un "modelo social", según el cual las personas con discapacidad

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

constituyen titulares de derechos humanos, con autonomía para llevar su plan de vida y desarrollar su subjetividad en un plano de igualdad con el resto de la sociedad. Para ello, habrán de eliminarse los obstáculos sociales generadores de desigualdad. Bajo el paradigma social, el eje se centra en eliminar las barreras presentes en el entorno que impiden la plena participación e inclusión, centrando el foco en el impacto de estos obstáculos en relación con las características personales. (SEDA, 2017)

La Convención propone un concepto compuesto de discapacidad, que atiende a características personales en interacción con un contexto social rígido. Este contexto impone barreras, obstáculos físicos y actitudes negativas, que interfieren en el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Ante esta realidad, el objetivo del "modelo social" radica en construir entornos diversos e igualitarios, que promuevan la aceptación de las diferencias y cuestionen la "estandarización" y "normalización" como productoras de discapacidad.

Sin embargo, la transición al modelo social no es inmediata y requiere de acciones concretas, basadas en la accesibilidad, la realización de ajustes razonables y la implementación de sistemas de apoyo. Hasta tanto se concreten políticas públicas con enfoque en derechos humanos, la discriminación estructural persiste. Las personas con discapacidad constituyen un colectivo históricamente sometido a un trato excluyente, capacitista[6] que les ha privado de un acceso pleno al trabajo, salud, educación y servicios públicos. Como consecuencia de la discriminación, tienen mayores posibilidades de atravesar situaciones de pobreza y desigualdad. Esto se agrava con la existencia de marcos jurídicos y prácti-

[6] Desde una perspectiva queer, se entiende por capacitismo a aquella cultura que acuerda y da por sentado que las identidades y perspectivas capacitadas, son preferibles y deseables colectivamente, por sobre las vinculadas a las personas con discapacidad (MCRUER, 2013).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cas sociales discriminatorias, que desconocen su subjetividad y les condenan a la segregación y a la exclusión.

IV. Las personas privadas de la libertad: afectación a la autonomía y mediación en el ejercicio de sus derechos

Para ampliar la perspectiva e identificar otros grupos en situación de desigualdad, puede acudirse a las "Reglas de Brasilia" que, junto a las personas con discapacidad, enumeran una serie de grupos sociales que merecen particular atención debido a la existencia de vulneraciones sistemáticas en el ejercicio de sus derechos. En este marco contemplan la situación de las personas privadas de la libertad, respecto de quienes los Estados han de asumir un especial deber de protección, considerando que el acceso a derechos usualmente se encuentra mediado por el accionar penitenciario y de operadores judiciales.

La Relatoría Especial de la ONU sobre la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, ha señalado mediante informe A/64/215[7] que la privación de la libertad personal, acarrea el riesgo de vulneraciones en la dignidad humana, en la medida que restringe considerablemente la autonomía individual, colocando a la persona detenida en una situación de impotencia. Según parámetros de disponibilidad, accesibilidad y adaptabilidad en el contexto de su detención, ha considerado que los derechos humanos de las personas detenidas pueden verse afectados de manera discriminatoria. Por consiguiente, se exige que los Estados

[7] Organización de las Naciones Unidas, Informe A/64/215 del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York, Estados Unidos, 2009. Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/64/215 (consultado el 02/05/2021)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tomen medidas para lograr la mayor reducción posible de las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad.[8]

Mismas apreciaciones se han vertido en el sistema regional, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que los deberes de respetar y garantizar derechos, habrán de determinarse en función de las particulares necesidades de protección que exijan situaciones específicas o condiciones personales de los sujetos de derecho[9]. Respecto de las personas privadas de su libertad, el Estado asume una posición especial de garante, debido a que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre quienes se encuentran sujetos a su custodia[10]. Esta circunstancia es consecuencia de la interacción especial de sujeción entre la persona detenida y el Estado, determinada por "la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al privado de libertad se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas esenciales para el desarrollo de una vida digna, en los términos que sean posibles en esas circunstancias." [11]

---

[8] Véase el párrafo 1 de la regla 60 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos: "El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona".

[9] Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 111, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf; y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 128, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/pacheco-tineo/alefrep.pdf

[10] Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60, (disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf) y Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, Sentencia de 29 de febrero de 2016, párr. 168 (disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf).

[11] Corte IDH, Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, Sentencia de 29 de febrero de 2016, párr. 168. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf (consultado el 05/05/2021)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bajo estos parámetros se advierte que las personas privadas de la libertad se encuentran particularmente expuestas a situaciones de violencia y discriminación motivadas en su condición social, siendo necesario que los Estados identifiquen y erradiquen aquellas prácticas y normativas que menoscaben, limiten o excluyan el ejercicio de sus derechos humanos sobre bases igualitarias.

V. Categorías en intersección: las personas con discapacidad privadas de la libertad

Para analizar el derecho a igualdad y no discriminación es necesario adoptar una perspectiva estructural (SABA, 2005), que identifique aquellas prácticas segregacionistas y excluyentes que consolidan un esquema de subordinación fundado en ejes de dominación. La pertenencia a grupos históricamente discriminados y vulnerados debe analizarse, asimismo, considerando la existencia de distintas intersecciones (CRENSHAW, 1989) en una matriz de dominación (COLLINS, 2000). De este modo, la experiencia de las personas con discapacidad (y demás grupos en situación de vulnerabilidad) debe abordarse de acuerdo a su identidad particular, situada en contexto histórico, atendiendo a otros aspectos de su subjetividad, tales como género, orientación sexual, clase, edad, pertenencia a grupos étnicos o culturales, entre otros.[12]

En este contexto, destaca la particular situación de las personas con discapacidad en contexto de encierro, quienes no solo se enfrentan a las barreras y obstáculos sociales sino también las violencias y agravamientos propios de su privación de libertad. Estas circunstancias no transitan por

[12] Esta perspectiva se encuentra presente en el informe A/70/297 de la Relatoría Especial sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, donde se señala el deber estatal de considerar las múltiples y agravadas formas de discriminación que atraviesan las personas de este colectivo cuando integran también otros grupos sociales históricamente discriminados o en situación de desventaja.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

carriles separados, sino que confluyen y se entremezclan, acentuando las situaciones de discriminación que atraviesan. Al respecto se ha expedido la Corte IDH en el caso "Chinchilla Sandoval vs. Guatemala", sobre la situación de una mujer privada de libertad en un centro en Guatemala, cuyo estado de salud se deterioró progresivamente, generando una discapacidad. Posteriormente, la desatención sufrida por la Sra. Chinchilla derivó en una grave afectación en su salud que ocasionó su fallecimiento.[13]

En nuestro país, los Informes del Registro Nacional de Casos de Tortura señalan que los establecimientos de encierro no solo no garantizan las condiciones mínimas de detención para la población alojada, sino que constituyen espacios donde la tortura por parte de agentes estatales es un fenómeno extendido y sistemático. Los hechos de violencia física por parte de agentes policiales y penitenciarios se producen en el marco de espacios de degradación, caracterizados por mala alimentación, condiciones materiales gravosas e insalubres, privación de elementos básicos de vida diaria, medicación y atención médica. [14]

En este marco, las personas con discapacidad sufren de manera diferencial las vulneraciones del encierro. Si en el medio libre existen barreras y obstáculos sociales que menoscaban y limitan el ejercicio de derechos, en los contextos de encierro el panorama es aún peor y la invisibilización se acrecienta.[15] Los establecimientos de detención no

[13] Corte IDH, Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, Sentencia de 29 de febrero de 2016. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf (consultado el 05/05/2021)

[14] Registro Nacional de casos de Tortura (2020). Comisión Provincial por la Memoria, Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos, Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe anual 2019*, Argentina. Disponible en: https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/rnct-anuales/Informe-Anual-RNCT-2019.pdf (consultado el 02/05/2021)

[15] Tal es así que el Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena, encargado de relevar la evolución y las características de la población privada de libertad en unidades penitenciarias, no contiene registro ni información desagregada sobre personas con discapacidad.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

garantizan condiciones mínimas para la población alojada y mucho menos ajustes razonables o sistemas de apoyo para personas con discapacidad. De igual manera, las deficitarias políticas sanitarias y las vulneraciones al derecho a la salud, impactan diferencialmente en este colectivo. Considerando estas circunstancias, cabe avizorar que la posibilidad de sufrir torturas, malos tratos y afectaciones a su dignidad, aumenta considerablemente.

Este agravamiento diferencial ha sido constatado por la Procuración Penitenciaria de la Nación, quien, a partir de inspecciones realizadas en establecimientos penitenciarios federales, ha identificado los especiales obstáculos que atraviesa este colectivo. En primer lugar, el servicio penitenciario no recibe capacitación ni formación en materia de discapacidad, como tampoco efectúa registro o relevamiento de las personas con discapacidad bajo custodia estatal. Asimismo, no garantiza el acceso al Certificado Único de Discapacidad, ni la participación plena de este colectivo en instancias educativas, laborales o educativas. En segundo lugar, la infraestructura penitenciaria no cumple parámetros mínimos de accesibilidad, los espacios no han sido adaptados y se advierten faltantes de barandas, rampas, muletas y sillas de ruedas. En tercer lugar, la atención médica es inadecuada y carece de un abordaje planificado, funciona "a demanda" de las personas detenidas y no abastece las necesidades específicas del colectivo. A su vez, no se proveen mecanismos de apoyo y la asistencia no suele canalizarse a través de profesionales de la salud, sino mediante otras personas detenidas que brindan acompañamiento en el desenvolvimiento cotidiano de sus compañeros/as. En cuarto lugar, se destaca que el criterio de seguridad prima por el adecuado alojamiento de las personas con discapacidad, existiendo oposición de proporcionar ciertos elementos para adaptar los lugares de encierro (ej.: muletas), bajo pretexto de un supuesto riesgo de conflictos. (PPN, 2020)

En esta línea ha de considerarse el caso de. Mónica Mego, una mujer trans de nacionalidad peruana, detenida en el Sis-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tema Penitenciario Bonaerense, cuya desatención médica en el Complejo Florencio Varela devino en un absceso epidural en la médula que generó una paraplejía. Luego de una operación de urgencia en el Hospital San Martín de La Plata, fue trasladada a la Unidad Nro. 22 de Lisandro Olmos y alojada bajo aislamiento individual. Las autoridades del establecimiento sostuvieron que era la única opción en virtud de su género. A pesar de tener conocimiento de su discapacidad, no realizaron ajustes razonables en la celda, ni implementaron mecanismos de apoyo para acompañar a Mónica, quien carecía de una silla de ruedas en condiciones y ni siquiera podía higienizarse. Su estado de salud se agravó, disminuyó de peso considerablemente y se le formaron escaras, principalmente en sus glúteos (CPM, 2020). La gravedad del caso y el riesgo de vida de Mónica motivaron intervenciones de la Comisión Provincial por la Memoria, la Unidad Funcional de Defensa Nro. 1 de La Plata y la Defensoría de Casación Bonaerense. Luego de meses de litigio, la Sra Mego accedió a internación hospitalaria y posteriormente a un arresto domiciliario. Paralelamente, se iniciaron actuaciones para investigar torturas durante su detención.

Atendiendo a estas circunstancias, es posible inferir que en virtud de la especial afectación de las personas con discapacidad privadas de su libertad, debe considerarse primordialmente la utilización de medidas alternativas a la prisión como forma de prevenir violaciones a derechos humanos. Esta posibilidad se encuentra expresamente prevista en nuestra legislación[16]. Ahora bien, considerando la práctica judicial y la reticencia a otorgar alternativas a la prisión, resulta urgente denunciar los agravamientos propios de la detención y garantizar el mayor disfrute de los derechos

[16] El artículo 10, inc. c., del Código Penal determina que los órganos judiciales podrán disponer el arresto domiciliario del "interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dentro del encierro. Ha de exigirse que los Estados tomen medidas para reducir al mínimo aquellas diferencias con la vida en libertad que menoscaben la dignidad humana de las personas detenidas.

Por consiguiente, el acceso a prestaciones previsionales y acciones afirmativas dirigidas a las personas con discapacidad, constituye una herramienta central para combatir tratos discriminatorios. La posibilidad de contar con ingresos económicos y cobertura social es una herramienta para combatir el agravamiento en las condiciones de detención, ya que permite solventar el coste adicional en insumos, medicamentos o material de apoyo, como también acceder a alimentación, vestimenta y elementos básicos que el Estado no provee.

VI. Privación de la libertad y derecho a la seguridad social. La pensión no contributiva por discapacidad bajo la óptica del principio de igualdad y no discriminación

a. El régimen de pensiones no contributivas

Tanto el Protocolo de San Salvador como el P.I.D.E.S.C., imponen obligaciones inmediatas en materia de protección social. En consecuencia, los Estados deben adoptar medidas, asegurar niveles mínimos indispensables y garantizar el acceso a sistemas o planes de seguridad social sin discriminación, especialmente para las personas y grupos marginados y desfavorecidos.[17]

En materia de seguridad social para personas con discapacidad, nuestro país cuenta con un régimen de pensiones no contributivas que las considera. En el año 1948 se sancio-

[17] Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Observación General Nro. 19, Ginebra, Suiza, 2007. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc (consultado el 02/05/2021)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nó la ley 13.478[18], que en su art. 9 crea la pensión por invalidez, mejor conocida como pensión por discapacidad[19]. Esta ley fue reglamentada varias décadas más tarde por el decreto 432/97[20], el cual determina que la pensión será dirigida a "personas sin suficientes recursos propios e imposibilitadas de trabajar". En consecuencia, la Administración Nacional de la Seguridad Social (A.N.S.E.S.) otorga este derecho a "personas que acrediten una disminución de 76% o más de la capacidad laboral y [se encuentren] (…) en situación de vulnerabilidad social."[21]

Sin embargo, para acceder a la pensión el art. 1 del Anexo I del decreto 432/97 impone una serie de requisitos, entre los que se incluye "no encontrarse detenido a disposición de la justicia" (inc. i). Esta exigencia constituye un exceso en la reglamentación del derecho, que desnaturaliza los fines del subsidio, al restringir de manera discriminatoria su acce-

---

[18] Ley de Suplemento variable sobre el haber de las Jubilaciones de Argentina, Ley N° 13.478. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/32032/texact.htm (consultado el 02/05/2021)

[19] He de advertir que el término "invalidez" resulta sumamente problemático y no es equivalente a discapacidad. El régimen de pensiones no contributivas se estructura sobre el modelo médico rehabilitador, en el cual la "pérdida en la capacidad laboral" constituye el presupuesto para acceder a la pensión. Bajo una matriz mercantilizante, se diferencia entre cuerpos "válidos" o "inválidos" para el mercado laboral. Quienes no se adecuan a la lógica productiva solo habrán de aspirar a un subsidio económico que no está pensado en clave de derechos humanos, sino de asistencialismo.
La realidad es que no existen cuerpos "inválidos" sino una lógica capacitista que excluye a un colectivo de personas del ejercicio de sus derechos, desconociendo la existencia de alternativas diversas de desarrollo y realización personal.
Habiendo hecho este comentario, aclaro que en este trabajo se utiliza el término "pensiones por discapacidad" sin desconocer que el régimen actual no abarca a la totalidad del colectivo y resulta contrario al modelo social.

[20] Decreto Reglamentario del artículo 9° de la Ley N° 13.478, para el otorgamiento de pensiones, a la vejez y por invalidez de Argentina. Decreto 432/97. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43325/norma.htm (consultado el 02/05/2021)

[21] Ver página web de A.N.S.E.S. Consultada el 02/05/2021. https://www.anses.gob.ar/pension-no-contributiva-por-invalidez

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

so para personas con discapacidad privadas de su libertad. Como veremos a continuación, el requisito deviene inconvencional e inconstitucional, debido a que se trata de una exclusión directamente basada en motivos prohibidos de discriminación ("categorías sospechosas"), que anula el reconocimiento, goce y ejercicio del derecho humano a la seguridad social de grupos en situación de vulnerabilidad estructural.

b. El principio de igualdad y no discriminación.

El diseño de políticas públicas exige una serie de lineamientos básicos e ineludibles, cuyo compromiso ha sido asumido por el Estado argentino mediante la incorporación de numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. En este marco, uno de los pilares fundamentales del sistema es el principio de igualdad y no discriminación, presente a lo largo del bloque de constitucionalidad.[22]

Tomando una visión contextualizada e histórica de la realidad social, es posible contemplar que la pertenencia a determinados grupos evidencia la existencia de diversos tratos o prácticas sociales dirigidos al mismo. En este sentido, el principio de igualdad ante la ley ha sido interpretado a través del principio de no discriminación, que proscribe la distinción en base a motivos prohibidos o "categorías sospechosas". De este modo, se presumen violatorias del principio de igualdad aquellas diferenciaciones que menoscaban, limitan o excluyen el acceso a derechos, en base a la pertenencia a determinados colectivos. Mediante esta herramienta, se busca impedir que las decisiones estatales (o en ocasiones

[22] Constitución Nacional (arts. 16, 37 y 75 incs. 2, 19, 22 y 23); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); entre otros

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de particulares) se efectúen en base a prejuicios y visiones estigmatizantes sobre ciertos grupos sociales.

Esta perspectiva ha de ser complementada con la noción "estructural"[23] de la igualdad, que además de proscribir la discriminación basada en "categorías sospechosas", busca visibilizar las situaciones de exclusión, segregación y sometimiento hacia estos grupos, en miras a tomar medidas concretas para combatir esta desigualdad (SABA, 2005). De este modo, reconoce que determinados colectivos se encuentran en desventaja respecto del ejercicio de sus derechos, ya sea por obstáculos formales o fácticos. En consecuencia, requieren la adopción de acciones afirmativas o "medidas de discriminación inversa" tendientes a equiparar su situación. [24]

c. La privación de libertad como "categoría sospechosa" de discriminación

En materia de seguridad social, la Observación General Nro. 19 del Comité D.E.S.C. insta a que los Estados presten especial atención a aquellos grupos y personas que históricamente han atravesado dificultades para su ejercicio, mencionando expresamente a las personas con discapacidad y las personas presas y detenidas (párr. 31 O.G. 19). A su vez, si bien reconoce que los D.E.S.C. habrán de desarrollarse progresivamente, entiende que los Estados deben cumplir obligaciones de efecto inmediato, entre las que se encuentra el garantizar el derecho a la seguridad social sin discriminación alguna (párr. 40 O.G. 19). En el marco de la obligación espe-

[23] Este concepto de "igualdad estructural" puede identificarse en casos de la Corte IDH como "González y otras ('Campo Algodonero') vs. México", así como también en la C.S.J.N. mediante el voto del Dr. Petracchi en "Gonzalez de Delgado, Cristina y otros c/ UNC".

[24] Este tratamiento estatal diferenciado ha sido receptado por el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, donde se encuentran mencionadas tanto las personas con discapacidad, como también los/as niños/as, las mujeres y los/as ancianos/as. Más allá de la enunciación, es necesario interpretar este principio de manera dinámica, admitiendo la inclusión de otros colectivos bajo desigualdad estructural, como es de las personas en contexto de encierro.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cífica de respetar, se exige la abstención de interferir directa o indirectamente en el ejercicio de este derecho, proscribiendo, por ejemplo, aquellas prácticas o actividades que denieguen o restrinjan el acceso igualitario (párr. 44 O.G. 19).

Tanto el "Protocolo de San Salvador", en su artículo 3, como el P.I.D.E.S.C., en su artículo 2.2, enumeran como motivos prohibidos de discriminación "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social". Al incorporar una referencia a "cualquier otra condición social", denotan que esta lista no es exhaustiva y que las "categorías sospechosas" constituyen un concepto dinámico e histórico, asociado a aquellos colectivos que padecen situación de discriminación sistemática. De este modo, no habrá de atenderse solo a los motivos expresos, sino también a los implícitos, incorporados en esta cláusula abarcativa. Es esta la interpretación del Comité D.E.S.C. en su Observación General Nro. 20, sobre no discriminación, siendo que en este documento enuncia como otros posibles motivos prohibidos a la "capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida" (párr. 27). Asimismo, la condición social de encontrarse detenido, se une en este caso con la de personas con discapacidad, generando vulneraciones particulares enmarcadas en una discriminación múltiple e interseccional.

Bajo estos lineamientos, la exigencia de "no encontrarse detenido a disposición de la justicia" para acceder a la pensión por discapacidad, resulta un requisito discriminatorio y abiertamente inconstitucional e inconvencional, que ha de analizarse mediante el escrutinio estricto propio de las "categorías sospechosas".

Ha de considerarse que el requisito aquí cuestionado, no constituye un caso aislado dentro de la legislación, sino que

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la discriminación contra las personas privadas de la libertad resulta sistemática. En términos formales, el requisito de no encontrarse detenido, no poseer condena o antecedentes penales, constituye un condicionante común para el acceso a derechos, principalmente laborales o de previsión social. Al referirse a las situaciones de discriminación sistemática, el Comité D.E.S.C. las ha descripto como omnipresentes y fuertemente arraigados en la sociedad, pudiendo consistir en "normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros" (párr. 12 O.G. 20).

Atendiendo a estas circunstancias, existe una presunción de inconsitucionalidad/inconvencionalidad sobre el decreto reglamentario de pensiones no contributivas, debido a que restringe el acceso a la seguridad social en función de la condición de detenido del titular del derecho, categoría "sospechosa" de discriminación. [25]

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Reyes Aguilera, D. c. Estado Nacional"[26] ha tenido oportunidad de analizar el requisito del Decreto 432/97, en lo atinente al requisito diferencial impuesto a habitantes extranjeros, quienes a diferencia de las personas nacionales, deben acreditar una residencia mínima continuada en el país de 20 años para acceder a la pensión por

[25] Al tomar como pauta una categoría considerada "sospechosa", el Estado Argentino tendría que demostrar una causa razonable y objetiva que justifique tal definición y sea proporcional con un fin sustancial. Este fin debe ser legítimo, compatible con el respeto por los Derechos Humanos y destinado a promover el bienestar general en un marco democrático (O.G. 20 Comité D.E.S.C.A.). Asimismo, deberá atenderse a la existencia de otras alternativas menos restrictivas que las impuestas por la regulación.

[26] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Reyes Aguilera, D. c. Estado Nacional", 4 de septiembre de 2007. Disponible en: https://www.escr-net.org/sites/default/files/Reyes_Aguilera_Inmigrante.pdf (consultado el 05/05/2021)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

discapacidad. Por decisión de mayoría, declaró la inconstitucionalidad del requisito referido. En el voto de Carmen Argibay y Enrique Petracchi se sostuvo que la norma prevé una distinción directamente contrapuesta con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional. Por consiguiente, sostuvieron que esta contradicción obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación, pesando sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad. Mediante esta premisa, entendieron que el juicio de razonabilidad habrá de ser guiado por un escrutinio estricto que implica la inversión en la carga de la prueba hacia el Estado.

Este precedente suma argumentos para sostener que el Decreto Reglamentario resulta inconstitucional, debido a que establece condiciones discriminatorias para el acceso a pensiones por discapacidad. Así como la condición migratoria configuró un motivo prohibido de discriminación que motivó el pronunciamiento de la Corte Suprema, el hecho de encontrarse detenido a disposición de la justicia debe incluirse también dentro de estas categorías sospechosas.

VII. La denegación de prestaciones sociales: un agravamiento en las condiciones de detención

En un reciente fallo emitido en febrero de 2020[27], la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo oportunidad de pronunciarse respecto al derecho a la seguridad social de las personas detenidas. A partir de una acción de habeas corpus impulsada por la Procuración Penitenciaria y la Defensoría Oficial de la Nación, se reclamó el pago de asignaciones fa-

[27] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ habeas corpus", 11 de febrero de 2020. Disponible en: https://www.cij.gov.ar/nota-36655-La-Corte-Suprema-resolvi--que-las-mujeres-privadas-de-su-libertad-tienen-derecho-a-percibir-asignaciones-familiares-por-hijo-y-por-embarazo.html (consultado el 02/05/2021)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

miliares por hijo y por embarazo (Ley 24.714) a las mujeres detenidas en la Unidad 31 del S.P.F. Esta pretensión fue rechazada en primera instancia por la justicia federal de La Plata, lo cual abrió la vía recursiva hacia la Cámara Federal de Casación. El tribunal de alzada admitió el reclamo y ordenó el pago de las prestaciones previsionales, considerando que su denegación se trataba de un agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención. La decisión fue recurrida por la ANSeS y el caso llegó a la Corte Suprema, que desestimó la queja presentada y dejó firme la decisión de la Cámara.

Mediante decisión unánime, la C.S.J.N. ratificó la vía de habeas corpus como "un medio legal adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en las prisiones y para solucionar situaciones injustas que allí se planteen" (consid. 7). Remarcó también que "el ingreso a una prisión no despoja a la persona de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional, de modo que toda situación de privación de la libertad impone al juez o funcionario que la autorice el deber de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos del detenido no afectados por la medida de que se trate" (consid. 8)[28]. Al finalizar sus considerandos, fue determinante al señalar que la denegatoria de las asignaciones familiares, constituyó un agravamiento ilegítimo en la forma y condiciones de detención, puesto que empeoró el estado de las mujeres madres en el encierro, con desconocimiento de su condición y la de sus hijos/as. Para concluir ello, recordó que "las normas y principalmente las que integran el bloque de constitucionalidad establecen, como uno de los estándares mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, el principio de

[28] A su vez, destacó que el derecho a la seguridad social tiene carácter integral e irrenunciable y se encuentra consagrado tanto en la Constitución Nacional (art. 14 bis), como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no discriminación y la protección prioritaria a ciertos grupos mayormente vulnerables." (consid. 16).

Al igual que las mujeres madres detenidas, las personas con discapacidad resultan un colectivo particularmente expuesto a discriminación y violencias adicionales en el encierro. De este modo, las consideraciones del máximo Tribunal resultan aplicables para sostener la inconstitucionalidad que aquellas normas o prácticas estatales que privan a las personas detenidas de su derecho a la seguridad social. Al igual que la denegación del pago de asignaciones familiares, la imposición de requisitos discriminatorios en la pensión por discapacidad, constituye un agravamiento en las condiciones de detención.

Así lo ha entendido la Cámara Federal de Casación Penal en el precedente "B.M.A.L. s/habeas corpus"[29]. El Sr. B. era una persona con discapacidad cuya pensión por discapacidad fue suspendida al momento de su detención, con fundamento en el Decreto 432/97, art. 19, inc. "e". Frente a esta circunstancia, su defensa interpuso acción de hábeas corpus ante el Juzgado Federal de Necochea, planteando la inconstitucionalidad de la norma y requiriendo el restablecimiento del derecho afectado. Como fundamento, sostuvo que la interrupción del pago implicó una afectación en su calidad de vida dentro del lugar de detención, así como también a su dignidad y al proceso de resocialización. Asimismo, al considerar que la pensión había sido oportunamente otorgada, destacó que su interrupción implicó una afrenta a su derecho a la propiedad. Finalmente, esgrimió que el decreto reglamentario resultaba inconstitucional, al tratarse de una norma de jerarquía inferior que excluye del

[29] Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, B., M.A.L. s/recurso de casación. Reg. N°780/16. 12 de mayo de 2016

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

goce al derecho humano a la seguridad social, el cual tiene jerarquía constitucional.

A pesar de sus argumentos, el Juzgado desestimó *in limine* la vía intentada, considerando que no se encontraba configurado agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención, debido a que el derecho a la pensión había sido suspendido en cumplimiento de una ley nacional vigente. Esta decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, lo que motivó la interposición de recurso de casación por parte de la defensa del Sr. B.M.A.L.

En una decisión tomada por mayoría de votos, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, hizo lugar al planteo del recurrente y anuló la resolución impugnada. Al resolver el recurso, la Cámara de Casación entendió que el rechazo *in limine* del hábeas corpus no fue ajustado a derecho, al tratarse de la vía idónea para la corrección de situaciones que afectan las condiciones de ejecución del encierro. En ese marco, comprendió que las vulneraciones al derecho al trabajo y la seguridad social, resultan susceptibles de ser reclamadas mediante tal remedio judicial. Por consiguiente, anuló el resolutorio recurrido y devolvió las actuaciones al Juzgado de origen. Finalmente, el *a quo* declaró la inconstitucionalidad del decreto 432/97, capítulo 7, art. 19, inc. "e" y ordenó el restablecimiento inmediato del pago de la pensión por discapacidad.

VIII. Conclusiones

Privar a las personas con discapacidad de las herramientas de protección social, configura un acto discriminatorio que las coloca en una posición aún más desventajosa que la del resto de la población. En el caso de las personas con discapacidad privadas de la libertad, a los gastos adi-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cionales y obstáculos sociales que atraviesan en el medio libre, se suman las vulneraciones de derechos propias de los contextos de encierro.

Bajo este panorama, la seguridad social deviene fundamental no solo para garantizar la satisfacción de necesidades dentro de los establecimientos penitenciarios, sino para combatir los especiales obstáculos que atraviesa el colectivo y contribuir al ejercicio de una vida digna y autónoma. Por estas razones, cabe también desestimar –tal como hizo la Corte en "Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ hábeas corpus" - aquellos argumentos que sostienen que las prestaciones de la pensión por discapacidad quedarían cubiertas mediante la satisfacción de necesidades básicas por parte del establecimiento donde se cumple la detención.[30]

En conclusión, la pensión por discapacidad constituye un derecho que parte del reconocimiento de una situación estructural y sostenida de desigualdad. Se trata de una prerrogativa inalienable, cuyo ejercicio debe ser garantizado en todo ámbito y a lo largo del tiempo. El decreto 432/97 conspira contra esta posibilidad y afecta de manera discriminatoria el ejercicio del derecho a la seguridad social, así como también derechos a la vida digna social, salud, propiedad, entre otros. La privación de pensiones para las personas con discapacidad detenidas, constituye un agravamiento ilegítimo en sus condiciones de detención, fundado en una norma

[30] El ingreso compulsivo en un establecimiento de detención no constituye óbice para el pago de la pensión, máxime cuando estos sitios no garantizan condiciones mínimas, siendo una realidad que las personas detenidas y sus familiares, costean aspectos fundamentales como alimentación, vestimenta y medicamentos. No obstante, aún si el Estado proveyese estos elementos, no cabría asimilarlos a un bien, ingreso o recurso que sustituya la pensión, sino más bien a un deber básico de la administración. Asimismo, cabe señalar que la condición de detenido no abarca exclusivamente a las personas en establecimientos de encierro, sino también a quienes se encuentran privados de su libertad de manera domiciliaria o mediante otras medidas alternativas, donde claramente el Estado no se encarga de su alojamiento.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

abiertamente inconstitucional. Por consiguiente, hasta tanto el Estado ajuste su legislación a un enfoque de derechos humanos, habrá que atacar la inconstitucionalidad de la norma y solicitar el cumplimiento de las prestaciones a través de acciones de habeas corpus.

Bibliografía y normativa consultadas

Decreto Reglamentario del artículo 9° de la Ley N° 13.478, para el otorgamiento de pensiones, a la vejez y por invalidez de Argentina. Decreto 432/97. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43325/norma.htm (consultado el 02/05/2021)

COLLINS, Patrcia Hill (2000). *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*. Nueva York, Estados Unidos: Routledge.

Constitución de la Nación Argentina. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm (consultado el 02/05/2021)

CPM, Comisión Provincial por la Memoria (2020), Informe anual 2020: el sistema de la crueldad XIII: sobre lugares de encierro, políticas de seguridad y niñez en la provincia de Buenos Aires, La Plata, Argentina: Comisión Provincial por la Memoria. Disponible en: https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/informe2020/InformeAnual2020.pdf (consultado el 15/05/2021)

CRENSHAW, Kimberlé (1989). *"Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics".* University of Chicago Legal Forum, 1989. Disponible en https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf (consultado el 02/05/2021)

GRISOLIA, Julio Armando (2012). *Manual de Derecho Laboral,* p.1101, Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ley de Suplemento variable sobre el haber de las Jubilaciones de Argentina, Ley N° 13.478. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/32032/texact.htm (consultado el 02/05/2021)

MCRUER, Robert (2013) "Compulsory Able-Bodiedness and Queer/Disabled Existence", en DAVIS , L. (comp.) *The Disability Studies Reader*, cuarta edición, pp. 369-278. Nueva York: Routledge.

Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Francia, 1948. Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights (consultado el 02/05/2021)

Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, Estados Unidos, 1966. Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx (consultado el 02/05/2021)

Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Observación General Nro. 19, Ginebra, Suiza, 2007. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc (consultado el 02/05/2021)

Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, Estados Unidos, 2006. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf (consultado el 02/05/2021)

Organización de las Naciones Unidas, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condicion de vulnerabilidad, Brasilia, Brasil, 2008. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf (consultado el 02/05/2021)

Organización de las Naciones Unidas, Informe A/64/215 del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York, Estados

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Unidos, 2009. Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/64/215 (consultado el 02/05/2021)

Organización de las Naciones Unidas, Informe A/70/297 del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, Estados Unidos, 2015.

Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (consultado el 02/05/2021)

Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos En Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador", San Salvador, El Salvador, 1988. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html (consultado el 02/05/2021).

PPN, Procuración Penitenciaria de La Nación (2020) Informe Anual 2019: la situación de los Derechos Humanos en las cárceles Federales de la Argentina . Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2019.pdf (consultado el 13 de julio de 2021)

Registro Nacional de casos de Tortura (2020). Comisión Provincial por la Memoria, Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos, Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe anual 2019, Argentina. Disponible en: https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/rnct-anuales/Informe-Anual-RNCT-2019.pdf (consultado el 02/05/2021)

SABA, Roberto (2005). "(Des) igualdad estructural", en *Revista Derecho y Humanidades* Nro 11, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

SEDA, Juan Antonio (2017).*Discapacidad y derechos: impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Editorial Jusbaires.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SECCIÓN INVESTIGACIONES

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Arte de portada:
Marcelo Javier Mosqueira

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tasas de interés y derechos humanos: Ajustando las primas de riesgo[1]

Interest rates and human rights: Adjusting risk premiums

Oliver Pahnecke[2] y Juan Pablo Bohoslavsky[3]
Universidad Middlesex de Londres - Universidad Nacional de Río Negro

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e542
Recibido: 01/08/2021
Aprobado: 03 /09/2021

https://orcid.org/0000-0003-0590-8846
https://orcid.org/0000-0002-7059-281X

Resumen: El presente artículo propone una innovadora interpretación basada en los derechos humanos, en la que las tasas de interés y las primas de riesgo aplicadas en préstamos públicos y privados, puedan ser ajustadas luego de cumplirse el pago completo del capital.

[1] Los autores agradecen por los comentarios recibidos a los borradores de este artículo a Daniel Bradlow, Manuel Gonzalo Casas, David Kinley, Bruce Porter, Mihai Selegean y Balázs D. Tóth. El gráfico fue realizado por Johannes Hofer. Este artículo fue publicado en 2021 por el *Yale Journal of International Law*, al que se se agradece la autorización para publicar esta versión en español. Este texto actualiza y amplía la versión en inglés. También los autores reconocen y agradecen el trabajo realizado por las traductoras María Rato y Dolores Pozo.

[2] El autor es doctorando de la Universidad Middlesex de Londres, en donde realiza trabajos de investigación en materia de deuda soberana y derechos humanos.

[3] Investigador de Conicet - Universidad Nacional de Río Negro. El autor fue Experto Independiente de las Naciones Unidas en materia de deuda y derechos humanos entre 2014 y 2020.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La/os prestataria/os de riesgo pagan más por el mismo préstamo que la/os clienta/es de bajo riesgo debido a las tasas de interés ponderadas por riesgo, las cuales encuentran su justificación en la ausencia o calidad de las garantías reales. Mientras esta perspectiva trata como intercambiables a las garantías reales y a las primas de riesgo, es sólo la garantía real la que se reembolsa una vez culminado el contrato, no así la prima de riesgo. La práctica de cobrar una prima de riesgo además de la tasa preferencial se encuentra justificada legalmente, debido a que sirve como protección de la propiedad del/de la prestamista en un contexto de riesgo, al acelerar la devolución del capital.

Sin embargo, este artículo argumenta que la diferencia de precio pierde su justificación económica y legal una vez cumplido el propósito de la prima de riesgo de asegurar el pago del capital. Mas aún, la prima de riesgo se convierte en una forma de discriminación económica, ya que injustificadamente impone una mayor carga sobre la/os clienta/es de riesgo por sobre la/os clienta/es de bajo riesgo. Además, este artículo demuestra que dicha prima de riesgo no puede considerarse una mera compensación que un/a prestatario/a de riesgo debe pagar por el incremento del riesgo del/de la prestamista. Según esta interpretación, ajustar la tasa de interés y la prima de riesgo una vez cumplido el pago completo del capital es un requerimiento legal, ya que evita dicha forma de discriminación al asegurarse el mismo tratamiento a toda/os la/os prestataria/os. Este razonamiento encuentra sus fundamentos en el derecho contractual, el derecho internacional de los derechos humanos y en las regulaciones financieras internacionales. Más aún, este enfoque podría liberar recursos dentro del actual y dramático contexto sufrido a causa del Covid-19, en donde el espacio fiscal y los ingresos de los hogares deben ser destinados a salvar vidas y a garantizar la satisfacción de derechos económicos y sociales básicos.

Palabras clave: Tasas de interés - Prima de riesgo – Deuda – Discriminación - Derechos Humanos - Desigualdad.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Abstract: This Article proposes an innovative and human rights-based interpretation of interest rates applied to public and private loans where interest rate and risk premium are adjusted after the full payment of the principal.

Risky borrowers pay more for the same loan than low-risk clients due to risk-weighted interest rates that are based on the absence or the quality of collateral. While this approach treats collateral and risk premium as exchangeable, it is only the collateral that is returned at the end of the contract; the risk premium is not. The practice of charging a risk premium on top of the prime rate is legally justified since it serves as a protection of the lender's property in a riskier environment by accelerating the return of the principal.

But the Article argues that the price difference loses its economic and legal justification once the risk premium has fulfilled its purpose of ensuring the payment of the principal. Beyond that point, the risk premium becomes a form of discrimination based on economic status because it unjustifiably imposes a greater burden on risky clients than on low-risk clients. Additionally, the Article demonstrates that this risk premium cannot be a mere compensation that a risky borrower must pay for the lender's increased risk. Under this interpretation, adjusting the interest rate and the risk premium after the full payment of the principal is legally required because it prevents discrimination by securing the equal treatment of all borrowers once they have paid the principal. This argument is based on contract law, international human rights law, and international financial regulations. Furthermore, this approach would free resources in the current dramatic Covid-19 context where fiscal space and household incomes must be devoted to save lives and ensure that basic economic and social rights are realized.

Keywords: Interest rates - Risk premium – Debt – Discrimination - Human Rights - Inequality

---

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Introducción. La necesidad de un sistema de tasas de interés basado en derechos humanos

La pandemia ocasionada por el Covid-19 golpeó en un momento en el que el endeudamiento global de los hogares, de los Estados, y de los sectores corporativos había alcanzado un máximo histórico (finales de año 2018) y cuando, según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), incluso mayores desafíos económicos han de esperarse debido a las dificultades para el reembolso de la deuda.[4] Esto genera especial preocupación en los países en desarrollo, los cuales deben pagar una deuda total que en promedio se traduce en casi el doble de su PBI.[5] Dicha deuda le pertenece a una variedad de acreedores, incluyendo inversores institucionales.[6]Una creciente literatura ha comprobado que la dimensión y las condiciones contractuales tanto de las deudas públicas como privadas se encuentran estrechamente ligadas a la realización de los derechos humanos.[7] La explosión sin precedentes de deuda privada[8]

---

[4] *The Coronavirus Shock: A Story of Another Crisis Foretold and What Policymakers Should Be Doing About It*, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (9 de marzo de 2020), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gds_tdr2019_update_coronavirus.pdf.

[5] "En 2018, la deuda total (privada, pública, interna y externa) de los países en vías de desarrollo alcanzó el 191% de su PBI combinado, el nivel más alto registrado". UNCTAD, *supra* nota 1, en 5.

[6] *The Risky Interconnectedness Between Investment Funds and Developing Country Debt*, Cent. for Rsch. on Multinational Corps. (Oct. 2019), https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2019/10/Interconnectivity.pdf.

[7] *V. p.ej.*, Cristiano Perugini, Jens Hölscher & Simon Collie, *Inequality, Credit and Financial Crises*, 40 Cambridge J. Econ., 227 (2016); Rémi Bazillier & Jérôme Hericourt, *The Circular Relationship Between Inequality, Leverage, and Financial Crisis*, (Laboratoire d'Économie d'Orleans, Working Paper No. 1968, 2015); Gail Hurley, *Sovereign Debt and the Right to Development*, en *Sovereign Debt and Human Rights*, 248, 248-266 (Ilias Bantekas & Cephas Lumina eds., 2018).

[8] *Trade and Development Report 2019: Financing a Global Green New Deal*, UNCTAD (2019), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tdr2019_en.pdf.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ha sido vinculada con la vasta inequidad, con la inestabilidad macroeconómica, y con las crisis financieras, en donde millones de endeudada/os caen en una trampa de deuda, poniendo en riesgo sus derechos humanos.[9] Este fenómeno puede observarse, particularmente, en deudas relacionadas a microcréditos, salud, educación y vivienda. Se encuentran bien documentadas las implicaciones adversas en materia de derechos humanos del sobreendeudamiento, de los términos contractuales abusivos y de las prácticas de cobro, así como de la criminalización de los deudores.[10]Dentro del contexto de la crisis ocasionada por el Covid-19, la consecuente recesión económica ha dejado a muchas personas sin más alternativa que recurrir a contraer deuda con el objeto de satisfacer derechos y necesidades básicas. No sorprende que en muchos países se haya suspendido legalmente el reembolso de la deuda privada para las personas incapaces de hacer frente a la crisis sanitaria pública, mediante instrumentos como moratorias en el pago de hipotecas y suspendiendo temporalmente los desalojos.

Asimismo, las vulnerabilidades de la deuda soberana[11] y las políticas económicas y fiscales regresivas (tales como

---

[9] Juan Pablo Bohoslavsky, *The Explosion of Household Debt: Curse or Blessing for Human Rights?*, 43 Human Rights Quarterly, 1 (2021).

[10] *V.* Aspen Institute Expanding Prosperity Impact Collaborative, "Consumer Debt: A Primer" (2018), Milford Bateman, Stephanie Blankenburg y Richard Kozul-Wright, *The Rise and Fall of Global Microcredit: Development, Debt and Disillution*, Routledge, 2018; David Bank & Jenny Griffin, *Financing Out-of-Pocket Medical Debt and Keeping Bill Collectors at Bay*, Aspen Inst. (5 de febrero de 2015), https://www.aspeninstitute.org/blog-posts/financing-out-pocket-medical-debt-and-keeping-bill-collectors; Susanne Soederberg, *Subprime Housing Goes South: Constructing Securitized Mortgages for the Poor in Mexico,* 47 Antipode 481 (2014); *Human Rights Impact of Unsecured Lending and Debt Collection Practices in South Africa*, S. Afr. Human Rights Comm. (Mar. 2017), https://www.sahrc.org.za/home/21/files/SAHRC%20BHR%20RA%203%20-v3.pdf.

[11] Juan Pablo Bohoslavsky (Experto Independiente), *Report of the Independent Expert on the Effects of Foreign Debt and Other Related International Financial Obligations of States on the Full Enjoyment of All Human Rights, Particularly Economic, Social and Cultural Rights*, U.N. DOC. A/70/275 (4 de agosto de 2015).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la austeridad, la consolidación fiscal y la privatización de los servicios públicos)[12] generalmente implementadas para asegurar el reembolso completo de la deuda, violan derechos humanos de manera frecuentemente, en particular los económicos y sociales de los grupos más vulnerables.[13] Mientras los casos más resonantes en materia de crisis y deuda soberana,[14] como el de Grecia, captaban casi toda la atención, se esperaba que medidas de ajuste económico y fiscal impactaran en 130 países en 2021, y eso con anterioridad a la crisis por Covid-19.[15]La mayoría de los gobiernos han implementado políticas expansionistas con el fin de hacer frente a los desafíos sanitarios, sociales y económicos más inmediatos, que son consecuencia de pandemia por Covid-19. Frecuentemente, los déficits fiscales y un mayor endeudamiento van de la mano con una lenta y dolorosa recuperación. Instituciones financieras internacionales se encuentran actualmente otorgando préstamos multimillonarios en dólares a sus clientea/s[16] y (aún) diseñando programas de alivio de deuda para

[12] Juan Pablo Bohoslavsky (Experto Independiente), *Impact of Economic Reforms and Austerity Measures on Women's Human Rights,* U.N. DOC. A/73/179 (18 de julio de 2018); Juan Pablo Bohoslavsky, *Complicity of International Financial Institutions in Violation of Human Rights in the Context of Economic Reforms*, 52 Columbia Human Rights Law Review, 203 (2020).

[13] *V. Sovereign Debt and Human Rights* (Ilias Bantekas & Cephas Lumina eds., 2018); *Making Sovereign Financing and Human Rights Work* (Juan Pablo Bohoslavsky & Jernej Černič eds., 2014); *Economic and Social Rights After the Global Financial Crisis* (Aoife Nola ed., 2014); *Special Edition on Sovereign Debt*, Yale J. Int'l L., Vol. 41 (2016), http://www.yjil.yale.edu/volume-41-special-edition.

[14] Juan Pablo Bohoslavsky (Experto Independiente), *Mission Report to Greece*, U.N. DOC. A/HRC/31/60/Add.2 (29 de febrero 2016), https://socialprotection-humanrights.org/resource/foreign-debt-human-rights-ahrc3160add-2-mission-greece.

[15] Isabel Ortiz & Matthew Cummins, *Austerity: The New Normal – A Renewed Washington Consensus 2010-24* (Initiative for Policy Dialogue et al., Working Paper 2019), http://policydialogue.org/files/publications/papers/Austerity-the-New-Normal-Ortiz-Cummins-6-Oct-2019.pdf.

[16] *Funding Mechanisms for COVID-19 Response*, United Nations Dept. of Econ. And Soc. Aff. (Abril 2020), https://www.un.org.development.desa.financing/files/2020-05/ Mapping%20of%20COVID-19%20Response.pdf.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sus miembros más pobres.[17] Sin embargo, estas instituciones enviaron prontamente (incluso durante la pandemia) claras señales de que una vez superada esta emergencia, la disciplina fiscal y las opciones pro mercado continuarán siendo prioritarias.[18] Como los Estados están obligados a proteger no sólo a las economías sino que también el cumplimiento de todos los derechos humanos durante tiempos de pandemia,[19] éstos tienen el deber de demostrar que se han realizado todos los esfuerzos posibles para movilizar todos los recursos disponibles, aún en tiempos de crisis económica. En concreto, los Estados deben generar, destinar adecuadamente, y aprovechar al máximo sus recursos disponibles para actuar lo más expeditiva y eficazmente posible en pos de lograr el total cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales[20]Una manera de movilizar recursos eficazmente es a través de políticas y regulaciones sustentadas en los derechos humanos, dentro de las que se incluye una nueva interpretación jurídica de tasas de interés aplicadas a la deuda, tal como se propone en este artículo. En épocas de pandemia, en donde el espacio fiscal y los ingresos de los

---

[17] *IMF Executive Board Approves Immediate Debt Relief for 25 Countries*, IMF (13 de abril de 2020), https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/04/13/pr20151-imf-executive-board-approves-immediate-debt-relief-for-25-countries.

[18] *Fiscal Monitor Report*, IMF (Abr. 2020), https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/06/fiscal-monitor-april-2020; David Malpass, *Remarks by World Bank Group President on G20 Finance Ministers Conference Call on COVID-19* (23 de marzo de 2020), https://www.worldbank.org/en/news/speech/2020/03/23/remarks-by-world-bank-group-president-david-malpass-on-g20-finance-ministers-conference-call-on-covid-19; *Over 500 Organisations and Academics Around the World Call on IMF to Stop Promoting Austerity in the Coronavirus Recovery Period*, Int. Trade Union Confederation (6 de octubre de 2020), https://www.ituc-csi.org/imf-stop-austerity?lang=en.

[19] Juan Pablo Bohoslavsky, *COVID-19 Economy vs Human Rights: A Misleading Dichotomy*, 22 Health and Human Rights Journal, 383 (2020).

[20] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights art. 2, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 3 (1990) on the nature of States parties' obligations, ¶¶ 9–12; and general comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, ¶ 23.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

hogares tienen que ser destinados principalmente a salvar vidas y a asegurarse el cumplimiento de derechos económicos y sociales básicos, se requieren más que nunca interpretaciones innovadoras que encuentren su fundamento en los derechos humanos. Resulta además necesario aplicar medidas para reducir la desconexión entre el sector financiero, con sus continuas ganancias, y la economía real, la cual se encuentra paralizada en casi todo el planeta.

Luego de un proceso participativo de dos años, que contó con la contribución activa de Estados, instituciones financieras internacionales, organizaciones internacionales, académica/os y experta/os, sindicatos, sociedades civil, e instituciones nacionales de derechos humanos;[21] el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó en marzo del 2019 los Principios Rectores sobre las Evaluaciones de los Efectos de las Reformas Económicas en los Derechos Humanos ("Principios Rectores").[22] Los Principios Rectores determinan que se debe establecer por ley un régimen de formación de tasas de interés, transparente y sujeto a debate democrático. Tanto las normas monetarias y fiscales como las regulaciones financieras deben estar bien coordinadas y ser consistentes con otras políticas con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. Los Estados deberían valerse de una combinación de herramientas para asegurar la adecuada regulación del mercado financiero mundial e interno, para contener el aumento crediticio excesivo. Dicha combinación debería incluir una regulación prudencial, un análisis de sostenibilidad de la deuda, y controles de capital. Partiendo de la premisa de que el objetivo del sistema financiero es también ser una herramienta

[21] Las contribuciones presentadas están disponibles en:https://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/IEDebt/Pages/DebtAndimpactassessments.aspx.

[22] *Guiding Principles on Human Rights Impact Assessments of Economic Reforms,* ONU DOC. A/HRC/40/57 (19 de diciembre de 2019); Consejo de Derechos Humanos Res. A/HRC/40/8 (4 de mayo de 2019), https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/40/8.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

necesaria para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos, y no simplemente un fin en sí mismo,[23] el presente artículo sostiene que las primas de riesgo– las cuales componen una tasa de interés que se supone contrarresta el riesgo de incumplimiento de un/a potencial prestatario/a– aplicadas en préstamos públicos y privados deben ser reinterpretadas de acuerdo con su verdadera función económica, y con el principio jurídico intrínseco de prohibición de discriminación. Este abordaje determina las implicaciones operativas de los Principios Rectores sobre las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas[24] en los derechos humanos, ya que recomiendan específicamente evaluar políticas económicas y derechos humanos en el contexto de crisis derivado del Covid-19.[25]

Lo/as prestatario/as de riesgo pagan más por el mismo préstamo que lo/as cliente/as de bajo riesgo, debido, precisamente, a las tasas de interés ponderadas por riesgo. La ponderación por riesgo significa que una tasa de interés consista, por un lado, en una tasa preferencial ofrecida sólo al/a la cliente/a ideal, y por el otro, de manera adicional, una prima que dependa del riesgo que cualquier otro/a cliente/a represente para el cumplimiento del contrato del préstamo.

---

[23] *V. en general* David Kinley, *Necessary Evil. How to Fix Finance by Saving Human Rights*, Oxford University Press, 3 (2018).

[24] Sobre la implementación de estos Principios Rectores véase Aoife Nolan & Juan Pablo Bohoslavsky, "Human Rights and Economic Policy Reforms", 24 Int. Journal of Human Rights, 1247 (2020), y otras contribuciones dentro del mismo Número Especial sobre este tema.

[25] En mayo de 2020, la European Network of National Human Rights Institutions emitió un documento recomendando el uso de Principios Rectores para evaluar las medidas de recuperación a los fines de ayudar a proteger a las personas contra la discriminación y la desigualdad existente que se profundiza, *ver The EU Must Put Economic and Social Rights at the Heart of Its Economic Response to COVID-19,* ENNHRI (6 de mayo de 2020), http://ennhri.org/statement-covid-19-esr. The *Business and Human Rights: Inter-American Standards* emitido en 2019 por el la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, también consultar los Principios Rectores como marco legal relevante, *véase* http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Dichas primas de riesgo son ubicuas y encuentran su origen en el trabajo del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ("Comité de Basilea").

El Comité Basilea fue conformado en medio de un turbulento contexto en los mercados financieros nacionales, a mediados de los años 70.[26] Dicho Comité recomendaba ayudas para la cooperación entre las autoridades de supervisión entre los países de origen, de donde proviene la entidad financiera, y los países de acogida, en los que dicha entidad opera mediante subsidiarias.[27] Además, el Comité ha establecido estándares internacionales para la regulación bancaria, dentro de los cuales se destacan sus acuerdos sobre la adecuación de capital, y que en conjunto se denominan Acuerdos de Basilea.[28]

La crisis de deuda en América Latina a comienzos de 1980 incrementó el riesgo internacional mientras coeficientes de capital de importantes bancos internacionales se deterioraban. Para detener la erosión de capital, el Comité de Basilea decidió trabajar en un "enfoque ponderado para la medición de riesgo, tanto dentro como fuera de los balances de los bancos".[29] Este trabajo dio origen al Acuerdo de Cap-

[26] *History of the Basel Committee,* Bank of International Settlements,https://www.bis.org/bcbs/history.htm ("A finales de 1974, a raíz de graves perturbaciones en los mercados internacionales de divisas y bancarios (en particular, la quiebra del Banco Herstatt en Alemania Occidental" los Bancos Centrales de los países del Grupo de los Diez (G10) establecieron el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea" para fortalecer la estabilidad financiera mediante la mejora en la calidad de supervisión bancaria en todo el mundo, y para que actúe como un foro en la cooperación regular entre los países miembros en materia de supervisión bancaria.").

[27] *Report to the Governors on the Supervision of Banks' Foreign Establishments,* Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices, https://www.bis.org/publ/bcbs00a.pdf.

[28] BIS, *History, supra* nota 23.

[29] *Id.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ital de Basilea de 1988, también conocido como Basilea I,[30] cuyo fin era fortalecer la estabilidad del sistema bancario internacional al reducir el riesgo crediticio y eliminar una fuente de desigualdad competitiva, derivada de diferencias en los requisitos de capital nacional.[31] Respecto de la medición de riesgo, el Comité le otorga prioridad al coeficiente ponderado por riesgo antes que a otros enfoques, debido a que supone una comparación internacional de riesgos más justa.[32] El Acuerdo de Basilea I afirma que "…el principal riesgo para la mayoría de los bancos es el *riesgo crediticio*", lo que significa el incumplimiento de la contraparte.[33]

Como resultado del trabajo del Comité de Basilea, la ponderación de riesgo crediticio ha pasado a ser parte de la estructura de supervisión bancaria internacional por más de tres décadas. En cumplimiento con los Acuerdos de Basilea, las economías más importantes, y la mayoría de las jurisdicciones que con ellas se relacionan, utilizan la ponderación de riesgo para fijar las tasas de interés.[34] Los Acuerdos de Basilea se implementan en los Estados miembro del G20 [35] y, en la actualidad, el Comité de Basilea cuenta con 45 instituciones de 28 jurisdicciones, que consisten en bancos centrales y reguladores nacionales de la industria bancaria.[36] El

---

[30] *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, Basel Committee on Banking Supervision (Julio 1988), https://www.bis.org/publ/bcbs04a.pdf.

[31] BIS, *History, supra* nota 23.

[32] Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, *supra* nota 27 en 8.

[33] *Id.* en 8-9.

[34] Una versión actualizada del Marco de Basilea y los requisitos de capital basados en el riesgo también están disponibles a través del Banco de Pagos Internacionales. *The Basel Framework,* BANK FOR INT'L SETTLEMENTS, https://www.bis.org/basel_framework/index.htm.

[35] *Implementation and Effects of the G20 Financial Regulatory Reforms: Fifth Annual Report,* FIN. Stability Board, https://www.fsb.org/2019/10/implementation-and-effects-of-the-g20-financial-regulatory-reforms-fifth-annual-report/#dashboard.

[36] *Basel Committee Membership*, BIS, https://www.bis.org/bcbs/membership.htm.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comité "espera una total implementación de sus estándares por parte de sus jurisdicciones miembro y sus bancos con actividad internacional" y supervisa el cumplimiento de los estándares de Basilea para asegurar una competencia internacional justa entre los bancos.[37] Para demostrar la ubicuidad de los Acuerdos dentro del sector bancario, el informe de monitoreo del año 2019 del Comité de Basilea, Basilea III, incluye información de 257 significativos bancos, 29 de los cuales han sido catalogados como bancos de importancia sistemática mundial (G-SIBs, por sus siglas en inglés).[38] Por su parte, las tasas de interés ponderadas por riesgo han ganado presencia en la era de Basilea. Dentro de los Estados Unidos, fijar el precio en base al riesgo, compuesto por una tasa preferencial y una prima de riesgo que dependiera del perfil de riesgo del/de la deudor/a, constituía una práctica habitual ya antes del año 2000.[39] En Austria, por ejemplo, la ponderación por riesgo se ha convertido un requerimiento legal desde 1993, aunque ya se practicaba dentro del sector con anterioridad a dicho año.[40]

Junto con el igualmente difundido principio de interés compuesto, la ponderación por riesgo de las tasas de interés ha conducido a un cuantioso aumento respecto de las obligaciones financieras de aquello/as cliente/as con mayor riesgo, lo cual deriva en obvias implicaciones adversas

---

[37] *Policy Development and Implementation Review,* BIS (14 de abril de 2018), https://www.bis.org/bcbs/review_process.htm. A su vez, se dispone de información de supervisión adicional sobre la aplicación de las normas de Basilea III por el Consejo de Estabilidad Financiera. *Basel III – Implementation,* FIN. Stability Board, https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/implementation-monitoring/monitoring-of-priority-areas/basel-iii.

[38] *Basel III Monitoring Report,* BIS, https://www.bis.org/bcbs/publ/d477.htm.

[39] Matthew D. Diette, *How Do Lenders Set Interest Rates on Loans A Discussion of the Concepts Lenders Use to Determine Interest Rates,* Fed. Reserve Bank of Minneapolis (1 de noviembre de 2000), https://www.minneapolisfed.org/article/2000/how-do-lenders-set-interest-rates-on-loans.

[40] Correo electrónico del Banco Nacional de Austria a los autores (23 de junio de 2020) (en los archivos de los autores).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para la estabilidad financiera, el crecimiento económico y la realización de los derechos humanos. Mientras este enfoque trata como intercambiables a las garantías reales y a las primas de riesgo,[41] es sólo la garantía real la que se reembolsa una vez culminado el contrato. Esto conlleva a que se determinen diferentes precios basados en primas de riesgo y se abre así un interrogante: ¿Debería ser jurídicamente admisible cobrarles diferentes precios a la/os clienta/es por el mismo producto cuando lo único que los diferencia entre sí es el volumen de sus propiedades? El/la prestamista deberá tener en cuenta múltiples factores al momento de evaluar los riesgos, pero es más importante, por lejos, el riesgo de incumplimiento esperado. Si la garantía real logra reducir el riesgo de incumplimiento a casi cero, se puede esperar una correlativa reducción en el costo del préstamo. Pero los Acuerdos de Basilea incrementan el costo (o convierten en inaccesibles a los préstamos) para la/os prestataria/os con un débil historial crediticio, los negocios de riesgo, o en ambientes económicos más vulnerables.[42]

El presente artículo se focaliza en los préstamos ya que son "la más grande y obvia fuente de riesgo crediticio" para la mayoría de los bancos, según el Comité de Basilea.[43] Con el objeto de comparar el impacto de las primas de riesgo y los efectos que éstas ocasionan en los préstamos, el presente artículo analiza tres préstamos idénticos, en los que sólo difieren los perfiles de riesgo de sus clientes: *A, B* y *C*.

Este documento sostiene que la prima se riesgo es una garantía *sui generis*, en el sentido de que se trata de un tipo de garantía real única, que debe ser ajustada a los niveles de tasa preferencial una vez que (o sí) se ha pagado el capital,

---

[41] Deutsches und Europaeisches Bank- nd Kapitalmarktrecht § 13 AT 3 (Peter Derleder, Kai-Oliver Knops & Heinz Georg Bamberger eds., 3d. ed. 2017).

[42] *Id.*

[43] *Principles for the Management of Credit Risk,* Basel Committee on Banking Supervision I No. 3 (Sept. 2000), https://www.bis.org/publ/bcbs75.pdf.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

eliminando el riesgo de incumplimiento. Si bien los préstamos privados son generalmente cancelados mientras que la deuda soberana es frecuentemente refinanciada, la fijación de precios de los préstamos en ambos contextos suele seguir el método básico descripto más arriba. Es por ello que el análisis y las conclusiones obtenidas del presente artículo pueden aplicarse de igual manera tanto en cuestiones de deuda soberana como de deuda privada. El artículo basa su análisis en el cálculo de los pagos del interés ponderado por riesgo, y de su impacto final en la estabilidad financiera, así como en materia de derechos humanos. Si nuestras recomendaciones fuesen implementadas, la/os acreedora/es eventualmente obtendrían una menor ganancia al principio, pero probablemente ganarían más estabilidad ya que afrontarían un riesgo más predecible y una menor cantidad de incumplimientos, lo cual podría en última instancia derivar en un caudal de ingresos más confiable. Los Estados y las partes podrían retener más dinero destinado a la protección de derechos humanos y a la actividad económica, sin comprometer a la gestión de riesgo del sector bancario.

Las regulaciones bancarias basadas en los Acuerdos de Basilea han pasado desapercibidas durante mucho tiempo por la comunidad de derechos humanos,[44] a pesar de contribuir con estructuras económicas que impactan negativamente en el goce de derechos humanos. Las leyes derivadas de los Acuerdos de Basilea afectan a millones de personas alrededor del mundo ya que le otorgan carácter de obligatoriedad a las tasas de interés ponderadas por riesgo.[45] El

[44] Hay algunas excepciones, *véase, por ejemplo*, Motoko Aizawa, Daniel Bradlow y Margaret Wachenfeld, *International Financial Regulatory Standards and Human Rights: Connecting the Dots*, 15 Manchester Journal of International Economic Law, 2 (2018).

[45] Otro caso de regulación que generalmente pasa desapercibido para la/os defensora/es de los derechos humanos es la ley de concursos y quiebras en el contexto de la deuda soberana, *véase* Cristóbal K. Odinet, *Of Progressive Property and Public Debt*, 51 Wake Forest L. Rev. 1101 (2016); Kunibert Raffer, *Internationalizing U.S. Municipal Insolvency: A Fair, Equitable, and Efficient Way to Overcome a Debt Overhang*, 6 Chicago Journal of Interntional Law 361 (2006).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

impacto de este fenómeno en materia de derechos humanos es inmenso debido a que la presencia o ausencia de dinero repercute directamente en casi todos los derechos humanos, sin importar quién solicite el préstamo: Estados, empresas y hogares. Por un lado, la creación de empleo, robustas políticas sociales y de salud pública, así como el desarrollo, se ven amenazados por la impagable deuda corporativa y pública mientras necesarios recursos financieros para inversiones son desviados. Estudios empíricos demuestran que existe una correlación positiva entre la desigualdad de ingresos, el déficit fiscal, y el crecimiento de deuda soberana.[46] Por otro lado, si bien la deuda de los ingresos de los hogares no es considerada como una violación de derechos humanos *per se*, obliga a familias e individuos a tomar deuda para ejercer derechos básicos como el acceso a la salud, vivienda, alimento, agua potable y educación.[47] Las personas sobreendeudadas, a su vez, frecuentemente están sujetas a términos contractuales y prácticas de cobro abusivos.

Esos vínculos entre las tasas de interés y los derechos humanos quedan en gran medida soslayados tanto dentro de la literatura académica, como por parte de la/os abogada/os, economistas, reguladora/es y tomadora/es de políticas. Mientras el estudio de dichas conexiones presenta desafíos metodológicos interdisciplinarios, la falta de interés académico se corresponde tanto a una cierta aversión política como a (hast hace muy poco) un subdesarrollo de la teoría jurídica que es-

[46] *V.* Joshua Aizenman & Yothin Jinjarak, *Income Inequality, Tax Base and Sovereign Spreads*, 68 Finanzarchiv: Pub. Fin Analysis 431-444 (2012), https://www.nber.org/papers/w18176; Santo Milasi, *Top Income Shares and Budget Deficits*, 10 Centre for Economic and International Studies, Research Paper Series (2013), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2121344.

[47] Esto se suma al panorama ya precario y frágil en el mundo, donde muchas personas vulnerables y marginadas ya tenían que elegir entre alimentación adecuada y vivienda o atención médica adecuada. *V.* Juan Pablo Bohoslavsky (Experto Independente), *Report of the Independent Expert on the Effects of Foreign Debt and Other Related International Financial Obligations of States on the Full Enjoyment of Human Rights, Particularly Economic, Social and Cultural Rights*, U.N. DOC. A/HRC/43/45 (3 de enero de 2020).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tudie cómo se dan las conexiones entre el sector financiero y los derechos humanos.[48] Estas conexiones no captan la atención del sector financiero ya que el derecho de los derechos humanos impone límites en lo que puede considerarse como económicamente posible. Llamativamente, la mayoría de los países desarrollados rechazan sistemáticamente las iniciativas que profundizan en la relación entre el sector financiero y los derechos humanos en la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.[49] Llevado a un nivel más técnico, mientras la literatura económica ha estudiado cómo las primas deberían ser ajustadas en base a consideraciones del mercado, [50]falta aún que se desarrolle una consiguiente literatura respecto de la naturaleza jurídica y función económica de las mismas.

Este artículo intenta contribuir a colmar este vacío al considerar un interrogante esencial: basándonos en la función real de las primas de riesgo, ¿qué implicaciones tienen en materia de derechos humanos? La estructura del artículo es la siguiente: la Sección II brinda un visión general sobre tasas de interés y contratos crediticios. La Sección III ofrece un análisis jurídico acerca de la prima de riesgo. Explica por qué no representa un precio por riesgo o un seguro, sino más bien una sustitución de la garantía real. Aclara, ade-

[48] V. más arriba nota 10.

[49] V., por ejemplo, la forma en que los Estados votan las resoluciones en el contexto del mandato sobre deuda en los Procedimientos Especiales de las Naciones Unidas. *Resolutions and Decisions on the Mandate,* United Nations Human Rights Council.

[50] Para trabajos clásicos y actuales sobre las tasas de interés véase, por ejemplo, John Maynard Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 142 (Wordsworth Editions Ltd. 2017) (1936); Gabriela Castro & Carlos Santos, *Bank Interest Rates and Loan Determinants*, ECONOMIC BULLETIN BANCO DE PORTUGAL(2010); Group Of Ten, *Saving, Investment and Real Interest Rates – A Study for the Ministers and Governors by the Group of Deputies*, Instituto Poligrafico e Zecca Dello Stato (1995); Raghuram G. Rajan, *Has Financial Development Made the World Riskier?,* Kansas City Fed., 313 (2005), https://www.kansascityfed.org/publicat/sympos/2005/PDF/Rajan2005.pdf; Richard Rosenberg, Scott Gaul, William Ford & Olga Tomilova, *Microcredit Interest Rates and their Determinants*, CGAP, Mix Mix & KfW (2013).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

más, el motivo por el cual la fijación de precios por riesgo genera, en última instancia, que productos idénticos tengan diferentes precios. La Sección IV analiza el riesgo del/de la prestamista antes y después de efectuado el pago del capital, según dos evaluaciones idénticas de discriminación. Dichas evaluaciones concluyen en que el riesgo cambia a lo largo del tiempo, lo cual requiere de ajustes en las primas de riesgo. La Sección V ofrece un panorama sobre las implicaciones jurídicas por discriminación por razones económicas, contra las personas, empresas y Estados en diversas jurisdicciones. En la Sección VI el artículo concluye con un pronóstico sobre los potenciales beneficios de la propuesta desarrollada para la economía y los derechos humanos.

II. Tasas de interés de préstamos

El préstamo es el producto típico del banco. En otras palabras, el negocio de los bancos es prestar dinero a la/os clienta/es por un determinado período de tiempo, tal como el de la/os propietaria/os es alquilar casas o departamentos a la/os inquilina/os. [51] El dinero que los bancos le alquilan a la/os clientes es denominado *dinero de banca comercial*, porque es creado por el banco al registrar un depósito en la cuenta del cliente; o *dinero fiduciario (fiat)*, porque es creado instantáneamente, sin producción física.[52] Los bancos

[51] Esta definición simplificada no hace distinción entre la forma en que los bancos y los no-bancos (instituciones financieras sin licencia bancaria que no ofrecen todos los servicios financieros que ofrecen aquéllos) otorgan préstamos porque ambas instituciones financieras dependen de los perfiles de riesgo para determinar el tratamiento de la/os clienta/es. Esta dependencia de los perfiles de riesgo conduce a primas de riesgo diferenciales y, por lo tanto, derivan en obligaciones contractuales. Para más detalles sobre la financiación de bancos y no-bancos, véase American Bankers Association: The Bussiness of Banking: What Every Policy Maker Needs to Lnow, 33, 57 (2013), and Iain Ritchie, *Funding Liquidity Risk*, Actuary (5 de junio de 2017),https://www.theactuary.com/features/2017/06/2017/06/05/funding-liquidity-risk.

[52] *Fiat* procede del latín y su significado es "que así sea" o "hágase". Para una prueba científica de la creación de dinero, véase Richard A. Werner, *Can Banks Individually Create Money Out of Nothing? The Theories and the Empirical Evidence*, 38 Int.R. Fin. Analysis 1 (2014).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

comerciales han creado alrededor del 97% del dinero en circulación dentro del Reino Unido.[53] Los Estados le confieren a los bancos privados el derecho de crear dinero de banca comercial, regulando la creación de dinero con el fin de facilitar el crecimiento económico.[54]

Por el contrario, el dinero en forma de monedas y billetes es emitido sólo por el banco central. Aunque el dinero en efectivo tiene poco valor intrínseco y el dinero fiduciario (fiat) digital ninguno, ambos tipos de dinero pueden y son utilizados por el cliente para efectuar compras y pagos, tales como el pago de impuestos o deuda. Como este tipo de dinero obviamente cumple con su propósito, no puede discutirse que un banco no tenía derecho al cobro o a la garantía por haber originado el préstamo al simplemente inscribir una entrada en su contabilidad, en vez de darle al cliente el dinero real, como ocurrió en el frecuentemente citado caso *Credit River*[55] y otros casos similares en Estados Unidos.[56] Tales casos fueron destinados a no prosperar simplemente porque la

[53] Michael McLeay, Amar Radia & Ryland Thomas, *Money Creation in the Modern Economy*, Bank of Eng., no. 1, 2014, en 14, 15, https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/quarterly-bulletin/2014/money-creation-in-the-modern-economy.pdf?la=en&hash=9A8788FD44A62D8BB927123544205CE476E01654.

[54] Que un Estado autorice a los bancos privados a emitir dinero de banca comercial no es excepcional: los Estados autorizan a las entidades privadas a realizar en diversos campos actividades que le competen al Estado. En algunos casos, los Estados otorgan a las agencias, empresas o asociaciones ciertos derechos soberanos con el fin de que ejecuten tareas estatales. Por ejemplo, algunos Estados otorgan a las asociaciones privadas el mandato de supervisar la confiabilidad de los automóviles o la maquinaria industrial.

[55] *First Nat'l Bank of Montgomery v. Daly* (Just. Ct., Credit River Twp., Scott County, Minn. 1968). La decisión fue anulada por motivos formales porque el juez de paz de turno solo tenía poder para decidir sobre reclamos de hasta USD $ 100, mientras que la hipoteca en disputa ascendía a USD $ 14,000.

[56] Por ejemplo, en *Tuttle v. Chase Home Finance, LLC*, 2008 WL 4919263 (D. Utah, 17 de noviembre de 2008), el demandante argumentó sin éxito que los bancos no tenían derecho a reclamar el cumplimiento del contrato de préstamo, ya que solo el oro o la plata eran de curso legal y los dólares en papel moneda no valían nada.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

moneda doméstica y el dinero de banca comercial son utilizados legalmente para efectuar pagos.

Si bien tanto la moneda nacional como el dinero de banca comercial son utilizados como moneda de curso legal, el derecho de las entidades bancarias privadas de crear dinero comercial no resulta inamovible, ya que el derecho de acuñar moneda le pertenece originalmente al Estado soberano, quien puede decidir revocarlo cuando fuere necesario.[57]

De hecho, la práctica de los bancos privados de crear dinero comercial de la misma manera que los bancos centrales, pero en una escala mucho mayor y con pocas garantías, ha sido duramente criticada. Para citar un ejemplo, Rolf Gocht, exdirector del Banco Central de Alemania, publicó en 1975 un libro sobre el sistema monetario en el que arremete contra la escasa discusión científica respecto de la creación de dinero de banca comercial, y critica el modelo actual por dar lugar a la posibilidad de manipulación deliberada de la circulación de dinero y de la provisión de crédito.[58] Gocht propone un sistema monetario carente de dinero de banca comercial que dé lugar a una estricta división entre el Estado y la economía.[59] No obstante ello, es poco probable que la práctica del dinero de los bancos comerciales cambie en un futuro cercano, ya que el sistema actual favorece a la expansión de la economía. Sin embargo, las políticas monetarias pueden cambiar y una reforma similar a la propuesta por Gocht ya ha sido presentada en Suiza como proyecto de ley. Pero cuando en el referéndum de la denominada "Iniciativa de Dinero Soberano" del año 2018 les consultaron a la/os

---

[57] German Central Bank, *Coinage prerogative*,https://www.bundesbank.de/dynamic/action/en/homepage/glossary/729724/glossary?firstLetter=C&contentId=653538#anchor-653538 ("La acuñación de moneda es un derecho soberano. En el pasado, este era el derecho del gobernante del Estado (por ej. el rey). Hoy en día, la acuñación recae en el gobierno o en el banco central").

[58] Rolf Gocht, *Kritische Betrachtungen zur Nationalen und Internatinalen Geldordnung*, 64, 67 (2d ed. 2011).

[59] *Id.* en 65.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciudadana/os suiza/os si estaban interesada/os en adoptar un nuevo sistema monetario, ella/os rechazaron la propuesta.[60] Por el momento, el dinero comercial permanecerá siendo utilizado y será entregado en préstamos contra un interés.

El precio del préstamo es la tasa de interés. Dentro del sector bancario, según el hoy obsoleto modelo de "fijación de precio del préstamo por costo-plus", la tasa de interés constaba de cuatro componentes: el costo de financiación, los costos operativos, un margen de ganancia, y una prima de riesgo que compensara al banco por el grado de riesgo de incumplimiento inherente a la petición de un préstamo.[61] En cambio, en la actualidad, a causa del aumento de la competencia y de la desregulación, las entidades bancarias aplican el "modelo de liderazgo de precios" para determinar el precio de los préstamos.[62] Al valerse de este modelo, el banco le ofrece a su cliente más confiable préstamos a corto plazo con *tasa preferencial* (también denominada *tasa base*), lo cual funciona como referencia para los demás préstamos ofrecidos a clientes menos confiables.[63] La calificación y puntuación crediticias (en el caso de los Estados y corporaciones) representan herramientas para fijar los precios en base al riesgo, que determinan la prima de riesgo que se adiciona a la tasa preferencial y que debe ser abonada por todos clientes que entrañen mayor riesgo. Fijar los precios en base al riesgo les permite a los bancos ofrecer tasas pre-

[60] El 10 de junio de 2018, el electorado suizo rechazó la iniciativa con un 24,3% a favor de la propuesta y un 75,7% en contra. Schweizerische Eidgenossenschaft, *Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 10. Juni 2018*, BBl 7757 (2018).

[61] Diette, *supra* nota 36.

[62] Diette, *supra* nota 36; *accord Deutsches und Europaesches Bank-Und Kapitalmarktrecht*, *supra* nota 38, en § 14 en 5.

[63] Diette, *supra* nota 36. Por supuesto, los clientes potenciales de tasa de interés preferencial también podrían enfrentar primas de riesgo más altas en caso de que no pagaran los préstamos anteriores. Pero dado que esta falta de pago es deliberada o negligente y, por lo tanto, depende únicamente de la voluntad del cliente, el artículo no discute en detalle esta opción.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ferenciales competitivas a buenos clientes, y ofrecer créditos con una prima alta a los clientes que revisten mayor riesgo, o rechazarles la posibilidad misma de otorgarles un crédito.[64] Cuando el flujo de efectivo de los clientes y el monto del crédito son iguales, dos factores principales influyen en las primas de riesgo: la garantía real ofrecida y la duración del préstamo. El riesgo del acreedor disminuye si se asegura el préstamo con una garantía, una especialmente valiosa. Y debido a que es poco probable que la capacidad del/de la prestatario/a de reembolsar el préstamo en un corto plazo cambie, el riesgo del/de la prestamista se ve reducido según se va abreviando el plazo del préstamo.[65]

Además de determinar la prima de riesgo y la tasa de interés, el cálculo de intereses es decisivo para la carga financiera del cliente. La mayoría de los préstamos entrañan intereses compuestos, sin importar si el cliente es un Estado, una empresas o una persona física. Este *interés compuesto* se paga sobre el capital inicial y los intereses previamente acumulados. Alternativamente, también podría utilizarse el *interés simple*, en donde se anualiza el mismo porcentaje de la tasa como cálculo de interés del mismo capital. No existe preferencia ni razón convincente para el interés compuesto en la teoría económica.[66] Tampoco se lo prefiere desde un punto de vista jurídico: la libertad contractual permite por igual la aplicación de intereses compuestos como simples.[67]

---

64 *Id.*

65 *Id.*

66 Por ejemplo, no hay indicación de una preferencia en Keynes, *supra* nota 47 ni en David Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation* (Amazon Fulfillment 2017) (1817), ni en GOCHT, *supra* nota 55.

67 Rutsel Silvestre Martha, *The Financial Obligation in International Law*, Oxford University Press, 304 (2015) ("dado que la obligación de pagar intereses debió haber sido acordada, no puede haber ninguna presunción de una manera u otra. En cuanto a la cuestión de si los intereses pagaderos deben ser simples o interés compuesto debe abordarse sin referencia a ninguna predisposición que se pueda tener en favor de interés simple frente al interés compuesto.")

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, en la práctica, el interés compuesto representa el estándar del sector financiero.[68] Junto con el riesgo ponderado, el cual es adicionado a la tasa de interés sólo si existe una garantía insuficiente o enteramente inaccesible, el resultado económico del interés compuesto difiere significativamente si se lo compara con el del interés simple.

III. La prima de riesgo desde un punto de vista jurídico

Los tribunales, gobiernos y la población aceptan una prima de riesgo más elevada como el precio que un/a prestatario/a con una pobre calificación crediticia debe pagar para acceder al mismo préstamo que otra/o prestataria/o con mejor calificación crediticia podría obtener a un menor costo. Por el contrario, el precio del alquiler de automóviles o departamentos no depende de la situación económica del cliente o inquilino, sino que depende únicamente del mercado.[69] Diferentes precios para los mismos bienes o servicios resulta discriminatorio, si la situación económica del cliente es un factor determinante,[70] a menos que la prima de riesgo – como elemento independiente de la tasa de interés – ofrezca algo a cambio.

En el caso de que la prima de riesgo no ofrezca un beneficio adicional, sino que simplemente le genere más gas-

[68] *V.* John Yukio Gotandaii, *Compound Interest in International Disputes*, 2004 Oxford Comp. L. Forum 1 (2004), https://ouclf.law.ox.ac.uk/compound-interest-in-international-disputes/#fn2anc. En 2004, la mayoría de las jurisdicciones había aceptado el interés compuesto como parte de la libertad contractual. Tras la decisión en el caso *Sempra Metals Ltd contra Inland Revenue Commissioners & Anor* [2007] UKHL 34, [2008] AC 561 (apelación tomada de Inglaterra), la ley inglesa aceptó de manera similar el interés compuesto.

[69] La práctica de alguna/os propietaria/os de verificar la capacidad de pago de un posible inquilino inspeccionando su extracto bancario no influye en el alquiler, sino que es una mera verificación de antecedentes.

[70] Acerca de la prohibición de discriminación basada en el estatus económico, véase U.N., Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, Gen. Comment No. 20, Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/20 (2 de julio de 2009).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tos al/la prestatario/a, se puede encontrar una solución en las consolidadas doctrinas jurídicas que brindan resultados equitativos para las partes del contrato, cuando el rendimiento para una de esas partes resulte ser excepcionalmente bajo. En el derecho romano, por ejemplo, el concepto de *laesio enormis* le otorgaba a la parte contratante el derecho de anular el contrato si la relación precio valor, o cualquier otra relación contractual, resultaba extremadamente desproporcionada.[71] Las jurisdicciones del Common Law y las del derecho civil contienen versiones codificadas de *laesio enormis*, tales como el ajuste o la rescisión de contratos. Si bien estas prácticas parecen atentar contra la libertad contractual, constituyen una práctica común. Un ejemplo de ello es el Artículo 1168 del Código Civil francés, el cual permite la falta de obligaciones contractuales equivalentes, y declara que el derecho puede determinar lo contrario. En consecuencia, el artículo L650-1 del Código de Comercio francés estipula un ajuste de la garantía en caso de que su valor sea inadecuado. El artículo 934 del Código Civil austríaco (ABGB) permite la rescisión en caso de que una de las partes haya recibido menos de la mitad del valor de lo que dio para cumplir con el contrato, a menos que sea compensado por la otra parte. Los códigos civiles suizo y alemán declaran nulos los contratos que contradicen las políticas públicas o son desmesurados debido a ventajas claramente desproporcionadas al desempeño.[72] En la causa británica *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. contra Finney Lock Seeds Ltd.,* Lord Denning sostuvo que si los contratos no se pudieran ajustar la libertad contractual podría derivar a un abuso de poder.[73]Por lo tanto, se reconoce en general que la desproporcionalidad en las

[71] Expresión latina que describe una lesión o daño enorme o anormal. Véase *laesio enormis*, Black´s Law Dictionary (11ª ed. 2019) (resúmen de las solicitudes).

[72] *V.* Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code, 1911 (Part Five: The Code of Obligations) (SR 220) art. 21; Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Civil Code], § 155.

[73] *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v Finney Lock Seeds Ltd* [1982] EWCA Civ 5.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

obligaciones contractuales recíprocas tiene límites jurídicos. En el contexto de los préstamos, eso significa que el cliente del banco debe obtener algo apropiado a cambio de pagar la prima de riesgo. La prima de riesgo, supuestamente, es una compensación para el prestamista por el riesgo de emitir un préstamo a alguien con una calificación crediticia baja. Demás está decir que es indispensable para garantizar derechos. Se puede garantizar fácilmente, cuando se dispone de garantías convencionales en forma de bienes físicos o derechos legales. No obstante, si el precio de un préstamo se presume que consiste en la misma tasa de interés para toda/os la/os prestataria/os con el fin de evitar la discriminación y solo la prima de riesgo difiere en función del riesgo del prestatario,[74] entonces es necesario analizar cómo funciona la prima de riesgo a los efectos de clarificar su naturaleza jurídica. Este artículo demuestra que la prima de riesgo no es ni una prima de seguro ni una compensación por costos regulatorios, sino más bien un sustituto de la garantía.

A. Búsqueda de la función de la prima de riesgo: No es un seguro

Es posible confundir con facilidad la prima de riesgo con una prima de seguro. Después de todo, se trata de una prima que los prestatarios con menos bienes pagan por sobre la tasa de interés a los efectos de cubrir el riesgo. Sin dicha prima de riesgo, el prestamista no celebraría un contrato crediticio con el prestatario.[75] Pero no se paga la prima de riesgo a una aseguradora para compensar los incumplimientos.

La tasa preferencial es la tasa de interés más baja que un banco está dispuesto a ofrecer a sus clientes más solventes. En dicha tasa de interés ya se incluye el precio por el ries-

[74] Derleder, Knops y Bamberger, *supra* nota 38, § 13 en 3.

[75] Del mismo modo, a la prima de riesgo también se la denomina *el precio que el/la prestatario/a debe pagar por el riesgo*.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

go.[76] Los clientes con riesgo más elevado deben pagar una tasa de interés mayor porque el riesgo que es más elevado se suma a la tasa preferencial en forma de prima de riesgo. Pero esta prima de riesgo no conduce a una cobertura de seguro. Si este fuera el caso, las primas de riesgo tendrían que pagarse a una aseguradora, es decir, a un tercero con licencia de seguro, y la/os prestamistas podrían reclamar el pago del capital a la aseguradora en caso de incumplimiento, siempre y cuando la prima del seguro, prima de riesgo, haya sido pagada por el/la prestatario/a. Sin embargo, no se paga la prima de riesgo a una compañía de seguro para asegurar el riesgo de incumplimiento del prestatario, sino que se paga al prestamista y, en la práctica, ninguna compañía de seguro paga por la pérdida del prestamista en caso de incumplimiento en base a las primas de riesgo que recibió el prestamista. Por consiguiente, la prima de riesgo no puede ser un seguro incorporado en el contrato crediticio.

El prestamista podría utilizar parte de los ingresos del contrato crediticio para obtener una Permuta de Incumplimiento Crediticio (Credit Default Swap o CDS en inglés) con el fin de tomar cobertura contra el riesgo de incumplimiento, un procedimiento similar al de los seguros.[77] Esto significa

---

[76] *V.* Diette, *supra* nota 36; véase *también* Derleder, Knops y Bamberger, *supra* nota 38, § 14 en 5.

[77] Las Permutas de Incumplimiento Crediticio (Credit Default Swap o CDS en inglés) sirven para tomar cobertura contra el riesgo de incumplimiento de los Valores Respaldados por Hipotecas Residenciales (Residential Mortgage Backed Securities o RMBS en inglés) y otros productos financieros. Los RMBS pertenecen a una clase de instrumentos financieros denominados Valores Respaldados por Activos (Asset Backed Securities o ABS en inglés). El pago de un solo préstamo en particular se vería amenazado si el/la prestatario/a de dicho préstamo incumpliera, lo que dificultaría la venta de estos préstamos de forma individual. Sin embargo, si miles de estos préstamos se agrupan en RMBS, es probable que, en promedio, incluso la mayoría de lo/as prestatario/as de alto riesgo paguen. Técnicamente, este agrupamiento del riesgo crediticio por incumplimiento de prestatario/as funciona como un seguro. Los activos ilíquidos mencionados con anterioridad, como el préstamo o la hipoteca de un cliente individual, al convertirlos en un commodity, se pueden vender más fácilmente. En las dos últimas décadas se crearon las Obligaciones de Deuda Garantizada (Collateralized Debt Obligations o CDO en inglés) que combinan varios ABS o RMBS. A su vez, para proteger a lo/as inversore/as y prestamistas de los incumplimientos de los

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que, si bien existe un seguro contra el incumplimiento de prestatarios, se trata de un derivado financiero que agrupa múltiples préstamos y no uno individual. El seguro no se encuentra en la prima de riesgo, sino que lo proporciona un tercero. Si la prima de riesgo cumpliera las funciones de un CDS y de las Obligaciones de Deuda Garantizada (Collateralized Debt Obligations o CDO en inglés), estos productos serían redundantes, y la industria financiera no hubiese necesitado los CDS evitando tener un mero gasto adicional.

Algunos prestamistas exigen que el prestatario tenga un seguro de vida, que cubriría los pagos remanentes en caso de que el prestatario falleciera antes del cumplimiento del contrato. Esta práctica proporciona seguridad a ambas partes del contrato: al prestamista y al/la potencial heredero/a del/a prestatario/a. En el caso de un seguro, ante el fallecimiento del/a prestatario/a, la compañía de seguro paga y cumple en lugar del cliente con las obligaciones contraídas por contrato. A diferencia de lo que ocurre con las primas de riesgo, el/la prestatario/a, de esta forma, obtiene algo a cambio de la prima de seguro pagada. Nuevamente, el seguro lo proporciona un tercero autorizado que indemniza a las partes del contrato a cambio del pago de las primas de seguro. Aun así, el/la prestatario/a asegurado/a también debe cubrir una prima de riesgo.

En algunos negocios se combinan los cálculos con la intención de compensar las posibles pérdidas en un ámbito mediante la obtención de ganancias en otros. En el contexto de los préstamos, en teoría, las primas de riesgo podrían servir como financiación cruzada entre una clase de riesgo

---

CDO se creó un derivado llamado Permuta de Incumplimiento Crediticio (CDS) que actúa como una póliza de seguro para los CDO. V. Ha-Joon Chang, *Economics: The User's Guide*, 291-293, 297, 302 (2004),2. Por supuesto, los CDO también pueden basarse en CDS y estos instrumentos no solo se utilizan para cubrir el riesgo, sino también para transferir el riesgo mediante la venta de estos. *V. también* John Lanchaster, *Outsmarted*, New Yorker (24 de mayo de 2009), https://www.newyorker.com/magazine/2009/06/01/outsmarted (detailing Blythe Masters' development of the CDS).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

o entre diferentes tipos de riesgos, como una especie de autoseguro. Esto significa que los clientes con menos recursos y de mayor riesgo se verán forzados a subsidiar el seguro de otros clientes de riesgo similar. Para el prestamista, los clientes de alto riesgo deberían ser tan rentables como aquellos de bajo riesgo, si las primas de riesgo estuvieran calculadas de manera correcta. Alternativamente, la/os clienta/es de bajo riesgo podrían servir para subsidiar a la/os clienta/es de riesgo. Pero esta financiación cruzada podría ser comparada con un cuasi contrato de seguro sin consentimiento. Más aún, también este enfoque significaría que los diferentes niveles de riesgo son tratados de forma discriminatoria, ya que aquellos de bajo nivel de riesgo se beneficiarían entonces de mejores precios que los de alto nivel de riesgo, dando lugar a diferentes precios para el mismo producto.

Pero no es así como funciona la fijación de precios basada en el riesgo. El Banco de la Reserva Federal de Mineápolis señala la principal ventaja de la fijación de precios basada en el riesgo:

> Dado que el banco determina una prima de incumplimiento de pago razonable en función del historial crediticio, los prestatarios con buen historial crediticio son recompensados por su comportamiento financiero responsable. Mediante la fijación de precios basada en el riesgo, el prestatario con mejor perfil crediticio obtendrá un precio reducido en un préstamo como resultante de las menores pérdidas esperadas en las que incurrirá el banco. Como resultado, los prestatarios de menor riesgo no subsidian el costo del crédito de los prestatarios con más riesgo.[78]

[78] Diette, *supra* nota 36.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esto significa que la financiación cruzada como autoseguro queda excluida, mientras que lo que se sanciona o premia es el comportamiento financiero individual. El interés, por lo tanto, se determina por el riesgo individual del/a cliente/a y no posee en absoluto ningún parecido a un seguro.

B. La búsqueda continúa: Los costos regulatorios constituyen sólo una fracción de las primas de riesgo

Una vez que un banco emite un préstamo, debe ajustar su capital en conformidad con los requisitos normativos de las leyes nacionales e internacionales aplicables a la gestión de riesgos.[79] Esta medida precautoria puede incrementar los costos, los cuales normalmente se transfieren al/la cliente/a. En el sector bancario, la normativa sobre gestión de riesgos está basada en los Acuerdos de Basilea, se incorpora a la legislación nacional y los bancos centrales nacionales se encargan de administrarla.[80] El actual Acuerdo de Basilea III busca aumentar la resiliencia de los bancos frente a las crisis económicas y financieras mediante el fortalecimiento de los requerimientos de capital y reservas en función de los riesgos. En la Unión Europea, por ejemplo, se implementó Basilea III a través del Reglamento (UE) 575/2013.[81] El artículo 114 (4) de este reglamento establece que en el caso de

[79] En el caso de que un banco reciba un depósito, debe ajustar sus reservas de acuerdo con los requerimientos vigentes. Si el/la cliente/a mantiene el préstamo depositado en su propia cuenta en el banco que le otorgó el préstamo, el banco a su vez tendrá que cumplir con los requerimientos de reserva, hasta que el/la cliente/a transfiera el préstamo o lo retire en efectivo.

[80] Los Acuerdos de Basilea definen cómo diferentes tipos de riesgo de contraparte deben ser ponderados a los efectos de determinar cuánto capital se debe asignar para respaldar los préstamos en cada categoría en particular. No definen cómo el banco debe manejar los préstamos a un nivel individual, pero los bancos plasman los Acuerdos de Basilea en las estrategias de los préstamos individuales, de lo contrario los bancos no podrán satisfacer los requisitos promedios en cada categoría.

[81] Regulación (UE) No. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013 sobre requerimientos prudenciales para instituciones de crédito y empresas de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que un banco comercial posea deuda de su propio gobierno, dicha deuda se pondera con un riesgo del 0%, ya que es considerada libre de riesgo. A cualquier otro préstamo se lo considera con más riesgo, lo cual redunda en un requerimiento de capital más alto. El capital captado[82] debido al aumento en los requerimientos de capital de conformidad con Basilea III no es un gasto como un impuesto o una tasa y, por lo tanto, no se pierde. Pero debido a que se supone que es un colchón de seguridad, este dinero no puede ser invertido en cualquier parte.[83]

Hipotéticamente, para una mejor oportunidad de negocio, el banco tendría que buscar una fuente de financiación alternativa, por ejemplo, recaudando capital. Dado que este capital captado no está disponible, el problema del banco es uno de costo de oportunidad. La/os clienta/es más pobres y, por consiguiente, los préstamos con más riesgo, requerirán un colchón de capital mayor con tasas de interés nulos o insignificantes, lo cual significa que el banco no puede producir ingresos adicionales con el capital captado. Por lo tanto, se podría argumentar que las primas de riesgo suponen compensar al banco tanto por el costo de oportunidad como por el escaso rendimiento que percibe del capital captado que se vio elevado por los préstamos de riesgo.

Debido a que los costos de oportunidad se basan en el requerimiento de capital y, por ende, en una fracción del préstamo, cualquier costo de oportunidad asciende solo a una fracción de la prima de riesgo del préstamo total.

---

inevrsión, y la modificación de la Regulación (UE) No 648/2012, 2013 O.J. (L 176). Para los efectos previstos del Reglamento, véase los considerandos al principio del Reglamento.

[82] El capital capturado no está disponible en una cuenta especial, pero es el capital de la institución financiera que se designa para el aumento de capital, el cual sirve como colchón para afrontar riesgos según lo requerido por los Acuerdos de Basilea en caso de que se entregue un préstamo. *V. también supra* nota 76, el cual describe el negocio opuesto, el ajuste de reservas en caso de que el banco reciba un depósito.

[83] El requerimiento de capital puede ser generado por capital externo, una tarifa que el banco cobra al prestatario descontándolo del préstamo, o una combinación de ambos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Además, un negocio que es potencialmente mejor y, por consiguiente, produce un costo de oportunidad, es solo una cuestión hipotética y, por lo tanto, este costo no está protegido como un bien.[84] Si un prestamista decide otorgar un préstamo a un/a cliente/a de alto riesgo que implica un mayor costo de oportunidad y menores rendimientos, entonces, ésta habrá sido la mejor opción posible en aquel mismo momento. Nunca es seguro que surja una mejor oportunidad de negocio en el futuro y el/la prestamista tampoco está obligado/a a reunir nuevo capital para financiar la hipotética nueva oportunidad. El/la prestamista lo hará de inmediato, si el nuevo negocio es rentable, incluso si tuviera que asumir los costos de oportunidad.

La diferencia entre el costo regulatorio del/a prestamista y la prima de riesgo del/a prestatario/a es que el costo de oportunidad del/a prestamista es un gasto marginal e hipotético el cual la institución financiera no paga a ninguna de las partes. Por el contrario, la prima de riesgo del/a prestatario/a se encuentra incluida en el interés compuesto y, en realidad, el/la prestatario/a se lo debe pagar al/a la prestamista. Los costos regulatorios están contemplados en los intereses ponderados por riesgo y la/os clienta/es tienen a su cargo el pago, pero no son comparables con los costos principales que recaen sobre la/os prestataria/os con relación a la tasa de interés. Es igualmente significativo que las primas de riesgo son una compensación por el aumento del riesgo debido a la ausencia de garantías, en lugar de una compensación por los costos regulatorios. En otras palabras: "Cuanto menos probable es el cumplimiento del pago, más caro se vuelve el crédito".[85] En consecuencia, la dimensión de los intereses de

[84] V. *infra* Sección IV. B.2, que analiza cómo el capital tiene un estatus similar al de la propiedad. A diferencia del capital, la tasa de interés es el precio del préstamo y está determinada por el mercado. Por lo tanto, la tasa de interés no goza del mismo nivel de protección legal que la propiedad. Un precio hipotético, como puede ser el costo de oportunidad, goza de aún menos protección.

[85] Derleder, Knops y Bamberger, *supra* nota 38, § 13 en 3.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los préstamos está determinada por el riesgo de incumplimiento esperado, mientras que los costos de refinanciación e inflación son insignificantes.

C. Nuevo enfoque Parte 1: La prima de riesgo como garantía sui generis

La garantía real es un activo que el/la prestatario/a ofrece como respaldo de un préstamo. El/la prestamista se reserva el derecho de usar o vender el activo en caso de incumplimiento de pago. Si la cobertura está en peligro, lo/as prestamistas prudentes venden el activo para evitar pérdidas. Esta garantía, normalmente, se devuelve al/a la prestatario/a una vez que éste/a cumple con el pago del crédito, ya que el/la prestatario/a mantiene su calidad de propietario/a de la garantía mientras sirve como respaldo.

El tamaño de la prima de riesgo está ligada a la duración y el volumen del préstamo, así como del flujo de caja del/a prestatario/a. Siendo dichos factores iguales entre la/os clienta/es, el tamaño de las primas de riesgo será inversamente proporcional a la calidad de la garantía, con garantías de menor calidad las primas de riesgo resultarán más elevadas. Las primas de riesgo serán más altas en los casos que la/os prestataria/os no posean ninguna garantía que ofrecer. Por otro lado, cuanto mejor sea la calidad de la garantía, podrá sustituir en mayor medida a la prima de riesgo.[86] Dicho principio se mantiene independientemente de si el/la prestatario/a es un individuo, una empresa, un banco o un Estado,[87] a pesar de que las prácticas de la/os prestamistas en el *nivel* de reemplazo difieren con cada tipo de prestatario. Esta relación inversa entre las primas de ries-

[86] *Id.* en § 14 en 8.

[87] Para una visión general actualizada de los debates de política en el contexto de los préstamos individuales, corporativos y soberanos, *véase* Susan Block-Caro & Marcos C. Weidemaier, "Roles and Responsibilities in Sovereign Debt Market", 2019 U. Ill. L. Rev. 1589 (2019).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

go y las garantías es evidente en las leyes que derivan de Basilea III, el cual regula la gestión de riesgos de los bancos mediante el aumento de los requerimientos de capital para los préstamos a la/os prestataria/os más riesgosa/os. Basilea III refleja el enfoque práctico de la industria financiera para los préstamos, permitiendo a la/os clienta/es más pobres obtener crédito si es necesario, incluso si carecen de garantía, porque la garantía puede ser sustituida por una prima de riesgo.

Este carácter sustitutivo de la prima de riesgo ha sido ignorado por el enfoque convencional.[88] Aplicada de manera correcta, la prima de riesgo beneficia a ambas partes: el/la prestatario/a puede obtener un préstamo y el/la prestamista minimiza el riesgo general al reducir el período del tiempo hasta el cobro total del capital. Junto con las tasas de interés, las primas de riesgo conducen a un crecimiento exponencial aún más fuerte, lo que resulta en un pago anticipado *de facto* del capital. Como resultado de esta aceleración, cuando implica tasas de interés con primas de riesgo altas, la última cuota del capital se paga de manera anticipada, antes que en préstamos con primas de riesgo nulas o muy bajas. El pago anticipado del capital acorta el tiempo de exposición al riesgo, reduciendo así el riesgo general para el prestamista. El siguiente gráfico, que compara los préstamos con tasas de interés bajas, medias y altas, ilustra esta relación entre las primas de riesgo, la reducción del tiempo y el riesgo general para un prestamista:

[88] Para publicaciones acerca de los aspectos jurídicos y económicos de las tasas de interés y productos financieros que no tratan las primas de riesgo como garantía *sui generis* y no exigen su reembolso o un ajuste de intereses a lo largo del tiempo, *véase*, por ejemplo, Satyajit Das, *Swaps and Financial Derivatives: The Global Reference to Prodcuts, Pricing, Applications and Markets*, (1994);Martha, The Financial Obligation in International Law, *supra* nota 64; Roger McCormick, *Legal Risk in Financial Markets* (2010).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuotas del capital pagadas a lo largo del tiempo por prestataria/os de alto, mediano y bajo riesgo

Línea negra horizontal: pago de 1 millón del prestatario al/a la prestamista.
Préstamo: 1 millón; duración de 20 años; primer año sin amortización, pagos realizados trimestralmente.
Tasa de interés (incluida la prima de riesgo) anual y plazo para el pago total del capital (amortización).[89]

[89] Ejemplos basados en las ofertas del Banco de Desarrollo de Baviera LfA en Munich, Alemania. Para préstamos para la construcción respetuosa con el medio ambiente, la oferta EG7 estimada por la calculadora de préstamos de la página de inicio, el 19 de junio de 2018; los préstamos LfA se tomaron únicamente a título ilustrativo. El ejemplo del artículo no significa que el LfA se comportará como se describe. En comparación: el rendimiento de los bonos italianos a 10 años se movió por encima del 7,05% en 2011; véase Rooney, *Italian bonds flashing warning* signs, CNN Money, (9 de noviembre de 2011) https://money.cnn.com/2011/11/09/markets/bondcenter/italy_bond_yields/index.htm.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Prestatario	**Tasa de Interés**	**Paga 1 millón luego de... (aprox.)**
Prestataria/o A de bajo riesgo (verde)	1,75%	16,5 años
Prestataria/o C de mediano riesgo (azul)	2,95%	14,5 años
Prestataria/o B de alto riesgo (rojo)	7,25%	9,5 años

Una comparación del/a prestatario/a A y del/a prestatario/a B (representado por las curvas roja y verde de este gráfico) muestra que un aumento de la prima de riesgo en un 5,5%, en la práctica, conduce al pago total del capital siete años antes. Ésta es una consecuencia lógica y bienvenida, dado que un préstamo otorgado a un/a prestatario/a con una garantía deficiente se vuelve más riesgoso cuanto más dure el préstamo. Por lo tanto, el uso del interés compuesto en la industria financiera está justificado: con el interés simple, el pago total del capital se llevaría a la práctica en una etapa mucho más tarde, mientras que la prima de riesgo en combinación con el interés compuesto acelera el pago del capital.

Si bien las primas de riesgo se utilizan para reemplazar la garantía, son más ventajosas en comparación con las formas habituales de garantía. Las primas de riesgo no son únicas en el hecho de que son intangibles, ya que las patentes u otras formas de derechos de propiedad intelectual también se utilizan como garantía, al igual que los bienes inmuebles y otros bienes de valor. Pero todas estas formas habituales de garantía tienen un precio de mercado que fluctúa en valor. Esta fluctuación de precios se vuelve problemática cuando la/os prestamistas deciden vender la garantía para obtener una compensación, lo que hace que la calidad del activo sea extremadamente importante. Con excepciones limitadas, como el oro y las tierras, todos los bienes físicos y los derechos que podrían usarse como garantía, pierden valor con el tiempo, ya sea por "desgaste"

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

o por quedar obsoletos. Esta depreciación se refleja, posteriormente, en las leyes fiscales aplicables[90]

La prima de riesgo, por otro lado, no se deprecia. Por el contrario, la tasa de interés crece exponencialmente a través del interés compuesto. Por lo tanto, la prima de riesgo demuestra ser la mejor forma de garantía. Mientras el/la prestatario/a pague, la prima de riesgo se aprecia, en lugar de depreciarse, conforme pasa el tiempo.

Si bien el/la prestatario/a B de alto riesgo paga una prima de riesgo más alta, la prima de riesgo por sí sola no ofrece al/a la prestamista la misma protección contra el riesgo que la garantía normal. En el gráfico anterior, la parte de la línea roja debajo de la línea negra horizontal constituye el período de tiempo durante el cual el riesgo del/a prestamista no está cubierto. Solo una vez que el/la prestatario/a B haya pagado el capital (que se muestra como el punto en el que la línea roja atraviesa la línea negra) desaparece el riesgo del/a prestamista de perder el capital. Si el/la prestatario/a B paga el monto del capital de manera más rápida (es decir, si la línea roja aumenta más bruscamente), el/la prestamista estará mejor protegido/a de este riesgo. El inicio del contrato de préstamo es, por lo tanto, el período más riesgoso para el prestamista, ya que un incumplimiento por parte del/a prestatario/a B no puede compensarse con la venta de la garantía. Comprensiblemente, la/os prestamistas buscan cerrar esta brecha lo antes posible utilizando primas de alto riesgo. Si el/la prestamista recibe una garantía de alta calidad para la cobertura, el riesgo es bajo desde el inicio del contrato de préstamo, por lo que no importa si un/a prestatario/a de tasa

[90] Las tasas de interés de cualquier tipo (compuestas, simples o basadas en el riesgo) no se consideran bienes que puedan depreciarse, a menos que estén conectados a activos tangibles, como bienes raíces. *V. en general* Department of the Treasury-Internal Revenue Service, *How to Depreciate Property*, (23 de marzo de 2020), https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p946.pdf; para el Reino Unido, donde la depreciación se denomina capital allowances, *v. en general* HM Revenue & Customs, *HMRC Capital Allowances Manual*, (16 de abril de 2016), https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/capital-allowances-manual/ca10020.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

preferencial paga el capital completo en una etapa mucho más tardía. En este ejemplo, el/la prestatario/a A paga siete años después, lo cual es significativo en relación con el plazo del préstamo a 20 años. Por lo tanto, si bien una garantía ideal proporcionaría al/a la prestamista protección para todo el préstamo, *incluidas* las ganancias desde el comienzo del contrato de préstamo, la prima de riesgo no puede proporcionar el mismo nivel de protección en un principio. Sin embargo, la/os prestamistas regularmente evalúan como aceptable este riesgo aumentado y, aun así, firman contratos de préstamo, ya que es menos probable que la situación financiera de la/os prestataria/os cambie en un futuro cercano.

Debido a que no solo reemplaza la garantía, sino que también tiene el efecto de acelerar el pago del capital, la prima de riesgo constituye una garantía *sui generis*.

D. La fijación de precio ponderado por riesgo genera diferentes precios para productos idénticos

El ejemplo anterior no solo demuestra cuánto antes se paga el capital cuando se utiliza una prima de riesgo más alta, sino también cuánto más debe pagar un/a prestataria/o de riesgo durante el plazo del préstamo (aquí, 20 años) en comparación con un/a cliente/a de tasa preferencial:[91]

> Prestataria/o A de bajo riesgo (verde): 1,75%, total de interés pagado: 185.937,50
>
> Prestataria/o C de mediano riesgo (azul): 2,95%, total de interés pagado: 313.437,50
>
> Prestataria/o B de alto riesgo (rojo): 7,25%, total de interés pagado: 770.312,50

[91] V. cifras más arriba, ejemplos basados en ofertas del Banco de Desarrollo de Baviera LfA en Munich, Alemania, oferta EG7 estimada por la calculadora de préstamos de la página de inicio, 19 de junio de 2018.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No cabe duda de que la prima de riesgo no sólo sirve como sustituto de una garantía tradicional, sino que, a su vez, sirve para acelerar el pago íntegro del capital a una etapa mucho más temprana. De igual manera, si no hay incumplimiento, el/la prestatario/a B de alto riesgo paga la totalidad del capital más el interés de la tasa preferencial, más el monto de la prima de riesgo. Por consiguiente, para el/la prestamista, la prima de riesgo produce un rendimiento mucho mejor que cualquier otra garantía posible. Asimismo, mientras que la prima de riesgo que paga el/la prestatario/a como garantía queda en poder del/a prestamista, cualquier garantía convencional se devuelve a su propietario/a después de que se haya cumplido el contrato de préstamo. En última instancia, una vez que se ha pagado la última cuota del préstamo, el/la prestatario/a B de alto riesgo se enfrenta a tres desventajas diferentes: 1) B habrá pagado un precio más alto, 2) a B no le reembolsarán la prima de riesgo, aunque lo haya pagado en sustitución de la garantía, y 3) B habrá tenido menos tiempo que el/la prestatario/a A de bajo riesgo para usar el capital.

La/os prestamistas podrían responder a estas desventajas que enfrentan la/os prestataria/os de alto riesgo enmarcando la prima de riesgo como parte del precio del préstamo y argumentando que un préstamo a prestataria/os más riesgosa/os simplemente implica más trabajo, como un análisis crediticio más detallado y una supervisión más cercana. El problema con esta afirmación es que, al comienzo del análisis de riesgo del potencial prestatario/a, el/la prestamista no conoce el perfil de riesgo del/a prestatario/a. Para cumplir con los lineamientos de "Conozca a su Cliente",[92] los bancos

[92] Los lineamientos de "Conozca a su Cliente" (del inglés Know Your Customer o KYC) son parte de una iniciativa internacional para combatir la corrupción y el lavado de dinero. Dichos lineamientos sirven también para determinar la aptitud de los productos bancarios para la/os clienta/es. En el Reino Unido, por ejemplo, forman parte de las Regulaciones de Lavado de Dinero 2017, SI/2017/692. En la UE se basan en la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deben realizar análisis de riesgo detallados y completos de igual manera para todos los clientes. Por ende, independientemente de si la/os clienta/es son de alto o bajo riesgo, en un principio, los análisis de riesgo resultan en gastos casi idénticos para toda/os la/os clienta/es. Además, las burbujas inmobiliarias en los mercados de alto riesgo atestiguan el hecho de que hacer negocios con prestataria/os de alto riesgo puede resultar rentable. El/la prestamista generalmente no asume ningún gasto adicional relacionado con la/os clienta/es más riesgosa/os, sino que se los traslada a la/os clienta/es.

Dado que la/os prestamistas están obligados a mantener su riesgo de incumplimiento lo más bajo posible, las primas de riesgo fuerzan a la/os prestataria/os a pagar gastos adicionales. La/os prestataria/os de alto riesgo terminan pagando mucho más que la/os prestataria/os de bajo riesgo por el mismo préstamo. Si se quiere lograr el doble objetivo de la fijación de precio de un préstamo no discriminatorio y un respaldo para la/os prestamistas, la tasa de interés debe ajustarse gradualmente con el tiempo para que el préstamo permanezca protegido y el precio al final sea el mismo para toda/os la/os prestataria/os. De manera alternativa, la suma que un/a prestatario/a de riesgo debe pagar por encima de la tasa preferencial podría devolverse como cualquier otra garantía, aunque esto significase un crédito gratuito para la institución financiera. Ninguna de estas dos alternativas ocurre en la práctica, si bien la prima de riesgo como garantía *sui generis* permanece en propiedad del/a prestatario/ al igual que cualquier otra garantía. Sin ajuste ni reembolso, el aceleramiento de la prima de riesgo -la cual sirve como protección legítima para el/la prestamista al comienzo del

de la utilización del sistema financiero para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, 2015 O.J. (L 141), modificada por la Directiva 2018/843, 2018 O.J. (L 156). En los Estados Unidos, el KYC está plasmado en el Programa de Identificación del Cliente (del inglés Customer Identification Program o CIP) establecido por la Sección 326 de la Ley Patriota de los Estados Unidos V. 31 U.S.C. 5318(1); 31 C.F.R. 103.121.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contrato de préstamo- es una carga adicional para el/la prestatario/a una vez que paga el capital.

IV. La falta de ajuste conduce a la discriminación basada en la tasa de interés

Una vez que el/la prestatario/a cumple con las obligaciones, el/la prestamista debe devolverle la garantía (de lo contrario, el/la prestatario/a puede reclamarle la restitución).[93] Del carácter sustitutivo de las primas de riesgo que sustituyen las garantías reales se desprende que, si las tasas de interés ponderados por riesgo no se ajustan al nivel de la tasa preferencial una vez que se ha pagado el total del capital, el importe pagado por encima de la tasa preferencial según la prima de riesgo también debería ser reembolsado al/a la prestatario/a. La falta de ajuste o del reembolso de la prima de riesgo, que actualmente es una práctica habitual, es discriminatoria, ya que la/os clienta/es de alto y bajo riesgo reciben un trato diferente en función de su situación patrimonial, a pesar de plantear el mismo grado de riesgo para el/la prestamista tras el pago del capital (*ver* la sección V para el análisis jurídico de la discriminación basada en motivos económicos). Según el nuevo enfoque de las tasas

[93] El reclamo de restitución puede basarse en el propio contrato, ya que el prestatario conserva la propiedad de la garantía o en el enriquecimiento sin causa, que existe como principio jurídico tanto en las jurisdicciones de derecho civil como en las de common law y establece los recursos disponibles para la parte que sufrió una pérdida de bienes sin una causa legal que condujo al enriquecimiento de la otra parte. *V., por ej.*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ABGB] [Código Civil], § 877, 1041, 1042, 1174, 1431, 1435 (Austria); Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Código Civil], § 812 (Ger.); Código Civil [C. civ.] [Código Civil] [art. 1303-1304] (Fr.); o (the ["Jogalap nélküli gazdagodás" of the Hungarian civil code) párrafos 6:579 – 6:582]. En *Benedetti contra Sawiris* [2013] UKSC 50 y *Bank of Cyprus UK Ltd contra Menelaou* [2015] UKSC 66, la Corte Suprema del Reino Unido reconoció que las demandas por enriquecimiento sin causa estaban bien establecidas en el common law y activó una investigación de cuatro preguntas: "(1) ¿Se ha enriquecido el demandado? 2) ¿El enriquecimiento fue a expensas del demandante? 3) ¿Fue injusto el enriquecimiento? (4) ¿Existe alguna defensa disponible para el acusado?".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de interés propuesto en este artículo, se entiende que el contrato de préstamo constaría de dos fases: el período antes del pago del capital, durante el cual los clientes con tasa preferencial y los clientes de alto riesgo pertenecen a diferentes clases de riesgo; y el período posterior al pago del capital, cuando estos clientes pertenecen a la misma clase de riesgo. Por lo tanto, antes del pago del capital y después del pago, cada fase requiere un análisis por separado acerca de la discriminación. [94]

A. No hay discriminación antes del pago del capital

El/la prestamista tiene el derecho (y la obligación con la/os accionistas) de proteger la inversión y un interés en obtener ganancias. Por consiguiente, se clasifican a la/os clienta/es que desean pedir un préstamo, de acuerdo con el riesgo que podrían representar para el cumplimiento del contrato de préstamo (*ver*. Sección III). Solo entonces el/la prestamista podrá firmar el contrato con el/ prestatario/a. Una vez que el capital ha sido desembolsado al/a la prestatario/a, comienza la primera fase del préstamo.

1. Trato diferenciado

Según la clasificación de riesgo realizada por el/la prestamista, a la/os clienta/es se les ofrecerá la tasa preferencial o la tasa preferencial más una prima de riesgo. Esta prima de riesgo es la condición previa para que la/os prestataria/os con más riesgo obtengan el mismo capital que la/os prestataria/os de bajo riesgo al acelerar el pago del capital a través

[94] Para más información acerca de la prohibición de la discriminación, véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention – Prohibition of Discrimination*, 15 (31 de diciembre de 2019), https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de una tasa de interés más elevada. Como resultado, la/os prestataria/os A y B en el ejemplo anterior son tratada/os de manera diferente en función de su clasificación de riesgo. Aun teniendo iguales características, salvo por la situación patrimonial, la/os prestataria/os A y B tienen que pagar diferentes precios por el mismo capital.

2. Justificación objetiva y razonable

La diferencia en el trato podría justificarse objetiva y razonablemente si se persigue un objetivo legítimo y los medios son proporcionales a la consecución de dicho fin.

a. El objetivo legítimo de proteger el capital

La ausencia o la mala calidad de la garantía aumenta el riesgo de que el/la prestamista no pueda recuperar el capital en caso de incumplimiento. En tal caso, la inversión del/a prestamista, que consiste en dinero de banca comercial que está protegido por la ley, similar a la propiedad, estaría en peligro. Una tasa de interés más elevada acelera el pago del capital, acortando así la primera fase del préstamo. Durante esta primera fase, la exposición al riesgo es particularmente alta ya que el pago del capital acaba de comenzar y el respaldo no está disponible o es insuficiente. Este pago anticipado del capital es un respaldo necesario (y, en algunos casos, el único respaldo posible) para el dinero de banca comercial del/a prestamista en esa etapa. Por dicha razón, en lugar del interés simple se utiliza ampliamente el interés compuesto en combinación con las primas de riesgo. Como los bancos de otra manera no otorgarían préstamos a potenciales prestatarios que no cuenten con una garantía adecuada, esta compensación para la/os prestamistas a través de una tasa de interés más alta es una práctica aceptable y necesaria. La prima de riesgo, y por lo tanto la tasa de interés, debe fijarse de una manera que no limite la actividad económica y la capacidad financiera de la/os clienta/es para evitar que pongan en peligro el contrato de préstamo. En consecuencia, cualquier

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

prestamista prudente utilizaría tasas de interés ponderadas por riesgo al ofrecer un préstamo a prestataria/os de riesgo. Por lo tanto, el uso de la clasificación de deudora/es para diferenciar a la/os prestataria/os tiene un objetivo legítimo en la primera fase del préstamo.

b. Proporcionalidad del uso del interés ponderado por riesgo

El uso de las primas de riesgo es proporcional en la primera fase del préstamo si el trato diferenciado a la/os prestataria/os es el medio menos intrusivo para proteger la propiedad del/de la prestamista.

Como se demostró anteriormente, la prima de riesgo más alta es necesaria al comienzo del préstamo. Es la única opción disponible que acorta el período de alto riesgo al acelerar el pago del capital, el cual consiste en dinero de banca comercial. Debido a que los bancos han sido legalmente autorizados para crear dinero de banca comercial, este tipo de dinero es legalmente similar a la propiedad.[95] Por lo tanto, el dinero de banca comercial se beneficia de un estándar de protección similar a los bienes inmuebles en el momento de su creación a través de un contrato de préstamo. El derecho a la propiedad está garantizado, por ejemplo, por el artículo 1 del Protocolo Nº 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual dispone: "Toda persona física o jurídica tiene derecho al disfrute pacífico de sus bienes. Nadie será privado de sus bienes salvo en interés público y con sujeción a las condiciones previstas por la ley y por los principios generales del derecho internacional". El enfoque de la/os prestamistas para tratar a la/os prestataria/os en una situación

[95] El soberano decide sobre todos los asuntos relacionados con el dinero, como la moneda de curso legal y el dinero de los bancos comerciales. Algunos Estados miembros de la UE han renunciado a su propia moneda para adoptar el euro y han regulado la creación de dinero de los bancos comerciales a nivel UE, *véase* Hahn Hade, *Wahrungsrecht* 22-23 (2° ed. 2010); esto muestra que los bancos y otras instituciones financieras, así como sus propietarios, conocen la condicionalidad y no pueden argumentar que la capacidad de crear dinero de los bancos comerciales está protegida como un derecho adquirido.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

comparable de manera diferente en función de su situación patrimonial para proteger el préstamo está objetiva y razonablemente justificado. Por consiguiente, el trato diferenciado durante la primera fase del préstamo no es discriminatorio.

B. Discriminación después del pago del capital

La práctica actual de la/os prestamistas es tratar a la/os prestataria/os durante todo el período del contrato de préstamo de la misma manera que lo hicieron al inicio del contrato. Sin embargo, en el transcurso del préstamo, el riesgo para la inversión del/ de la prestamista va disminuyendo a medida que el/la prestatario/a va pagando. Esta reducción del riesgo debe tenerse en cuenta, sobre todo porque un mayor riesgo determinó el monto de la prima de riesgo al comienzo del préstamo.[96]

1. Trato diferenciado

Una vez pagado el capital y ya sin la necesidad de que sea respaldado, comienza la segunda fase del préstamo. En ese momento, el/la prestatario/a A de tasa preferencial y el/la prestatario/a B de alto riesgo representan el mismo nivel de riesgo para la inversión del/ de la prestamista. Aun así, sus primas de riesgo siguen siendo considerablemente diferentes.

De no haber incumplimiento ni del prestatario/a A de bajo riesgo, ni del prestatario/a B de alto riesgo, ambos habrán pagado un precio diferente al final del contrato de préstamo, aunque el capital del préstamo que ambos obtuvieron

[96] Si el/la prestatario/a de alto riesgo cumple con el pago del préstamo al igual que el/la prestatario/a de bajo riesgo, debe ser tratado/a de manera idéntica. El/la prestatario/a debe obtener el mismo precio y una mejor calificación crediticia. Esto solo se puede determinar *ex post* o a partir del momento en que se pagó el capital, *ex ante* es necesario tener un precio diferente. Por lo tanto, es necesario realizar dos pruebas de discriminación.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

haya sido el mismo. Además, hay varias diferencias en el tratamiento del/de la prestatario/a A de tasa preferencial y del/de la prestatario/a B de alto riesgo que persisten en la segunda fase del préstamo. Mientras que, a la/os clientes de bajo riesgo, prestatario/a A, se les devuelve la garantía que había funcionado como respaldo del préstamo, a la/os client/aes de alto riesgo, prestatario/a B, no se les devuelve la prima de riesgo que pagaron en sustitución a una garantía. Del mismo modo, la/os clientes de bajo riesgo pueden usar sus fondos durante más tiempo antes del pago total del préstamo, en comparación con la/os clienta/es de alto riesgo. Esta capacidad de utilizar los fondos durante un tiempo más largo o más corto afecta a la actividad económica, ya que una prima de riesgo más alta y un pago acelerado del capital pueden requerir precios más altos. Por ejemplo, si el/la prestatario/a A de tasa preferencial y el prestatario B de alto riesgo gestionaban negocios siendo competidoros entre ellos, es posible que B tuviera que fijar precios más altos en comparación con A para cumplir con el préstamo. El/la prestatario/a A, por ende, tiene una ventaja competitiva al no tener que pagar el capital a la misma velocidad que el/la prestatario/a B y, en consecuencia, podría permitirle ofrecer precios más bajos.

2. Sin justificación objetiva ni razonable

Si el riesgo planteado por el/la cliente/a A y el/la cliente/a B se nivela, el mantenimiento de primas de riesgo diferentes para esta/os dos prestataria/os solo puede justificarse si surge un objetivo nuevo y legítimo y si los medios para alcanzar dicho fin son proporcionales a su propósito. Por lo tanto, surge la pregunta: ¿existe un objetivo legítimo una vez que el riesgo del prestamista ha caído a cero en ambos casos?

a. No existe un objetivo legítimo

Al igual que una garantía, el objetivo de la prima de riesgo es proteger la inversión del/de la prestamista, el capital.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

De acuerdo con el riesgo individual del/ de la prestatario/a, el/la prestamista está inicialmente justificado/a en cobrar primas de riesgo diferentes a A y a B. Sin embargo, una vez que el/la prestamista cobra el capital, no queda ningún riesgo y, por lo tanto, ningún objetivo legítimo. La prima de riesgo es sólo una herramienta para lograr la protección patrimonial del capital para los casos en que la garantía es insuficiente o inexistente, pero el derecho a la propiedad no se extiende a las tasas de interés y sus componentes.

El derecho a la propiedad está garantizado en todas las principales convenciones de derechos humanos, por ejemplo, en la Convención Europea de Derechos Humanos[97] y sus protocolos adicionales. En el caso *Marckx contra Bélgica*[98] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció el alcance del artículo 1 del Protocolo Nº 1, que se aplica únicamente a los bienes ya existentes y "no garantiza el derecho a adquirir bienes". Se podría sostener que el dinero de los bancos comerciales se encuentra amparado por el Artículo 1 del Protocolo No. 1 siempre que los bancos tengan permitido crear dinero, en cuyo caso el dinero de los bancos comerciales es similar al dinero creado por el banco central. Esto significa que el capital es lo suficientemente concreto como para que esté amparado bajo esta disposición. Dado que las personas jurídicas también gozan de derechos de propiedad en conformidad con el artículo 1 del Protocolo Nº 1, cualquier institución financiera puede actuar si se han violado su derecho de propiedad. Pero a diferencia del capital, el interés es solo un derivado, ya que deriva del capital, con lo cual, no puede tener un estatus similar al de la propiedad. Es el precio del producto y como cualquier otro precio depende del descubrimiento de precios del mercado. Debido al descubrimiento de precios, el precio cambia constantemente y no

[97] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, Europ.T.S. No. 5; 213 U.N.T.S. 221

[98] *Marckx contra Bélgica*, 31 Eur. Ct. H.R. Ser. A) en 39 (1979).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es concreto. En consecuencia, las tasas de interés no pueden protegerse como la propiedad.[99] No existe una garantía legal de tener éxito en los emprendimientos económicos. Si el éxito, es decir, la ganancia, estuviera legalmente garantizado, la sociedad estaría expuesta a un riesgo infinito e ilimitado. Como resultado, las tasas de interés tienen menos protección que el capital.

Actualmente, el saldo trata al capital y a los intereses como si ambos fueran legalmente similares a la propiedad: en el ejemplo, la/os tres clienta/es aún deben por igual 526.315,79 después de diez años, a pesar de que el/la cliente/a A ya había pagado 612.417, 76, el/la cliente/a C 707.549,34 y el/la cliente/a B había pagado incluso 1.048.437,50 porque no se hace distinción entre capital e intereses. La conclusión de que los intereses, legalmente, no son como una propiedad, sino como un precio, requiere una nueva forma de considerar el saldo, en base a la cual el pago del préstamo en el ejemplo antes mencionado se puede dividir en dos fases con diferentes niveles de protección legal: la primera fase durante la cual el cliente paga simultáneamente las tasas de amortización e intereses hasta que termine de pagar el capital, y la segunda fase, en la cual el/la prestatario/a solo paga los intereses (puesto que el capital ya ha sido reembolsado a ese punto). En el gráfico anterior, la primera fase está representada por el campo debajo de la línea negra de 1 millón hasta que es atravesada por las curvas de pago roja, azul y verde. La segunda fase es el campo sobre línea de 1 millón después de que las curvas de pago lo cruzaron.[100]

---

[99] En comparación, el alquiler que se debe pagar por un apartamento nunca es el mismo que el reclamo de propiedad relacionado con la propiedad (el apartamento en sí).

[100] Cobrar primero los intereses y el capital después no tiene sentido para el/la prestamista prudente porque deja el capital más tiempo en manos del/de la cliente/a potencialmente riesgoso/a. Cobrar primero el capital y los intereses después también aumenta el riesgo, aunque menos que en la primera alternativa, ya que este enfoque no combina el interés compuesto con las primas de riesgo, con el fin de acelerar el

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El enfoque actual, sin embargo, extiende la protección de la propiedad más allá del capital para abarcar la tasa de interés. Este enfoque acarrea una práctica discriminatoria y, por lo tanto, ilegal al apoyar precios diferentes para un mismo producto en función de la situación económica de la/os prestataria/os.

Por lo tanto, no es un objetivo legítimo exigir a la/os clienta/es de alto riesgo que mantengan los pagos de las primas de riesgo una vez que pagaron el capital al/a la prestamista.

b. Sin proporcionalidad

El uso de primas de riesgo también sería proporcional en la segunda fase del préstamo si el trato diferenciado de la/os prestataria/os fuera necesario para proteger los bienes del/de la prestamista de la manera menos intrusiva. Sin embargo, este no es el caso. La propiedad del/de la prestamista ya está asegurada en la primera fase. El único pago adicional que podría solicitarse tanto a la/os clienta/es A como a los B sería la tasa preferencial, ya que cubre los gastos y las ganancias para el/la prestamista en el caso de clienta/es con tasa preferencial. Pagar la prima de riesgo en la segunda fase del préstamo ya no es proporcional, dado que una tasa de interés alrededor del nivel de la tasa preferencial sería suficiente para alcanzar el mismo precio después de 20 años.

C. Nuevo enfoque Parte 2: Ajuste de las tasas de interés, una técnica judicial bien conocida

En la segunda fase, no es posible sostener la misma justificación para exigir una prima de riesgo como en la primera fase. Por lo tanto, es necesario reestructurar los pagos de tal manera que se logre un equilibrio entre el derecho del/de la prestamista a proteger sus bienes, el capital, y el derecho del/de la prestatario/a a no ser discriminado/a. Ciertos

pago del capital. En consecuencia, el sistema actual que prevé el pago simultáneo de las tasas de amortización y los intereses es óptimo para los prestamistas prudentes en virtud de su carácter acelerador de los pagos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

países de América Latina, África y Asia han intentado implementar esto mediante la aplicación de límites a las tasas de interés.[101] Si bien los límites a las tasas de interés han sido útiles en algunos casos, como en Bolivia, donde llegaron a contribuir a una vivienda más asequible,[102] no están exentos de deficiencias.

A diferencia de las primas de riesgo que obligan al/a la prestatario/a a pagar el capital en una etapa temprana, los límites a las tasas de interés hacen que se extienda el tiempo en pagar el capital y, por consiguiente, aumentan el riesgo sobre el capital del/de la prestamista. Este riesgo incrementado no solo es perjudicial para un/a prestamista en particular, sino que también podría dañar el mercado de crédito. Al dejar que la devolución del capital se torne menos segura, los límites a las tasas de interés podrían desalentar a la/os prestamistas a participar en el mercado de crédito. Esto, a su vez, abre la probabilidad de que se agote la cantidad de crédito disponible, socavando los intereses de prestamistas y prestataria/os por igual. Lo más importante es que los límites a las tasas de interés son tan discriminatorios como la práctica actual, ya que las tasas de interés limitadas también consistirán en diferentes tasas de interés y tendrán primas de riesgo basadas en los antecedentes financieros del/de la prestatario/a. Por lo tanto, los límites a las tasas de interés no reemplazan el régimen de precios discriminatorio y no resuelven el problema de que el dinero pagado en exceso en función de las primas de riesgo no es devuelto como sucede con cualquier otra garantía.[103] Una mejor alternativa sería un

[101] Howard Miller, EPS-Peaks, *Interest Rate Caps and Their Impact on Financial Inclusion*, 6 (2013).

[102] Bolivia, decretos No. 1842 (18 de diciembre de 2013) y No. 2055 (10 de julio de 2014); Juan Pablo Bohoslavsky, *Development and Human Rights in Bolivia: Advances, Contradictions, and Challenges*, 11 Latin American Policy, 126, 129 (2020).

[103] *Id.* en 129 (las tasas de interés varían entre 5,5% y 6,5% para viviendas sociales y de 6% a 11,5% para créditos al sector productivo).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nuevo enfoque que refleje la reducción progresiva del riesgo que se produce a medida que se va devolviendo el capital.

El modelo actual de cancelación de préstamos sería mucho más equitativo si se ajustaran las primas de riesgo a lo largo del tiempo. La lógica detrás de esta propuesta está bien establecida. Por ejemplo, en *De jure belli ac pacis*, Grotius describe que la/os prestataria/os simplemente son liberada/os de sus obligaciones proporcionalmente a lo que el/la prestamista ha recibido.[104] Las disposiciones en la legislación alemana y austríaca también adhieren a este punto de vista. El Tribunal Federal de Justicia de Alemania (*Bundesgerichtshof*), por ejemplo, ha exigido la liberación de la garantía, proporcional y dependiente de los pagos continuos del capital, en los casos en que el valor de la garantía fuese excesivo en relación con el crédito.[105] El razonamiento del Tribunal reside en que el exceso de garantías perjudica de manera injustificada la actividad económica del/de la deudor/a. Asimismo, el Tribunal sostuvo que los acuerdos que contuvieran una cláusula que pudiera dar lugar a una garantía excesiva podían considerarse abusivos a menos que el contrato liberara gradualmente la garantía al/a la deudor/a una vez que deje de ser necesaria.[106] Los tribunales austríacos han adop-

[104] Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace Including the Law of Nature and of Nations*, capítulo X Nr. 11 at 192 (1901) (Grotius utiliza el ejemplo de las hipotecas de bienes raíces agrícolas para ilustrar aún más este argumento. Específicamente, se refiere a una situación en la que el/la propietario/a de la garantía ya no tiene acceso a la misma y el/la acreedor/a hace uso de los frutos de esa misma garantía. Al hacerlo, argumenta que el usufructo producido por los pagos de garantía debe deducirse del capital); *véase también* Peter Derleder, Kai-Oliver Knops y Heinz Bamberger, *Deutsches und Europaeisches Bank-Und Kapitalmarketrecht*, § 29 en 59 (2017) (La práctica contemporánea es utilizar la garantía como un medio para reducir el reclamo contra el deudor).

[105] Este tipo de garantía excesiva se conoce como "Übersicherung" en Alemania.

[106] BGHZ 137, 212, 218. El *Bundesgerichtshof*, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, sostuvo que el carácter fiduciario de los acuerdos de garantía obliga al/a la acreedor/a garantizado/a devolver la garantía una vez que deja de ser necesaria. También sugirió que el/la acreedor/a solo tiene discreción en la elección de la garantía a devolver de haber varias opciones, pero no en lo que respecta a si se devuelve o no la garantía.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tado un enfoque casi idéntico en lo que respecta a reclamos sobre garantías excesivas.[107] La liberación de la garantía debe ser proporcional a la disminución en la necesidad del acreedor de tener que cubrirse con una garantía, ya que la legislación austríaca exige un ajuste en los casos en que la garantía deba complementarse o reemplazarse.[108] Esta norma exige explícitamente la proporcionalidad de la garantía y el crédito garantizado, por lo que la liberación debe seguir el mismo principio.[109] Al igual que con los tribunales alemanes, los tribunales austríacos fundamentaron que un contrato que requiera una garantía excesiva podría considerarse abusivo y, por ende, anulable, salvo que se ajuste de conformidad con la reducción gradual del riesgo.[110]

Por su parte, los tribunales argentinos han enfatizado en la exigencia de la buena fe de la/os prestamistas en relación a la constitución de garantías reales de la/os prestatarios, habiendo así resuelto la nulidad de garantías reales constituidas por empresas prestatarias a favor de bancos en el contexto de procesos concursales y de quiebras. En *Selaco SA*[111], por ejemplo, se trató de un crédito que un banco otorgó con la simultánea constitución de garantías reales a su favor por parte del prestatario. Parte de dicho préstamo se destinó a cubrir (consolidar) un importante pasivo en descubierto que el deudor registraba con ese mismo banco, que ya sabía que

[107] Österreichisches Bankvertragsrecht – Band VIII: Kreditsicherheiten, Teil I (Peter Apathy, Gert Michael Iro & Helmut Koziol eds., 2d ed. 2012) nr. 1/170, fn. 612 y 613.

[108] Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch [ABGB] [Civil Code] § 458 (Austria).

[109] Österreichisches Bankvertragsrecht – Band VIII: Kreditsicherheiten, Teil I, nr. 1/171.

[110] *V.* BGHZ 137, 212, 224; *v. también* BGHZ 138, 367 (El Tribunal Federal de Justicia de Alemania estableció un límite del 150% de la suma total del préstamo como regla general. El valor real se excede en un 50% porque reconoce la necesidad del/de la acreedor/a de cubrir los gastos de la venta y los eventuales gastos legales); *pero véase* BGHZ 137, 212 c) (1) - (4) Rimmelspacher, Stürner, *Kreditsicherungsrecht* (2017) en 155 nro. 42 (si ambas partes pueden demostrar que este límite es suficiente o insuficiente y podría exigir una reducción o aumento basado en el valor de mercado).

[111] CNCom., Sala C, 29 de noviembre de 1984, El Derecho, 115-552.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la empresas estaba en cesación de pagos. En el caso *Establecimiento Metalúrgico Pecú S.A.*[112], frente a hechos similares, también se anuló la garantía aunque también se declaró la inoponibilidad del crédito frente a la masa concursal.

Como los acuerdos de préstamo pueden tornarse abusivos debido a una garantía excesiva, la prima de riesgo puede llegar a provocar un efecto similar con el tiempo. Retener la garantía genera un reclamo de devolución contra el/la acreedor/a y el crecimiento del interés compuesto podría conducir a un contrato desmesurado en un momento dado, debido a que se torna excesiva la tasa de interés que sustituye la garantía. Pero la reducción de los intereses a los niveles de la tasa preferencial después del pago total del capital concuerda con las opiniones de los tribunales austríacos y alemanes de que las garantías deben liberarse gradualmente con el tiempo. En su defecto como alternativa, la suma pagada por encima de la tasa preferencial podría ser devuelta al finalizar el contrato.

Está bien establecido que los tribunales pueden ajustar los contratos sobre la base de la asignación adecuada del riesgo cuando el ajuste es más equitativo que la anulación del contrato o la quiebra de una de las partes del contrato. En el caso *Till contra SCS Credit Corp.*,[113] por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el interés del/de la acreedor/a en recibir el pago pendiente debe equilibrarse con el riesgo del/de la deudor/a de que las tasas de interés excesivas sobre las cuentas por cobrar puedan conducir potencialmente a la quiebra.[114] La mayoría de

[112] CNCom., Sala D, 28 de abril de 1988, El Derecho, 132-305.

[113] *Till et ux. contra SCS Credit Corp.*, 541 EE.UU. 465 (2004). En este caso, el encuestado estaba obligado a pagar un 9,5% de intereses sobre los pagos mensuales: el 8% consistía en la tasa preferencial y el 1,5% representaba a la prima de riesgo.

[114] El juez Stevens, escribiendo para la mayoría de la Corte, se basó en el Capítulo 13 del Código de Quiebras de los Estados Unidos, que permite a los tribunales de quiebra modificar los derechos de cualquier acreedor/a cuyo reclamo esté respaldado por una garantía de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Corte respaldó además un método simple y uniforme para que los tribunales de quiebra lo utilizaran en la reforma de las tasas de interés, al que se refirió como el "enfoque de la fórmula":[115] comenzando con la tasa preferencial nacional[116] y ajustándola para tener en cuenta el mayor riesgo de incumplimiento que suelen plantear los deudores en quiebra.[117]El caso *Till* recién mencionado no solo aclara que los tribunales de quiebra pueden ajustar las tasas de interés en situaciones en las que de otro modo podrían poner en peligro la sostenibilidad del plan concursal, sino que también la garantía debe seguir siendo propiedad del/de la deudor/a, siempre que éste/ésta complete sus pagos de acuerdo con el plan concursal.

La práctica judicial aplicable establece que las garantías y las tasas de interés pueden ajustarse para reflejar los intereses económicos de las partes. Siguiendo con la misma lógica de esta jurisprudencia existente, sería razonable permitir también el ajuste de las primas de riesgo. Sólo la propiedad existente, que se refiere a "posesiones adquiridas legalmente" está protegida por la ley.[118] El beneficio futuro generado automáticamente por el interés compuesto y las primas de riesgo más allá de cualquier valor equitativo no está protegido. Esto significa que no se violarían los derechos de pro-

cualquier tipo que no sea "un bien inmueble que sea la vivienda principal del/de la deudor/a". *Id.* en 475.

[115] *Id.* en 466.

[116] La tasa preferencial nacional se refiere a la estimación del mercado financiero del monto que un banco comercial debe cobrar a un prestatario comercial solvente para compensar los costos de oportunidad del préstamo, el riesgo de inflación y el riesgo de incumplimiento relativamente leve.

[117] El Tribunal sugiere que, al realizar este análisis, los tribunales de quiebra deben elegir una tasa de interés lo suficientemente elevada como para compensar adecuadamente al/a la acreedor/a por haber asumido un riesgo, pero no tan elevada como para condenar el plan concursal. *Id.* en 466-67.

[118] Por ejemplo, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 17(1), 2010 O.J. (C83) 389.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

piedad de la/os prestamistas al ajustar las primas de riesgo por imperio de una ley. Alternativamente, el reembolso de todos los intereses pagados por encima de la tasa preferencial podría darse al final del período del préstamo, al igual que todas las garantías que deben ser devueltas.

Si bien ambas prácticas mejorarían el sistema actual, los tribunales que decidan entre estas soluciones deben sopesar, al menos, tres consideraciones: (1) los diferentes niveles de protección de la propiedad que se aplican al capital y a las tasas de interés; 2) el riesgo variable que plantean la/os deudora/es en virtud de su entorno económico; y (3) los niveles cambiantes de riesgo a lo largo del tiempo a medida que la/os deudora/es completan sus pagos del capital. El *statu quo* ignora que el riesgo cambia con el tiempo y que la fijación de precios no puede ser discriminatoria en un mercado libre que respeta el Estado de derecho y los derechos humanos. El único medio proporcionado y no discriminatorio de proteger la propiedad del/de la acreedor/a es el ajuste de las tasas de interés a lo largo del tiempo.

Demás está decir que si el acreedor debe ajustar la prima de riesgo a lo largo del tiempo para no cometer discriminación contra el/la deudor/a, puede ajustar su gestión de riesgos frente a las instituciones supervisoras, en la mayoría de los casos, el banco central. De lo contrario, un banco comercial quedaría atrapado en una situación que conduce a una reducción de sus ingresos procedentes del/de la cliente/a y a la obligación de gestionar el riesgo como si el/la cliente/a siguiera siendo de alto riesgo. Pero bajo el régimen de Basilea III, el banco debe realizar ajustes de estrés frecuentes en todas sus carteras con los datos actuales del mercado para ajustar el riesgo de contraparte.[119] El párrafo 61 de Basilea III

[119] Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, diciembre 2010 (revisado en noviembre de 2011), II. A. 1. 98. ¶¶ 25(I) & 61, pp. 30-31, disponible en https://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

establece: "En todos los casos, los datos deben actualizarse trimestralmente o con mayor frecuencia si las condiciones del mercado lo justifican". Esto no solo significa que el ajuste de la gestión de riesgos y las primas de riesgo puede hacerse de cualquier forma, sino que ya se hace de forma regular.[120] Los bancos comerciales están obligados a recopilar los datos necesarios y pueden ajustar su capital en consecuencia, pero los ahorros de costos generados por estas calibraciones de riesgo no se transfieren a sus clientes (!¡).

V. Aspectos jurídicos de la discriminación por razones económicas

En virtud de los Acuerdos de Basilea, los bancos suelen aplicar intereses ponderados por riesgo a todos los préstamos, tanto soberanos como privados. El presente artículo insta a una nueva interpretación de la ley por medio de la cual las primas de riesgo funcionan legalmente como un reemplazo de la garantía que los bancos deben ajustar con el tiempo de acuerdo con la disminución del riesgo. Esta formulación se aplicaría con igual fuerza a los préstamos soberanos y privados. Este Sección discute una variedad de cuestiones jurídicas que surgen en los casos en que la protección de los bienes y la prohibición de discriminación que se aplican a individuos y entidades privadas, así como a los Estados.

A. Prohibición de discriminación por razones económicas contra prestataria/os privada/os

Los casos en que las primas de riesgo conducen a precios dependientes de los bienes de un/a cliente/a guardan

[120] Esto también está respaldado por las Directrices sobre la recopilación de información relativa al ICAAP y al ILAAP a efectos del PRES de la Autoridad Bancaria Europea, EBA, EBA/GL/2016/10 §§ 57(a)-(b) (10 de febrero de 2017), las cuales plantean que los cambios de riesgo tienen un seguimiento y que la gestión de riesgos de los bancos debe reflejar dichos cambios.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

similitud con las disposiciones legales y los casos en que una diferencia en la fijación de precios está basada en el sexo o el origen étnico. La Directiva de Igualdad de Trato en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2004[121] prohíbe las prácticas comerciales en la Unión Europea que discriminen por motivos de sexo. En el caso *Test-Achats*, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que la fijación de precios basada específicamente en el género viola las disposiciones de no discriminación e igualdad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE,[122] lo cual dió lugar a primas de seguro neutrales en cuanto al género.[123] La Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe la discriminación por razones económicas en el artículo 14 en combinación con el Protocolo 12, al igual que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en el artículo 21, apartado 1. Algunas constituciones, como la húngara en el párrafo 2 del artículo XV, proveen disposiciones similares. Asimismo, varias convenciones internacionales establecen la prohibición de discriminación.[124] La prohibición general de la discriminación codificada en las principales convenciones internacionales y regionales de derechos humanos es, por supuesto, aplicable en el ámbito financiero.[125] Esto implica que un ajuste en la

[121] Consejo de la UE, Directiva del Consejo 2004/113/EC del 13 de diciembre: Implementing the Principle of Equal Treatment Between Men and Women in the Access to and Suplly of Goods and Service (2004), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0113. Official Journal of the European Union, L 373 (2004), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2004:373:TOC.

[122] Charter of Fundamental Rights of the European Union, artículos 21, 23, 2010 O.J. (C83) 389.

[123] Case C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL v Conseil des ministres*, 2011 E.C.R. I-773.

[124] Carta Africana de los Derechos Humanos de los Pueblos (Art. 28), Convención Americana de los Derechos Humanos (Art. 1, 24), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 26).

[125] *V.* en general Motoko Aizawa, Daniel Bradlow, & Margaret Wachenfeld, *International Financial Regulatory Standards and Human Rights: Connecting the Dots*, Manchester Journal of International Economic Law, L. 1 (2018).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

determinación de precios para evitar la discriminación no solo es posible, sino que es jurídicamente requerido.

Una fuente fidedigna es la Observación General Nº 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que a la vez se ocupa de la discriminación por razones económicas -que está prohibida en virtud del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[126]-. Los Estados que ratificaron ese Pacto Internacional deben "adoptar inmediatamente las medidas necesarias para prevenir, disminuir y eliminar las condiciones y actitudes que causan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto".[127] Además de la discriminación directa que ilustra el ejemplo de este artículo con la/os clienta/es A, B y C, el sistema actual de tasas de interés ponderados por riesgo también da lugar a una discriminación indirecta, tal como se define en las directivas europeas pertinentes contra la discriminación como un sistema que crea un impacto negativo y dispar para un determinado grupo de personas.[128] En el caso de los intereses ponderados por riesgo, el grupo social afectado de manera dispar y negativa incluye a cual-

[126] Observación General Nº 20, No discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, ¶ 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, U.N. DOC. E/C.12/GC/20 (2 de julio de 2009).

[127] *Id.* ¶ 8(b).

[128] La Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico, de 29 de junio de 2000, establece en su artículo 2 inciso 2 b) que "(...) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios." La Directiva sobre igualdad de trato en el acceso a los bienes y servicios de 2004 (2004/113/CE), de 13 de diciembre de 2004, define la discriminación indirecta como "situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

quiera que no obtenga la tasa preferencial, un grupo social en la que las minorías, las mujeres y las personas con ingresos más bajos están sobrerrepresentadas.

Este punto merece ser repetido: si bien el sistema de interés ponderado aparenta ser objetivamente justo, tiene un efecto negativo en toda/os la/os clienta/es, excepto en la/os clienta/es con tasas preferenciales. Toda/os la/os demás pagan por la estimación de riesgo total, incluso si resultan ser menos riesgosa/os de lo que los pronósticos de la/os prestamistas habían anticipado al inicio del contrato. Dado que las primas de riesgo actualmente no son concebidas como una garantía *sui generis* que compensa la falta o insuficiencia de garantías, causan discriminación directa e indirecta. A su vez, dado que la falta de bienes se considera con frecuencia como un problema individual arraigado en la pereza en lugar de estar "profundamente arraigado en el comportamiento y la organización sociales, a menudo implicando discriminación no cuestionada o indirecta", las primas de riesgo también contribuyen a la discriminación sistémica.[129] En este sentido, la entonces Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de la ONU, Magdalena Sepúlveda Carmona, exigió a los Estados "que tomen todas las medidas adecuadas para modificar los patrones socioculturales con el fin de eliminar prejuicios y estereotipos."[130]Los algoritmos de tecnología financiera (*fintech*) que se basan en métodos convencionales de calificación crediticia representan una forma moderna de discriminación sistémica. La Guía Técnica para la Calificación Crediticia en la Inclusión Financiera del Banco Mundial, por ejemplo, recomienda métodos analíticos predictivos que simplemente perpetúan el *status quo* en la calificación crediticia.[131] Sin embargo, una vez que se paga el

[129] Observación General Nº 20, *supra* nota 123, ¶ 12.

[130] A/HRC/21/39 para 21.

[131] Fernandez Vidal, Maria, & Barbon, Fernando, *Credit Scoring in Financial Inclusion – How to use advanced analytics to build credit-scoring models that increase access*: Consultative

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

capital ya no es, precisamente, necesario proteger el derecho al capital, por lo que mantener las primas de riesgo después del pago del capital no es razonable ni objetivo, sin importar si la decisión la toma un/a empleado/a bancario/a o un algoritmo. Las primas de riesgo no ajustadas se alejan del espectro que delimita lo permisible en cuanto al trato diferenciado, esto es aplicable tanto para las formas convencionales como para las formas modernas de discriminación.[132] La Observación General Nº 20 aclara que la prohibición de discriminación basada en la situación patrimonial, es un concepto amplio e incluye todo tipo de bienes y la falta de la misma también.[133] Las primas de riesgo tienen un efecto en quienes dispongan de bienes y en quienes no dispongan de bienes. Es más probable que la/os clienta/es acaudalada/os ofrezcan una buena garantía, y así se benefician de tres maneras: (1) obtienen una tasa de interés más baja, (2) les devuelven la garantía al finalizar el contrato, y (3) pueden usar el capital durante más tiempo. En contraposición, un menor tiempo de disponibilidad del capital, una prima de alto riesgo y el pago íntegro del préstamo sin que se le devuelva la garantía al finalizar el contrato es la penalidad por no contar con una garantía suficiente. En el presente ejemplo, B paga 770.312,50 mientras que A paga solo 185,937.50 por un préstamo idéntico y más aún, le devolverán su garantía. Una vez que B pagó el capital por completo, debe pagar 584.375 más que A,[134] solo por no tener una garantía. Este trato diferente basado en la situación económica y disponibilidad de bienes del/de la prestatario/a, en la práctica comercial no es proporcional y, por lo tanto, es discriminatorio.

A menudo se considera a los derechos humanos como una defensa del individuo contra el Estado, pero bajo la juris-

---

Group to Assist the Poor, 1, 24 n.5 (2019).

[132] Observación General Nº 20, *supra* nota 123, ¶ 13.

[133] *Id.*, ¶ 25.

[134] 770.312,50 (B) – 185.937,50 (A) = 584.375,00

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

prudencia establecida, el derecho de los derechos humanos puede promover un efecto directo entre individuos y entidades privadas.[135] Por ejemplo, en el caso *Deaconu contra Rumania*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó su competencia para revisar la interpretación de un tribunal nacional de un contrato privado cuando se perciba incoherente con los derechos protegidos por la Convención.[136] Hay un creciente número de casos de discriminación por razones económicas, que involucran discriminación por y contra el Estado y las entidades privadas. La siguiente sección ofrece una muestra de casos judiciales de tribunales nacionales e internacionales de jurisdicciones europeas y norteamericanas que se ocupan de la discriminación por razones económicas.

1. Discriminación por razones económicas contra personas físicas: Panorama general de la jurisprudencia

a. Shelter Corp. contra Ontario[137]

El presente caso se trata de propietarios demandados que utilizaron criterios basados en los ingresos para denegar el alquiler de alojamiento a la/os solicitantes de ingresos más bajos. Los propietarios mantuvieron una política de negarse a alquilar a posibles inquilina/os que utilizaran más del 30% de sus ingresos brutos para pagar el alquiler bajo el supuesto de que dicha/os inquilina/os probablemente incumplirían. La Comisión de Derechos Humanos de Ontario y los demandantes impugnaron esta práctica por motivos de discriminación basada en la edad, el sexo y los ingresos porque la aplicación de esta norma daba lugar a la exclusión o restricción o pre-

[135] El debate sobre diferentes aspectos de las relaciones entre individuos privados en el contexto de los derechos humanos también se conoce bajo su término legal alemán: *Drittwirkung*. Para información general, véase *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism* (András Sajó & Renáta Uitz, eds., 2005).

[136] *Deaconu contra Rumania*, n°. 66299/12, [2019] ECHR 98, ¶ 24.

[137] *Shelter Corp. contra Ontario (Human Rights Comm.),* 2001 CanLII 28414 (ON SDC).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ferencia por un grupo determinado. Los demandados sostuvieron que la ley no prohibía a los propietarios evaluar a la/os inquilinos en función de su capacidad de pago. También negaron el carácter discriminatorio o selectivo de sus criterios y argumentaron que sin la posibilidad de evaluar a la/os inquilina/os y, por ende, sin poder limitar el riesgo, los propietarios enfrentarían dificultades comerciales injustificadas.

El Consejo de Investigación de Ontario (ahora el Tribunal de Derechos Humanos de Ontario) concluyó que la relación entre los gastos de vivienda y los ingresos arrojaba resultados inválidos y poco confiables debido a una variedad de errores teóricos y conceptuales. Más aún, observó que más del 30 % de los hogares en Canadá gastaba más del 30 % de sus ingresos brutos en vivienda. Además, el Consejo no encontró evidencia que conectara los ratios entre alquileres e ingresos con el incumplimiento.[138] Más bien, el Consejo encontró que "la evidencia sustenta la conclusión de que son los cambios inesperados en las circunstancias de una persona después de entrar en un arrendamiento los que provocan más comúnmente el incumplimiento de un inquilino".[139] En la apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Tribunal Divisional, confirmó el enfoque del Consejo de Investigación y sus conclusiones de discriminación indirecta.[140]

b. Chassagnou y otros contra Francia[141]

Una ley francesa obligó a la/os pequeña/os terratenientes a ceder sus derechos de caza a las grandes asociaciones

[138] *Ontario Human Rights Commission and Kearney et al v. Bramela Corporation et al*, Board of Inquiry 98-021, 221998. *Id.* en 44 ("No existe relación entre el porcentaje de sus ingresos que una persona gasta en alquiler y la probabilidad de que dicha persona incumpla con el pago de las obligaciones de alquiler").

[139] *Id.* en 46.

[140] *Shelter Corp. contra Ontario (Human Rights Comm.),* 2001 CanLII 28414 (ON SDC).

[141] *Chassagnou y otros contra Francia* [CG, 29 de abril de 1999], nos. 25088/94, 28331/95 y 28443/95, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1999-III.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de caza. La ley otorgaba una compensación a la/os terratenientes que perdían ingresos debido a la transferencia obligatoria, pero no emitió ninguna disposición para aquella/os que se oponían a la caza y planeaban un uso diferente de su patrimonio. Además, la/os propietaria/os de grandes extensiones de tierra pudieron rechazar la transferencia de derechos de caza. Chassagnou y otros demandantes eran pequeños terratenientes que se oponían a la caza, deseaban prohibirla en sus propiedades y solicitaban sin éxito a los tribunales franceses que impidieran la transferencia de derechos de caza.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la transferencia obligatoria de los derechos de caza de la/os pequeña/os propietaria/os de tierras, de modo que otros pudieran utilizar la propiedad de manera conflictiva con las creencias de los propietaria/os, constituía una carga desproporcionada, sin justificación, sobre su derecho a la propiedad y, por lo tanto, violaba el artículo 1 del Protocolo Nº 1.[142] El Tribunal consideró que se habían vulnerado el derecho a la propiedad junto con el derecho a la no discriminación (artículo 14 de la Convención) porque, a diferencia de la/os propietaria/os de tierras con menos extensión, los que tienen grandes extensiones podían decidir libremente sobre el uso de sus tierras y, por lo tanto, podían prohibir la caza. A su vez, el Tribunal sostuvo que existía la discriminación por razones económicas según el artículo 14 de la Convención, ya que la diferencia de trato entre la/os grandes y pequeña/os propietaria/os de tierras daba lugar a conceder únicamente a la/os primera/os el derecho a utilizar sus tierras de conformidad con sus convicciones.[143]

El Tribunal sostuvo que la decisión arbitraria sobre quién es lo suficientemente pequeño como para que se transfieran sus derechos de caza en contra de su voluntad

[142] *Id.* § 85.

[143] *Id.* § 95.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no solo es una violación de los derechos de propiedad, sino también una discriminación por razones económicas, ya que esta decisión se basa en el volumen de la propiedad, es decir, su valor.[144] La ley francesa incurre en discriminación contra la Sra. Chassagnou en función de su propiedad de menor volumen. Del mismo modo, los bancos cometen discriminación al establecer primas de riesgo basadas en los bienes que son de menor volumen o en la falta de bienes, y también, más adelante, al no ajustar la prima de riesgo a medida que va disminuyendo el riesgo.

Siguiendo este criterio, si a un/a prestamista se le permitiera mantener las ganancias de la prima de riesgo una vez que se pagara el capital, los tribunales extenderían los derechos de propiedad de los prestamistas más allá de la propiedad ya existente. Esta extensión afectaría sin ninguna razón legítima a toda/os la/os prestataria/os que no son clientes de tasa preferencial, es decir, a toda/os aquella/os con un estatus financiero y social más bajo. Por otro lado, la/os prestataria/os de bajo riesgo de tasa preferencial, que pueden proporcionar una garantía convencional, no se ven afectada/os porque por ley les deben devolver su bien una vez que se cumplió el contrato de préstamo. Hay dos extremos en la fijación de precios: el/la cliente/a A de bajo riesgo de tasa preferencial con una garantía excelente y el/la cliente/a B de alto riesgo sin garantía. Una vez que el riesgo del prestamista desaparece debido al pago del capital, existen dos precios diferentes. Basilea III y otras leyes no parecen ofrecer ninguna razón por la cual los contratos de crédito para clientes de tasa preferencial justifiquen precios más bajos, mientras que los préstamos para clienta/es más riesgosa/os requieran precios más altos después del pago del capital, ya que el riesgo de pérdida y el deber de la/os prestamistas prudentes de proteger el capital se ha reducido a cero en el momento del pago. Por lo tanto, estas leyes y recomendacio-

[144] *Id.* § 93.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nes están en contradicción con la prohibición de discriminación. De hecho, la prohibición de discriminación exige que ambas situaciones sean tratadas con igualdad una vez que se equiparan, de lo contrario esta práctica obliga a los prestatarios a utilizar los fondos que legalmente poseen para el pago de una prima de riesgo que se ha vuelto redundante.

c. Decisión Nº 42/2012 (XII. 20.) del Tribunal Constitucional de Hungría sobre la anulación de determinadas disposiciones de la Ley de asistencia letrada[145]

Una reforma legal de 2011 en Hungría estableció un requisito de representación legal en las demandas constitucionales. Anteriormente, las personas no representadas podían redactar sus propias presentaciones ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, como la ley que regula la asistencia letrada no se ha enmendado en simultáneo, la asistencia letrada para las demandas de inconstitucionalidad seguía sin estar disponible.

En una sentencia de 2012, el Tribunal Constitucional de Hungría decidió que esta situación daba lugar a una discriminación basada en la situación financiera de un litigante. Según el Tribunal Constitucional, es deber constitucional del Estado facilitar la defensa y el cumplimiento de los derechos de un individuo. En consecuencia, el Estado está obligado a proporcionar un sistema judicial accesible para toda/os.[146] A fin de mantener el acceso a la justicia de las partes en situación financiera desventajosa, el Estado prestó asistencia letrada en los tribunales de instancia inferior, con excepción de las demandas de inconstitucionalidad. Por lo tanto, todas las posibles partes en esa demanda fueron excluidas indiscriminadamente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Hungría consideró que esta situación era discriminatoria: al-

[145] Magyar Alkotmánybíróság [Hungarian Constitutional Court] 18 de diciembre de 2012, 42/2012 (XII. 20.) AB határozat (Hung.); http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/ precis/eng/eur/hun/hun-2012-3-008 (resumen en inglés).

[146] *Id.* en 14.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

guien que podía permitirse pagar a un/a abogado/a tenía una ventaja sobre uno/a que no podía, ya que este/a último/a no podía iniciar ningún proceso y, por lo tanto, se le impedía acceder al sistema judicial.[147] El Tribunal no pudo encontrar ninguna razón constitucional para un trato diferente de los dos grupos,[148]y declaró que el párrafo 2 del artículo XV de la Constitución húngara[149] no presupone una prueba de necesidad o proporcionalidad, sino que prohíbe por completo la discriminación.[150] El párrafo 2 del artículo XV de la Constitución húngara contiene una lista no exhaustiva de motivos de discriminación, incluidos los bienes. Estos motivos son en su mayoría características inalterables de un individuo. Los bienes, como la opinión política y la religión, podrían eventualmente cambiar con el tiempo, pero no en todos los casos a voluntad.[151] Según la Corte, el trato diferenciado basado en una característica que no puede cambiarse a voluntad o que es hereditaria, resulta discriminatoria sin un examen detallado debido a que restringe un derecho humano basado en una característica constante.[152] El Tribunal Constitucional determinó que el requisito de tener un/a abogado/a afectaba de manera diferencial a quienes podían pagar los honorarios de la/os abogada/os y a quienes no podían y, por lo tanto, equivalía a un trato diferenciado por razones económicas. Este trato diferenciado fue la consecuencia directa de la ley de asistencia letrada gratuita.[153]

---

[147] *Id.* en 32-33.

[148] *Id.* en 35.

[149] Magyarorzag Alaptorvenye (The Fundamental Law of Hungary), art. XV (2) ("Hungría garantizará los derechos fundamentales de toda persona sin discriminación alguna, en particular por motivos de raza, color, sexo, discapacidad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición.")

[150] Magyar Alkotmánybíróság [Hungarian Constitutional Court] Dec. 18, 2012, 42/2012 (XII. 20.) AB határozat (Hung.) at 39.

[151] *Id.* en 40.

[152] *Id.* en 41.

[153] *Id.* en 44.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El Tribunal Constitucional de Hungría reconoció la situación económica de las personas como una característica personal que puede convertirse en el origen de la discriminación porque la pobreza no puede ser sencillamente trocada riqueza en el mismo momento en que se hace necesaria la presentación de una demanda constitucional. La lógica del Tribunal Constitucional de Hungría se aplica con la misma fuerza a la práctica comercial de las instituciones financieras que solicitan primas de riesgo altas a clienta/es pobres y tasas bajas a la/os pudientes.

2. Discriminación por razones económicas contra personas jurídicas privadas

El artículo 1 del Protocolo Nº 1[154] protege los bienes en propiedad de personas jurídicas privadas (por ejemplo, las empresas, pero también las organizaciones sin fines de lucro que, por ejemplo, construyen viviendas para personas que viven en la pobreza), cuyo uso sólo puede restringirse o regularse de conformidad con la ley. Tanto las personas jurídicas como las personas físicas gozan del derecho de propiedad, tal como lo establece la Ley Fundamental de Alemania en el artículo 19, inciso 3: "Los derechos fundamentales se aplicarán también a las personas jurídicas nacionales en la medida en que la naturaleza de esos derechos lo permita."[155] La propiedad de los bienes por parte de las corporaciones es legalmente indiscutible, y la jurisprudencia reciente reco-

[154] El artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que "Toda persona física o jurídica tiene derecho al disfrute pacífico de sus bienes. Nadie será privado de sus bienes salvo en interés público y con sujeción a las condiciones previstas por la ley y por los principios generales del derecho internacional. Sin embargo, las disposiciones precedentes no menoscabarán en modo alguno el derecho de un Estado a hacer cumplir las leyes que considere necesarias para controlar el uso de los bienes de conformidad con el interés general o para garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o sanciones".

[155] Grundgesetz [GG] [Basic Law] art. 19(3), traducción en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

noce que las corporaciones también pueden ser objeto de discriminación. Los Tratados Bilaterales de Inversión, las leyes fiscales y sobre competencia, la regulación del comercio mundial por parte de la Organización Mundial del Comercio y las constituciones y jurisprudencia nacionales materializan la prohibición de discriminación contra las personas jurídicas privadas, que también pueden ser prestatarias.

Pero el hecho de que el derecho de propiedad de las empresas esté legalmente protegidos contra la discriminación no significa que estas personas jurídicas posean y ejerzan los derechos humanos de la misma manera que lo hacen los individuos.[156] Por supuesto, las empresas pueden ser tratadas de manera diferenciada si existe una razón legítima. Por ejemplo, en el contexto de la crisis de COVID-19, los Estados pueden decidir que las empresas que pagan dividendos, recompran acciones propias o están registradas en paraísos fiscales no pueden ser elegibles para ninguno de sus programas de apoyo financiero, como lo hicieron los gobiernos argentino, austriaco, danés, francés y polaco en abril de 2020.[157] Pero discriminar (o tolerar la discriminación en las relaciones contractuales privadas) basada puramente en el estatus económico de las personas jurídicas prestatarias no es legalmente permisible.

Del mismo modo, en el caso *White Glove contra Hospitales Metodistas*, el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito

[156] Incluso cuando el artículo 1 del Protocolo Nº 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos parece indicar lo contrario, *véase* Marius Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection* (2006). *V. también* Stefanie Khoury y David Whyte, *How Human Rights Law Has*, Been Used to Guarantee Corporations a 'Right to Profit', The Conversation (15 de marzo de 2017), https://theconversation.com/how-human-rights-law-has-been-used-to-guarantee-corporations-a-right-to-profit-74593.

[157] *V.,* por ejemplo, Morten Buttler, *Denmark Extends Business Aid to Increase Spending By $15 Billion*, Bloomberg (18 de abril de 2020), https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-18/denmark-extends-business-aid-to-increase-spending-by-15-billion; *Francia tampoco rescatará a las empresas registradas en paraísos fiscales*, Página 12 (24 de abril de 2020), https://www.pagina12.com.ar/261931-francia-tampoco-rescatara-a-las-empresas-registradas-en-para.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de los Estados Unidos sostuvo que una empresa dedicada a la contratación de personal tenía capacidad legal para presentar una demanda por discriminación racial en virtud de la sección 1981 de la Ley de Derechos Civiles de 1866, la cual garantiza el derecho de todas las personas, independientemente de su raza, a hacer y hacer cumplir contratos.[158] El Tribunal de Apelación en lo laboral del Reino Unido concede a una empresa la legitimación en un caso de discriminación *EAD Solicitors LLP contra Abrams*.[159] El juez Langstaff sostuvo que el término "persona" en la Ley de Igualdad debe incluir también un *cuerpo corporativo*, "debido a que es familiar para cualquier abogado/a laboral que muchas empresas son presuntamente discriminatorias y nadie ha considerado hasta ahora que eso sea inapropiado".[160] Asimismo, el juez sostuvo que la Ley de Igualdad no restringía el término "persona" a un individuo,[161] y que esta conclusión se ajustaba a la Directiva Europea sobre Igualdad y a la Directiva sobre Discriminación Racial, Directiva 2000/43 del Consejo.[162] Por lo tanto, existe la discriminación contra las empresas. Cuando las mismas son prestatarias, también pueden ser discriminadas en función de su situación económica.

B. La prohibición de discriminación por razones económicas contra los Estados

Una disposición fundamental de la Carta de las Naciones Unidas es que todos los Estados son iguales según el derecho internacional, independientemente de su poder

[158] *White Glove Staffing, Inc. contra Methodist Hospitals of Dallas*, 947 F.3d 301, 305-08 (5th Cir. 2020).

[159] *EAD Solicitors LLP v Abrams* [2015] UKEAT/0054/15/DM (Eng.).

[160] *Id.* en ¶ 9.

[161] *Id.* en ¶¶ 21, 25.

[162] *V. id.* en ¶ 30.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

económico o militar.[163] Más específicamente, la Declaración de Relaciones Amistosas de 1970 establece que "todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen los mismos derechos y deberes y son miembros iguales de la comunidad internacional, *a pesar de las diferencias de naturaleza económica*, social, política o de otra índole".[164] Este principio de igualdad de los Estados debe leerse en conjunto con los principios de cooperación internacional[165] y no intervención,[166]que agregan contenido económico al comportamiento esperado hacia los Estados.[167]

En este sentido, los Principios Rectores de 2019 sobre la evaluación del impacto de las reformas económicas[168] en los derechos humanos determinan que los Estados, las instituciones financieras internacionales[169] y los actores no estatales

---

[163] U.N. Charter art. 2, ¶ 1; *V. también* R.P. Anand, *Sovereign Equality of States in International Law* (2008) (discutiendo la igualdad de los Estados bajo el derecho internacional según la ONU. Charter).

[164] Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones amistosas y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, G.A. Res. 2625 (XXV) (24 de octubre de 1970). Sin embargo, véase la Resolución 36/103 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1981 (Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la interferencia en los asuntos internos de los Estados ['Declaración de no intervención de 1981']), a la cual se opusieron la mayoría de los Estados desarrollados.

[165] *V.* Carta de las Naciones Unidas art. 55; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales arts. 1, 2, 11, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

[166] *V.* U.N. Charter art. 2.

[167] Para un estudio actualizado de las implicaciones de este principio en el contexto de los enfoques del llamado *Tercer Mundo desde el Derecho Internacional* (TWAIL siglas en inglés), véase *The Battle for International Law. South-North Prespectives on the Decolonization Era* (Jochen von Bernstorff & Philipp Dann eds., 2019).

[168] *V.* Consejo de Derechos Humanos Res. 40/8, ONU DOC. A/HRC/RES/40/8 (5 de abril de 2019); Consejo de Derechos Humanos Res. 40/57, ONU DOC. A/HRC/40/57, en 14-15 (19 de diciembre de 2018).

[169] El FMI aplica recargos del 2% o 3% en función del tiempo de atraso de los pagos y una vez que se ha alcanzado un determinado umbral. No se trata de primas de riesgo, sino de una práctica discriminatoria estrechamente relacionada, ya que por lo general sólo los países más pobres cargan con estos recargos. En tiempos de tasas de interés cercanas a cero o incluso negativas, estos recargos, que no están impulsados por el mercado y dependen

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no deben ejercer una influencia indebida (incluso mediante el uso de medidas económicas) para obtener de otros Estados ventajas de cualquier tipo que socaven la capacidad de dichos Estados para proteger los derechos humanos.[170] Del mismo modo, la resolución sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio había establecido que los Estados estaban "comprometidos con un sistema multilateral de comercio y finanzas abierto, equitativo, basado en normas, previsible y no discriminatorio".[171]

Aunque este tema está poco desarrollado en la literatura legal, la discriminación contra los Estados -trato desigual sin razón legítima- no es permisible bajo el derecho internacional. Este principio es explícito y está bien desarrollado en una serie de áreas, como la Organización Mundial del Comercio y el Club de París.[172] En todo caso, el trato diferenciado es posible para promover la cooperación internacional.[173] Los contratos de préstamo con condiciones de tasas de interés discriminatorias, especialmente cuando se combinan con políticas regulatorias que erosionan el espacio fiscal de un país, tienen graves consecuencias para los derechos huma-

---

únicamente del FMI, son sorprendentemente altos. No son una garantía *sui generis* que acelera el pago como se discute en este artículo, sino simplemente una penalidad que se aplica a los países más pobres, lo que los endeuda aún más. Como no ayudan a proteger la inversión del FMI, la existencia de estos recargos no estaría inequívocamente justificada, y su uso debería abolido o limitado. *V. también* Kevin P. Gallagher, *The IMF's surcharges are unfit for purpose - It's time for a rethink*, Financial Times, 4 de marzo 2021, https://www.ft.com/content/cc82f5bf-36c6-454f-b7f0-a4a18576ff2b.

[170] Principios Rectores, Principio 14 y comentario 14.1. Sobre la relevancia del espacio político en el ámbito económico, véase también Objetivo de Desarrollo Sustentable 17.15; Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre Finanzas para el Desarrollo, anexo, § I, ¶ 9; y Asamblea General Res. 25/2625.

[171] G.A. Res. 55/2, Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, ONU DOC. A/RES/55/2, en ¶ 13 (18 de septiembre de 2000).

[172] *V. en general* William Davey, *Non-Discrimination in The World Trade Organization* (2012); Alexis Rieffel, "The Paris Club, 1878-1983", 23 Columbia Journal of Transnational Law, 83 (1984).

[173] Philippe Cullet, "Differential Treatment in International Law: Towards a New Paradigm of Inter-state Relations", 10 European Journal of International Law, 549, 571-72 (1999).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nos, en particular para los derechos económicos y sociales que son sensibles a la disponibilidad de recursos.

La revisión judicial de los acuerdos de préstamo entre los Estados y los agentes no estatales no es problemática porque tales acuerdos generalmente prevén que la deuda soberana se subaste al postor más bajo de conformidad con los contratos de derecho privado. La/os ciudadana/os en situaciones comparables están protegidos por las leyes de protección del/de la consumidor/a, y sus derechos humanos están protegidos por constituciones y tratados internacionales, pero lo mismo no necesariamente se aplica a los Estados. Sin embargo, los reclamos de recuperación y enriquecimiento injusto se aplicarán a los Estados que son partes en un contrato de préstamo de derecho privado. Como resultado, los gobiernos deben insistir en un trato no discriminatorio en comparación con los Estados de tasas preferenciales después de que el capital haya sido pagado en su totalidad. Pero la discriminación no solo tiene lugar entre actores privados, ni las personas físicas son las únicas sujetas a acciones estatales discriminatorias. La discriminación también puede ocurrir entre los Estados y otras instituciones públicas y privadas.

La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció la discriminación interestatal del tipo mencionado anteriormente en el caso *Junta de Impuestos de Franquicias contra Hyatt*.[174] El Estado de California había enviado funcionarios al Estado de Nevada para investigar el cambio de residencia de Hyatt, ya que suponía que no había pagado impuestos en California. Estos funcionarios de California examinaron su correo, lo acosaron a él y a sus amiga/os en Nevada y, como contrapartida, Hyatt demandó por daños y perjuicios. A pesar del principio general de inmunidad estatal, un tribunal del Estado de Nevada ejerció su jurisdicción sobre la demanda de Hyatt, basándose en una controvertida sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del caso *Nevada*

[174] *Junta de Impuestos de Franquicias contra Hyatt,* 136 S. Ct. 1277 (2016).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contra Hall, del año 1979 y sostuvo que la inmunidad de un Estado no se extiende a demandas privadas en otros Estados.[175] La Corte Suprema en el caso *Hyatt* llegó a un punto muerto sobre si objetar el fallo del caso *Hall* y, de este modo, confirmó la jurisdicción del tribunal de Nevada sobre la Junta de Impuestos de Franquicias de California. Pero la Corte Suprema también sostuvo que el tribunal de Nevada violó la Cláusula de Plena Fe y Crédito de la Constitución de los Estados Unidos al causar daños más graves contra una agencia estatal de California de lo que habría otorgado en una situación comparable contra una agencia de Nevada:

> Es probable que una norma constitucional que permita este tipo de hostilidad discriminatoria cause una interferencia caótica de algunos Estados en los asuntos internos y legislativos de otros. Es difícil conciliar ese sistema de normas especiales y discriminatorias con la visión de la Constitución de 50 Estados individuales e igualmente dignos. A la luz de la "igualdad constitucional" entre los Estados, Nevada no ha ofrecido "consideraciones políticas suficientes" para justificar la aplicación de una regla especial de la ley de Nevada que discrimina a sus Estados hermanos.[176]

En el caso *Condado de Shelby contra Holder*, se invalidó la fórmula de cobertura para los Estados sujetos al requisito de autorización previa de la sección 5 de la Ley de Derechos de Voto de 1965. La Corte Suprema de los Estados Unidos dictaminó que la fórmula de cobertura efectuó una "desviación dramática del principio de que todos los Estados gozan de igual soberanía" porque "la Ley requería que [solo algunos] Estados obtuvieran permiso federal antes de promulgar

[175] *Estado de Nevada contra Hall*, 440 Estados Unidos 410 (1979).

[176] *Junta de Impuestos de Franquicias contra Hyatt*, 136 S. Ct. 1282 (se omiten las citas).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cualquier ley relacionada con el voto, una desviación drástica de los principios básicos del federalismo".[177] Este caso no se refiere a una práctica discriminatoria entre Estados, sino entre el gobierno federal y algunos Estados.

Junta de Impuestos de Franquicias contra Hyatt y *Condado de Shelby contra Holder* surgen en contextos muy diferentes, pero ambos se basan en principios generales como la cortesía y la igualdad soberana. Estos principios, que también están consagrados en la Declaración referentes a las relaciones de amistad, se aplican tanto en el contexto federal como en el internacional.[178] Por lo tanto, también es concebible la revisión judicial de los casos que involucran préstamos y trato discriminatorio entre Estados, o entre Estados e instituciones financieras internacionales u órganos similares.

VI. Observaciones finales

La práctica de cobrar una prima de riesgo sobre la tasa preferencial está legalmente justificada, ya que sirve como protección de los bienes del/de la prestamista (o dinero de banca comercial) en un entorno más riesgoso al acelerar el rendimiento del capital. Sin embargo, deben ajustarse las primas de riesgo que conduzcan a tasas de interés que perjudiquen las capacidades económicas del prestatario al infringir sus derechos de propiedad o al diferenciar a la/os clientes en función de su situación financiera de manera discriminatoria. Una vez que la prima de riesgo ha perdido su finalidad de asegurar la devolución del préstamo, la diferencia de precio pierde su justificación y se convierte en una práctica discriminatoria, imponiendo una mayor carga a la/os clienta/es anteriormente clasificados como riesgosa/os en comparación con la/os clienta/es de bajo riesgo. Esta diferencia de precios

[177] *Condado de Shelby contra Holder*, 570 Estados Unidos 529, 535 (2013)

[178] G.A. Res. 2625 (XXV), U.N. DOC. A/RES/2625(XXV) (24 de octubre de 1970)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conduce así a la discriminación y a la violación del derecho a la propiedad, contra los cuales todos los Estados y tribunales están obligados a tomar medidas. Esta propuesta está en línea con los Principios Rectores de la ONU sobre la extrema pobreza y los derechos humanos:

> Los Estados deben velar por las personas que viven en la pobreza, que sean tratados con igualdad ante la ley y sin ser discriminadas, tengan la misma protección y beneficios de la ley. Los Estados deben derogar o modificar las leyes y reglamentos que están sesgados y contrarían los derechos, intereses y medios de vida de las personas que viven en la pobreza. Deben identificarse y eliminarse todas las formas de discriminación legislativa o administrativa, directa o indirecta, por motivos de situación económica u otros motivos relacionados con la pobreza.[179]

Es de interés público proteger el capital que se genera como dinero de los bancos comerciales, porque esto proporciona una oferta de crédito flexible. Mantener los pagos completos de las primas de riesgo durante toda la duración del contrato de préstamo, sin el ajuste correlativo a la disminución del riesgo de incumplimiento, es contrario al interés público, viola la prohibición de discriminación y con frecuencia infringe los derechos humanos de la/os prestataria/os. Reduce la actividad económica ya que absorbe los fondos que podrían ser utilizados para consumo o inversión. También insume los fondos necesarios para implementar políticas sociales y económicas y estrategias financieras de los hogares para hacer frente a la crisis causada por la COVID-19. Si las tasas de interés se ajustaran después del pago total del capi-

[179] Consejo de Derechos Humanos Res. 21/39, ONU DOC. A/HRC/21/39, en ¶ 19 (18 de julio de 2012).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tal, el riesgo de quiebra de los Estados, las personas jurídicas y los prestatarios individuales probablemente se reduciría, y las discusiones sobre la condonación de la deuda se volverían menos urgentes y menos habituales.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ha recomendado tener en cuenta el riesgo ponderado en los préstamos. Sin embargo, sus recomendaciones no tienen en cuenta el carácter sustitutivo de las primas de riesgo y que deben tratarse como garantías reales *sui generis.* También ignoran que las primas de riesgo son más favorables para un/a prestamista que una garantía convencional, ya que el interés compuesto crece exponencialmente, mientras que la mayoría de las otras garantías están sujetas a depreciación. Adicionalmente, los bancos y otros prestamistas no pueden aseverar de manera creíble que enfrentan mayores costos debido a sus mayores requisitos de capital cuando emiten un préstamo a un/a cliente/a riesgoso/a en lugar de uno/a de bajo riesgo: los costos de capital adicionales son pequeños en comparación con las ganancias obtenidas de las primas de riesgo y las tasas de interés, mientras que los costos se transfieren al/ a la cliente/a. Por lo tanto, la misma regla debería aplicarse a las primas de riesgo como a las garantías reales: deben devolverse una vez que se haya cumplido su propósito de asegurar el capital.

Esta reinterpretación representa simplemente un ajuste de las tasas de interés y las primas de riesgo de acuerdo con los mecanismos ya establecidos por los tribunales en el ámbito de los derechos reales y otros tipos de reclamos resueltos de manera convencional. Se contrapone al enfoque de Basilea III, que da preferencia a los bancos sobre sus cliente/as exigiendo un control y ajuste permanentes del riesgo de contraparte.[180] Si bien los bancos comerciales están legalmente obligados a

[180] Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Basilea III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems, supra* nota 114. Véase también *Guidelines on ICAAP and ILAAP Information Collected for SREP Purposes, supra* nota 115.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

recopilar los datos necesarios de todos modos y pueden ajustar su capital en consecuencia, los Acuerdos de Basilea no les exigen que transfieran los costos ahorrados a sus clientes que ocurren cuando el capital se reduce porque el/la cliente/a se vuelve menos riesgoso/a con el tiempo. Los Acuerdos de Basilea no *codificaron* realmente las primas de riesgo para enriquecer a los accionistas de los bancos a expensas de sus cliente/as, pero en la práctica funcionan como si tal *codificación* hubiera tenido lugar.[181] Todos los Estados deben cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos y proteger la propiedad de su población y empresas mediante la introducción de regulaciones que obliguen a los bancos a traspasar dichos ahorros relacionados con la/os clienta/es mediante la devolución de las primas de riesgo de acuerdo con el ajuste de riesgo a lo largo del tiempo, en lugar de permitir que las instituciones financieras se apropien de estos ahorros como una ganancia caída del cielo.

El sistema actual de tasas de interés tampoco es proporcionado, ya que el ajuste de las tasas de interés a lo largo del tiempo sería una alternativa menos gravosa. Actualmente, las primas de riesgo contribuyen al enriquecimiento de las personas con riqueza, al tiempo que canalizan el dinero lejos de aquellas en situación de desventaja, como los hogares de bajos recursos o los países en desarrollo. Esto debe considerarse como un mecanismo financiero de explotación. En la actualidad, la aplicación comercial de las primas de riesgo es contraria al derecho a no ser explotado consagrado, de manera explícita, por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que: "Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley".[182]

---

[181] Katharina Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (2019).

[182] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21(3), 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El ajuste de las tasas de interés y las primas de riesgo después del pago total del capital evita la discriminación al garantizar la igualdad de trato de toda/os la/os prestataria/os una vez que han cumplido con su obligación de pago del capital. Liberaría recursos de la/os prestataria/os más pobres para mejorar sus condiciones de vida, permitiría a los prestatarios soberanos implementar políticas de erradicación de la pobreza y facilitaría los negocios y crearía riqueza para los prestatarios corporativos. El uso de la cancelación total del préstamo como una condición previa para la igualdad de condiciones de pago entre la/os prestataria/os logra el equilibrio entre el interés del/de la prestamista y el/la prestatario/a. Este enfoque no crea ninguna carga adicional para lo/as prestamistas; simplemente corrige una práctica financiera elaborada deficientemente sin interferir con la libertad contractual o las fuerzas del mercado al tratar las tasas de interés como precios en lugar de bienes.

Al igual que los individuos, la mayoría de los Estados del mundo son prestatarios en lugar de prestamistas. El nuevo enfoque también contribuye a la realización de los derechos económicos y sociales, ya que libera medios financieros para satisfacer las necesidades inmediatas, como alimentos, vivienda, educación y atención médica, ya sea liberando directamente los fondos de las personas o permitiendo a los Estados cumplir con sus compromisos y obligaciones de derechos humanos. Este efecto es particularmente relevante y muy necesario en medio de la pandemia de COVID-19. Su aplicación demostraría que el derecho de los derechos humanos puede proporcionar soluciones sofisticadas capaces de hacer frente a complejos desafíos financieros.

Al fortalecer el lado de la demanda a través de un ajuste legal de los acuerdos de préstamo, este enfoque puede contribuir a una mayor demanda, impactando en la economía a gran escala, algo que la flexibilización cuantitativa (*quantitative easing*) no ha conseguido. Asimismo, el ajuste de la prima de riesgo podría eventualmente ayudar

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a disminuir el volumen de la flexibilización cuantitativa, ya que los bancos centrales podrán reducir la proporción de impresión de dinero necesaria para satisfacer los reclamos basados en tasas de interés artificialmente altas. La flexibilización cuantitativa también se ha identificado como un factor impulsor de la brecha de riqueza e ingresos. Un documento de trabajo del Banco Central de Holanda de abril de 2019 afirmó que la política monetaria expansiva aumenta considerablemente la participación del ingreso nacional en manos del uno por ciento más rico, independientemente del estado de la economía:

> Los resultados indican que las condiciones monetarias laxas aumentan notablemente los ingresos del uno por ciento más rico y viceversa. De hecho, después de un shock de política monetaria expansiva, la proporción del ingreso nacional en manos del uno por ciento más rico aumenta en aproximadamente 1 a 6 puntos porcentuales.[183]

En consecuencia, "los bancos centrales deben estar atentos no solo a las consecuencias agregadas de la política monetaria, sino también a sus efectos secundarios".[184] Los bancos centrales son creaciones legales de sus respectivos Estados, por consiguiente, están obligados por ley a cumplir las obligaciones internacionales de derechos humanos de sus Estados de origen en la ejecución de sus operaciones.[185] La elección de un banco central acerca de qué instrumentos financieros negociar y qué tasas de interés fijar puede tener

[183] Mehdi El Herradi & Aurélien Leroy, "Monetary Policy and the Top One Percent: Evidence from a Century of Modern Economic History", 1, 5 (De Nederlandsche Bank, Working Paper No. 632, 2019), https://www.dnb.nl/binaries/Working%20paper%20No.%20632_tcm46-383633.pdf.

[184] *Id.* en 28.

[185] Daniel Bradlow, *Why Central Banks Need to Take Human Rights More Seriously*, Open Democracy (9 de julio de 2019), https://www.opendemocracy.net/en/oureconomy/why-central-banks-need-take-human-rights-more-seriously/.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un impacto en la sociedad y el medio ambiente. En consecuencia, algunos bancos centrales han comenzado a incorporar los riesgos ambientales, así como los criterios sociales en sus evaluaciones monetarias.

La fijación de precios basada en el riesgo tiene la ventaja de que el comportamiento financiero responsable da como resultado buenos historiales de crédito. Como resultado, la/os prestataria/os menos riesgosa/os no se ven obligada/os a subsidiar el costo del crédito para la/os prestataria/os más riesgosa/os.[186] Actualmente, la fijación de precios basada en el riesgo no está libre de discriminación. Pero cuando se emplea en combinación con el ajuste de las tasas de interés, la/os prestataria/os tendrán un objetivo claro: el momento en que el capital se haya pagado por completo, ya que se colocarán en la misma posición que un/a cliente/a con un perfil de bajo riesgo.

Es probable que el enfoque propuesto en el presente artículo contribuya a un sistema financiero más estable de tres maneras. En primer lugar, la/os prestataria/os ya no estarán excesivamente agobiada/os. Los incumplimientos privados y soberanos deberían ser menos probables, y habría más recursos disponibles para invertir o facilitar la realización de los derechos humanos. En segundo lugar, si la/os prestatarios supieran que sus primas de riesgo más altas conducen a un pago más rápido del capital y, por lo tanto, al mismo nivel de precios que disfrutan la/os clienta/es de tasa preferencial, estarían motivados para mantener pagos regulares, lo que podría hacer que todo el sistema financiero esté menos expuesto a los riesgos. Además, el conocimiento sobre el ajuste de las tasas de interés podría provocar un efecto secundario positivo al hacer que la/os prestataria/os estén más interesada/os en los aspectos jurídicos de los préstamos y en cómo las primas de riesgo afectan sus contratos, contribuyendo así a una mejora general de la educación financiera. En tercer

[186] Diette, *supra* nota 36.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lugar, es probable que el nuevo enfoque reduzca el riesgo moral y corrija la estructura de incentivos actual. El ejemplo utilizado en este artículo ilustra que actualmente es extremadamente rentable emitir préstamos a clienta/es riesgosa/os. Debido a los ingresos adicionales que el/la prestatario/a *B* de alto riesgo debe pagar en comparación con el/la prestatario/a *A* de bajo riesgo, *B* es actualmente el/la cliente/a más atractivo. Incluso si se hace previsible que *B* pueda incumplir en una próxima recesión económica, es fácil vender el reclamo contra *B*. Si el/la prestamista obtiene una calificación de grado de inversión para el préstamo con *B* a pesar del mayor riesgo, el/la prestamista podría vender ese contrato a un precio similar al del contrato con *A*. Este fue también el punto de partida de la crisis financiera de 2008 que se originó en el mercado subprime de los Estados Unidos. Pero si el contrato con *B* se calificara en correspondencia con la evolución del riesgo real a lo largo del tiempo, el precio de mercado sería mucho más realista, corrigiendo la estructura de incentivos engañosa que actualmente está en vigor.

Los Principios Rectores de 2019 sobre la evaluación del impacto de las reformas económicas en los derechos humanos requieren que el régimen de formación de tasas de interés se establezca por ley, se discuta democráticamente y sea transparente. También requiere que las políticas monetarias y fiscales, así como las regulaciones financieras, sean coherentes y estén dirigidas a garantizar la realización de los derechos humanos, [187] mientras que los Estados deben utilizar una combinación de herramientas que garanticen una regulación adecuada del mercado financiero para frenar el crecimiento excesivo del crédito. El presente artículo ha ilustrado que el sistema actual de tasas de interés ponderadas por riesgo está en conflicto con estos Principios Rectores y

[187] *V.* Consejo de Derechos Humanos Res. 40/57, ONU DOC. A/HRC/40/57, en 11 y 11.10. (9 de diciembre de 2018); Consejo de Derechos Humanos Res. 40/8, ONU DOC. A/HRC/RES/40/8 (5 de abril de 2019).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con el derecho internacional de los derechos humanos de manera más general. Específicamente, este artículo ha demostrado que las leyes basadas en los Acuerdos de Basilea no son el resultado de discusiones informadas y participativas sobre sus consecuencias sociales y económicas. Aunque algunos bancos centrales han comenzado a incorporar criterios sociales en sus evaluaciones monetarias, no realizan evaluaciones de impacto en los derechos humanos.[188] Como resultado, la/os prestataria/os que soportan más agudamente las consecuencias discriminatorias del sistema de tasas de interés ponderadas por riesgo están excluida/os de participar en las discusiones regulatorias sobre las tasas de interés. El artículo demuestra que la forma en que las instituciones financieras ajustan las tasas de interés ponderadas por riesgo a lo largo del tiempo no se divulga públicamente. También valida que las primas de riesgo, si no se devuelven a la/os clienta/es una vez que cumplieron con su propósito, no son consistentes con las políticas fiscales que realmente apuntan a proteger los derechos humanos, en particular en el contexto actual donde contar con recursos adecuados es crucial para sobrevivir a la crisis sanitaria y económica.

El presente artículo también corrobora que la ambición del movimiento de derechos humanos de mejorar la justicia distributiva se ve obstaculizada por factores políticos, no por limitaciones normativas o técnicas del derecho internacional de los derechos humanos.[189] Los derechos humanos, de hecho, están bien equipados para reducir las crecientes desigualdades exacerbadas por las finanzas y para responder eficazmente a la pandemia y sus consecuencias económicas y sociales.

[188] Como órganos del Estado están obligados a hacerlo. *V. supra* nota 184.

[189] *Compárese* Samuel Moyn, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World* (2018).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Apuntes sobre un exabrupto constitucional. La transferencia del servicio público de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR y EDESUR a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires

Notes on a constitutional outburst. The transfer of the public electric power distribution service provided by EDENOR and EDESUR to the Autonomous City of Buenos Aires and the Province of Buenos Aires

Roque Nicolás Caputo[1]
Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e543
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/ 0000-0003-0446-4905

Resumen: Este opúsculo tiene como objeto analizar, desde una perspectiva jurídica, el proceso de transferencia desde el Estado Nacional hacia la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires del servicio público de distribución de energía eléctrica, a cargo de la Empresa Distribuidora Norte S.A. (EDENOR

[1] Abogado y Escribano (UNLP). Asesor jurídico de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Correo electrónico: rnicolascaputo@gmail.com

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

S.A.) y la Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDESUR S.A.). Estas palabras pretenden ser una investigación descriptiva que busca introducir al lector a la problemática desde una mirada crítica que no agota su estudio, simplemente se apuntan algunos elementos que ayudarán a abordarla.

Palabras clave: Servicios Públicos, energía eléctrica, federalismo, transferencia de servicios

Abstract: The purpose of this article is to analyze, from a legal perspective, the process of transfer from the National State to the Autonomous City of Buenos Aires and to the Province of Buenos Aires of the public service of electric power distribution, in charge of Empresa Distribuidora Norte S.A. (EDENOR S.A.) and Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDENOR S.A.). These words are intended as a descriptive research that seeks to introduce the reader to the problem from a critical point of view that does not exhaust its study, but simply points out some elements that will help to approach it.

Keywords: Public utilities, electric power, federalism, transfer of services.

I. Introducción

El principal interrogante al que busca encontrarle una respuesta el presente trabajo, que se inserta dentro del estudio del federalismo, es el siguiente:

¿Es jurídicamente válido transferir *desde el Estado Nacional (EN) a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y a la Provincia de Buenos Aires (PBA) el servicio de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR S.A. y EDESUR S.A.?*

Además, el tópico bajo estudio contiene varios aspectos analíticos relacionados, entre ellos los que refieren a la distribución de competencias dentro del Estado federal y

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la disponibilidad de las facultades privativas de sus miembros, los tratados del derecho intrafederal -y otros convenios interestatales-, la titularidad de los servicios públicos y la transferencia de estos y el régimen jurídico de los entes interjurisdiccionales.

I.1. Aclaración preliminar

Como cuestión liminar debemos destacar que el Gobierno de la Alianza Cambiemos (2015-2019) implementó, desde su inicio, una serie de políticas tendientes a disminuir los subsidios destinados a los servicios públicos, en el marco de un programa económico neoliberal de recorte del gasto público, endeudamiento externo y medidas de redistribución regresiva del ingreso; plan que se aceleró junto con el deterioro de la macroeconomía y el endeudamiento con el Fondo Monetario Internacional, al final del mandato.

Dentro de ese plan económico se destaca la declaración de emergencia del sector eléctrico nacional (Decreto N° 134/2015), que abrió camino a las revisiones tarifarias integrales[2] previstas en las Actas Acuerdo de renegociación contractual del 2006 (v. artículo 9° de la Ley N° 25.561) que, junto con el aumento del precio del gas natural y el consecuente ajuste del precio estacional de la energía eléctrica, generaron un enorme salto porcentual de las facturas de usuarios y usuarias residenciales del servicio, reduciendo el ingreso disponible de las familias, como así también un severo incremento de costos para el comercio y la industria.

[2] En el marco del proceso de readecuación de tarifas de los servicios de energía eléctrica, a partir del dictado de la resolución 7/2016 del ex MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (MINEM), el ENRE estableció, mediante su resolución 1/2016, nuevos cuadros tarifarios de carácter transitorio para las Concesionarias y, posteriormente, llevó a cabo el proceso de Revisión Tarifaria Integral a partir de la cual se dictaron los cuadros tarifarios correspondientes mediante las resoluciones del ENRE 63 y 64 del 31 de enero de 2017, para el servicio de distribución.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En ese contexto, en el año 2018 el Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el Pacto Fiscal 2018 (Ley N° 27.469), declararon su intención de realizar el traspaso, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la jurisdicción del servicio público de distribución de energía eléctrica en el área metropolitana, a cargo de EDENOR S.A. y EDESUR S.A., como sucede en el resto de las jurisdicciones, sin detenerse -como se verá- en las particulares características de estas concesiones.

Posteriormente, el Congreso Nacional (Ley N° 27.467, presupuesto del ejercicio 2019), instruyó al Poder Ejecutivo Nacional a impulsar los actos que resulten necesarios para que las distribuidoras eléctricas pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la CABA y la PBA. En consecuencia, durante el año 2019, los Estados involucrados celebraron acuerdos con el objetivo de concretar el traspaso. Los dos primeros entre el EN, la PBA y la CABA, con el objeto de acordar e implementar la transferencia, luego uno entre la PBA y la CABA, creando un ente bipartito de control y, posteriormente, entre el EN y las concesionarias, sobre regularización de deudas y obligaciones.

Sin embargo, a finales del 2019, ya con otro Gobierno en el poder, por un nuevo Pacto Fiscal, se decidió suspender una serie de puntos del Pacto Fiscal 2017 y el Pacto Fiscal 2018 hasta el 31/12/2020. Asimismo, el artículo 7° de la Ley N° 27.541 suspendió lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la Ley N° 27.467 y el artículo 12 del Decreto N° 1020/2020, al prorrogar la intervención del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), dispuso que éste mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía eléctrica que prestan las concesionarias EDENOR S.A. y EDESUR S.A.

Como último hito de este proceso, los Estados involucrados y las empresas suscribieron el "Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de Distribución de Energía Eléctrica" de fecha 19/01/2021, dejando atrás la intención de transferir las concesiones y abriendo una nueva etapa en la historia del servicio.

I.2. Breve descripción del sistema eléctrico nacional

Antes de avanzar resulta necesario realizar una escueta síntesis descriptiva sobre el sistema eléctrico argentino, con el objetivo de ubicar la problemática dentro del complejo entramado institucional que permite que los interruptores de nuestros hogares funcionen.

El diseño organizacional del sistema eléctrico puede describirse del siguiente modo: las empresas productoras de electricidad colocan su producción a través de empresas transportistas que transforman y transmiten la electricidad hasta las ciudades donde la entregan a los distribuidores quienes se encargan de abastecer a los usuarios finales. Esta es la operatoria normal y simplificada del sistema.

En algunos casos los generadores venden directamente -celebrando contratos de suministro (mercado a término)- la energía obtenida de sus fuentes de producción a los distribuidores o grandes usuarios. Cuando la energía es vendida directamente a los grandes usuarios, éstos últimos deben utilizar las redes de su distribuidor para poder recibir esa energía, entonces quien adquiere la electricidad es el gran usuario mientras que el distribuidor se limita únicamente a facilitar sus redes para que el producto llegue hasta él (en función del principio de libre acceso). Aquí el distribuidor no cobra el suministro de energía, pero sí corresponde que cobre la utilización de sus redes.

Como la energía no puede almacenarse y toda la energía producida debe ser consumida, existe un mercado y un despacho en tiempo real de flujo eléctrico (spot) que es administrado por el Organismo Encargado del Despacho (en nuestro país ese rol lo ocupa la Compañía Administradora del Mercado Eléctrico Mayorista Sociedad Anónima, "CAMMESA").

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Presentado de este modo el funcionamiento del sector nos resulta accesible distinguir a las etapas de generación, transporte y distribución.

Conceptualmente se ha dicho que: a) la generación es la actividad que se desenvuelve en centrales eléctricas que convierten la energía primaria (vgr. química, hidráulica o nuclear) en energía eléctrica, b) la actividad de transporte consiste en la transformación, maniobra y conducción de energía a distancia, por líneas aéreas o cables subterráneos llevada a cabo a elevadas tensiones para disminuir las pérdidas técnicas, y c) la distribución ha sido entendida como el punto final del proceso que hace llegar la energía eléctrica a los usuarios en tensiones medias o bajas, previa transformación respecto de la energía transportada a tensiones altas.

En la Ley N° 24.065 se presentan claramente distinguidas estas fases de la actividad, tal es así que la actividad de generación ha sido declarada de interés público mientras que las de transporte y distribución han sido declaradas servicios públicos. Esta ha sido una de las reformas que trajo aparejadas el proceso de privatización de la década del '90, donde se llevó a cabo una desintegración vertical, dividiendo a la actividad eléctrica en las etapas de generación, transporte y distribución, pasando así de un complejo sistema de empresas públicas y planeamiento centralizado a segmentar las fases del proceso eléctrico en empresas privadas que se vinculan dentro de un, no menos complejo, mercado regulado.

Durante las décadas posteriores a la crisis de salida de la convertibilidad el sector eléctrico sufrió numerosos cambios regulatorios que lo llevaron a no coincidir estrictamente con el modelo pensado en los '90.

Entonces, cabe concluir que EDENOR S.A. y EDESUR S.A. son empresas privadas que tienen a cargo la concesión de un servicio público que implica la síntesis de una compleja red de relaciones técnicas, jurídicas y económicas entre distintos actores públicos y privados que se vinculan dentro de un mercado regulado.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. Antecedentes normativos del proceso de transferencia de jurisdicción

En el presente apartado se realiza un repaso de las normas y acuerdos que sucedieron durante el proceso de transferencia.

II.1. Los Consensos Fiscales y las leyes de presupuesto que iniciaron el proceso de transferencia

En primer término, corresponde mencionar que en el punto II, apartado N, del Consenso Fiscal 2017, aprobado por Ley N° 27.429, se estableció la eliminación de los subsidios diferenciales para el Ámbito Metropolitano de Buenos Aires (AMBA), en materia energética, para el ejercicio 2019. Y en el Consenso Fiscal 2018, aprobado por Ley N° 27.469, las partes declaran[3] la intención de que las distribuidoras eléctricas EDENOR S.A. y EDESUR S.A. pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires y de la CABA, en línea con lo que ocurre con las distribuidoras eléctricas en las demás jurisdicciones.

Posteriormente, por medio del artículo 124[4] de la Ley N° 27.467, Presupuesto General de Recursos y Gastos para el

[3] En la Ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de septiembre de 2018, el señor Presidente de la Nación Argentina, Ing. Mauricio Macri, los señores gobernadores abajo firmantes y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), declaran: […] "Que también se contempla que las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte SA (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur SA (Edesur) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires y de la CABA, en línea con lo que ocurre con las distribuidoras eléctricas en las demás jurisdicciones."

[4] Artículo 124.- Instrúyese al PODER EJECUTIVO NACIONAL a impulsar los actos que sean necesarios para que, a partir del 1° de enero de 2019, las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Una vez que se efectivice lo contemplado en el párrafo anterior, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) creado por el artículo 54 de la ley 24.065 mantendrá sus funciones y facultades en todo aquello que no esté vinculado al servicio público de distribución de energía eléctrica.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

año 2019, el Congreso Nacional instruyó al Poder Ejecutivo Nacional "...a impulsar los actos que sean necesarios para que, a partir del 1° de enero de 2019, las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires…"

Por su parte, mediante la Ley N° 15.078 la Legislatura de la PBA autorizó al Poder Ejecutivo a suscribir los instrumentos, dictar las normas y crear los organismos que resulten necesarios a fin de hacer efectiva la transferencia a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por parte de la Nación, de la jurisdicción y competencia sobre el servicio de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR y EDESUR a partir del 01/01/2019.

II.2. El Acuerdo de Transferencia de Jurisdicción del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a la Provincia de Buenos Aires

Con fecha 28/02/2019, el Estado Nacional, la CABA y la Provincia de Buenos Aires suscribieron el "Acuerdo de Transferencia de Jurisdicción del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a la Provincia de Buenos Aires".

En dicho acuerdo se consideró necesario: 1) La constitución de un nuevo organismo de control que opere bajo la órbita de la CABA y la PBA y que cumpla las funciones del ENRE; 2) que las áreas técnicas del ENRE y del nuevo organismo regulador trabajen coordinadamente para lograr una transición que no afecte la prestación del servicio; 3) evaluar la posibilidad de que algunos agentes del ENRE pasen a prestar servicios en el nuevo organismo; 4) prever cómo se instrumentarán algunas cuestiones previstas en los contratos de concesión; 5) dar una solución integral a los reclamos pendientes entre el PEN y las Concesionarias (período de transición [06/01/2002 y 01/02/2017], pagos de los

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consumos de los asentamientos con medidores comunitarios [10/2018 a 12/2018], diferencias resultantes de aplicar el tope en las facturas de los beneficiarios de la tarifa social).

Asimismo, la cláusula 1° estableció que el 1/03/2019 iniciaba el proceso de traspaso, la cláusula 2° la creación de un ente bipartito de control y regulación (CABA y PBA) y la 3° dispuso que los órganos técnicos del EN prestarán toda la colaboración que les sea requerida con el objeto de asegurar la continuidad de las tareas de control y regulación del servicio público de distribución de energía eléctrica. Al acuerdo prestó conformidad el titular del directorio del ENRE.

II.3. El Acuerdo de implementación de la transferencia de jurisdicción sobre el servicio público de distribución de energía eléctrica a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El 9/05/2019 el EN[5], la CABA y la PBA celebraron el "Acuerdo de implementación de la transferencia de jurisdicción sobre el servicio público de distribución de energía eléctrica a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

En la cláusula primera se estableció que, a partir de la entrada en vigencia del acuerdo, la CABA y la PBA asumen en forma conjunta la jurisdicción sobre el servicio público que prestan EDENOR y EDESUR, el carácter de concedente del servicio y, por lo tanto, la regulación y el control. Asimismo, el EN cede la prenda de las acciones Clase "A" constituidas en garantía por parte de la concesionaria (art. 35 de los contratos de concesión), los bienes cedidos por

[5] Por el Decreto N° 162/19, de fecha 28/02/2019, el PEN encomendó al Ministerio de Hacienda, en el marco de la normativa vigente, la realización de las gestiones y la suscripción de los actos que resulten necesarios para dar efectivo cumplimiento a la instrucción prevista en el artículo 124 de la Ley N° 27.467.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el EN a las concesionarias mantendrán el mismo régimen en virtud de la afectación al servicio público, y al finalizar el contrato deberán ser entregados a la CABA o a la PBA según disponga el contrato.

En la cláusula segunda, la PBA y la CABA manifestaron que las concesiones y el servicio público que prestan EDENOR y EDESUR continuarán rigiéndose por los respectivos contratos de concesión y por las normas nacionales que fueran aplicables (leyes 15.336 y 24.065 y decreto 714/1992, Resoluciones del ENRE aplicables al servicio de distribución en especial los regímenes remuneratorios y de calidad de servicio e inversiones resultantes de la RTI, resoluciones 63/2017 y 64/2017).

La cláusula tercera compromete al ENRE a prestar colaboración al nuevo organismo de control. Por cláusula quinta EDENOR S.A. y EDESUR S.A. prestaron conformidad a la transferencia de los contratos de concesión y se comprometieron a mantener indemne a los Estados intervinientes por cualquier reclamo administrativo, arbitral o judicial.

II.4 El Acuerdo para el ejercicio conjunto de la jurisdicción sobre el servicio público metropolitano de distribución de energía eléctrica

El 9/05/2019, la CABA y la PBA firmaron el "Acuerdo para el ejercicio conjunto de la jurisdicción sobre el servicio público metropolitano de distribución de energía eléctrica". Dicho acuerdo crea el Ente Metropolitano Regulador del Servicio Eléctrico (EMSE).

En la cláusula primera la PBA y la CABA se comprometen a ejercer en forma conjunta la jurisdicción sobre el servicio y asumen las atribuciones y funciones que corresponden a la autoridad concedente, según los términos de los Contratos de Concesión y las normas nacionales que los rigen, que serán ejercidas en forma conjunta.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por la cláusula segunda se dispone que las concesiones continuarán rigiéndose por los respectivos contratos de concesión y por las normas nacionales -legales y reglamentarias- aplicables a dichos contratos.

La cláusula tercera establece que hasta tanto cada jurisdicción determine el régimen de tarifa social u otro beneficio análogo, continuarán aplicándose los establecidos hasta esa fecha (Res. MINEM N° 7/2016 y 219/2016).

La cláusula cuarta creaba el Ente Metropolitano Regulador del Servicio Eléctrico (EMSE), ente bipartito autárquico, conformado por la PBA y la CABA, que tendría por objeto la regulación y el control del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica correspondiente al área comprendida en las Concesiones otorgadas a EDENOR S.A. y EDESUR S.A.

La cláusula quinta establece que su personal se regirá por la ley de contrato de trabajo. La sexta establece que el organismo tendrá su sede en la CABA y una delegación en La Plata.

La cláusula séptima dispone que el organismo será dirigido y administrado por un Directorio integrado por seis (6) miembros, tres por cada jurisdicción, entre los cuales habrá un presidente, un vicepresidente (serán ejercidas de manera rotativa, cfr. C. 8) y durarán tres años en sus mandatos.

Las cláusula novena y décima establecen el régimen de incompatibilidades y limitaciones de los miembros del ente. La décimo primera fija las funciones del organismo, entre las cuales se encuentra la de fijar las tarifas y el régimen de tarifa social.

La cláusula décima segunda establece que será controlado por ambas jurisdicciones, la décima tercera establece su patrimonio, la décimo cuarta y quinta crean la tasa de fiscalización y sus pormenores.

La cláusula décima sexta establece que hasta tanto el organismo no fije su propio procedimiento interno el mismo se

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

regirá por la Ley de Procedimientos Administrativos Nacional. La décimo séptima establece la jurisdicción primaria para las controversias entre las distribuidoras y grandes usuarios.

Por la cláusula décimo octava se establece que no será procedente el recurso de alzada contra las decisiones del EMSE. La cláusula novena establece que la competencia judicial de control es el Contencioso Administrativo Federal.

II.5. El Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las concesionarias a las jurisdicciones locales

Como consecuencia de lo pactado en los acuerdos antes reseñados, el 10/05/2019, el EN junto con EDENOR S.A. y EDESUR S.A. celebraron el "Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las concesionarias a las jurisdicciones locales"[6].

El objetivo de este acuerdo fue "...la regularización de los reclamos recíprocos del Periodo de Transición[7] resultantes del contrato de concesión y/o de las Actas Acuerdo y/o de actos emitidos durante ese periodo…".

Este convenio tuvo una naturaleza conciliatoria y transaccional, ya que las partes realizaron concesiones recí-

[6] Este convenio motivó una denuncia penal contra los representantes del EN por malversación de recursos públicos que tramita en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 (5059/2019).

[7] Originariamente era el período comprendido entre el 6 de enero de 2002 y el 31 de julio de 2006, término a partir del cual se establecería un nuevo cuadro tarifario. No obstante, el proceso de RTI no se inició, como se vio, hasta el año 2016. A su vez, las Actas Acuerdo preveían un Régimen Tarifario de Transición que consistía en la aplicación del Cuadro Tarifario vigente establecido en los Contratos incluyendo las variaciones de los precios mayoristas de la electricidad reconocidos y trasladados a las tarifas, incorporando las modificaciones establecidas en la ley 25.561 y las que allí se estipulaban, que preveían la aplicación de un ajuste tarifario y de un Mecanismo de Monitoreo de Costos ("MMC") semestral, de acuerdo a un procedimiento determinado, sobre la base de una estructura de costos de explotación e inversiones e índices oficiales de precios representativos de tales costos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

procas con el objetivo de culminar procesos judiciales en trámite y ponerles fin a diferendos de larga data. Al mismo tiempo se compensan obligaciones y, por otro lado, se produjo la novación de otras, ya que las partes suscribieron nuevos compromisos.

II.6. El Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica

En primer lugar, cabe destacar que por Resolución N° 161/LCABA/19 (4/07/2019) de la Legislatura de la CABA se aprobaron los acuerdos antes reseñados y por Decreto N° 1289/2019 (2/10/2019) el Poder Ejecutivo de la PBA hizo lo suyo y delegó en el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos las atribuciones para realizar todos los actos necesarios a fin de hacer efectiva la transferencia del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica.

Ya con la elección y asunción de un nuevo Gobierno, en el Consenso Fiscal 2019 (17/12/2019), aprobado por Ley N° 27.542, se dispuso en su punto N° I la suspensión del Consenso Fiscal 2018, hasta el 31/12/2020, y pocos días después por la Ley N° 27.541 (23/12/2019) se suspendió lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la Ley N° 27.467.[8] Asimismo, el artículo 12 del Decreto N° 1020/2020[9]

[8] Artículo 7°- Suspéndese la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la ley 27.467. Durante la vigencia de la emergencia declarada en la presente, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía de las concesionarias Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur).

[9] Esta norma genera las bases para las renegociaciones de las RTI de los servicios de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural. Debe recordarse que debido a que la reglamentación de la Ley N° 24.065 amplio la primera revisión tarifaria a diez años (la ley prevé revisiones quinquenales) el servicio de distribución no tuvo revisión tarifaria, hasta la que se llevó adelante en 2017 pero que actualmente se encuentra auditada y en proceso de renegociación (Decreto N°1020/2020).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(17/12/2020) estableció que durante el plazo de intervención del ENRE, prorrogado en dicha norma, éste mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución.

Por último, el EN, la PBA y la CABA, con la conformidad del ENRE y las concesionarias, celebraron el 19/01/2021, el "Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica". En este documento las partes reconocen que el traspaso no se efectivizó y que el carácter de poder concedente permanece en el Estado Nacional, al mismo tiempo que, se obligan a dejar sin efecto los actos que dieron lugar al traspaso y a dar lugar a la creación de un ente tripartito de regulación y control del servicio público de distribución de energía eléctrica en el AMBA.

En la cláusula primera de este acuerdo las partes reconocieron que el proceso de traspaso no se efectivizó y que la titularidad del servicio público de distribución de energía eléctrica en el área de concesión de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. permanecía en cabeza del EN, quien conservaba el carácter de Poder Concedente de los respectivos contratos de concesión. También los Estados involucrados se comprometieron a dejar sin efectos los acuerdos que dieron lugar al traspaso.

Por la cláusula segunda pactaron la constitución de un ente tripartito de regulación y control del servicio el que será autárquico, con independencia funcional y se regirá en lo concerniente a sus funciones y facultades, su constitución y conformación por lo dispuesto en los acuerdos que celebrarán las partes y por las normas que el mismo ente dicte.

La cláusula cuarta establece que las concesiones continuarán rigiéndose por las leyes nacionales –legales y reglamentarias- aplicables, las resoluciones del ENRE y las normas que emita el nuevo ente de control.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. Distribución de competencias en el sistema eléctrico argentino

Antes de avanzar con la distribución de competencias dentro del sistema eléctrico, resulta necesario realizar un breve repaso sobre la configuración actual del reparto de competencias entre el Estado federal, las Provincias y la CABA.

III.1. La organización federal del Estado argentino

Nuestro país adopta como forma de organización política la de Estado Federal, así lo dispone el artículo 1° de nuestra Constitución Nacional (CN), esto significa que coexisten dentro del seno de la Nación Argentina un conjunto de Estados al amparo de un Estado superior denominado Federal. Estos Estados integrantes de la Nación, denominados Provincias siempre entendieron ser parte de una misma historia común y buscaron la unión nacional, no así una unidad de régimen[10].

Entonces podemos afirmar que existen dos órdenes de gobierno, uno Federal[11] (supremo, art. 31 CN) y otro provin-

[10] "…el voto de las provincias era constantemente este: "queremos la unión, pero no la unidad de régimen". La unión se forma de varios Estados, personalidades hechas, dueñas de voluntad y fines políticos colectivos; la unidad suprime los Estados para sólo dar existencia a un solo Estado, a un solo gobierno." GONZALEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina. Págs. 40 y ss. Actualizado por Humberto Quiroga Lavié. Editorial La Ley, 2001, Argentina.

[11] *"… conserva cada provincia su soberanía y su independencia, se gobierna según sus propias instituciones, y la elección de sus magistrados y legisladores se verifica por la libre voluntad de sus habitantes. Esos tratados han reconocido que estas soberanías independientes son, sin embargo, miembros de una misma familia, y que deben un Gobierno que los abrace a todos, los represente en el exterior como cuerpo de nación, vigile por su bienestar y engrandecimiento y los proteja, tanto en el goce de sus instituciones peculiares, como en su seguridad e independencia. A este Gobierno ha llamado la Comisión, Gobierno Federal."* Informe de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución, 1853. Citado por Joaquín V. González, Op. Cit. Págs. 629.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cial[12] (preexistente pero subordinado a aquel en lo que ha delegado por la CN, arts. 121, ss. y cc.), que ejercen la misma soberanía[13] con diferentes alcances, buscando, siempre, preservar la unión nacional.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporó la CABA a la organización federal (art. 129). Nuestra CSJN recientemente manifestó que la CABA es sujeto del federalismo argentino en tanto "ciudad constitucional federada".[14]

Entonces podemos decir que nuestro sistema constitucional establece un reparto de competencias entre el Estado federal, las Provincias y la CABA, donde éstas últimas conservan todo el poder no delegado expresamente por la Constitución al poder central (arts. 121 y 122 de la CN)[15]. Los poderes provinciales y de la CABA son no enumerados[16] y

---

[12] A este sistema se deben sumar los municipios.

[13] El problema sobre la soberanía o no de los diferentes estamentos del Estado Federal ha dado a dos posturas encontradas, una que afirma que ambos estamentos poseen soberanía y otra que solo el Estado Federal es soberano mientras que las provincias son autónomas (la discusión sobre los municipios excede este trabajo). Partidarios de la primera teoría, entre otros, fueron: Alberdi, Montes de Oca, Zavalía, Joaquín V. Gonzáles, y como se verá en algunas citas de este trabajo la CSJN en un primer momento adoptó esta tesitura; sobre la segunda postura se asientan los trabajos de Bidart Campos, Bielsa, Calderón, Linares Quintana y la gran mayoría de los autores modernos, es la posición actual de la CSJN y que compartimos. Por lo tanto, decimos que la autonomía es la facultad con la que cuentan los Estados miembros para poder organizarse jurídica y políticamente, es decir, ejercer el poder constituyente de segundo grado o estadual, elegir sus gobernantes y organizar sus instituciones.

[14] "Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen…" Fallos 342:509.

[15] En general los servicios públicos son de carácter local, los servicios públicos nacionales son excepcionales y limitados a los casos que determina la Constitución Nacional (V. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Bs. As. T. II, pág. 85 y ss.).

[16] Nuestro tribunal supremo ha dicho que *"…las provincias, según el artículo 105 de la Constitución Nacional, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones y elegir por*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

amplios[17], fundamentalmente en su diseño institucional (Derecho Público), pero aquellos poderes delegados a la Nación no pueden ser ejercidos por la CABA o las provincias[18] (art.

---

sí mismas sus gobernadores, legislaturas y demás empleados; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 105. De este principio se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el artículo 108 de la misma Constitución." CSJN "Resogli, Luis c/ Provincia de Corrientes". 1869. T. 7, P. 373

[17] *"…los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (Fallos: 304:1186 y 312:1437). Resulta de esencial importancia que la relación entre las provincias y la Nación se desenvuelva armónicamente, cuidándose una de no entorpecer la acción exclusiva de la otra y viceversa."* CSJN "Molinos Río de La Plata S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa". 2009. T. 332 P. 66.

[18] En la sentencia "Baliarda S.A. y otros c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa" del 11 de junio de 1998, la CSJN estableció que "…*se evidencia que las normas provinciales, al pretender regular la comercialización y venta de productos ya autorizados, entran en colisión con la legislación nacional incurriendo, en el ámbito de las facultades concurrentes reconocidas en la materia, en "una repugnancia efectiva entre una y otra facultad" (Fallos: 300:402), consecuencia lesiva del principio ya recordado de supremacía contenida en el art. 31 de la Constitución".*
En este orden de ideas es menester recordar lo dispuesto por la CSJN en el histórico fallo de materia tributaria "Sociedad Anónima Mataldi Simón Limitada c/ Provincia de Buenos Aires". (1927) T. 149, P. 260, en el que con claridad señera se sostuvo que "*Para que resulte incompatible el ejercicio de los dos poderes, el nacional y el provincial, no es bastante, se agrega en aquel fallo, que el uno sea el de crear o proteger, y el otro sea el de imponer o destruir según la terminología jurídica de los tratadistas americanos, sino que es menester que haya "repugnancia" efectiva entre esas facultades al ejercitarse, en cuyo caso, y siempre que la atribución se haya ejercido por autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema; pero, siendo tan indiscutible la facultad constitucional exclusiva del Congreso para sancionar el impuesto de protección, corno innegable la atribución constitucional de la provincia para establecer gravámenes impositivos sobre los productos de sus industrias locales, no cabe dudar que estas atribuciones o poderes han sido creados para que se ejerciten y desenvuelvan en su respectiva esfera de acción, propendiendo armónicamente a la consecución de los fines de interés público que los origina y fundamenta, sin que nada obste a la convivencia legal y material de los principios, rigiendo en sus respectivos campos de acción, sin roces ni conflictos irreparables, que no los hay posibles dentro de la Constitución, como quiera que no se han instituido en ellas poderes discrepantes y facultades en discordias, sino al contrario, entidades*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

126 de la CN). A las potestades exclusivas de la Nación y de las Provincias se suman las concurrentes[19].

Con relación a las potestades concurrentes la CSJN ha expresado que *"La multiplicidad de aspectos que puede presentar el poder de policía hacen que el de la Nación pueda entrar ocasionalmente en colisión con el de las provincias, sin delegar en aquélla. Pero ello no obsta al principio de la concurrencia de ambos poderes, cuyo ejercicio puede considerarse incompatible sólo cuando media una repugnancia efectiva entre una y otra facultad..."*[20]

También tiene establecido que *"el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado*

---

legales armonizadas en la afinidad suprema de la organización social y del bien público, principio y fin de las instituciones políticas que nos rigen (Fallos, t. 137: 212)."

[19] Sobre el sistema de facultades concurrentes resulta muy útil replicar lo que el Juez Rosatti explicó en el Considerando 4° de su voto en la sentencia "Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza." (Fallos: 341:1148): "...la Constitución Nacional prevé, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial, las siguientes modalidades de colaboración: a) la "pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo", conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional (llamada "cláusula del progreso"); b) la "pluralidad jerárquica con complementación sustantiva-adjetiva, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75 inc. inc. 12 de la Constitución Nacional con la previsión del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente; y c) la "pluralidad jerárquica con complementación sustantiva", en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad entre los sectores o tramos aludidos ("nivel básico" - "nivel complementario"). Este tipo de complementación es el previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental..."

[20] CSJN "Schaffhausen Sociedad Inmobiliaria c/ Nación". 1978. T. 300, P. 402.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como una interacción articulada"[21] y que la funcionalidad del sistema se imbrica en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico[22] y dual de competencias federales y provinciales debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes[23].

En lo que respecta a servicios públicos, la doctrina tiene establecido que son de jurisdicción nacional aquellos que se prestan en territorio nacional o los justificados por cláusulas constitucionales específicas (vgr. correos, arts. 4 y 75 inc. 14 de la CN) y aquellos servicios cuyas características son incluidas en normas que atribuyen jurisdicción nacional, como son la del "comercio interjurisdiccional" (75 inc. 13 de la CN), lo relativo a los "establecimientos de utilidad nacional" (75 inc. 30 de la CN) y lo atinente a la llamada "cláusula de progreso" (75 incs. 18 y 19 de la CN)[24].

En virtud de la breve reseña jurisprudencial realizada, y en apretada síntesis, podemos decir que el sistema federal adoptado por la CN obliga a delimitar de manera constante[25] la práctica de las potestades que posee cada ámbito de go-

---

[21] Fallos: 340: 1695, considerando 6°.

[22] "*De acuerdo a las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las Provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquélla de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse."* CSJN "Provincia de Buenos Aires c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones. Provincia de Buenos Aires c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires." 1982 T. 304, P. 1186.

[23] Fallos: 341:1148.

[24] MARIENHOFF, Op. Cit. pág. 90.

[25] "... federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bierno a los efectos de considerar válido o inválidos determinados actos y/o normas, dada la preeminencia de potestades concurrentes y la vigencia de los principios de buena fe, solidaridad y concertación federal.

Sintetizando, podemos afirmar que, en lo que interesa a este trabajo, las provincias tienen amplias potestades que menguan fuera de su territorio y sobre materias que pueden obturar los fines asignados al gobierno nacional.

III.2. La distribución de competencias en el sector eléctrico

La regulación del sector eléctrico históricamente ha sido competencia local ya que, en sus inicios, la generación se limitaba a pequeñas usinas y su transmisión no atravesaba fronteras[26]. Posteriormente, con el desarrollo del sector, la extensión del servicio y la complejidad que suscita su administración, dicha regulación pasó a ser, generalmente, de carácter nacional.

Así fue que, en el año 1958, en el marco de una crisis energética, se sancionó la Ley N° 14.722[27] que declaró bajo jurisdicción nacional, y sujeta a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo Nacional, los servicios públicos in-

ponderado como una interacción articulada…" CSJ 660/2012 (48-C)/CS1 ORIGINARIO. "Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad."

[26] Como hitos en la historia del servicio en el ámbito metropolitano pueden mencionarse la creación de la Compañía Alemana Transatlántica de Electricidad en 1907 y la Compañía Ítalo-Argentina de Electricidad en 1912 y el otorgamiento de sus respectivas concesiones por parte de la Municipalidad de la Capital Federal. Para profundizar ver: "Luces Argentinas: Una historia de la electricidad en nuestro país." LUNA, Félix. ISBN: 987-20209-0-6, Disponible en: http://cdi.mecon.gov.ar/bases/docelec/ac1002.pdf

[27] Decláranse de jurisdicción nacional, y sujetos a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo de la Nación, los servicios públicos de electricidad interconectados que se prestan en la Capital Federal y en los siguientes partidos de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berisso, Brandsen, Cañuelas, Ensenada, Esteban Echeverría, Florencio Varela, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Magdalena, Quilmes, San Vicente, Vicente López, General Las Heras, San Isidro La Matanza, Tigre, General San Martín, Merlo, Morón, San Fernando, Moreno, Pilar, General Sarmiento, General Rodríguez y Marcos Paz.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

terconectados de electricidad en la Capital Federal y varios municipios bonaerenses y se dio paso a lo que posteriormente sería la empresa Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA)[28].

En el marco del proceso de privatización[29] (Ley N° 23.696), en el caso del área que comprende a la Ciudad de Buenos Aires y algunos partidos del Gran Buenos Aires, se llevó adelante una desintegración de tipo horizontal de lo que había sido la antigua SEGBA[30], dividiéndola entonces en tres empresas dos para el ámbito metropolitano de Buenos Aires[31] (AMBA)[32] EDENOR S.A. y EDESUR S.A. y para el ámbito de ciudad de La Plata y alrededores EDELAP S.A.[33]

En este punto, sobre el reparto de competencias en esta materia, resulta oportuno recordar el criterio establecido por

---

[28] Por el Decreto Nacional Nº 1.247/62 se aprobó el contrato de concesión suscripto entre el Gobierno Nacional y Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires.

[29] "*...En el caso argentino, la celeridad por privatizar y por generar condiciones más que propicias para atraer al capital privado fueron priorizadas respecto de cualquier otro tipo de consideración. Ello derivó, entre otras cosas, en la fijación de tarifas máximas que desde los mismos inicios de la actividad de las empresas privadas les garantizaron elevadas y privilegiadas tasas de rentabilidad…El vasto programa privatizador desarrollado durante los años noventa generó diversos efectos regresivos sobre la distribución del ingreso..."* AZPIAZU, Daniel. "Las Privatizadas I. Ayer, Hoy y Mañana." Capital Intelectual, Buenos Aires, 2005, págs. 55 y ss.

[30] ROMERO, Esteban José Ignacio. "La privatización de SEGBA S.A." La Ley Online. 0021/000078.

[31] No existe al día de la fecha un instrumento jurídico único que delimite la extensión territorial y regule aspectos comunes de esta "región" del país a pesar de la posibilidad que ofrece la CN (art. 124) y la conveniencia práctica y política de tenerlo. En general este conglomerado urbano se compone de la CABA y 35 municipios de la PBA que integran el "conurbano", siendo por lo general: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López.

[32] Decreto Nº 714/92.

[33] Decreto Nº 1795/92.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el profesor Bidart Campos (1974) que en un señero trabajo escribió *"...le cabe jurisdicción indudable al Estado federal en los siguientes casos: a) Para crear, organizar y prestar el servicio público eléctrico en lugares de jurisdicción federal exclusiva; b) Para organizar las etapas técnicas del proceso eléctrico que total o parcialmente se interprovincializan antes de la distribución, la cual, por acto provincial de adquisición de energía, va a abastecer a usuarios de una provincia mediante servicio público provincial; c) Para los fines de la red nacional de interconexión en cuanto a la interconexión misma."*[34]

También se ha dicho que *"...no cabe duda que la planificación integral de la energía eléctrica encuadra en la competencia legislativa del Congreso Nacional..."*[35] y que *"... si en principio la atención de los mercados eléctricos locales y la generación aislada (no conectada a la red nacional de interconexión) incumben a las Provincias, los aspectos del comercio eléctrico que en el sector local se interjurisdiccionalizan conforme a la cláusula comercial, caen bajo jurisdicción federal..."*[36]

A nivel legal, la Ley N° 15.336 efectúa un claro deslinde entre el servicio eléctrico provincial y el nacional. El artículo 3°[37] de la ley define al "servicio público de electricidad" y,

[34] BIDART CAMPOS, Germán J., "Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética". Asociación del Personal Jerárquico D.E.B.A. La Plata, 1974.

[35] DE LA COLINA, Elisa Beatriz. "Conflictos jurisdiccionales en la regulación de servicios públicos (con especial referencia al sistema regulatorio eléctrico)." Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Número: 2003 (303 Dic.), p. 19-38.

[36] Ídem.

[37] "A los efectos de la presente ley, denomínase servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado de acuerdo con las regulaciones pertinentes. Correlativamente, las actividades de la industria eléctrica destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público serán consideradas de interés general, afectadas a dicho servicio y encuadradas en las normas legales y reglamentarias que aseguren el funcionamiento normal del mismo."

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

por su parte, el art. 6°[38] determina la generación de electricidad -y su transporte- y los servicios eléctricos alcanzados por la jurisdicción federal. El artículo 35 define los sistemas eléctricos nacionales, provinciales, del Estado y la red nacional de interconexión.[39]

A su vez, la Ley N° 24.065, complementaria de aquella, estableció una desintegración vertical dividiendo a la actividad eléctrica en las etapas de generación, transporte y distribución y creando un Ente de control de alcance nacional, el ENRE. No obstante, el artículo 98 de dicha ley establece que *"sin perjuicio de la aplicación, según su régimen propio, de las normas de naturaleza federal contenidas en la presente ley, invítase a las provincias a adherir al régimen de la presente ley."*[40]

---

[38] "Declárase de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando: a) Se vinculen a la defensa nacional; b) Se destinen a servir el comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra o con el territorio de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur; c) Correspondan a un lugar sometido a la legislación exclusiva del Congreso Nacional; d) Se trate de aprovechamiento hidroeléctrico o mareomotor que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización de todos ellos; e) En cualquier punto del país integren la Red Nacional de Interconexión; f) Se vinculen con el comercio de energía eléctrica con una nación extranjera; g) Se trate de centrales de generación de energía eléctrica mediante la utilización o transformación de energía nuclear o atómica. Serán también de jurisdicción nacional los servicios públicos definidos en el primer párrafo del artículo 3 cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación".

[39] Así el art. 35 distingue entre: "a) Sistemas Eléctricos Nacionales (S.E.N.), las centrales, líneas y redes de transmisión y distribución, y obras e instalaciones complementarias -sin distinción de las personas, públicas o privadas, a quienes pertenezcan-, sometidos a la jurisdicción nacional; b) Sistemas Eléctricos Provinciales (SEP), las centrales, líneas y redes de jurisdicción provincial. c) Sistemas Eléctricos del Estado (SEE), las centrales, líneas y redes de transmisión, y obras e instalaciones complementarias, de propiedad del Estado nacional, o que el administra o explota; d) Red Nacional de Interconexión (RNI), al conjunto de sistemas eléctricos nacionales interconectados".

[40] "...debe recordarse que la ley 24.065 ordena el Mercado Eléctrico Mayorista Nacional reuniendo casi la totalidad de las normas el carácter de legislación federal, por cuanto existen ciertas normas que no reúnen ese carácter y que son o no susceptibles de adhesión

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En consonancia con lo expuesto, la jurisprudencia de la CSJN tiene establecido de manera uniforme el carácter de comercio interjurisdiccional[41] del régimen de energía eléctrica y su interconexión nacional. El tribunal tiene establecido que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal, incorporado al concepto abarcativo que

provincial (las que establecen una metodología de fijación del régimen y cuadro tarifario de la distribución)." "Edesal S.A. c/ Resols. 157/97-584 y 585/98-ENRE" (Exptes. 1363/95-4834/98) del 19/04/2000. Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala V.

41 "*…entre los poderes delegados por las provincias al gobierno federal se encuentra la denominada "cláusula comercial", expresión que sintetiza la arraigada "doctrina de la corriente del comercio", originariamente concebida en los Estados Unidos de América por el juez Marshall en el caso "Gibbons v. Ogden" (9 Wheat,1) de 1824; noción ésta que la jurisprudencia posterior precisó más aún al aclarar su alcance y sentido, y que esta Corte ha receptado en sus decisiones más tempranas y de un modo constante (v. doctrina de Fallos: 154:104, y también 316:2865, in re "Empresa Gutierrez S.R.L."; 324:3048 y 327:1292, entre muchos otros). En virtud de tal prerrogativa, el Congreso de la Nación, reguló la materia que da origen al presente litigio en el artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional: "Corresponde al Congreso de la Nación reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí", y que tiene su correlato en lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley Fundamental, que prohíbe a las provincias "expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior" (Fallos: 319:998 y 320:1302). Que, en el marco normativo referido al caso de autos cobra virtualidad la noción orgánica o integradora del término "comercio", la que describió esta Corte en Fallos: 154:104, al expresar que "El derecho de la Nación o del Congreso para reglamentar las comunicaciones entre las provincias es tan extenso y absoluto, que se convierte para el Congreso en el deber de vigilar que el intercambio entre los estados y la transmisión de ideas por cualquier clase de sistema, desde el correo a caballo hasta la telefonía, no sea obstruida o estorbada de un modo innecesario por la legislación de los estados (Cooley, Derecho Constitucional Reglamentario del Comercio, pág. 60)". Esta concepción del comercio procura evitar que las actividades económicas interjurisdiccionales puedan ser entorpecidas, complicadas o impedidas por los estados provinciales, lo cual conspiraría contra la unidad del sistema federal y su regular funcionamiento. Que cuando se trata de interpretar el alcance de las atribuciones provinciales en el área abarcada por la llamada "cláusula comercial" debe acudirse a esa noción integradora de la actividad económica en el territorio nacional, que fue la base no sólo de la exclusividad de los poderes del Congreso en la regulación del comercio interprovincial, sino también de los que le competen en forma exclusiva en el dictado de la legislación común a ser aplicada dentro de los territorios provinciales, por las autoridades locales (Fallos: 324:3048, considerando 6°)."* CSJN "Molinos Río de La Plata S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa". 2009. T. 332, P. 66.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

supone la interpretación del art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional (Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862, entre otros).

Asimismo, en un precedente sobre Función Técnica de Transporte, la Corte estableció que el ENRE es quien debe resolver conflictos entre agentes del MEM, sin perjuicio de que las redes que utilicen sean del sistema eléctrico provincial y, además, que *"...la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión "comercio" del artículo. 75, inc. 13, como así también en los incs. 18 y 30 de ese artículo (Fallos: 305:1847; 320:1302; 322:2624 y 323:3949). Ello justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos ejecutados a través del sistema argentino de interconexión, como así también aquéllos que se realizan por medio de la actuación de quienes operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía."*[42]

En relación a la competencia de los tribunales federales en razón de la materia, la CSJN dejó establecido, en un litigio que versaba sobre un contrato de locación de una central térmica de generación eléctrica, que *"...más allá de que se trate de un juicio entablado para el cumplimiento de un contrato de locación entre dos sociedades anónimas, la decisión que se adopte podría incidir en la prestación del servicio público de electricidad habida cuenta de que la actora provee de energía al Sistema Interconectado Nacional (SIN), por lo que su juzgamiento atañe al fuero de excepción… En esas condiciones, pudiéndose encontrar afectado, directa o indirectamente el servicio de energía eléctrica y tratándose de un litigio que versa sobre situaciones jurídicas que, en principio, podrían ser alcanzadas por reglas de índole federal, corresponde dar intervención a tal fuero* [federal] *ratione materiae…"*[43]

---

[42] E. 91. XXXVII.ORIGINARIO. "EDEN S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ nulidad de resolución E.N.R.E. 671/99."

[43] "Generación Rosario SA c/ Central Térmica Sorrento SA s/ ordinario." COM 9672/2015/CSJ. 14/08/2018.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

De lo dicho hasta aquí se puede concluir que incumbe a la jurisdicción federal todo lo atinente al sistema interconectado nacional por revestir naturaleza interjurisdiccional, razón por la cual el Mercado Eléctrico Mayorista y la relación entre sus agentes está regulado por normas nacionales. En cambio, el segmento de distribución reviste, al ser servicio público y no ser interjurisdiccional, naturaleza local.

Sin embargo, el servicio público de distribución de energía eléctrica en el AMBA al ser técnica, económica y jurídicamente inescindible e implicar comercio entre más de un Estado, es de jurisdicción nacional[44] y, por lo tanto, el poder concedente del servicio recae en el Estado nacional

Sobre este punto, es necesario analizar el Decreto N° 714/92 que dispone la constitución de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. a los efectos de la privatización de la actividad de distribución y comercialización de energía eléctrica de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires Sociedad Anónima. En los considerandos de ese decreto se explicó que "*...tal decisión implica que el Poder Legislativo Nacional ha puesto nuevamente en ejercicio su potestad concedente delimitando nuevamente la zona cuya prestación del servicio público de electricidad interconectado se encuentra sujeta a jurisdicción nacional, conforme al artículo 1 de la Ley N° 14.772, concordante con el artículo 6 de la Ley N° 15.336*".

Del mismo modo se pronunciaron los tribunales, la CSJN determinó que la regulación de la distribución de la electricidad en la zona determinada en el contrato de concesión -que abarca la Ciudad de Buenos Aires y parte de la Provincia de Buenos Aires- aprobado por el Decreto N° 714/92, *"...resulta alcanzada por los poderes que el art.*

[44] En este sentido ver: EZEBERRY, Agustina. "Algunas consideraciones sobre cuestiones jurisdiccionales en el servicio público de distribución eléctrica con especial referencia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires." Protocolo A00393372476 de Utsupra.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

75 inc. 13 y 18 de la Constitución Nacional confiere al Gobierno Nacional." [45]

En el mismo orden de ideas, en "Empresa distribuidora y comercializadora norte c/ Municipalidad de Gral. Rodríguez"[46] la Corte sostuvo que *"...según lo dispuesto por las leyes 14.772, 15.336 y 24.065 -en concordancia con el criterio establecido por este Tribunal- la prestación del servicio público interconectado de generación, transporte y distribución interjurisdiccional de electricidad es de competencia nacional en razón de constituir el ejercicio del comercio y de promover a la prosperidad, el adelanto y el bienestar general del país"* .

El servicio de distribución de energía eléctrica no es una realidad aislada en el AMBA, es parte del complejo metropolitano, donde encontramos varios servicios públicos interjurisdiccionales.

Esto fue receptado por el legislador nacional al tratar los intereses posteriores a la reforma constitucional de la Nación en la CABA, conforme el artículo 129 de la CN. Es así que el artículo 9° de la Ley N° 24.588 establece que el Estado Nacional se reserva la competencia y la fiscalización, esta última en concurrencia con la ciudad y las demás jurisdicciones involucradas, de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la ciudad de Buenos Aires.

III. 3. El poder concedente de los contratos de concesión del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a cargo de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. es el Estado nacional

De lo expuesto se deriva otra importante conclusión que fue inválidamente soslayada por el "Acuerdo para el ejer-

[45] C.S.J.N, "Provincia de Buenos Aires c/ Edenor S.A s/ remoción de electroductos", (2007), consid. 8 del voto de la mayoría.

[46] Fallos: 334:1113.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cicio conjunto de la jurisdicción sobre el servicio público metropolitano de distribución de energía eléctrica", que en su cláusula primera establecía que el poder concedente sería ejercido conjuntamente por la PBA y la CABA.

El servicio analizado al ser de jurisdicción federal tiene como lógica derivación que el poder concedente de los contratos de concesión sea el Estado nacional, no pudiendo este desligarse de tal condición y mucho menos transferirlo a las jurisdicciones locales.

Las potestades constitucionales no son disponibles, salvo que la Constitución así lo permita expresamente, de otro modo los poderes constituidos podrían avanzar sobre la constitución modificando su texto y finalidad por fuera de los procedimientos previstos para ello (art. 30 de la CN).

Si bien nuestra carta magna prevé la posibilidad de que los miembros de la federación puedan celebrar pactos de la más diversa índole (arts. 125 y 126 de la CN) no permite que estos se desprendan de sus atribuciones exclusivas.

Sobre el carácter excluyente de la jurisdicción federal en los supuestos de comercio interjurisdiccional, la CSJN ha sostenido que *"...el Estado Nacional tiene las atribuciones necesarias para la reglamentación de los servicios que excedan el ámbito local incluyendo aquellos "aspectos de las actividades interiores" susceptibles de menoscabar u obstruir dichos servicios (Fallos: 320:162 y sus citas, entre otros)."* y ha puntualizado que el poder de policía local no debe extenderse a *"los aspectos regulatorios de competencia de la Nación" (Fallos: 326:4718; 330:3098, citados), tal como lo ha decidido en casos de colocación de medidores domiciliarios de pulsos, modalidad de prestación del servicio telefónico, regulación de la facturación de estos servicios y fijación de tarifas (ver Fallos: 257:159; 268:306; 299:149; 321:1074; 326:4718 y 330:3098)."*[47]

[47] CSJN, FSA 11000507/2010/1/RH1, "Municipalidad de Güemes".

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esto es receptado por la jurisprudencia desde antaño, pudiendo destacarse la disidencia del ministro Julio Oyhanarte en "Compañía Argentina de Teléfonos v. Provincia de Santiago del Estero"[48], donde sostuvo que: *"En todo servicio público que comience siendo provincial y luego se interprovincialice por conexión, las facultades de dirección, control e intervención propias del poder concedente son traspasadas a la Nación (…) Y ese traspaso origina la inmediata caducidad de las atribuciones provinciales que pudiesen o debiesen estimarse incompatibles con la jurisdicción nacional…"* Asimismo señaló que: *"…en nuestro derecho, no se concibe que un servicio público pueda estar sometido a un régimen bi o plurijurisdiccional. Todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente - o titular - y concesionario -o delegado- no cabe la intromisión de otra autoridad soberana…"*

Posteriormente, y podríamos decir que con vocación docente, la CSJN sostuvo que *"…todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado o poder concedente, que tan sólo delega la prestación y éste se halla bajo la inspección y el control de ese poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente -o titular- y concesionario -o delegado- no cabe la intromisión de otra autoridad soberana."*[49]

Para otorgarle mayor claridad a este punto del estudio, se puede agregar que "*En nuestro derecho, no se concibe que un servicio público pueda estar sometido a un régimen*

[48] Fallos 250:154. En la causa, la actora era titular del servicio público de teléfonos provinciales que luego se conectó al sistema nacional.

[49] Fallos 330:4564

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bi o plurijurisdiccional… Tal principio es aplicable toda vez que, como en el caso en estudio, un servicio, aunque reconozca como puntos terminales localidades de una misma provincia, se interne en otra durante el recorrido, pues en este caso estaría sujeto a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio penetra. Lo contrario importaría crear una suerte de extraterritorialidad para este segmento del transporte que resulta inaceptable."[50]

Más recientemente la CSJN sostuvo que *"…cuando la Nación actúa como poder concedente del servicio público, no lo hace en virtud de una gracia o permiso revocable o precario de la provincia, sino con plena jurisdicción en ejercicio de un derecho emanado de la Constitución Nacional…"*[51]

De lo dicho hasta aquí el lector podrá apreciar que lo intentando en el proceso de transferencia de jurisdicción no respetaba las reglas ni los principios constitucionales aplicables ya que, necesariamente, el poder concedente de los contratos de concesión debe recaer en el Estado nacional y la jurisdicción debe ser federal, de manera exclusiva.

Esto tiene, al margen del aspecto jurídico, un correlato práctico dentro de la técnica contractual donde se inserta el régimen del servicio público analizado. El ejercicio de las prerrogativas de los contratos de concesión se volvería muy difíciles en el caso de requerir la voluntad conjunta de dos Estados, más aún, cuando tienen una realidad social, una historia política e idiosincrasia tan disímiles como la PBA y la CABA.

IV. Análisis del estado actual de la transferencia

En este capítulo se analizará el estado actual de la transferencia y el efecto de los actos jurídicos realizados en dicho

[50] (CS, 09/12/1993 - Empresa Gutiérrez S. R. L. c. Provincia de Catamarca). La Ley 1994-E, 43 - DI, 1994-2, 1069 - La Ley Online.

[51] Fallo citado en nota 39.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

proceso. En primer lugar, se repasan brevemente las normas y la doctrina constitucional sobre las transferencias de competencias y servicios entre distintos niveles estaduales y luego la situación actual de la transferencia del servicio.

IV.1. La transferencia de servicios desde la Nación a las Provincias y a la CABA

En primer término, debe tenerse presente que en el año 1970 se dictó la ley de facto N° 18.586, cuyo artículo 1° establece "*Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a transferir a las provincias, en las condiciones prescritas por la presente ley, los organismos y funciones nacionales existentes en los territorios provinciales.*"

En función de esta norma, a lo largo de los años, diversos activos de la empresa Agua y Energía Sociedad del Estado, en especial empresas distribuidoras de energía eléctrica con asiento en las provincias, fueron transferidas a dichas jurisdicciones (por ejemplo, ver el Decreto N° 696/92). Esta política de "achicamiento" del Estado nacional se aceleró durante la primera parte de la década del 90, durante la cual se realizó la transferencia de gran parte de los servicios educativos y de los sistemas de salud.

Con fundamento en dicha norma se realizó la transferencia de la concesión de EDELAP S.A. El 8/3/2011 se suscribió un Acta Acuerdo entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, el Ministerio de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires y la referida concesionaria, mediante el cual se dispuso, entre otras cuestiones, la transferencia "*...a la Provincia de Buenos Aires del Contrato de Concesión del Servicio Público de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica celebrado entre el Estado Nacional y la Empresa distribuidora la Plata Sociedad Anónima*".

Dicho Acuerdo no fue ratificado por la legislatura de la PBA, ni pasó por el Congreso Nacional (no existe ley espe-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cífica sobre la transferencia); fue aprobado por los Decretos Nº 1853/11 del Poder Ejecutivo Nacional y Nº 1745/2011 del Poder Ejecutivo Provincial.

Sin perjuicio de ello, el traspaso de competencias y servicios fue incluido en la reforma constitucional de 1994, siendo receptado en el cuarto párrafo del inciso 2[52] del artículo 75 de la CN, según el cual no habrá transferencia de servicios sin aprobación del Congreso y de la provincia interesada o la CABA en su caso.

Esta norma constitucional establece la prohibición de transferir servicios sin reasignación de recursos ni aprobada por ley cuando correspondiere y por la jurisdicción interesada. De la lectura surgen tres requisitos, i) transferencia de recursos, ii) realizada por ley "cuando correspondiere" y iii) consenso con la jurisdicción receptora.

Debe tenerse en cuenta que, como se verá, cuando se encuentra involucrada la CABA, las transferencias deben realizarse a través de convenios, conforme lo establece el artículo 6° de la Ley N° 24.588. Parecería que para las Provincias la transferencia no requeriría la celebración de un acuerdo y el consenso requerido por la CN podría manifestarse de otra manera, siempre y cuando se respete el derecho público provincial.

Ahora bien, aquí podemos detenernos en las formalidades que deben tener los acuerdos interjurisdiccionales, trascendente para entender la aclaración que realiza la Constitución para darle intervención al Congreso, "cuando correspondiere".

En este punto, debe tenerse presente que los acuerdos que en su contenido involucren materias cuya competencia corresponde exclusivamente a un poder del Estado debe,

[52] "No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso."

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

por principio, entender ese poder. Así, si el contenido del acuerdo implica potestades del Poder Legislativo, este debe intervenir, si son potestades privativas del Ejecutivo o Judicial estos pueden realizar acuerdos interjurisdiccionales por sí mismos sin necesidad de la intervención del legislativo[53].

Sobre el régimen nacional, nuestra Corte ha interpretado que ciertos pactos constituyen el denominado "Derecho Intrafederal", manifestación del federalismo de concertación, los cuales necesitan la ratificación de los poderes legislativos locales[54] para su vigencia. Si bien estos acuerdos refieren en su mayoría a distribución de potestades tributarias, nada impide que sus principios se extiendan a otros ámbitos. Un

[53] La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene sobre la jerarquía normativa de las disposiciones aprobatorias de los acuerdos que *"...deberá ser determinada ponderando en cada caso los contenidos del acuerdo de que se trate y la materia que en ellos se convenga… es factible sostener que si el acuerdo interjurisdiccional regulara materias propias de la esfera de competencia constitucional del Poder Legislativo no alcanzaría con un decreto del Poder Ejecutivo Nacional para resolver en definitiva sobre dichas materias, siendo en tales casos necesaria la sanción por parte del Congreso de una ley ratificatoria. Similar solución debería adoptarse… cuando los contenidos del convenio entrarán en colisión con leyes nacionales."* Dictamen N° 132:931.

[54] "...no puede dejar de ponderarse la jurisprudencia del Tribunal en la que se ha puesto de relieve la naturaleza jurídica de las leyes-convenio (como la ley de coparticipación) y de los denominados "pactos fiscales", que constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales y nacionales se unen en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias. Esa gestación institucional las ubica con una singular jerarquía dentro del derecho federal que impide su modificación o derogación unilateral por cualquiera de las partes. La esencia misma del derecho intrafederal impone concluir que las leyes-convenio y los pactos que lo componen no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, y solo pueden ser modificados por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes (Fallos: 322:1781; 338:1356 y 1389, entre otros). En tal sentido, es preciso recordar que los principios constitucionales de buena fe y lealtad federal —que repelen la idea de una Nación fragmentada y procuran el armónico desarrollo de las necesidades locales junto con las nacionales— impiden que uno, de los sujetos del sistema adopte de modo intempestivo medidas que puedan afectar al resto de los miembros de la federación." El resaltado no se encuentra en el original. CSJN in re "Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad- incidente medida cautelar." (CSJ 1829/2019/1), del 1/10/2019.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ejemplo de esto puede ser la ley de facto N° 22.172 que aprueba un convenio sobre comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción territorial, el cual mantiene vigencia en la actualidad.

También, resulta oportuno traer a colación para el análisis, que existe una práctica constitucional reciente que implica la participación del Congreso Nacional posterior a la celebración de acuerdos de transferencia de servicios, ratificando los actos realizados.

Así fue como se realizó el traspaso del servicio público de subterráneo y premetro a la CABA, todos los actos realizados en dicho proceso fueron ratificados por la Ley N° 26.740 promulgada el 4 de abril de 2012 y así también se ratificaron las transferencias de las competencias penales a la justicia porteña (Leyes N° 25.752, 26.357 y 26.702).

También, por la Ley N° 27.606 del 10 de diciembre de 2012, se aprobó el "Convenio de Transferencia Progresiva a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de Facultades y Funciones de Seguridad en Todas las Materias No Federales Ejercidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

IV.2. El proceso de transferencia fue dejado sin efecto por el "Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica" del 19 de enero de 2021

La transferencia de jurisdicción de las concesionarias se encontraba suspendida al momento de la celebración del "Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica".

En este sentido, debe resaltarse que las partes firmantes del Consenso Fiscal 2018 no se comprometieron a realizar el traspaso, solo declararon la intención de hacerlo. A pesar de ello, resulta claramente de la lectura del Consenso Fiscal 2019, que el proceso de traspaso se encontraba

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

suspendido hasta fines del año pasado (2020), en tanto establecía "Suspender, hasta el día 31 de diciembre de 2020, la vigencia de [...] el Consenso Fiscal 2018 de fecha 13 de septiembre de 2018".

El Consenso Fiscal suspendido es aquel que dio origen al artículo 124 de la Ley N° 27.467, sobre la transferencia. Lo dicho bastaría para entender que las jurisdicciones involucradas decidieron suspender la vigencia del traspaso en ese momento.

Por otro lado, la declaración de emergencia por parte del Congreso es trascendente sobre este tema (Ley N° 27.541), ya que, dentro de las bases de la delegación legislativa en el PEN, se encontraba la de "reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético… y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema…"

Asimismo, en el artículo 5° del Título III de la ley, denominado "Sistema Energético", el Congreso faculta al PEN a renegociar la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario, y mediante el artículo 7°[55] aclaró aún más la cuestión.

Ahora bien, cuestión de suma importancia es determinar si, al momento de celebrar el Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y el Control de enero del 2021, ya se había "efectivizado" el cambio de jurisdicción y perfeccionado el contrato de transferencia de la concesión. Cuestión que las partes de ese Acuerdo entendieron que no había ocurrido y así quedó expresado en la cláusula primera que contó con la conformidad de las concesionarias[56].

[55] Artículo 7°- Suspéndese la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la ley 27.467. Durante la vigencia de la emergencia declarada en la presente, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía de las concesionarias Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur).

[56] Debe tenerse en cuenta que las empresas manifestaron durante todo el 2019 y 2020 que la transferencia se había concretado y que el ENRE carecía de competencia sobre ellas,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sobre si se perfeccionó la cesión de los contratos de concesión, jurídicamente el acuerdo que celebraron el EN y los Estados locales fue una cesión de posición contractual, la cual, según el contenido de los acuerdo -la cesión fue consentida por las concesionarias- y las normas del CCYCN (1636 y ss.) se encontraría perfeccionada, sin perjuicio de que como veremos no se encuentran cumplidos los actos que exige el Derecho Público aplicable.

Como vimos en la reseña de antecedentes, si bien la legislatura de la CABA aprobó los acuerdos suscriptos, no sucedió lo mismo con la Legislatura de la PBA, la cual no intervino aprobando los acuerdos tal como lo exige la Constitución Provincial.

El artículo 103 inciso 9°[57] de la Constitución de la PBA establece que corresponde al Poder Legislativo aprobar o desechar los tratados que el Poder Ejecutivo celebrase con otras provincias. La aprobación es un mecanismo de control ulterior, por lo que implica necesariamente la participación de la legislatura una vez suscriptos los pactos.

Por otro lado, si bien la CABA llegó a nombrar autoridades para el EMSE, este organismo nunca llegó a funcionar ni se produjo la transición de los recursos del ENRE, por lo que en el supuesto de entender que la transferencia se hubiera efectivizado nos encontraríamos ante un servicio público privatizado sin un ente de control, violando de este modo el artículo 42 de la CN.

Por lo expuesto, la solución que encontraron las partes del "Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica" resulta plausible y entonces cabe concluir que la transferencia del servicio hoy está camino a ser solo un exabrupto.

---

así lo plasmaron en muchos escritos de defensa y hasta llegaron a solicitar adecuaciones tarifarias a la CABA y a la PBA.

[57] Artículo 103.- Corresponde al Poder Legislativo: ... 9- Aprobar o desechar los tratados que el Poder Ejecutivo celebrase con otras provincias.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV.3. La creación de un ente tripartito de regulación y control del servicio público de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR S.A. y EDESUR S.A.

Sin perjuicio de todo lo argumentado, y dadas las particularidades antes descritas del servicio interjurisdiccional, es posible la creación de un ente de control y regulación de carácter tripartito garantizando los intereses de los Estados involucrados, como es práctica común en nuestra historia institucional.

Actualmente existen varios organismos interjurisdiccionales[58] integrados por los tres Estados, caso paradigmático en este sentido es la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires (Ley N° 17.422), también podría nombrarse a la ACUMAR o el ERAS (agua y saneamiento, en el año 2007, la Ley N° 26.221, aprobó el Convenio de creación del Ente Regulador de Agua y Saneamiento).

Aquí debemos recordar lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley N° 24.588 que establece que el EN se reserva la fiscalización de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la CABA en concurrencia con la ciudad y las demás jurisdicciones involucradas.

En ese sentido, podría decirse que la conformación del EMSE tal cual estaba diseñado, en tanto no establecía ninguna representación, ni control de tutela por parte del Estado Nacional, también es contrario a la CN.

Esta anomalía fue subsanada por el "Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica", que estableció que el nuevo ente de control será integrado por las tres jurisdicciones.

[58] Ver: CAIELLA, Pascual. Régimen jurídico de los entes y los órganos interjurisdiccionales. Artículo de: Organización administrativa, función pública y dominio público / Universidad Austral. Facultad de Ciencias Empresariales. Departamento de Derecho / Edición: (2005) (Libro)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos visto que por el diseño constitucional que nos rige, el servicio público de distribución de energía eléctrica en el ámbito de concesión de EDENOR S.A. y EDESUR S.A es de jurisdicción federal y dicha característica no es disponible por la Nación.

También quedó claro que no es válido que la titularidad de un servicio público recaiga, aún de manera solidaria, en dos o más jurisdicciones, por lo que el poder concedente en los contratos de concesión de jurisdicción federal es el EN.

El proceso de transferencia constituyó un exabrupto constitucional motivado por el exagerado interés del EN en demostrar gestos de austeridad con el fin de consolidar un dispositivo de endeudamiento externo. Dicha razón puede explicar por qué el proceso analizado se hizo "de espaldas" a la ciudadanía, sin convocarse a audiencias públicas o cualquier otro método de participación de los usuarios.

La pretensión de transferir el servicio implicaba la de eliminar los subsidios nacionales al costo propio de distribución de las concesionarias, que durante el período de transición[59] no fue explícito, sino a través de una serie de políticas tendientes a garantizar la sustentabilidad financiera y el funcionamiento operativo de las Concesionarias[60] (vgr. Resolu-

[59] Período de transición establecido en las Actas Acuerdo de renegociación del 2006 y sus diversas prórrogas (vgr. Resoluciones SE N° 434/07 y N° 865/08).

[60] *"Hasta el año 2016 las distribuidoras del área metropolitana de Buenos Aires, que mantuvieron tarifas prácticamente congeladas por más de una década, recibieron compensaciones en conceptos de reconocimiento de ingresos y mayores costos y otros ingresos. Estas fueron transferencias muy diferentes a los subsidios energéticos, que se reflejan en la brecha entre costos de generación y precios en el mercado mayorista. Las compensaciones a las distribuidoras tienen su origen en el congelamiento tarifario: se compensaron para mantener al menos las empresas funcionando… al cierre del Ejercicio 2016 tanto Edenor como Edesur tuvieron un deterioro económico financiero significativo reflejado en resultados netos e integrales negativos en contraposición con el año 2015 donde tanto el resultado neto como el resultado integral fueron positivos para ambas distribuidoras. Este es el principal efecto del fin del congelamiento…"* EINSTOSS, Alejandro.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciones SE N° 1037/07 y el "Programa de Uso Racional de la Energía Eléctrica" PUREE, la Resolución ENRE N° 347/2012 y el "Fondo para Obras de Consolidación y Expansión de Distribución Eléctrica" FOCEDE, la Resolución SE N° 250/2013, la Resolución SE N° 65/2014, la Resolución N° 32/2015, etc.).

El aspecto que genera gran suspicacia es la celebración dentro del proceso analizado el Acuerdo de Regularización de Obligaciones que se suscribió en mayo del 2019 que generó grandes beneficios contables para las concesionarias, el cual buscó ponerle fin a diferendos y deudas recíprocas de larga data, pero su trámite fue opaco y no se aprovechó el procedimiento de la RTI para llevarlo adelante.

Sin perjuicio de ello, podría decirse que una finalidad loable de la transferencia puede haber sido la de tratar de equiparar las tarifas eléctricas a nivel nacional, teniendo en cuenta que el costo propio de distribución representa un alto porcentaje de la factura del usuario final.

Sin embargo, la transferencia no fue un instrumento adecuado para lograr dicho fin, ya que para ello se necesitaría un acuerdo general de todos los sujetos políticos que integran la Nación. En este sentido, podemos traer a colación el Pacto Federal Eléctrico del 29 de noviembre de 1989, el cual tenía como objetivo básico crear las condiciones necesarias para que en todo el ámbito nacional sea posible aplicar a los usuarios finales, tarifas similares para iguales modalidades de consumo o el antecedente reciente del Programa de Convergencia de Tarifas Eléctricas y Reafirmación del Federalismo Eléctrico.

Por otro lado. resulta plausible que, en el último pacto celebrado entre las jurisdicciones involucradas y las concesionarias, se propicie la creación de un nuevo ente de control, el cual podrá valerse de la experiencia del ENRE y de los órganos de control locales y podrá aplicar las nue-

"Precios, Tarifas y Subsidios a la Energía. El problema de la regulación energética 2003-2019", EUDEBA, Buenos Aires, 2020, págs. 151 y ss.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vas tendencias regulatorias en un marco de independencia, transparencia y equilibrio ya que será muy difícil cooptar o intervenir un organismo donde participen representantes de varias jurisdicciones. Esto resultará de vital importancia, ya que dicho organismo regulará el servicio para más del 40 % de la demanda eléctrica nacional, en un contexto de gran complejidad sociológica, que va a requerir un delicado trabajo de segmentación de los usuarios a los efectos de dotar mayor equidad y justicia a las tarifas.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta y que no fue receptado en el acuerdo antes mencionado es el costo del financiamiento del nuevo ente, en ese sentido sería útil que se constituya como sujeto activo de la tasa de fiscalización que percibe actualmente el ENRE por el servicio de distribución, cuestión que recaerá en el Congreso.

Por último, para que el proceso analizado en este trabajo llegue a su fin resulta necesario que intervengan los Poderes Legislativos de la PBA y el EN, aprobando el "Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica", cosa que no ocurrió al momento de terminar el presente.

Bibliografía

AZPIAZU, Daniel. "Las Privatizadas I. Ayer, Hoy y Mañana." Capital Intelectual, Buenos Aires, 2005.

CAIELLA, Pascual. Régimen jurídico de los entes y los órganos interjurisdiccionales. Artículo de: Organización administrativa, función pública y dominio público / Universidad Austral. Facultad de Ciencias Empresariales. Departamento de Derecho / Edición: (2005) (Libro).

BIDART CAMPOS, Germán J., "Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética". Asociación del Personal Jerárquico D.E.B.A. La Plata, 1974.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DE LA COLINA, Elisa Beatriz. "Conflictos jurisdiccionales en la regulación de servicios públicos (con especial referencia al sistema regulatorio eléctrico)." Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Número: 2003 (303 Dic.).

EINSTOSS, Alejandro. "Precios, Tarifas y Subsidios a la Energía. El problema de la regulación energética 2003-2019". EUDEBA, Buenos Aires, 2020.

EZEBERRY, Agustina. "Algunas consideraciones sobre cuestiones jurisdiccionales en el servicio público de distribución eléctrica con especial referencia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires." Protocolo A00393372476 de Utsupra.

GONZÁLEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina. Págs. 40 y ss. Actualizado por Humberto Quiroga Lavié. Editorial La Ley, 2001, Argentina.

LUNA, Félix. "Luces Argentinas: Una historia de la electricidad en nuestro país." ISBN: 987-20209-0-6, Disponible en: http://cdi.mecon.gov.ar/bases/docelec/ac1002.pdf

MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Bs. As.

ROMERO, Esteban José Ignacio. "La privatización de SEGBA S.A." La Ley Online. 0021/000078.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Palabras que importan ¿Cómo se dice lo que se dice? Una lectura feminista en época de pestes[1]

Words that matter. How do you say what you say? A feminist reading in times of plagues

Natalia Monasterolo[2]
Universidad Nacional de Córdoba. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e544
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/ 0000-0001-8177-3731

Resumen: ¿Qué nos dicen las palabras cuando dicen lo que dicen? Este es, podría asumirse, el interrogante central que impulsa este texto y que, al mismo tiempo, lo completa. A partir de los devenires impuestos por la irrupción del coronavirus en el espacio relacional y los discursos políticos tejidos en derredor, la pregunta por la palabra

[1] La atenta lectura, el agudo detalle para la observación y la amorosa escucha de mi compañera de viaje Laura Sánchez, con quien tramamos un quehacer feminista que se extiende desde la teoría a la acción, constituyeron aportes fundamentales para la elaboración de este texto; el eco de sus palabras está presente en las mías.

[2] Feminista. Activista por los Derechos Humanos y la Salud Mental. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente de Derecho Penal I de la mencionada Facultad. Miembra activa del Seminario Interdisciplinario de Salud Mental y Derechos Humanos del Centro de Investigaciones Jurídicas y sociales de dicha Facultad y del Seminario permanente de Feminismo y Derecho Penal radicado en el mismo Centro.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pretende inaugurar un terreno de lectura sensible acerca de la muerte, la enfermedad y el cuidado como dispositivos lingüísticos utilizados por el patriarcado. En ese punto, traza línea de correspondencia entre paternalismo y liberalismo como esquemas de organización estatal que refuerzan la vigencia de la heteronorma. Frente a ello, alimenta la idea de una salida micropolítica amorosa, alejada del discurso del pater y más próxima, en su modulación, a las formas de mirar al mundo convidadas por un feminismo del lazo.

Palabras clave: Lenguaje, feminismo, enfermedad, cuidado.

Abstract: What do words tell us when they say what they say? This is, it could be assumed, the central question that drives this text and that, at the same time, completes it. From the events imposed by the irruption of the coronavirus in the relational space and the political discourses woven around it, the question for the word seeks to inaugurate a sensitive reading field about death, illness and care as linguistic devices used by the patriarchy. At that point, he draws lines of correspondence between paternalism and liberalism as state organization schemes that reinforce the validity of the heteronorm. Faced with this, it feeds the idea of a loving micropolitical exit, away from the pater's speech and closer, in its modulation, to the ways of looking at the world invited by a bonding feminism.

Keywords: Language, feminism, illness, care.

I. El peso de la palabra

Existe una operación subjetiva, casi una empresa de ingeniería sensible, en el cálculo que opera allí donde irrumpe la palabra, en el momento en que el vocablo ofrece su estética para señalar un camino, probablemente un horizonte.

No da lo mismo decir una cosa o la otra, aunque las palabras elegidas parezcan señalar un sitio común, incluso cuando comprometan una afectividad parecida. Madre o cuidadora, heroína o trabajadora, matrimonio o contrato; las

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

singularidades no hegemónicas entienden muy bien el mensaje que anida entremedio de esos duetos. Se trata de un discurso informe teñido de una impronta biopolítica potente para señalar, sutilmente, la línea que separa lo que está bien de aquello que está mal. Hay un dispositivo lingüístico que opera con fuerza en el espacio/tiempo por el que esas cuerpas son puestas a circular.

La madre se acoge a las órdenes del verdugo del placer, antepone a sus devenires deseantes el sacrificio heroico de la labor extenuante; por amor, entrega su carne, por amor, no pregunta, por amor soporta, por amor sostiene a fuerza de energía devastada un centenar de existencias parásitas, por amor se inmola, y si es necesario, si todavía no alcanza, por amor se anuda a la cintura una faja de bombas, listas para detonar, en cualquier momento y en cualquier lugar.

En el lenguaje tirano, o sencillamente determinista, la madre debe ser eso, incluso a costa de un lazo singular sensible; porque no parece relevante de qué modo se hilvana la carne con la querencia, de qué manera, madre, hije, y todo lo que pueda gestionarse en ese encuentro cobran peso para llenar de significado a las palabras del par. Hasta la idea misma de persona se macera en esas puntadas de hilo que para el cálculo político de la lengua parecen irrelevantes[3]. Por eso la cuidadora queda oculta tras la mata del amor, al igual que la trabajadora y aquélla que por su contrato conyugal reclama una justa contraprestación.

Amor es aquí el término señuelo, el giro lingüístico eficaz para neutralizar otra forma de narrar. Bajo el destello del amor la madre no cuida, se "realiza", la trabajadora no merece; reivindica su superioridad, y la esposa no contrata, porque hacerlo resultaría demasiado mundano, en extremo

[3] Y qué otra cosa explicaría, sino es esto, que abortar se abroje sin intermediaciones a la idea de asesinar, sólo para impedir a les cuerpes gestantes elegir sin aprieto y sin apuros de qué modo actuar.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

banal. No hay lugar para semejante chatura en la titánica carrera hacia la heroicidad.

Entonces no es en "madre" o "cuidadora" donde radica el asunto, tampoco en "heroína" o "trabajadora", ni siquiera en "matrimonio" o "contrato", la cuestión pasa y se tamiza por el colador del vocablo "amor" y por los materiales intangibles con los que se construye ese utensilio de articulación del poder. Lo que se diga y entienda por amor integra una empresa bien calculada para inclinar la balanza hacia uno u otro lado. Las palabras pesan en esta lógica pre-ordenatoria, y "amar", en todas sus conjugaciones, porta el relato del sacrificio y la dominación, dependiendo, siempre, a quién se pretenda aplicar.

De modo que las mujeres, o las identidades no hegemónicas, harán lo que harán por entrega amorosa, de lo contrario, sencillamente, no amarán, ni serán amadas, y si así sucede, quedarán al margen del relato común, arrojadas a terreno hostil, colocadas en el punto del desencuentro; allí donde la letra se achica y las cosas no se nombran.

He pesado en este ejemplo para poner a rodar una idea quizá mayor; no despegada de esta, pero probablemente más ancha.

Persigo concentrarme en el peso de la palabra que obtura las preguntas, aquellos vocablos unidireccionados que liquidan el campo de la puesta en cuestión. Asumo así a la discusión y al intercambio de nociones variadas sobre un tema, o más, como campo, en tanto entiendo que en esa conjugación diversa coocurren posiciones antinómicas al extremo de tensionarse hasta el límite de sus posibilidades. Es al ritmo de esta dinámica que se retocan y construyen epistemologías, es al calor de esas fricciones que, entiendo, el conocimiento avanza sin pudores, y desde un feminismo que apuesta a la fuerza micropolítica de lo situado, asumo la necesidad de visibilizar las densidades lingüísticas bajo las cuales se asfixian les cuerpes marginalizades.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por esa razón este artículo constituye, ante todo, un mapa de coordenadas imprecisas; deliberadamente imprecisas.

Parto de un vocablo denso y vago, una palabra que *no da igual*: "amor", como sustantivo, "amar" como dinámica verbal. Un término que los feminismos han permitido mirar con otro ojo; deconstruir y reconstruir, vaciar y llenar de significados, conceptualizar de formas variadas para otra vez colocar el asunto bajo la fuerza centrífuga que al girar halla el centro, y luego, se pegunta por él. Eso es, me atrevo a señalar, lo que han podido hacer con la cariñosa palabra.

Me ubico en esta línea de largada porque creo que lo que diré a continuación converge en alguna parte con esto; incluso cuando visto de cerca, pero al pasar, emulen rutas distintas, en modo alguno conectadas por un viaje que conduce siempre al mismo lugar.

Experimentamos desde hace un año (meses más, meses menos, dependiendo del lugar en que habitemos), una época de profunda peste. No es la primera vez que esto sucede en la historia de la humanidad, basta con acudir a cualquier motor de búsqueda virtual para encontrar un océano de información al respecto, e incluso el motor quizá arroje un registro escaso comparado con el número total de pestes que azolaron al mundo. Y es que sabemos que la realidad suele estar mediada por la interpretación, y esta última por el aumento de las gafas con las que se la mire, aveces óptimas para el ojo chicato y otras pensadas para corregir al estrábico.

Como sea, la irrupción del coronavirus de oriente a occidente y de occidente a oriente -lo cual también depende de la manera en cómo leamos el rumbo de los acontecimientos-, parece haber arribado para imponer un desencadenamiento de discursos, sensaciones, afectaciones, sentidos, meditaciones y subjetivaciones, que ubican al lenguaje y la palabra, de manera casi irrenunciable, en el centro de las disputas.

De qué modo se dice lo que se dice supone una premisa de codificación profunda, una secuenciación de símbolos lo

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

suficientemente dúctiles y delicados para operar con el sigilo de lo invisible. Semejante a lo que ocurre con el hilo que teje la trama sensible mientras los géneros dispuestos sobre la mesa compiten por color y textura; allí están, ubicados a la par, sin advertir siquiera la fina costura que los ha colado como parte del mismo edredón.

El nombre de un virus que ensaya la narrativa de la muerte una y otra vez, puede ser también el de un malestar pasajero; dolores musculares, líneas de fiebre, algo de tos. Convivimos con la enfermedad de un campo social infestado, y acostumbramos a cargar esas molestias como quien lleva en mano una valija prestada: Pesa, es un estorbo, pero resulta complicado abandonarla, podría costarnos el reproche y sin dudas una erogación no calculada para adquirir otra igual.

Asistimos a diario al espectáculo de la desaparición usualmente sin demasiada perplejidad: Hambrunas prolongadas, poblaciones arrojadas a la miseria y al hacinamiento; carnes apiladas en lugares inhóspitos con la promesa de un techo propio, con la urgencia de arribar al trabajo esclavo, con la obligación de purgar el castigo, o la locura. Ciudades atestadas de aire viciado y plagadas de figuras que de cerca, si se las mira mejor, son personas; cambios climáticos abruptos como señal de estar en frente, justo de cara, a un espiral de contaminación; síndromes extraños y violentos que sólo se registran con alguna nota de afectividad cuando se encuentran muy próximos, cuando parece no haber chance alguna de zafar; infancias marcadas por la malnutrición y por una línea de vida probablemente muy corta; millones de personas atravesadas por el olvido, ahí donde el alimento escasea, donde el medicamento no llega, donde la tierra se pone seca y hostil y todo ha sido apropiado, donde no existe espacio para las relaciones de cultivo y no hay lugar para el vínculo amoroso entre las manos y el grano.

Vemos la escena, el montaje perfecto de la muerte en cadena, y sin embargo, no prolifera el pánico ni la inquietud. A excepción de un reducido grupo preocupado por el asunto,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el resto -y no cabe aquí la moralina culpógena-, sólo observa impávido con algún dejo de tristeza la teatralización del drama humano; casi podría decirse que se asume el desenlace trágico como parte de la normalidad ¿Por qué esto no asusta?

Los interrogantes se hacen de palabras y entonces en donde se lee susto, se piensa en muerte, y en donde está la muerte de algún modo irrumpe la enfermedad. Si tan claro tenemos que vamos a morirnos todos porque como ya ha sido dicho -y lo ha expuesto con acierto Butler[4]-, somos entidades precarias ¿Qué es lo temible de la muerte? ¿Cuándo espanta o impresiona? Ontológicamente lo sabemos, excepto que alguien posea la fórmula del vampiro, irremediablemente moriremos, pero la cuestión no pasa aquí por la ontología, sino, como he señalado, por la palabra, incluso cuando para expresar una y otra cosa se utilice la misma.

Enfermar, enfermedad, proximidad muy próxima a la desaparición. Epidemia, pandemia, certeza casi absoluta de cercanía. Decirlo con esta carga, bajo este paraguas, borra de un plumazo la escena desafectada de todas las muertes y las pestes que buena parte de la población mundial mira con la misma perplejidad con la que se observa a un perro ladrar.

Ahora los microbios preocupan, el organismo como pura creación biológica ocupa el espacio completo, los síntomas se miden con un metro, la plaga parece un relato tan nuevo como siniestro, morir se transforma por fin en un verbo con carnadura, el contagio estigmatiza a quien toca, el cuerpo toma la apariencia de una granada; sólo basta accionar el mecanismo para que estalle en un centenar de proyectiles malditos y dañinos para quien se atreva a tocar. Nunca la enfermedad pareció importar y amedrentar tanto, excepto a veces, jamás la muerte se comprendió como tal, a excepción de esas veces.

---

[4] Judith Butler ha desarrollado esta idea varias veces. En "Vulnerabilidad corporal, coalición y la política de la calle" (2017), puede leerse con claridad.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Aquello que se dice al pronunciar "enfermedad" en el marco de la narrativa actual, es decir, como subtexto de un relato que se titula siempre con el nombre del mismo virus, es casi igual a lo que se dice al repetir "amor" y ubicar sistemáticamente al vocablo como forma de mediar la circulación de algunes cuerpes. Por eso lo que le siga, lo que le otorgue continuidad a esa operación, necesariamente asumirá el matiz de esa modulación: El peso de la palabra recupera allí su estrategia ineludible de subjetivación.

Cuarentena para algunos, ASPO, para otros: Decisiones políticas estatales para marcar terrenos de convergencia y disputa, pero en los que, de una u otra forma, es "enfermedad" y su impronta mortífera el vocablo que articula.

Cuando a pocos días de finalizar el mes de marzo del año 2020 el Estado argentino dispuso, a través de una acción política federal, el aislamiento social como medida preventiva frente a la velocidad de propagación de un virus que afectaba y afecta al mundo, términos como pandemia y cuarentena comenzaron a hermanarse hasta adquirir, en algún momento, un comportamiento muy próximo a la sinonimización. Mencionar una u otra palabra parecía dar casi lo mismo para señalar cosas distintas pero emparentadas, y el asunto no pasaba precisamente por esa relación de parentesco, sino porque, en la expresión, el vínculo trocaba a endogámico, operando allí, en el exacto momento de la pronunciación, una imperceptible operación de fagocitación.

Identificar los miedos, angustias, desolaciones, tristezas, pánico y depresiones con una u otra cosa, como si fueran semejantes, supuso, y quizá aún supone, obliterar el detalle de aquello que se conjuga en el fondo, perder de vista la profundidad del río porque sólo se atiende al reflejo que devuelve la superficie.

Enfermedad y muerte, modulan de una manera allí donde se dice pandemia y lo hacen de otra allí donde se habla de cuarentena. Sólo si comprendemos esa modulación y las formas sutiles que puede adoptar ese dueto que empieza

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y termina con "e", advertiremos el peso del lenguaje y su sensible efecto de codificación; el engranaje que dispara la cámara para capturar la fotografía de la vida.

El uso tan extendido en el último tiempo de las siglas ASPO, para acortar la expresión "asilamiento, social, preventivo y obligatorio" y evitar con esto, probablemente, el empleo de la palabra "cuarentena", refleja ahora un campo de disputa en que los vocablos en pugna compiten en el mismo desafío. Queda claro frente a esta terminología que de lo que se habla es de medidas de acción política, pero lo que continúa latiendo con astuto pulso débil debajo de esta fricción, es esa inscripción mortífera de la enfermedad, eso que está allí, en la base, aún cuando no se diga "pandemia" y entonces, no se piense de manera irremediable en la cercanía del cuerpo maltrecho y la proximidad de expirar. Otra vez se olvida el vocablo articulador, se lo relega…La pregunta se destiñe porque el terreno de interrogaciones se torna opaco y difuso.

Este texto pretende jugar con eso; no como un juego divertido y despreocupado, sino como una estrategia lúdica de desmantelamiento. De igual modo que si se tratara de levantar una a una las mamushkas superpuestas hasta encontrar, al final, la diminuta muñeca que ya no permite más descascaramientos.

Se trata entonces de preguntar(se), interrogar(se), cuestionar(se), hasta ubicar la relación de las palabras clave, y leer, por debajo de cada letra, la densidad del discurso que se pone a rodar en función de tal o cual contexto de pronunciación.

Me concentraré entonces en "amor" y "enfermedad" de cara a la coyuntura actual. Es decir, como palabras enfrentadas al contexto sanitario vigente y a los despliegues políticos propiciados por este. Intentaré detenerme en el relato circulante sobre el cual se plasman estos términos y adquieren, por efecto de emisión/receptación, un concepto determinado. Miraré de qué modo convergen esas narrativas en

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

algunes cuerpes y me preguntaré acerca de los feminismos y su potencia micropolítica para evidenciar dichos cruces. Auscultaré a lo largo del análisis el detalle de esas relaciones, y me atreveré, quizá, a sugerir alguna propuesta de análisis.

Creo necesario advertir que en este último caso -y esto es parte de un acto de honestidad hacia quien asuma la empresa de leer-, no brindaré fórmulas ni soluciones relativas al asunto; tal vez sí aproximaciones, pero no más. Tratándose este texto de un trazo de rutas inciertas que sólo pretende mostrar las carreteras olvidadas o por qué no, anuladas, la sugerencia final pretende, ante todo, habilitar la continuidad de esos rumbos.

Y es que a veces el asunto está en la pregunta, no por su contenido intrínseco, sino por el quehacer que supone. A veces la cuestión pasa por poder preguntar.

Este es un texto sobre la palabra y el lenguaje, sobre los modos cotidianos de tejer decires que nos ponen a decirnos y decir. Este es un texto sobre la forma y otras formas de hablar. Este es un texto para pensar.

II. Paternalismo y cuidado: Ahí donde respira el patriarcado

Sara aguarda el colectivo hacia el trabajo, ha pasado largo rato en la parada porque varios reclamos sindicales atrasaron la llegada del transporte. Mira nerviosa la hora en el teléfono móvil; un aparato obsoleto pero que cuida con celo porque sabe, ella sabe, que otra vez podrían robarle. También conoce la reprimenda de la patrona por demorarse, el suspiro desconfiado cuando le cuente los motivos del retraso, y hasta puede oír los comentarios del patrón tras la puerta entreabierta del comedor: “A esta negra hay que ajustarla, después te cagan, sos demasiado blanda…Le hacés mal”. No olvida al calcular el tiempo que si el marido de la patrona insiste con el ajuste y la impiedad el suyo también se ofuscará

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuando regrese, no entenderá que debió retornar más tarde por el asunto del transporte, mirará con recelo el teléfono para auscultar la "verdadera" razón por la que se ha demorado, y luego, después de las palabras duras y la cuota de menosprecio diario, le dirá que debe oírlo, que ese trabajo no es para ella, que está muy lejos, que mejor consiga otro más cerca, que es por su bien. También la patrona conversará por la tarde con su madre, como lo hace siempre, y le contará hablándole a la pantalla plana de su celular moderno, que otra vez le ha exigido sexo, que no quiere tenerlo, y que cuando viene Sara, la negra, la situación se pone más tensa. "Es por cuidarte", le dirá su madre, "Por amor y por cuidarte, como lo hacía tu padre" Pensará por un momento en ella preparando la cena, ella alistando a sus hijes para ir al colegio, ella ocupándose de les niñes de la patrona después del club, la patrona organizando el ambiente para que la casa huela mejor, la patrona mirando cuadernos y comunicaciones escolares a destiempo, ella y la patrona, la patrona y ella teniendo sexo para complacerlos. Cuando por fin pueda dejar la casa y otra vez se dirija a la parada, caminará con prisa, con el alma en vilo, acelerada la sangre; porque llega tarde, porque es un blanco fácil, porque la calle está plagada de uniformes azules que alguna vez oyó eran para ampararle, porque ni ella ni la patrona deciden cuándo y cómo, porque saben muy bien, lo saben, que cuidado y cuidar son palabras falaces, demasiado costosas pero inevitables.

Este relato ficcional podría encajar muy bien en cualquier escenario verídico. No es preciso reproducir aquí -y tampoco es necesaria la estadística-, las situaciones de violencia a las que centenares de mujeres en el mundo, y otras singularidades no hegemónicas, se encuentran expuestas a diario.

Sin dudas si añadimos a ello variables transversales como raza, religión, identidad cultural, disidencia sexual, diversidad funcional y clase social -por interseccionalizar sólo con algunas-, el contexto situacional se complique, pero aun así todes compartirán un lazo común: El ensayo casi lírico del cuidado

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

al que necesariamente deben sujetarse para no correr peligro, incluso cuando hacerlo implique por esa sola actitud transformarse en presas del peligro.

La narrativa del cuidado como discurso intersubjetivo, puede anudar diferentes tomas de sentido. Allí donde el nudo se ata pude ocurrir la opresión y el sometimiento, pero también acontecer un agenciamiento amoroso. No es la palabra sin porte la que impacta en una u otra dirección, sino el terreno de ponderaciones que la enmarca, ese lugar en el que proliferan discursos hegemónicos y, por defecto, se rechazan otros. Del mismo modo que con "amor" y "enfermedad", "cuidado" es, para algunos casos, un mecanismo de control total.

En un libro conocido por buena parte del ámbito jurídico, Carlos Nino (2007) efectuó una serie de distinciones acerca de las teorías políticas que regulan la circulación social; lo hizo pensando en determinados derechos/garantías que probablemente una amplia mayoría podría considerar fundamentales: La autonomía humana y la dignidad.

No me detendré aquí en esos aspectos, creo que algunas de sus afirmaciones pasan "a vuelo de pájaro" y en esa bandada se dan por sentadas un par de plumas en las que podría resultar atinado reparar un poco más. Sin embargo, también creo que el texto de Nino resulta un buen manual orientativo para comprender ciertas cuestiones sobre liberalismo, paternalismo y perfeccionismo (las teorías políticas en cuestión); es precisamente en esas bondades en las que voy a reparar.

Simplificando en demasía sus explicaciones, podría asumirse que mientras el liberalismo rechaza cualquier tipo de intromisión en planes de vida personales que no generen daños a terceras personas no involucradas de manera autónoma en esos planes, el perfeccionismo, por el contrario, apunta a imponer aquéllos ideales personales que se consideran moralmente adecuados, independientemente de lo que las personas deseen y elijan en función de sus preferencias o

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deseos singulares; razón por la cual su estrategia intrusiva resulta naturalmente autofrustrante.

En medio de estas dos posiciones -por ponerlo en términos sencillos- aparece el paternalismo. Sin dudas existen diferentes formas y tipos de paternalismo, pero lo que probablemente todas estas posiciones comparten es una idea nuclear, y esta idea señala que allí donde se imponen a las personas cursos de acción aptos para satisfacer sus preferencias de vida y planes libremente adoptados estaremos en frente de medidas paternalistas.

Estas distinciones no son menores, particularmente cuando cada posición encarna modelos ideológicos sobre los que reposa la acción política del Estado, y cuando sobre lo que discurren en el fondo es sobre el modo en que la autonomía y la libertad (incluso cuando esta última suponga un pacto sellado sobre una premisa ilusoria), pueden ser recortadas, o no, bajo un contexto discursivo u otro.

En algunas ocasiones no existen mayores dudas respecto al perfeccionismo, paternalismo o liberalismo de una determinada acción política. Condenar ciertas elecciones sexuales porque colisionan con una moral que observa con ojo pudoroso todo aquello que respira sexo, casi sin dudas encontrará sustento en un argumento perfeccionista, del mismo modo que no hacerlo porque se asume que esto integra las elecciones íntimas y libres de toda persona podrá entenderse desde una concepción liberal, o, en una especie de mix regulativo, brindar herramientas educativas para que les ciudadanes puedan elegir con amplio conocimiento sus formas de relación sexo-afectivas, justificarse desde una postura paternalista.

Pero el asunto se complica cuando el principio de daño o la plena capacidad deliberativa (autonomía), cual elementos centrales del liberalismo, se insuflan hasta alcanzar dimensiones insospechadas, y cuando la lógica del cuidado y la preservación tan características del paternalismo, extienden sus fronteras hasta lindar con recortes a la circulación que

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

amenazan de manera tangible aquel ámbito de la libertad que un paternalismo moderado probablemente no estaría dispuesto a invadir.

De esta manera, y así lo expone Nino en su texto, la vacunación obligatoria podría ser asumida como una medida política en nada reñida con una posición liberal[5], por lo que también podríamos añadir en este sentido un sinnúmero de intermediaciones incluso más problemáticas. Llegaríamos de este modo a la delgada línea que separa la decisión de morir y vivir (suicidio) y que, desde una extralimitación del principio de daño o desde una restricción de la capacidad de autonomía, caería por el lado de la intervención estatal, sea fundándose en la evitación de un daño a las personas que integran la generación presente (por el impacto emocional ocasionado a los afectos más próximos) a quienes serán parte de la futura (para impedir la pérdida de una chance respecto a la continuidad de la especie humana), o, en la sospecha indubitada de la falta de capacidad mental para tomar "semejante decisión".

También ejemplifica Nino el paternalismo no perfeccionista, es decir, hermanado con el principio de autonomía, a través de contextos de intervención destinados a desalentar aquellas conductas que, más cerca o más lejos, podrían interferir en la plena capacidad para optar libremente por planes de vida deseados. De este modo, la información propiciada respecto a los daños que genera el consumo de tabaco,

[5] Como permite inferirlo su texto, la vacunación, cuanto más extendida, más evita la propagación de enfermedades contagiosas, y, por tanto, disminuyen las posibilidades de generar daños (contagio) a distintas personas (terceros), aun cuando quien deba vacunarse no se encuentre preocupade por enfermar. Este ejemplo, en una época pandémica como la que nos aqueja a nivel mundial, cobra una singular relevancia, no sólo porque son este tipo de coyunturas en las que la existencia de una vacuna mesiánica ocupa el centro de la expectativa, sino porque, además, nos enfrenta sin remedio al dilema de la vacunación en toda su dimensión y a la narrativa de la medicina occidental en toda su omnipotencia ¿Quién articula el discurso de la verdad? ¿Bajo qué formulismo científico interpretamos la dialéctica del daño a terceres?

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cierta burocracia administrativa que suponga mayor esfuerzo para alcanzar estados civiles de alto impacto[6], o incluso la punición de conductas autodañinas, que, de no existir esta amenaza, se realizarían quizá sin mayor reparo[7], pueden ser entendidas según dicho autor como medias paternalistas compaginables con la autonomía individual.

Aquí también, al igual que en el liberalismo, la situación puede tomar otros ribetes. En efecto, echando mano al juego de la preservación y el cuidado para que la autonomía individual se despliegue al extremo de sus potencialidades, el Estado bien podría enrolarse en esta concepción política y hallar un centenar de justificaciones para legitimar intervenciones que, observadas en detalle, mantendrían relaciones problemáticas con el ámbito de la libertad personal. En esta trama, liberalismo y paternalismo parecen efectuarse guiños cómplices para maniobrar la defraudación con absoluta legitimidad.

Retornemos a la situación de Sara y aditemos a ello algunos componentes más.

Sara dispendia un sinnúmero de cuidados al interior de su entorno afectivo, que si no son observados como obligaciones incuestionables resultan traducidos como derivaciones del amor materno o del compromiso conyugal. Existe un pacto inmanente en ese lazo que la ubica en el preciso sitio de la cuidadora. En la escena familiar Sara opera como el Estado que protege y resguarda las capacidades de su rebaño; Sara prepara el terreno para pastar, alimenta, cobija, se

[6] Menciona aquí los trámites exigidos para contraer matrimonio o divorciarse, revelando, sin dudas, alguna posición personal en torno a la importancia de la célula familiar como unidad cultural relevante.

[7] Nino destaca en este punto el castigo del desafío a duelo, y explica que de este modo se eliminan presiones que podrían llevar a tomar decisiones altamente riesgosas. Creo que este justificativo rumbea por lugares muy similares al de la punición de la ayuda al suicidio ¿Qué hay de malo, o de incorrecto, en colaborar con el plan de muerte de quien así lo desea? En la base, el liberalismo mesurado y el paternalismo no perfeccionistas, coinciden en la misma vertiente moralista; incluso sin consentirlo de manera expresa.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ocupa de que las cosas estén en su lugar. Al exterior, queda anudada a una relación laboral que reproduce aquellas funciones de cuidado: Sara soporta los reproches del patrón y la crítica de la patrona con la misma tolerancia con que recibe a les niñes al regreso del club, prepara la merienda y limpia la casa. Aprendió a cuidar y cuida, esa es su tarea y su misión.

Sin embargo, esa tarea y esa misión, no le permiten el acceso a deliberaciones en las que su deseo pueda traducirse de otro modo. Sara pierde frente a las exigencias del marido, pierde ante las valoraciones de sus patrones, pierde al caminar la calle, pierde, sin dudas, de cara a los uniformes azules, anida allí, en el centro mismo de su circulación, un paternalismo que penetró todas las fibras de la trama social, y que, en su caso, le convida la porción más mezquina del pastel. Sara recibe la peor parte de la torta y su patrona, aunque coma mejor, también queda excluida del festín.

En una secuenciación de opresiones de mayor a menor; el patrón, la patrona y Sara parecen repetir la escena de los explotados reflejada con sensible agudeza por Alice Rohrwacher en el filme "Lazzaro felice"[8].

Desde la venta de su palacio, la marquesa observa la actitud de uno de sus explotados con respecto a Lazzaro -en este caso, el personaje central-. Analiza entonces, con un discurso poco afectado, el modo en que las relaciones de dominación se replican de arriba hacia abajo. Ella consuma la estafa respecto a todos los habitantes de la aldea a partir del engaño sobre la posesión de las tierras que estos laboran; aquéllos, naturalmente explotados, articulan ese modo de relación en los cuerpos más débiles, o al menos, leídos bajo dicha impronta. La inocencia de Lazzaro de la que se vale un aldeano para colocar sobre su espalda el fardo más pesado, es la misma que utiliza la marquesa para cargar sobre el último la paga mínima por el sudor sin límites de días y años.

[8] La película puede verse en diferentes plataformas digitales, fue estrenada en Italia en el 2018 y el mismo año obtuvo en el festival de Cannes el premio al mejor guion.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La pregunta es, frente a esta secuencia, a quién explotará Lazzaro, y, por extrapolación ¿A quién explotará Sara? ¿Cuál será su nicho de dominación?

La lógica oprimido/opresor, tan bien expuesta por Paulo Freire (1975) en su reconocida obra, cobra en este cuadro cinematográfico absoluta materialidad, y permite detenerse en esa costura impalpable a partir del cual se hilvanan bajo los magmas del cuidado y la protección las formas quizá más crueles de engaño y dominación.

Por eso resulta preciso regresar a la cuestión de la palabra, lo cual supone pensar en el lenguaje como dinámica de modulación y puesta en sentido de los vocablos que se montan bajo la lengua; no una lengua singular, sino mejor, una de tinte generalista, pero que sin embargo, del mismo modo que sucede con aquélla que emerge de una movimiento singular, tiene igual o superior capacidad de subjetivación.

Los roles asumidos por el liberalismo y el paternalismo como integrantes de la misma empresa delictiva -si decidimos ubicar aquí las reconfiguraciones adoptadas conjuntamente por ambos para extender sus posibilidades de intervención hasta lindar con el sometimiento y la opresión-, se hacen de un discurso no pocas veces seductor. Esto arrastra el efecto potente de la atracción convictiva, y, en ese terreno, las sutiles maneras de discriminación para colocar la carga más pesada en una u otra corporalidad, pasan, en el mejor de los casos, desapercibidas.

Por supuesto que esta es una de las tantas victorias del sistema capitalista mundial, el aporte convergente efectuado por liberalismo y paternalismo no hace más que reforzar el éxito alcanzado por un modelo que lleva decenas de años reinventándose, tanto como para producir sujetos de deseo y operar sobre esos materiales sensibles y etéreos como mercancías de valor e intercambio. El producto ya no es sólo lo que se vende en términos de objeto; aquél encadenamiento de cosas tangibles que anunciaban la felicidad a cambio de "un poco más", ahora, además, el producto son les cuerpes

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

subjetivades, la manera de moldear sus circulaciones e intercambios como si se tratase de estatuillas de arcilla blanda, el modo de precipitarlos al temor y el desamparo, la manera de fragilizarlos y desorientarlos, las tácticas de corrosión y desgaste para que al final del camino no resulten más que figuras de una pintura plana, sin volumen, unidimensionales, necesitadas de cuidado y agradecidas de recibir a cuentagotas, su cuota de libertad y dignidad.

En el marco de una serie de conferencias brindadas en Brasil a lo largo de 1982[9], Felix Guattari señaló conceptos e ideas muy interesantes en torno al Estado como productor de subjetividad y su participación en la producción de deseo.

Como dijo allí, todavía a varios años del momento presente:

> El estado cumple un papel fundamental en la producción de subjetividad capitalística. Es un Estado-Mediador, un Estado-Providencia, por el cual debe pasar todo bajo una relación de dependencia en la que se produce una subjetividad infantilizada (…) Es un sistema de "salarios diferidos"; un sistema de subvenciones que hacen que el grupo se autorregule, se autoforme, se autodiscipline; un sistema de información, de examen, de control, de jerarquía, de promoción, etc. El estado es ese conjunto de ramificaciones, esa suerte de rizoma de instituciones que denominamos "equipamientos colectivos" (2019, 210)[10].

Es a partir de aquí, y probablemente desde otras muchas cosas más, que puede pensarse en el Estado como productor del deseo. La "máquina deseante", concepto tra-

[9] Las conferencias en cuestión y otros aportes pueden verse en *Micropolítica. Cartografía del deseo* (2019) Texto escrito también por Suely Rolnik.

[10] El año de la cita guarda relación con el texto consultado. La primera edición fue publicada en 2005, el libro fue reeditado en el año 2006 y en el 2013 y reimprimido en el 2017 y 2019.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bajado por Guattari junto con Gilles Deleuze, puede ser entendida como esa operatoria que visibiliza allí, en su funcionamiento, la inseparabilidad entre la problemática de la producción y la problemática del deseo: "El deseo corresponde con cierto tipo de producción y no tiene en absoluto nada de indiferenciado (…) El deseo tiene infinitas posibilidades de montaje" (2019, 350)

Precisamente por esto es que Guattari señala más adelante que, así como la sorpresa, la angustia, la voluntad de amar y de crear, deben encajar de alguna manera en los registros de referencia dominante, lo propio ocurre con el deseo:

> Existe siempre un arreglo que intenta prever todo lo que pueda tener la naturaleza de una disidencia del pensamiento y del deseo (…) Todo lo que sorprende, aunque sea levemente, deber ser clasificable en alguna zona de encasillamiento, de referenciación (2019,61).

De algún modo esto también fue colocado en evidencia por Foucault (1976) al delimitar la noción de biopolítica a través del dispositivo de la sexualidad; palabras más palabras menos: No hay deseo inmanente, deseamos "genuinamente" lo que somos puestes a desear.

Por eso el liberalismo y el paternalismo se regodean en este charco de barro, igual que puercos gordos, disfrutan sin reparos la humedad y el hedor del lodo.

Bajo un lenguaje cuidadosamente articulado, la noción de libertad se recorta sin mayores reproches, el terreno de la autogestión se diluye para dejar espacio al de la autoconciencia dependiente sin que esto se entienda como una debilidad adquirida, sino mejor como una característica ontológica que el abrazo protector del Pater/Estado está dispuesto a conjurar.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Resultaría ingenuo continuar pensando en el Estado como un monstruo poderoso que levanta el látigo sin reparos para golpear al animal que se escapó del corral. Esta figuración, no poco extendida, sólo coopera para obturar cualquier análisis perspicaz y advertido, mas ubica otra vez a les sujetes cooptades en un sitio tan cómodo como ineludible. De lo que se trata, mejor, es de reconocer las formas sutiles de control y dominación, por eso vale lo de Guattari, lo que dijo en su momento Foucault, la construcción deleuzoguattariana e incluso los aportes de Nino, porque permiten pensar, de cara al contexto actual -y todavía más-, en el peso de la palabra, la estética del vocablo y las maneras de hacerse de estos materiales para ubicar en un campo de conectividades, coordenadas unidireccionadas a propósito de "amor", "enfermedad" y "cuidado".

Lo que intento señalar con esto, y vengo procurando hacerlo desde el inicio de este análisis, es que el detalle terminológico y la astucia conceptual que respiran bajo un discurso *delicadamente* seleccionado, justifica sin mayores inconvenientes esa empresa cómplice que el liberalismo y el paternalismo asumen para otorgar formato a la acción política del Estado.

Luego -o antes, en rigor-, lo que respira en la capa más interna del asunto es el patriarcado. Porque el asunto no es cuidar o amar, ni siquiera enfermar, la cuestión pasa por qué es lo que se dice cuando se dice lo que se dice a quien se dice, para que, al final, "diga eso". Esta oración con apariencia de trabalenguas no hace más que revelar el enredo al que queda amarrada buena parte de la población, y, coetáneamente, las potencias que bajo esta discursiva se subvierten y modelan para poner a cuidar, amar o enfermar, como tareas mulas e indelegables o como peligros inmediatos que refuerzan la idea de proteger y ser protegides casi sin pensar.

Podría asumirse, de algún modo, que lo que acontece aquí es la perversidad del cuidado.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sara cuida, provee, protege, alimenta, resuelve, acuna, apaña, pero esta fuerza no recibe como contraprestación el reconocimiento de su potencial, no regresa convertida en una advertencia de su energía para deconstruir el espacio hostil que la sujeta, e integrar, con otres, un movimiento de fuga que postule un modo distinto de administrar al mundo. Por el contrario, lo que regresa a Sara es el peso del yugo, la lógica de la opresión constante, la oferta de una salida que sólo será viable si consigue rearticular hacia abajo esa lógica que la oprime. Lo que se le devuelve, es la certeza de la debilidad de su existencia, la necesidad de contar con la aprobación, la urgencia de evitar el ojo vigilante, de hacerse invisible. Y no como estrategia de escape, sino como parte de un comportamiento necesario si es que acaso quiere recibir algo de cuidado.

¿Si esto no es perverso, entonces qué es?

III. Epidemia, pandemia, cuarenta, aislamiento, peligro, alerta, no tocar ¿¡Qué más!?

No es sencillo auscultar el significado de un término cuando se pretende eludir, o al menos esquivar un poco, el repetido camino de codificación del lenguaje.

Está por un lado el lexicón repleto de un centenar de reglas y definiciones, que, en el caso del español, suma un sinnúmero de artificios más.

Está por el otro la finura de la palabra entendida sin intermediaciones enciclopédicas, sin la urgencia del trazo regulativo, aunque también sujeta de algún modo a la densidad del vocablo, ese que ha sido plasmado en el diccionario y que responde a cierta convención cultural. Parece entonces que aun cuando se intente la travesía de conversar sin manuales, irrumpe el lastre de la normativización lingüística, y es allí donde la duda acerca de la genuinidad de lo dicho adquiere una latencia ineludible.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por eso, quizá no esté tan mal -sino es que acaso constituye un acierto-, tomar un poco de lo escrito por la academia de la lengua respecto a determinados términos y otro poco de aquello que en la circulación social lo redimensiona.

En el idioma a través del cual fuimos colonizades y mediante el que resultó amputado nuestro dialecto nativo[11], "epidemia", en su primera acepción, se define como una "enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a un gran número de personas", en tanto "pandemia" se describe como una "enfermedad epidémica que se extiende a muchos países, o que ataca a casi todos los individuos de una población o región". Frente al contexto mundial actual, alcanzado por la peste del coronavirus, estos términos han adquirido indiscutible actualidad, y probablemente una amplia mayoría coincidiría en reconocerles cierta familiaridad, incluso no está de más señalar que también han aparecido algunas otras nominaciones[12].

También este idioma tiene un lugar en su libro de experticia *vocabularia* destinado al significado de la palabra cuarentena. Aquí las definiciones proliferan, tanto como para

[11] Las definiciones que a continuación se transcriben han sido tomadas del *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. https://dle.rae.es, consultado el 11/10/2020.

[12] Así, Richard Horton, editor jefe de la revista de medicina *The Lancent*, recurre al término "sindemia" acuñado en los 90 por Merrill Singer para unir los conceptos de sinergia y pandemia; esto es: dos o más enfermedades que interactúan de forma tal que causan un daño mayor que la mera suma de estas dos enfermedades. Horton sostiene que la enfermedad ocasionada por el coronavirus interactúa con otras enfermedades no transmisibles (como diabetes, obesidad, o patologías coronarias, por ejemplo) en un contexto social y ambiental signado por la inequidad, a lo que el mismísimo Singer ha añadido "se ve un índice desproporcionado de resultados adversos en comunidades empobrecidas, de bajos ingresos y minorías étnicas". Por extensión, estos expertos han sostenido que una solución exclusivamente biomédica contra el coronavirus fracasará, puesto que la clave anida en políticas estatales que luchen seriamente contra la desigualdad, y por decantación, eliminen las peores condiciones de salud integral a las que se ven expuestas las comunidades más empobrecidas y excluidas. Recuperado de https://www.cronista.com/internacionales/El-coronavirus-ya-no-es-una-pandemia-por-que-algunos-expertos-creen-que-ahora-es-una-sindemia-y-que-significa-20201010-0014.html.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

abarcar desde un peine de telar con 4000 hilos hasta las cuarenta partes iguales en que se divide un todo[13], en el medio, es decir, entre el peine y las porciones de la torta, cuarentena se lee como el "aislamiento preventivo a que se somete durante un período de tiempo, por razones sanitarias, a personas o animales"[14]. Esta es, sin duda, la noción que mejor funciona como correlato político de los conceptos que albergan los vocablos epidemia y pandemia, y que arrastra, del mismo modo que un aluvión arrasa la tierra al convertirla en barro, la re-significación y re-escritura de palabras tan procaces y tan temidas como peligro y aislamiento. Es aquí, precisamente aquí, donde el diccionario revela su regusto a poco y su urgencia de algo más; eso que late intersubjetivamente, de manera inter-corpórea, contextual, y obliga entonces a leer el término sin prescindir de su academicismo, pero asumiendo que esto, por sí solo, no alcanzará.

Cuando a tres cuartos de marzo del año 2020 se anunciaron en Argentina medidas de asilamiento, social, preventivo y obligatorio para paliar los efectos generados por la propagación del coronavirus -una plaga que a ese tiempo ya cursaba el nombre de pandemia-, ese cuarteto de términos anudados bajo las siglas ASPO y que, iniciáticamente, fueron agrupados bajo la sombra de un paraguas conceptual con nombre de cuarentena, cobró una significación especial, diferente incluso al que podría corresponderles con una ligera lectura de corrido. Lo que comenzó a terciar allí, en la base de esas nociones, fue la gravitación de la palabra, otra vez la estética del vocablo se impuso mediante sus puestas de sentido. Eso ha continuado hasta el presente, y, probablemente, sin desconocer las acciones políticas adoptadas por cada Estado en diferentes partes del mundo, se replique en cada una de estas latitudes; justo ahí, donde lo que articula el

[13] Estos significados corresponden a la segunda y novena acepción de la palabra

[14] Esta es la definición que comprende la séptima acepción.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

discurso son un sinnúmero de gestualidades y guiones narrativos prestos a vaciar o llenar de significado cada expresión.

¿Qué es lo que jadea, con intensidad monstruosa, en la base de estas nominaciones? ¿Cuál es la bestia que habita en el fondo? ¿Cuál el punto de convergencia que eriza la piel y pone la sangre a palpitar cuando se las nombra como se las nombra?

Hay un relato que grita miedo en ese lugar donde se nombra la enfermedad -no cualquiera, *esa*-, y para ser expulsado con la sonoridad irrenunciable con la que es puesto a rodar, se apoya en mojones lingüísticos; sensibles postas de letras anudadas que dibujan mediante su musicalidad la intensión de cada palabra.

La enfermedad es "la enfermedad que asusta" porque si no mata, culpa. Ese es el sintagma que articula subcutáneamente una forma de modular el peligro para robustecerlo de contenido conceptual. Peligro es peligro al contagio seguro, peligro es peligro a la muerte inminente, peligro es peligro a dañar al otre, peligro es peligro a respirar, a salivar, a conversar, a mirar sin anteojos, a tocar sin guantes. El peligro está en le cuerpe, en su circulación, por eso aislamiento muta sin reparos a confinamiento; la ensalada de palabras ha sido servida en la bandeja del miedo, allí se ve como conjugan los ingredientes: Pandemia, cuarentena, aislamiento y peligro en sus diferentes tamaños y porciones aparecen sazonados con suficientes cantidades de "cuidado", ese que narra la bonita ficción de la protección y que, en su envés, alerta con fuerza: ¡Cuidado! No tocar.

¿Quién se encontraría en condiciones de asumir que no somos peligroses? ¿Alguien podría consentir de manera razonable que la vida social se encuentra exenta de riesgos? ¿Existe acaso quien crea, concienzudamente crea, que la interacción individual está marginada de contagios, daños, lesiones, dolores, angustias y pesares? Vamos a la caza del bienestar absoluto pero sabemos que esa búsqueda es una pieza teatral. La precariedad de la existencia, en su sola

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

esfera física, está demostrada con creces, y la complejidad del lazo social nos anuncia de entrada que esta historia de interacciones nos arrimará momentos hermosos, encuentros amorosos, placeres deleitables, pero también tristezas, duelos y malestares.

Esto no es nuevo, sin embargo ahora, bajo el relato del miedo/cuidado, la enfermedad enferma más, el peligro es menos potencia que materialidad, la muerte está medida en centímetros -ya llega, es cuestión de medio metro nada más-, y las subjetividades se reinscriben en términos de individualidades solitarias, lanzadas a terreno impío, fragilizadas, vulnerabilizadas, sin más recursos que el grito de auxilio, el pedido de resguardo que el buen *pater* liberal estaría dispuesto a gestionar.

Sara ha perdido su empleo, la patrona le dijo que mejor ya no fuera, que se quedara en casa, por lo menos por un tiempo hasta que la peste mermara, y que no iba a pagarle por nada, por un trabajo sin ejecutar. Puertas adentro, con las persianas bajas, el marido regresa tarde porque a él si se le ha permitido trabajar; tiene permiso, puede caminar la calle con la papeleta habilitante, llegar a cualquier hora, accionar el mecanismo de la cerradura, correr las cortinas y ponerse a gritar; como siempre, gritar iracundo, intramuros, entre esas paredes que todo oyen pero nada dicen, y menos ahora que cada quien se quedó inmóvil en su lugar. Ahí, en ese sitio que alguien decidió llamar hogar, Sara cobija la vida que aún respira. Cocina con sobras, con restos, ensayando todos los días un invento. Friega el piso y desinfecta el baño con esmero y ahínco, cumpliendo a rajatabla los protocolos de higiene y cuidado. Remienda con una aguja torcida las camisas rotas y los pantalones descocidos. Ausculta en su celular gastado y viejo -contabilizando con ajustado cálculo los créditos que le permiten hacerlo-, las tareas escolares que ahora llegan por arte y magia de la virtualidad. Acoge a la crianza por la noche, cuando el marido se pone nervioso

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y le pide besos melosos, después un abrazo, más tarde sexo, pero sabe evitarlo, conoce como demorarlo hasta que les niñes acunen el sueño. Sara espera los billetes raspados del marido enojado e impotente de rabia para salir a comprar, aguarda la bendición de un nuevo permiso para respirar la calle, recorre un rosario de rezos inciertos creyendo en un dios que también, sí tam-bién, la venga a cuidar. Sabe que la casa no es lugar seguro pero acepta que debe esforzarse por preservar la paz, lo aprendió de la patrona. La vió llorar en los rincones de las enormes habitaciones la humillación de la bronca, el desprecio del abandono, la tristeza del desamparo. La vió aguantar y sostener murallas a cambio de cuidado y protección. La vió ceder, soportar, enfurecerse y callar, para después, al rato, volver a aguantar. Ella y la patrona, la patrona y ella, irremediablemente inscriptas en la comedia doméstica de la tutela infinita, esa que no cuenta ni se cuenta, que no vale, que se debe, que siempre deja un saldo por tapar. La peste las ha tocado de cerca y el confinamiento que arrastra todavía más, no hay salida para esas cuerpas lanzadas sin reparo al terreno del amor perverso que impone cuidados obedientes y sujeciones abandónicas. Esa es la porción que se les da.

¿Por qué este relato? ¿Por qué otra vez Sara y por qué la patrona? ¿Por qué reanudar el ciclo de esta historia ficticia, pero no irreal, después de conjugar la terminología del miedo con la de la enfermedad, la del aislamiento con la del peligro? Todo, en un contexto cruzado de cabo a rabo por una peste de alcance mundial.

Es que parece que tal como ocurre con la versión sacrificial del amor, la enfermedad que asusta y su lastre, no modulan del mismo modo para les cuerpes anotades en esa dialéctica del cuidado heroico. Hay un juego siniestro en esa carrera de doble velocidad, y la coyuntura pandémica, junto con sus bemoles biopolíticos, intensifica estos dos acordes en los que la palabra “cuidado” impone obediencias mulas

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bajo el mismo encadenamiento silábico con el que somete a protecciones tiránicas.

Lo que intento señalar con esto es que esa alianza paterno-liberal que supura bajo la histórica matriz patriarcal, encuentra en el actual terreno pandémico-cuarentenal el hábitat casi perfecto para germinar la resignificación del lenguaje junto con sus vocablos esclavizantes; ahí, justo ahí, es donde amor y cuidado se engarzan como la otra cara de culpa y temor, son los dos lados de la misma moneda, que lanzada al aire, caiga como caiga, dirá una cosa para resignificar algunas subjetividades y sentenciará distinto cuando de otras se trate. Y es que el asunto pasa, como ya he dicho, "por lo se dice para quién".

Las chances de narrar una historia distinta, para Sara, para la patrona -y para cualquier corporalidad que pueda acogerse a este relato de una u otra forma-, son escasas sino nulas en un entramado socio-organizativo que legitima, bajo la tintura política que sea, la idea de Estado protector. Y no por la protección como acción política colectivamente autogestionada, sino por la impronta conceptual otorgada a esta noción; un trazo sin mediaciones, sin posibilidades de fuga, sin apertura hacia otras lógicas de cuidado y preservación, sin intención de articulación con gestiones micropolíticas y experiencias basadas en el detalle amoroso, sin espacio para que les cuerpes se asuman frágiles pero al mismo tiempo potentes.

Parece entonces que no es la enfermedad y la muerte lo que pesa sino la desazón y la derrota, sobretodo cuando el kilaje lingüístico del discurso se ensaña con aquellas singularidades históricamente puestas a obedecer y cuidar; esas que como he dicho, lo hacen por débito y entienden que quien debe no tiene derecho a reclamar.

Esta es, sin dudas, una época en la que la narrativa del miedo/cuidado ha cobrado una fuerza sideral. La enfermedad desborda por donde se mire, sino cargamos con la peste en nuestra sangre porque así lo ha determinado un examen

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

médico o lo ha decido, por decantación, una proposición ineludible (si A tiene la peste y B está con A, B también la tiene), igualmente estamos enfermes. En la calle, en la casa, en la cama, en el barrio, en el olor, en el contacto visual, en el gusto y el sabor, en la distancia, y en la proximidad, se respira enfermedad. El lazo social está herido, profundamente lastimado, y entonces, ya hemos enfermado.

La enfermedad emerge así casi como el estado de normalidad, una normalidad que duele y ahoga, como habitualmente ocurre con esta matriz de codificación, sólo que ahora parece molestar, resulta incómoda, ha tomado un matiz que le hace decir cosas que asustan e importan, por eso el cuidado es necesario, obligado, y por eso el miedo tiene que estar presente a cada minuto, es preciso no olvidarlo, porque si lo hacemos, quedaremos al margen de la lectura normalizadora[15], todavía más fragilizades y aún más vulnerables

Entre la culpa y el temor se macera esa idea opresiva de protección, y del mismo modo que "amor" adquiere una densidad precisa para apuntar a ciertas subjetividades, "cuidado" narra una leyenda que opera de manera idéntica cuando se trata de estas. Por eso Sara y la patrona, y otres tantes, se encuentran y convergen bajo la sombra de la misma higuera; la precisión del vocablo las entrampa y mientras la dialéctica no se subvierta quedarán anudadas a un discurso que moderadamente mata.

Y es que se puede morir sin mayor revuelo, sin grandilocuencia, se puede morir de a poco, se puede morir y continuar latiendo, sangrando, estando; viviendo. Hay vidas que no importan y muertes que no cuentan, la virtud necropolítica del discurso sabe cómo valerse del lenguaje y hacia donde apuntar, por eso, quizá, la salida comience por destejerlo todo, o cambiar de materiales para ponerse a hilar.

[15] O "moralizadora" que para el caso da igual.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. Tejer palabras con otra lana: Quizá la salida nunca fue tan feminista

En una recopilación de textos un tanto apresurada, pero no por ello desechable, diseñada a poco de comenzar este tiempo de plagas[16], leí una nota de opinión de María Galindo[17] a propósito del coronavirus, el miedo a enfermar y la erosión del lazo social. Entre mis compañeras feministas la nota causó posiciones encontradas, aplausos y rechazos, aprobación y descuerdo; como resulta visible, lo que no generó fue tibieza y desinterés[18].

Galindo titula su proclama (porque la nota o artículo se parece a eso, una alocución) echando mano a una palabra potente y disruptiva "Desobediencia", y la anuda a la noción de "supervivencia", infundiendo de este modo al primer vocablo un lugar central. La desobediencia parece cobrar en la escritura de Galindo la materialidad de una personificación, y al leer sus expresiones se advierte prontamente que no imprime al personaje una connotación negativa, sino, por el contrario, la perspicaz belleza de una fuerza subversiva.

Los primeros tramos de la nota se dedican a definir al coronavirus, la autora señala allí un par de cosas con respecto a la afección otorgándoles tintura política a cada una de las descripciones efectuadas, y revelando, como anticipo, que

[16] Me refiero a *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*, publicado por ASPO en marzo del 2020 y de extendida circulación digital.

[17] María Galindo es una activista feminista boliviana, integrante de diferentes colectivos y ligada al arte performativo como parte del quehacer político. En el texto que utilizo escribe, claramente, desde una posición social situada

[18] La nota se titula "Desobediencia, por tu culpa voy a sobrevivir", fue publicada originalmente en Radio Deseo, espacio que la autora codirige, y cedida por esta a "#Apocaelipsis", un ámbito de reflexiones estructurales frente al coronavirus promovido por el sitio "La Vorágine. Cultura crítica". Para mayor detalle puede versehttps://lavoragine.net/apocaelipsis/.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ella también -aun cuando según parece la enfermedad no ha entrado en su cuerpo- "tiene coronavirus"[19].

Refiere así en algunos párrafos que el coronavirus es[20]:

> *Un miedo al contagio.*
>
> *Una orden de confinamiento, por muy absurda que esta sea.*
>
> *Una orden de distancia, por muy imposible que esta sea.*
>
> *Un permiso de supresión de todas las libertades que a título de protección se extiende sin derecho a réplica, ni cuestionamiento.*
>
> *Un código de calificación de las llamadas actividades imprescindibles, donde lo único que está permitido es que vayamos a trabajar o que trabajemos en teletrabajo como signo de que estamos viv@s.*
>
> *La eliminación del espacio social más vital, más democrático y más importante de nuestras vidas como es la calle*
>
> *El dominio de la vida virtual [y] la militarización de la vida social.*
>
> *Un arma de destrucción y prohibición (…) de la protesta social, donde nos dicen que lo más peligroso es juntarnos y reunirnos.*

Tras esto Galindo se dedica a cuestionar las acciones política emprendidas en su país, pero permite leer por debajo,

[19] Porque tal como manifiesta "gente amada la tiene; porque el coronavirus está atravesando ciudades por las que he pasado en las últimas semanas (…) Donde pises está, donde llegas ha llegado antes y nada se puede hoy pensar, ni hacer, sin el coronavirus entre medio. Parece ser que no solo yo tengo coronavirus, sino que lo tenemos todas, todes, todos; todas las instituciones, todos los países, todos los barrios y todas las actividades" Creo que lo que Galindo refiere aquí articula sin inconvenientes con lo que he señalado en el apartado anterior; hacia donde vayamos y en donde estemos respiramos enfermedad, nos encontramos irremediablemente enfermes porque esa es una narrativa casi imposible de evitar.

[20] Las expresiones han sido transcriptas como versos para otorgar a la reproducción cierta cadencia literaria; esto en modo alguno ha alterado el contenido e intencionalidad del texto.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

al margen de las particularidades de cada gobierno y territorio, que el discurso colonial nos ha penetrado, invadiendo de inseguridades nuestra circulación, sometiéndonos a la bondad mezquina del Estado patriarcal; allí donde se nubla toda posibilidad de gesta comunitaria, donde la medicina se apoya en el químico y en la industria farmacológica, donde la debilidad de la carne es el triunfo de la dominación, y donde las rutas para ganar salud se encuentran trazadas en el mapa del capital, obliterando cualquier rumbo que habilite a dibujar coordenadas de-sujetadas de la lógica neoliberal.

Creo que lo que señala Galindo, o lo que habilita a reflexionar aquello que señala, rumbea por el peso de la palabra. Podrá consentirse sin reparos lo que dice, podrá admitirse con reservas e incluso rechazarse, pero lo que no se puede negar es que la cadencia de su discurso revela sin dobleces las modulaciones del lenguaje para legitimar algunas acciones y deslegitimar otras. El texto permite pensar en la elegancia del discurso para hacerle notar a ciertes cuerpes y las subjetividades latentes, el modo en que tienen que andar.

Coronavirus es aquí mucho más que el nombre de una plaga mundial, la superación con creces de la nominación de un virus. Coronavirus es, en la expresión de Galindo, el rótulo incuestionable de un ejercicio político, la herramienta perfecta para neutralizar el ensayo de experiencias audaces, porque "miedo", "peligro", "culpa" y "desprotección", se alinean sin inconvenientes bajo ese nombre, expulsando la audacia al terreno de: "si algo malo nos sucede, lo habremos merecido y nadie nos podrá cuidar".

Entonces señala la autora una forma de escape, una salida:

> Nuestra única alternativa real es repensar el contagio. Cultivar el contagio, exponernos al contagio y desobedecer para sobrevivir. No se trata de un acto suicida, se trata de sentido común. Pero quizás en ese sentido común esté todo el sentido más potente que podemos desarrollar. ¿Qué pasa si decidimos

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> preparar nuestros cuerpos para el contagio? (…) ¿Qué pasa si ante la absurda, autoritaria e idiota respuesta estatal al coronavirus nos planteamos la autogestión social de la enfermedad, de la debilidad, del dolor, del pensamiento y de la esperanza? (…) ¿Qué pasa si nos organizamos socialmente? (…) si nos preparamos para besar a los muertos y para cuidar a las vivas y los vivos por fuera de prohibiciones (…) ¿Qué pasa si pasamos del abastecimiento individual a la olla común contagiosa y festiva como tantas veces lo hemos hecho?

Aunque Galindo no lo señale de este modo, alcanzo a leer en su proclama, en la fuerza irreverente de sus expresiones, que la desobediencia que propone no es un acto desesperado y ligero, sino antes bien un plan. Sí, la rebeldía huele aquí a organización colectiva y no a una de cualquier clase, sino a esa que las mujeres de su tierra han sabido, cada vez, frente a cada momento adverso, edificar. Lo que yo creo es que la activista y la escritora está señalando sin dobleces que la salvación es feminista, irremediablemente feminista.

Aunque los feminismos son muchos, y esa es precisamente la riqueza del movimiento[21], existe una extendida idea -particularmente anudada a los feminismos de corte liberal-, que proclama la reivindicación del lugar de las identidades feminizadas a partir de su retiro de la escena doméstica; esto, a fin de ocupar más y mejores lugares en el espacio público.

Entiendo que la mayoría de las feministas coincidiríamos, prima facie, con este posicionamiento. No puede negarse que las mujeres y todas aquellas singularidades no hegemónicas, han resultado históricamente desplazadas del

[21] Lo pongo en estos términos porque tal como ha sido resaltado por no pocas feministas, los feminismos en su diversidad implican una construcción epistemológica que hunde sus raíces en la militancia. No se trata de armar teorías abstractas y remotas, sino mejor de construir formas de interpretar al mundo desde situaciones sociales situadas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

terreno público, relegadas a funciones minoriles y muchas veces infantilizada. Tampoco es desconocido en este sentido el razonamiento que inspiró a la filosofía occidental, de fuerte sesgo masculino; el propio Kant llegó a identificar la Ilustración como la salida del hombre de su estado de minoridad autoculpable, colocando en la noción de "hombre" un sujeto masculino, ario, socialmente acomodado e intelectualmente reconocido, por nombrar sólo algunos atributos[22].

Abrir el juego para que las mujeres, y otres, pudieran irrumpir en la esfera pública y visibilizar sus batallas, también implicó una apertura de la política y sus arenas más arduas, esto aparejó ganancias incuestionables y ha servido, cada vez, para reanudar la operación y reivindicar más derechos y accesibilidades.

Sin embargo, quedarnos con este relato sin dilatar los poros de su narrativa, resulta, cuanto menos, pegarse a un discurso ineludiblemente reduccionista, y asumir el riesgo, sino la certeza, de reproducir la escena opresiva del modelo capitalista. En rigor, lo que termina aconteciendo es la legitimación por inversión de los roles dominatrices, es decir, ese movimiento circular que sólo refuerza la matriz de normalización, la explotación de la carne y, particularmente, la expulsión de cualquier desplazamiento apto para cuestionar la iteración de la vieja disputa entre lo público y lo privado.

¡Cuidado! Consentir esto último en modo alguno supone acogerse a la novela rosa de la princesa que calzó en la horma o que acusó sensibilidad al guisante[23], mucho menos admitir la expulsión de las identidades feminizadas (o no hegemónicas) de la escena política y de sus formas de construcción. Asumirlo, implica repensar lo intimista, el poder de la gestión amorosa, la manera de romper con los amarres paternalista, la forma de remodelar el lenguaje que nos subjetiva. Aceptarlo, impone meditar concienzudamente acerca de

[22] Para mayor detalle al respecto puede verse Femenías (2002).

[23] Me refiero los clásicos literarios *Cenicienta* y a *La princesa del guisante.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los esquemas de administración del dolor y la enfermedad, preguntarnos acerca de la economía del cuidado, reivindicar por fin estas tareas, la gestualidad implicada en estas funciones. Repensar quiénes, ancestralmente quiénes han cuidado, y, por fin, modelar una política nueva, distinta a todo lo clásicamente vivido en materia de Estado.

En un bello texto escrito al calor de los acontecimientos de su tiempo y de su tierra, Silvia Ribera Cusicanqui apuesta a la posibilidad de un mundo ch´ixi[24], lo hace pensando en las fibras de una sociedad extendidamente mestiza pero que, no por ello, debe renunciar a la factibilidad de replantear una cultura en la que la potencia de lo nativo, lo visceral, logre gravitar con más fuerza que la tintura colonial[25]. Lo hermoso de su figuración es que lo ch´ixi alude, como señala, al gris jaspeado, y cuando lo dice pinta la imagen de un inmenso telar repleto de diversos hilos. Ch'ixi se pronuncia con una "e" una "j" y otra "e" después de la "ch", su fonía rima entonces con tejer.

Se teje con las palabras, se anudan letras para pronunciarlas y luego; se teje a dos agujas, a punto arroz, fantasía o santa clara, una bufanda de expresiones largas. Se teje en el telar de los encuentros genuinos y potentes, donde articulan ecologías y economías distintas, donde lo colectivo no es un mensaje ordinario y progresista sino una afectación de les cuerpes, un plan con carnadura, una forma de organizar el mundo …Tu mundo, nuestro mundo.

También el Estado liberal y paternalista sabe tejer; conoce la técnica. No le faltan lanas y le sobran hilos para convertir una madeja de historias en una única, verídica, y persistente manera de organizar y poner a rodar las cosas. Los tradicionales y renovados modos de gestión del capitalismo, no están al margen de la técnica del tejido, por eso, el asunto,

[24] Así lo plantea en Un mundo ch'ixi es posible Ensayos desde un presente en crisis (2018)

[25] Cusicanqui habla y reflexiona desde Bolivia, pero su pensamiento puede extenderse, sin inconvenientes, a buena parte de la experiencia latinoamericana.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no pasa por el ejercicio de articulación entre la aguja, el telar y la lana, la cuestión transcurre por la materia presta a ser hilada y por las combinaciones que finalmente se obtengan con la materia seleccionada.

Las mujeres, les cuerpes gestantes y las identidades no hegemónicas, llevamos tatuada en la piel la leyenda del cuidado. Por años, hemos aprendido a cuidar. Cuidamos por obediencia y mandato, pero también por ese detalle amoroso que se nos ha transmitido de manera sensible con cada gesto, cada caricia, cada aroma, cada humedad. Cuidamos incluso sabiendo, cual expertas por experiencia, que esas funciones sólidas y potentes se encuentran obliteradas de toda escenografía política, marginadas de cualquier modo de organización social que pretenda surcar la tierra que se extiende más allá y menos acá de las fronteras domésticas.

Hemos oído centenar de veces cuánto se pondera ese trabajo, pero, seguidamente, el peso de la palabra dolosamente direccionada, ha puesto esa tarea en el lugar del amor, para señalar que allí donde se ama, se sacrifica la carne y se domina el alma. Cuidado ha sido para nosotres una palabra chicata, con dificultades ópticas, obliterada y clausurada de toda posibilidad de mejora, relegada al ajuste periódico del aumento de las gafas recetadas para remendarla.

Cuando la enfermedad lo tiñe todo y el miedo impera, "cuidado" aparece de nuevo como el envés de esa alianza paterno-liberal opresiva que refuerza las lógicas patriarcales y, aunque algunes perdamos más que otres, al final, nadie gana.

Mientras Sara aguarda en la infinita fila desplegada tras la puerta del hospital la chance para acceder a un examen que le revele si la peste finalmente le ha tocado, piensa que su piel dura y resistente ha soportado peores demoras, incertidumbres más largas, pero que ahora, por alguna razón, la soledad le agujerea con más fuerza el estómago y la garganta. Hace días le habló la patrona para pedirle que se examinara…Tiene que regresar. Le contó que ella también se hizo

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la prueba; Sara sabe que la patrona, seguro, no debió esperar igual. Habrán llegado a su casa un par de expertos vestidos de astronautas para auscultar si en su cuerpo anidaba la plaga; sin embargo, aun así, la patrona también le dejó sentir su miedo. La fila está poblada de cuerpos flacos y debilitados, rostros de ojeras pronunciadas, vientres hinchados, bocas de dientes rotos y manchados, espaldas encorvadas por un peso que no se ve pero se delata. En el barrio de la patrona también se producen demoras, los expertos a la carta llegan con tardanzas y la espera vacía y solitaria tras las paredes de la habitación ensombrecidas con cortinas pomposas y pesadas, troca a una agonía lenta y desesperada. En la hilera y el barrio, en el cuadro de la pobreza o en el fresco de la abundancia, no hay lugar para la pregunta ni la puesta en cuestión, con hambre o el estómago lleno, con calor o con aire acondicionado, sólo existen desechos humanos, singularidades fragilizadas, abatidas, desorientadas. De una u otra forma Sara y la patrona continúan aguardando esa protección foránea que nunca ha llegado como esperaban, que día tras día, una vez y otra más, las ha involucrado en el relato hostil y mezquino del cuidado. Lo mismo ocurre con la larga fila a las puertas del hospital y con la inconmensurable espera tras los marcos coquetos del ventanal. No hay un Estado que cuida, hay un cuidado que podría refundar un Estado.

Cuando el coronavirus comenzó a azotar al mundo, y más tarde, en este país que habito, se dispuso una cuarentena severa que como chicle se fue estirando varios meses hasta perder, por ese mismo efecto, algunas de sus propiedades primigenias; entendí que nos encontrábamos irremediable desarmades, astutamente desarticulades; en rigor, terriblemente individualizades.

El individualismo es, por naturaleza, peligrosamente contagioso. Te quedas ahí, a las puertas de cualquier movimiento que pueda comprometer, si quiera hacer cosquillas, a la tranquilidad de tus músculos. Si A no se mueve B tampoco, y por añadidura C, D, E y todas las restantes letras del alfabeto

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que comúnmente utilizamos hacen lo mismo. La quietud se transmite con rapidez, por simple operación de repetición, no es necesario el estornudo, ni la lágrima, tampoco el tacto, basta con mirar, sólo mirar, para mantenerse estáticx.

La densidad del vocablo puede y triunfa ahí, donde sólo conviven individuos, personas armadas con girones de un lazo caóticamente fracturado. Habitamos un territorio repleto de cuerpes que hieden soledad, ignorantes y debilitades, alineades a una experiencia grupal inexistente, porque en ese terreno de muches, cualquiera es une. No hay vivencia colectiva, lo que se ha nombrado con ese nombre es un engaño, una estafa magistralmente diseñada; la palabra mercenaria lo sabe: Con la cosmética del lenguaje se puede dominar el alma.

El discurso hegemónico clava su daga en el centro del corazón dolido y maneja con solvencia los conceptos, para decir en lenguaje *paterno* que cuidar y cuidarse es obedecer y callarse, mantenerse en pose de estatua, correr las cortinas o bajar las persianas, soportar el desdén y tachar con el pecho cerrado, obturado, los días que faltan en el calendario. Agradecer, siempre agradecer, mirar al piso, nunca de frente, aceptar la tarea mula, someterse a la economía esclava, desarmar cualquier circulación callejera, filtrar cada idea por la nube de la pantalla. La habilidad del poder no reside entonces en quien lo tiene sino en quien sabe que lo posee.

Recodifiquemos el lenguaje, hagámonos de otra lana, tejamos una manta distinta, ponderemos las funciones de cuidado que históricamente hemos aceptado, pero con otro matiz, otro perfume, otra textura. Ensayemos el salto, brinquemos del escenario y subvirtamos el decorado, coloquemos al público en otro cuadro, nos mezclemos con les espectadores para sentir su olor, y veamos qué sucede cuando quien debiera actuar observa. Rompamos el cerco que separa lo íntimo de lo ajeno, lo inmanente de lo trascendente.

Existe una fuerza ancestral que delicadamente enhebra la trama en la que germina nuestro huerto feminista. No hay

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lugar allí por el pánico ni para la desesperación, no hay espacio para la angustia del abandono ni para la desolación que debilita, no hay sitio para la desesperanza ni para la derrota que enferma.

No hay *pater*; en ese huerto las salidas son cosa de otro orden.

Bibliografía

BUTLER, JUDITH (2017) "Vulnerabilidad corporal, coalición y política de la calle" pub. en *Nómadas*, núm. 46, abril, pp. 13-30. Bogotá. Colombia.

CUSICANQUI RIVERA, SILVIA (2018) *Un mundo ch'ixi es posible Ensayos desde un presente en crisis*. Tinta Limón. Buenos Aires. Argentina.

FEMENÍAS, MARÍA LUISA (2002) "Contribuciones de la teoría de género a la antropología filosófica" pub. en *Clepsydra*, 1, enero, pp 31-45, La Plata. Argentina. Recuperado de https://www.ull.es/revistas/index.php/clepsydra/article/view/246.

FOUCAULT, MICHEL (1976) *Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber*. Gallimard. París. Francia.

FREIRE, PAULO (1975) *Pedagogía del oprimido*. Siglo XXI. Madrid. España.

GALINDO NEDER MARÍA (2020) "Desobediencia, por tu culpa voy a sobrevivir", pub. en "#Apocaelipsis", *La Vorágine. Cultura crítica*. 26/03/2020.

GUATTARI, FELIX, ROLNIK SUELY (2019) *Micropolítica. Cartografía del deseo*. Tinta Limón. Buenos Aires. Argentina.

NINO, CARLOS SANTIAGO (2007) Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación. Astrea. Buenos Aires. Argentina.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SECCIÓN ESPECIAL
DERECHO CRÍTICO

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Arte de portada:
Marcelo Javier Mosqueira

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sección especial Derecho Crítico, a cargo de Duquelsky, Medici y Alvarez

Presentación del Dossier: Tensiones entre la tradición y la heterodoxia en las teorías jurídicas

Dra. Luciana Alvarez[1] y Dr. Fernando Beresñak[2]

La inquietud que moviliza este número temático, como parte de la sección especial de "Derecho crítico", está vinculada a la necesidad de problematizar esa tendencia según la cual numerosas líneas de investigación, que se dedican explícita y rigurosamente a la reflexión jurídica, terminan

---

[1] Luciana Alvarez es investigadora independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y docente de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, es abogada y doctora en derecho por la misma universidad. Ha realizado estudios posdoctorales en el Center for the Study of Law and Society (CSLS), Berkeley Law, University of California, Berkeley, Estados Unidos, y en la Universidad Paris VIII Vincennes-Saint Denis, Laboratoire d'Études et de Recherches sur les Logiques Contemporaines de la Philosophie. Actualmente, sus investigaciones se encuentran vinculadas a la pregunta por la operatividad específica de lo jurídico en nuestras sociedades, a partir de una mirada que coloca al derecho en mutua implicación con lo social y lo político. Correo electrónico de contacto: lalvarezbauza@gmail.com.

[2] Fernando Beresñak es Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y de la Universidad de Buenos Aires (UBA/FSOC/IIGG) de la República Argentina. Es Profesor Titular de Filosofía en la Facultad de Humanidades de la Universidad de Belgrano. Se doctoró por la UBA en ciencias sociales. Realizó la maestría en ciencias políticas por el IDAES (UNSAM), es graduado del posgrado "psicoanálisis y ciencias sociales" por la FLACSO y abogado, también por la UBA. Sus temas de estudio se orientan hacia una matriz de problemáticas contemporáneas abordada desde la filosofía política (aunque también se sirve de teorías políticas, sociales y jurídicas y el psicoanálisis). Actualmente se encuentra analizando, con una periodicidad de largo alcance, el problema político de la *psyché* y sus relaciones con la cosmología y la tecnociencia, a través de lo cual pretende extraer las implicancias metafísicas sobre la espacialidad y la temporalidad, así como las consecuencias jurídico-políticas para la actualidad. Es autor del libro *El imperio científico. Investigaciones político-espaciales* (Miño y Dávila editores, 2017). Su correo electrónico es: beresnakfernando@hotmail.com

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

siendo constantemente consideradas como externas al interés y/o utilidad del derecho. Y esto, según se sugiere, por no compartir las tradiciones canonizadas por la esfera académica en dicho campo.

Es cierto que el espacio de lo jurídico se nutre de múltiples perspectivas teóricas, permitiendo en muchas ocasiones el desarrollo de un espíritu crítico genuino. Sin embargo, aquí nos interesa continuar ampliándolo, sobre todo atendiendo las exigencias provenientes de la complejidad y novedad de los tiempos actuales. Por eso, hacemos lugar a aquellas otras líneas teóricas que quedan por fuera de ese canon, quizá demasiado estratificado y enraizado, que intenta señalar qué es, y sobre todo qué no es, derecho.

Advertimos un límite, por momentos, demasiado cercano que establece la pertenencia, y la correlativa no pertenencia, a lo jurídico de reflexiones, teorizaciones y desarrollos diversos. Se instala una frontera virtual que pretende delimitar lo jurídico, en función de la utilidad que para el derecho tendrían ciertas líneas temáticas; o también, en virtud de la posibilidad de quedar integradas dentro del horizonte de lo ya conocido. De modo que estas reflexiones teóricas, que no inmediatamente utilizables o productivas, ni –en definitiva– integrables al sistema jurídico vigente, terminan siendo etiquetadas como propias de un campo ajeno al jurídico (sea el de la filosofía, la teoría política, la sociología, sino directamente la literatura).

Aun cuando reconocemos diversas excepciones, nos referimos a la tendencia general que reina en distintas regiones del globo, según la cual se dirimen autores, teorías, lecturas e interpretaciones, así como problemáticas, objetos de estudio y reflexiones que deben ser consideradas jurídicas. En definitiva, es este estado cosas el que nos interesa problematizar y movilizar. Reconocemos que ese “supuesto ser” del derecho, así como las fronteras que lo custodian, no responden a ningún trascendental, sino que son el resul-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tado de relaciones de fuerzas que pueden –y quizá deban– permanecer sujetas a una constante revisión.

La propuesta que aquí ponemos a circular es la de hacer visible el derecho desde otros marcos teóricos. Los artículos que componen el presente número temático siguen distintas pistas. Pero en todos ellos, de una u otra manera, se ha buscado mostrar la operatividad propia de otras herramientas jurídicas en el espacio, esperemos incierto, de lo jurídico.

Este es el caso del texto escrito por Fabián Ludueña Romandini, el que remite a la posibilidad de encontrar, en las reglas monásticas medievales, fuentes heterodoxas para la historia del derecho occidental. De manera exquisita, por su precisión y erudición, el texto interpreta el fenómeno de las reglas monásticas cristianas y, en particular, del *usus pauper* franciscano. A través de este análisis, concluye que lejos de ser considerado un ataque a la estructura económica de la Europa medieval, es posible comprenderlo como una reflexión sobre el sistema general de la economía, en donde se otorga legitimidad a la riqueza y se superan los dilemas de la usura. De esta manera, el *pauper usus* revela su singular genealogía.

El camino elegido por el artículo de Gabriel Pereira también apunta la comprensión de lo jurídico, abriendo hacia prácticas sociales asequibles a través de una indagación empírica, especialmente a partir de los estudios socio-jurídicos aun incipientes en Argentina como en Latinoamérica. El texto de Pereira, se ocupa de discutir críticamente los modelos explicativos que entienden la decisión judicial como función de ciertas variables como las preferencias políticas de los jueces, las vicisitudes del contexto político donde operan, la ideológica jurídica a la que pertenecen y las propias prácticas de las burocracias donde desarrollan su cargo o se formaron como abogados. Especialmente, se analizan los marcos teóricos dominantes en América Latina y que estudiaron especialmente a los jueces de la Corte Suprema de Argentina.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por su parte, el texto de Romina Lerussi presenta una serie de dilemas epistémicos que atraviesan la categoría de interseccionalidad en el derecho como imposibilidad, buscando abrirla como posibilidad a partir de la categoría de experiencia interseccional en los términos de Crenshaw. Quizá la apuesta mayor que surge a partir de allí, consiste en que resultaría posible una justicia feminista interseccional. La importancia de indagaciones como éstas para el presente jurídico es manifiesto.

Siguiendo con los problemas más urgentes de nuestro tiempo, el texto de Jesús Sabariego emerge de la problemática conocida como *technopoliticis*. Su lectura del presente, derivada de los proyectos de la Modernidad, indica que se habría constituido un imperio del fragmento a partir del único elemento ahora disponible, lo disruptivo, el cual establecería un nuevo orden virtual. Con ese recorrido, desnuda la economía política de lo fragmentario que, de la mano de la contra-democracia y la razón neoliberal, atravesó nuestro tiempo acaeciendo como un evento. A partir de allí, recupera la importancia que tendrían los, llamados por él, Recientes Movimientos Sociales Globales, ya que estarían constituyendo nuevos caminos y espacios para luchar por los derechos en el marco de la tecnopolítica.

En una sintonía similar, aunque con el objetivo de detectar los modos bajo los cuales los algoritmos establecen las nuevas prácticas punitivas, el texto de Ana Clara Santos Elesbão, Augusto Jobim do Amaral y Felipe da Veiga Dias analiza una nueva serie de categorías y conceptos que están emergiendo y que permiten visualizar esos mecanismos al interior de la era del *Big Data*. Especialmente, el trabajo se focaliza en poner de relieve el funcionamiento de las suposiciones y predicciones que utilizan los algoritmos, pero a los fines de transparentar el tipo de distribución que instala en el campo socio-técnico, con todos los efectos jurídicos del caso.

Finalmente, en esa dirección que supone reconocer las modulaciones actuales de las formas jurídicas, el texto de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pedro Cerruti se centra en aquello que el pensamiento de Sloterdijk, puntualmente aquél desarrollado en su proyecto teórico *Esferas*, supone para el campo jurídico. El filósofo alemán conceptualiza la emergencia de lo humano a partir de operaciones de insulamiento, cuyo resultado es la conformación de esferas que actúan como sistemas de inmunidad, entre cuyas dimensiones se encuentra su constitución normativa. De esta manera, este artículo propone una entrada a los problemas contemporáneos del campo jurídico desde una posición que se desmarca tanto del contractualismo como de la idea de totalidad para pensar la vida social.

Con la lectura de estos textos quisiéramos invitarlos a tomar como propia esa práctica de antaño, la cual constituía en aprender a habitar los espacios inciertos; y, entre ellos, desde la más remota antigüedad –y en este dossier vuelve a suceder–, se revela así lo jurídico.

Los artículos que constituyen este número ofrecen algunas herramientas para abrir ciertos claros en esa zona aparentemente oscura e invisibilizada por el canon. De esta manera es que nos invitan a repensar el presente del derecho.

Una multifacética luz incierta es mejor que ninguna; también es preferible sobre aquellas que tan sólo sirven para iluminar el espacio en el que se está y que ya se conoce, manteniendo invisible todo lo que lo rodea, incluyendo las nuevas problemáticas que emergen.

Está claro que existe y que debe existir un campo jurídico propio que se diferencia de aquello que no lo es. Pero es forzoso reconocer que esa frontera –como toda frontera– es contingente e inestable, siempre expuesta a múltiples operaciones de reconfiguración.

Aquí se considera que esa delimitación no debe instalarse por medio del criterio de la utilidad, productividad o de la posibilidad de integrar tal o cual cuestión al sistema jurídico vigente. Esos criterios sólo sirven para consolidar y sostener el estado de cosas actual, imposibilitando la poten-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cial emergencia de ciertas transformaciones allí donde sean necesarias, tendiendo a empobrecer y cercenar el desarrollo del espíritu crítico que supo alimentar a la humanidad en una de sus dimensiones de relevancia, como la del derecho.

En la época presente, donde el derecho se encuentra, sino amenazado, al menos sí en crisis por diversas tendencias, consideramos fundamental enriquecer al mundo jurídico con la mayor cantidad y calidad de reflexiones teóricas heterodoxas, ya que las clásicas no parecen haber podido dar respuesta suficiente a la crítica situación enunciada, que se percibe por doquier.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Un caso de heterodoxia jurídica: Las reglas monásticas medievales y la genealogía de la biopolítica moderna

The medieval monastic rules and the genealogy of modern biopolitics

Fabián Ludueña Romandini[1]
Universidad de Buenos Aires. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e545
Recibido: 02/08/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/0000-0001-5804-5285

Resumen: En este artículo tenemos el objetivo de presentar una lectura crítica de fuentes heterodoxas en la historia del derecho occidental, a saber, las reglas monásticas medievales. De esta manera, el texto estará dedicado a la interpretación del fenómeno de las reglas monásticas cristianas y, en particular, del usus pauper franciscano. Por un lado, proponemos sostener el aspecto jurídico

[1] CV Doctor y magíster en Filosofía por la École des Hautes Études en Sciences Sociales de París, Francia. Investigador concursado del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina y del Instituto de Investigaciones "Gino Germani" de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Filosofía política en el posgrado de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA y profesor titular de Filosofía y Ética en la Universidad UADE. Es autor de diversos artículos en su especialidad y entre sus libros cabe mencionar: Marsilio Ficino, la teología y los misterios paganos (2006), A comunidade dos espectros. I. Antropotecnia (2012); Arcana Imperii. Tratado metafísico-político (2018); Filosofía Primera. Tratado de ucronía post-metafísica (2021).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de las reglas monásticas y su importancia como fuentes jurídicas. En ese sentido, buscaremos mostrar cómo resulta insuficiente la posición antinomista que niega el valor jurídico de las regulae vivendi medievales. Por otro lado, a través de un análisis de las contribuciones teóricas de Bernardo de Claraval, se intentará mostrar cómo el usus pauper de los monjes franciscanos medievales no puede ser considerado como un ataque a la estructura económica de la Europa medieval. Al contrario, es posible hallar en los textos producidos en los ámbitos monásticos, una reflexión sobre el sistema general de la economía donde se otorga legitimidad a la riqueza y se superan los dilemas de la usura. Finalmente, querríamos proponer la posibilidad de considerar estas fuentes heterodoxas del derecho medieval como los antecedentes genealógicos de la oikonomia moderna en tanto ejercicio del poder administrativo sobre las poblaciones humanas.

Palabras clave: reglas monásticas, regula vivendi, norma , teología política.

Abstract: In this article, we aim at presenting a critical reading of heterodox sources in the history of Western Law, that is to say, the corpus of medieval monastic rules. In this way, the text will be devoted to the interpretation of the Christian medieval rules of monastic life and, more specifically, the Franciscan usus pauper. On one hand, we propose to maintain the juridical aspect of the monastic rules and their importance as juridical sources. In that sense, we shall seek to show how the antinomistic position falls short of explaining the juridical value of the medieval regulae vivendi. On the other hand, by means of an analysis of Bernard of Clairvaux's theoretical contributions, we will try and demonstrate how the usus pauper of the medieval Franciscan monks cannot be considered as an attack to the economic structure of medieval Europe. On the contrary, it is possible to find in the texts produced within the monastic realms, a reflexion upon the general system of economy where wealth is permitted to find its legitimate character overcoming the dilemmas of usury. Finally, we would like to propose the possibility of considering these heterodox sources of medieval Law as the genealogical links

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

of modern oikonomia conceived as the exercise of administrative power over human populations

Keywords: monastic rules, regula vivendi, norm, political theology.

I. Introducción

Nuestro objetivo en el presente artículo consistirá en sopesar las reglas monásticas y, en particular, la *forma vivendi* franciscana, según los lineamientos en que éstas han sido problematizadas dentro del ámbito jurídico y filosófico medieval. Dado el carácter plurívoco y las diversas aristas que están contenidas en este campo de saber, buscaremos centrar nuestra atención en tres aspectos específicos del fenómeno:

1). En primer lugar, intentaremos pensar el estatuto normativo de las reglas monásticas: ¿pertenecen estas, de modo propio, al ámbito del derecho o bien son, al contrario, una claudicación del derecho en una forma-de-vida ajena a toda *vis obligandi*? Al mismo tiempo, la relación entre la ley y la regla entraña, como veremos, enormes consecuencias para la comprensión de la biopolítica moderna como administración de lo viviente. Para indgar estos problemas resultará de primordial importancia la comprensión del problema de la relación entre el derecho y la vida en dos ámbitos diversos que han precedido a la experiencia monástica: la filosofía antigua y el derecho romano.

2). En segundo lugar, se ha subrayado que la radicalidad del *simplex usus facti* franciscano constituiría un forma de uso de las cosas por fuera de la esfera jurídica del derecho (Lambertini, 1990).[2] En este sentido, los franciscanos habrían constituido un desafío a las determina-

[2] Lambertini, Roberto. (1990). *Apologia e crescita dell'identità francescana (1255-1279).* Istituto Storico per il Medio Evo. Roma, Italia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciones económicas predominantes situándose por fuera del paradigma de una *oikonomia*[3] monetaria (Richter, 2005; Agamben, 2007, págs. 305-314). En este punto, se unen las dos perspectivas: el *usus pauper* es, en la esfera económica, lo que la *abdicatio iuris* es en la esfera del derecho (Agamben, 2011, pág. 173).[4] Sin embargo, intentaremos mostrar que, la "altísima pobreza" franciscana, en realidad, es parte de un dispostivo económico mayor que, de ningún modo, constituye una respuesta en conflicto con la economía y la biopolítica modernas.

3). En tercer lugar, la consideración de las reglas monásticas como una fuente necesaria para la historia del derecho medieval y moderno así como un insoslayable eslabón para la genealogía de la biopolítica contemporánea, nos llevará a interrogarnos acerca del estututo heterodoxo que dichas reglas y la teoría del *usus pauper* revisten para la concepción de la filosofía jurídica como ámbito del saber y de la praxis.

II. La metafísica, la política y el derecho como dispositivos frente a la naturaleza

La filosofía clásica ha legado a la Modernidad una concepción sobre el sustrato original de la política que suele minimizarse en beneficio de una concepción diferente sustentada, principalmente, en los "derechos del hombre y del ciudadano" producto de la Revolución Francesa. La filosofía antigua defendía, en muchas de sus vertienes, la animalidad ontológicamente constitutiva de lo humano. La política de

[3] Richter, Gerhard. (2005) *Oikonomia. Der Gebrauch des Wortes Oikonomia im Neuen Testament, bei den Kirchenvätern und in der teologischen Literatur bis ins 20. Jahrundert*. De Gruyter. Berlin, Alemania; Agamben, Giorgio (2007). *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teológica dell'economia e del governo*. Neri Pozza. Vicenza, Italia.

[4] Agamben, Giorgio. (2011). *Altissima povertà. Regole monastiche e forma di vita*. Neri Pozza. Vicenza, Italia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los filósofos se inaugura en Occidente como una rama especializada, podríamos decir, de la filosofía natural o, como se la denominaba en aquellos tiempos, de la *physiké*. Por lo tanto, toda consideración de la política se inscribe, en ese sentido, dentro de una conceptualización mayor acerca de las formas ontológicas de la Naturaleza.

De este modo, la *Política* de Aristóteles debe ser leída sobre la tela de fondo de su *Historia animalium* (Gohlke, 1924, págs. 274-306).[5] Así, es posible constatar que el Estagirita clasifica al hombre como un animal más entre los que pueblan la naturaleza y, de hecho, su vida política se desprende de la socio-biología de las especies:

Existen también algunas diferencias relativas a la forma de vida (*katà toùs bíous*) y las actividades de los animales ya que unos son gregarios y otros solitarios […] El hombre participa de ambas formas de vida. Los animales que actúan con vistas a un fin común (*koinòn tò érgon*) son capaces de política (*politikà*), lo que no siempre tiene lugar con los animales gregarios. Pertenecen a esta categría el ser humano (ánthropos), la abeja, la avispa, la hormiga y la grulla. De entre ellos, los hay como las grullas y el género de las abejas que están sometidos a un jefe (*hegemóna*) mientras que las hormigas y otros muchos, no tienen jefe (Aristóteles, *Historia animalium*, I, 487b 30 – 488a 1- 15).[6]

Desde este punto de vista, si el tratado sobre los animales comienza con una descripción del hombre, esto no se debe a que el mismo posea, en principio, algún estatuto ontológico que lo exilie de su animalidad constitutiva, sino simplemente a que "el hombre es, de todos los animales (*tôn zóon*), aquel que necesariamente conocemos mejor (*gnorimótaton*)" (Aristóteles, *Historia animalium*, 491a 20).[7]

---

[5] Gohlke, Paul. (1924). "Die Entstehungsgeschichte der naturwissenschaftlichen Schriften des Aristoteles". *Hermes*, LIX, Berlin, Alemania.

[6] Aristóteles. (1907). *Historia animalium.* Teubner, Leipzig, Alemania.

[7] Aristóteles, *Historia animalium, op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esto no implica que no exista una jerarquía entre los animales y por ello el hombre, para Aristóteles, se encuentra en la cúspide de la escala dado que "participa no sólo de la vida (*zên*), sino del vivir bien (*eû zên*)" (Aristóteles, *De partibus animalium*, II, 656a).[8] ¿Qué significa aquí "vivir bien"? Contrariamente a algunas interpretaciones que se han propuesto en los últimos años,[9] no debemos entender simplemente que Aristóteles introduciría una distinción entre una mera vida biológica (*zoè*) y una vida calificada (*bíos*) sino que, siendo sinómino de *eudaimonía*, es decir, felicidad (Aristóteles, *Ethica nichomaquea*, I, 3, 1095a 18)[10], el "buen vivir" es una diferencia específica del animal humano.

En efecto, lo que el célebre sintagma acerca del ser humano como *zôon politikòn* señala es que, la política, en sus mismos fundamentos, consiste en una política de la vida (Aristóteles, *Política*, I, 3, 1253a 7-8).[11] No existe, en consecuencia, una política que trascienda la vida biológica de la especie dado que, precisamente, el hombre es un animal que *politiza* su propia vida biológica para direccionarla según los designios del *lógos*. La politicidad del hombre sólo se distingue de la de otros animales dado que este último es el único que toma a su cargo la dirección consciente de su propia *zoè* según los criterios de lo justo y de lo injusto. Pero el sustrato sobre el que la política se aplica no es ningún otro que la *zoè* original. Esto tiene una consecuencia fundamental: en términos estrictos, siguiendo una sugerencia de Jacques Derrida, deberíamos utilizar el término "zoopolítica" para designar la sustancia primordial

[8] Aristóteles. (1956). *De partibus animalium*. Les Belles Lettres, París, Francia.

[9] Agamben, Giorgio. (1995). *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Einaudi, Torino, Italia.

[10] Aristóteles. (1959). *Ethica nichomaquea*. Vrin. Paris, Francia.

[11] Aristóteles. (2005). *Política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la política humana (Derrida, 2008, págs. 437-438).[12] Así, el hombre es, ciertamente, un animal que ha decicido ejercer un cierto tipo de acción reguladora de su vida biológica, y esta acción se llama política.

Esta concepción ontológica y naturalista de la acción política que desarrollaron los filósofos clásicos es del todo ajena al edificio conceptual del derecho antiguo para el cual sus conceptos rectores no tienen un fundamento en la *physis*, no poseen una ontología sustancialista sino que se proponen como ficciones jurídicas absolutas. De este modo, para el derecho, conceptos como el de "naturaleza" o el de "hombre" no se corresponden a realidades físicas tangibles sino a dispositivos enteramente técnico-ficcionales destinados, sin embargo, a tener efectos performativos sobre el mundo real.

Tomemos el caso de la naturaleza. En el derecho romano, el *jus naturale* corresponde a "aquello que la naturaleza le ha enseñado a todos los animales (*quod natura omnia animalia docuit*)", entre los que cabe contar al hombre y se refiere a las leyes biológicas de la reproducción de las especies (Ulpiano, *Institutas*, I: *Digesto*, I, 1, 3).[13] Posteriormente, se introduce el *jus gentium* "que todos los pueblos humanos observan (*quo gentes humanae utuntur*)", no obstante lo cual, "no es co-extensivo con la ley natural" puesto que "es común solamente a los seres humanos entre sí (*hominibus inter se commune sit*)" (Ulpiano. *Institutas*, I: *Digesto*, I, 1, 4).[14] Es de singular importancia que el *jus gentium* se establezca luego de la naturaleza pero no de acuerdo con ella. Como consecuencia de esta especie de

[12] Derrida, Jacques. (2008). *Séminaire. La bête et le souverain, vol. I (2001-2002).* Seuil. París, Francia.

[13] Ulpiano. *Institutas*. Todas las citas de los juristas romanos que se realizan en este artículo en las notas sucesivas provienen de la gran compilación de Justiniano según la siguiente edición: Justiniano. (1889). *Corpus Iuris Civilis*. Edición de Idelfonso García del Corral. Jaime Molinas Editor, Barcelona, España.

[14] Ulpiano. *Institutas*, en: Justiniano, *op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derecho supernumerario, "los reinos han podido ser fundados, las propiedades individuadas, las fronteras de los Estados establecidas, los edificios construidos y el comercio establecido" (Hermogeniano. *Epítome de Derecho*, libro I: *Digesto* I, 1, 5).[15] Sólo entonces puede fundarse el *jus civile* que consiste en "estatutos, plebiscitos, *senatus consulta*, decretos imperiales o sentencias judiciales autorizadas" (Papiniano. *Definiciones*, libro II: *Digesto*, I, 7).[16]

Es decir que el derecho positivo se constituye según un modelo plenamente independiente de toda forma de derecho natural. Entre uno y otro existe la distancia que puede establecerse entre lo natural y lo artificial. De este modo, aunque formados en la tradición estoica del derecho natural, los civilistas construyen un andamiaje jurídico que se desliga completamente de cualquier precedente en la naturaleza para adquirir una consistencia propia y una lógica de funcionamiento opuesta a la defendida por los filósofos[17] dado que el *jus civile* "no es dado, sino instituido. Es contemporáneo de los Estados cuya instauración preside, dentro de cuyos límites se aplica" (Thomas, 1991, pág. 203).[18]

Por consiguiente, en este contexto, las divisiones taxonómicas de la zoopolítica aristotélica son completamente reemplazadas por una definición *tecnojurídica* de los hombres que nada tiene que ver con su inscripción en una *physis* originaria. Para el dispositivo jurídico, "la gran división en derecho de las personas es ésta: todos

---

[15] Hermogeniano. *Epítome de Derecho*, en: Justiniano, *op. cit.*

[16] Papiniano. *Definiciones*, en: Justiniano, *op. cit.*

[17] Para la tradición filosófica, opuesta a la jurídica, cf., por ejemplo, Cicerón. *De republica* 3, 22, 33. Se ha utilizado la siguiente edición: Cicerón. (1928). *On the Republic / On the Laws*. Edición de C. W. Keyes. Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos de América. Sobre el origen filosófico de la noción de "derecho natural", cf. Strauss (1953), *Natural Right and History*. Chicago University Press. Chicago, Estados Unidos de América, págs. 120-164.

[18] Thomas, Yan. (1991). "Imago Naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome", en: AAVV., *Théologie et Droit dans la Science Politique de l'État Moderne*. École française de Rome, Roma, Italia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los hombres son o bien hombres libres o bien esclavos" (Gayo. *Institutas*, libro I: *Digesto*, I, 5, 3).[19] Obsérvese, no obstante, que esto nada tiene que ver con la justificación filosófica de la esclavitud natural en un pensador como Aristóteles (Garnsey, 1996, págs. 107-127).[20] Las divisiones del derecho son completamente arbitrarias e instituidas por la voluntad del legislador, sin ninguna referencia a cualquier estado del mundo de la naturaleza. Como ha sido oportunamente señalado, si el derecho imita a la naturaleza, "se toma con ella libertades inusitadas porque imitar la naturaleza es imitar un poder" (Madero, 2014, p. 26). De este modo, la zoología natural es transmutada en una autopoiesis ficcional que divide el mundo de manera completamente artificial.

Uno de los mejores ejemplos de cómo procede el carácter ficcional del dispostivo jurídico lo constituye la que acaso sea la categoría central de todo la monumental tratadística del derecho romano: la noción de persona. En este punto, se torna fundamental poder distinguir entre la noción de persona –tardíamente incorporada a la filosofía– y su significado estrictamente jurídico que antecede a su utilización teorética. En uno de los momentos históricamente más recientes de la reflexión filosófica sobre la noción de persona, Martin Heidegger evoca a Max Scheler en el parágrafo § 10 de *Ser y Tiempo*:

La persona no debe concebirse, según Scheler, como una cosa o una substancia (*als ein Ding oder eine Substanz*); "es, antes bien, la *unidad* (*Einheit*) simultánea y directamente vivida del vivir las vivencias (*Er-leben*) – no una cosa simplemente imaginada fuera y detrás de lo di-

[19] Gayo. *Institutas*, en: Justiniano, *op. cit.*

[20] Garnsey, Peter. (1996). *Ideas of slavery from Aristotle to Augustine*. Cambridge University Press. Cambridge, Reino Unido.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

rectamente vivido"[21]–. Persona no es un ser cosa, un ser sustancial. El ser de la persona tampoco puede reducirse a ser un sujeto de actos racionales sometidos a ciertas leyes. La persona no es una cosa, no es una sustancia, no es un objeto (*Die Person ist kein Ding, keine Substanz, kein Gegenstand*).[22] (Heidegger, 1927, pág. 47).

Con estas palabras, Heidegger comenzaba su destrucción (*Destruktion*), como le gustaba llamar a su método en el parágrafo sexto de la misma obra, de la tradición de origen boeciano[23] (Boecio, *De duabus naturis et una persona Christi*, 3) retomada por Tomás de Aquino:

Las acciones están en los singulares. Es así como, de entre todas las sustancias, los singulares de naturaleza racional tienen un nombre especial. Este nombre es persona (*actiones autem in singularibus sunt. Et ideo etiam inter ceteras substantias quoddam speciale nomen habent singularia rationalis naturae. Et hoc nomen est persona*)" (Tomás de Aquino. *Summa Theologiae. Prima Pars*, q. 29, a. 1).[24]

Dejaremos aquí de lado la cuestión de estimar si la interpretación heideggeriana de la historia de la persona como un capítulo de la historia del sujeto-substancia es correcta o si, como han señalado algunos especialistas, no habría más bien que considerar a la historia del sujeto (y de la persona) en su dialéctica con la noción de hipóstasis, la cual constituiría, al menos dentro de una parte de la escolástica, un modo de de-substancializar a la hipóstasis para pensar el

[21] Heidegger se apoya aquí sobre Scheler, Max. (1916). *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, publicado en el *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*. Max Niemeyer Verlag, Halle s. S, Alemania, tomo II, pág. 243.

[22] Heidegger, Martin. (1927). *Sein und Zeit*. Niemeyer, Tübingen, Alemania.

[23] Boecio. *De duabus naturis et una persona Christi*, en: Migne, Jacques Paul (1857 -1866). *Patrologia Graeca*. Excudebat Migne, París, volumen 64, col. 1343: "Persona es la sustancia individual de naturaleza racional (*naturae rationabilis individua substantia*)".

[24] Tomás de Aquino. (1880). *Summa Theologiae*. Bloud. París, Francia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

problema de la Trinidad, el cual afectaría, de modo decisivo (pero exegéticamente inverso al heideggeriano), la noción de persona.[25]

Sin embargo, es necesario señalar una dimensión que, normalmente, se suele olvidar en la historia de la noción de persona: esto es, su dimensión y origen jurídico[26], lo cual reviste una importancia capital si tomamos en cuenta que, como sostienen muchos estudiosos, la noción teológica de persona consiste en una apropiación y resignificación de un término jurídico del mundo romano a través de la mediación de teólogos con formación jurídica como es el caso de Tertuliano (Schlossmann, 1906; Momigliano, 1992, págs. 83-92).[27]

Desde este punto de vista, la noción jurídica de *persona* en el *corpus* del derecho romano clásico es acaso una de las tres piedras angulares del universo teórico del derecho hasta el día de hoy. Como señala Gayo, el derecho se divide en "personas, cosas o acciones" (Gayo, *Institutas*, libro I: *Digesto*, I, 5, 1).[28] Así, nuestro interés en esta ocasión quedará circuncripto a la sola noción de persona a los fines de mostrar las transformaciones que esta categoría jurídica ro-

---

[25] Véase, por ejemplo, Agustín de Hipona. (1956). *De Trinitate*. Edición de Luis Arias. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, España, volumen VII, 5, 10 (pág. 485): "*Nefas est autem dicere ut subsistat et subsit deus bonitati suae atque illa bonitas non substantia sit uel potius essentia, neque ipse deus sit bonitas sua, sed in illo sit tamquam in subiecto. Vunde manifestum est deum abusiue substantiam uocari ut nomine usitatiore intellegatur essentia, quod uere ac proprie dicitur ita tu fortasse solum deum dici oporteat essentiam"*. En este texto, como puede apreciarse, se dejaría de lado el sujeto-sustancia de la tradición aristotélica.

[26] Como excepción, cf. Zarka, Yves-Charles. (1997). "L'invention du sujet de droit", en: *Archives de philosophie*, 60 / 4, París, Francia, págs. 531-550.

[27] Cf. Schlossmann, Siegmud. (1906). *Persona und prosopon, im Recht und in Christlichen Dogma*. Lipsius, Kiel, Alemania. Esta posición es ratificada por Momigliano, Arnaldo. (1992). "Marcel Mauss and the quest for the person in Greek biography and autobiography", en: Carrithers, Michael; Collins, Steven; Lukes, Steven. *The Category of the person. Anthropology, philosophy, history*. Cambridge University Press. Cambridge, Reino Unido.

[28] Gayo. *Institutas*, en: Justiniano, *op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mana sufre bajo su remodelización en un contexto cristiano medieval. Sin embargo, a diferencia de lo que suele hacerse, no seguiremos la noción jurídica de persona a través de los debates trinitarios sino que veremos cómo, en un ámbito aparentemente marginal como es el derecho monástico, se produce una de las transformaciones más radicales de la noción de persona cuya onda expansiva ha modelado de modo perdurable el derecho contemporáneo que todavía no ha realizado un inventario apropiado de los orígenes de dicha mutación.

Como lo han demostrado antropólogos y lingüistas, la noción de persona tiene el sentido orignal de "máscara" y proviene, con toda certeza, del mundo etrusco como muchas otras palabras terminadas en *–na*. También, según la hipótesis de Mauss, serían los estruscos quienes habrían, a su vez, tomado esta palabra del griego *prósopon* y quienes, a su vez, sirven de ligazón con los ritos de la hermandad de los *Hirpi Sorani* como rituales sagrados de las máscaras (Mauss, 1938, págs. 263-281).[29] Lo importante para nosotros es que tanto en el mundo del ritual como en el mundo del teatro (ambos íntimamente relacionados) el significado de "persona" como máscara sirve para desdoblar al individuo entre su ser físico y real y un ser ficticio que representa y con el cual no se confunde. De allí que, en el vocabulario latino propio del teatro se pueda hablar de "desempeñar un papel" (*personam sustinere*), "asumir un papel" (*personam gerere*), "tener un lugar en un papel" (*personae vicem gerere*). En este sentido, la persona es el doble ficcional del actor, el personaje, que nunca coincide con el ser físico de aquel.

Este sentido del vocablo entra rápidamente en la esfera jurídica para constituirse en el vocablo técnico más importante de todo el armazón de la jurisprudencia antigua (y

[29] Cf. Mauss, Marcel. (1938). "Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne et celle de 'moi'". *Journal of the Royal Anthropology Institute,* volumen LXVIII. London, Reino Unido.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

moderna, podríamos decir, ya que la noción de "sujeto de derecho" es meramente doctrinal y no se halla en las codificaciones). Allí también, el objetivo es distinguir la persona física, real, individual en su unidad biológica y psicológica, de su doble ficticio, artificio puro del derecho que lo transforma en sujeto de imputación normativa. Como lo define, para el derecho romano, uno de los máximos especialistas en la materia:

La unidad de la "persona" no recubre primeramente aquella de un sujeto psíquico o psicológico. Esta recubre primeramente, en todo caso originariamente, la unidad de un patrimonio. Esta unidad es de orden gestional. Se llamaba finalmente, persona, en derecho romano, al sujeto de derecho titular de un patrimonio, y los agentes (hijos, esclavos) que él incluía y quienes, por ello mismo, estaban habilitados a representarlo jurídicamente [....] El derecho reconocía tantas personas como patrimonios, más que individuos. De allí la posibilidad para un solo sujeto de contener varias personas, o para una sola persona de contener varios sujetos. Un mismo individuo, si se repartía entre dos patrimonios, constituía dos personas (Thomas, 1998, pág. 100).[30]

Así, en un ejemplo que nos proporciona Juliano:

El esclavo común tiene la persona de dos esclavos (*communis servus duorum servorum personam sustinet*). Si mi propio esclavo ha recibido una promesa de parte de un esclavo que nos es común a ti y a mi, todo ocurre, en esta única fórmula verbal, como si dos promesas hubiesen sido pronunciadas separadamente, una que habría dirigido a la persona de mi esclavo, y la otra que se habría dirigido a la persona del tuyo (Juliano, *Digesto*, 45, 3, 4).[31]

[30] Thomas, Yan. (1998). "Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit". *Le Débat*. París, Francia.

[31] Juliano. *Digesto*, en: Justiniano, *op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como explica Thomas, el derecho opera una verdadera disociación de sujetos y de cuerpos, para componer "personas". El esclavo común, individuo compartido entre dos amos, dividido entre dos patrimonios, pronuncia una sola promesa. Pero de su única boca salen dos palabras diferentes jurídicamente: una compromete al primer amo, la otra no compromete al segundo. En otras palabras, "lo que la naturaleza reúne en un cuerpo, en una boca, en una voz, el derecho lo disocia en dos fórmulas jurídicas distintas y en dos personas irreductibles" (Thomas, 1998, pág. 99).[32]

III. El estatuto jurídico de las reglas monásticas como fuente heterodoxa del derecho.

Uno de los laboratorios donde Occidente ha llevado adelante una verdadera transformación de la noción jurídica de persona ha sido en los estatutos de las reglas monásticas. Con todo, resulta ampliamente problemático comprender qué es un regla. Probablemente, en la filosofía contemporánea, sea Ludwig Wittgenstein quien se haya interrogado con mayor ahínco sobre la naturaleza de toda regla. En efecto, una pregunta central que no deja de ocupar al filósofo es: " '¿Cómo puedo seguir una regla? (*Wie kann ich einer Regel folgen?*)' – si ésta no es una pregunta por las causas (*Ursachen*), entonces lo es por la justificación (*Rechtfertigung*) de que actúe así, siguiéndola" (Wittgenstein, 1988, pág. 210-211).[33]

En otras palabras: ¿qué tipo de acción se pone en marcha toda vez que alguien decide seguir una regla?[34] Cuando Witt-

[32] Thomas, Yan. *op. cit.*

[33] Wittegenstein, Ludwig. (1988). *Philosophische Untersuchungen / Investigaciones filosóficas*. Crítica, Barcelona, España.

[34] Este problema ha dado lugar a lo que se conoce como la "paradoja de Wittgenstein" (anclada en la proposición §201 de sus *Philosophische Untersuchungen*). La más aguda enunciación de la misma se halla en Kripke, Saul. (1982). *Wittgenstein on Rules and Private*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

genstein aplica esta pregunta a las proposiciones gramaticales y a las matemáticas, su conclusión es que, en estos casos, las reglas no pueden ser ni verdaderas ni falsas. Sin embargo, Wittgenstein recusa la distinción entre proposiciones matemáticas y proposiciones ordinarias puesto que entre ellas no hay más que una diferencia en el tipo de lógica que determina la asignación de la certeza. En este sentido, es posible, equiparar, según el Wittgenstein de *Uber Gewissheit*, una proposición matemática de otra que exprese un contenido religioso dado que en ambos casos, lo que está en juego es una similar noción de necesidad (Crispin, 1980, pág. 415).[35]

De hecho, el problema de "seguir una regla" se halla estrechamente relacionado con el de establecer cómo y de dónde una proposición extrae su carácter necesario. Para Wittgenstein la necesidad de una regla no deriva de un estado de cosas del mundo sino de una decisión lingüística por medio de la cual implementamos un determinado "juego de lenguaje" que actúa como sistema de representación de la realidad. En cierto sentido, es el propio hablante, en situación, el que edifica la necesariedad de una regla que él mismo se impone. Sin embargo, este mismo tipo de problemática puede y debe aplicarse al problema de las reglas monásticas que, de algún modo, constituyen algo así como el zócalo arqueológico donde se pensó, por primera vez, lo que con el correr de los siglos se constituiría como la "paradoja de Wittgenstein" sobre el seguimiento de una regla.

Language. Basil Blackwell. Oxford, Reino Unido, págs. 7-56; sin embargo, es necesario destacar el ensayo pionero y fundamental de Bouveresse, Jacques. (1969). "La notion de 'grammaire' chez le second Wittgenstein", en: *Revue Internationale de Philosophie*, nº 88-89. París, Francia, págs. 319-338. Para una respuesta al planteo de Kripke, cf. Miller, Alexander y Wright, Crispin. (2002). *Rule-following and meaning*, Carleton University Press, Ottawa, Canadá. También es de enorme interés teórico, Holtzman, Steven Harold y Leich, Christopher Michael. (1981). *Wittgenstein: to follow a rule*. Routledge & Kegan Paul. London, Reino Unido.

[35] Cf. Wright. Crispin. (1980). *Wittgenstein on the Foundations of Mathematics*. Duckworth, London, Reino Unido.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Wittgenstein mismo habla de "la teología como gramática (*Theologie als Grammatik*)" (Wittgenstein, 1988, pág. 282)[36] y, efectivamente, en el caso de la primera, su constitución como dogma, establece *ipso facto*, el carácter necesario de sus proposiciones. Con todo, entre la necesariedad de una proposición matemática y otra de tipo teológico subsiste no sólo el vacío de indiferenciación que veía Wittgenstein, sino que la naturaleza de una y otra pueden distinguirse aún si ambas derivan de algún proceso decisional establecido en una interacción lingüística. Esta diferencia se funda en el hecho de que la necesariedad del dogma va de la mano con la punibilidad jurídica de su violación, algo que no se produce en otros juegos de lenguaje. En este sentido, seguir una regla teológicamente establecida guarda el mismo carácter problemático que toda regla jurídica, cuya violación, altera la situación de algún sujeto de imputación en el mundo. Esta *vis obligandi* del derecho añade un componente de violencia constitutiva en las reglas de un dispositivo jurídico que se halla ausente de otros sistemas formales como el matemático o el gramatical (que, no obstante, no carecen de sanciones a su violación, pero son de naturaleza extra-jurídica).

Habiendo realizado estas consideraciones, podemos entonces ahora intentar comprender lo que podríamos denominar la "paradoja de la regla monástica" dado que, en un gesto inesperado, la tratadística medieval ha podido hablar de una *regula vivendi*, de una "regla de vida". Es decir que, en una formulación en apariencia sorprendente, gramática y vida se funden en un inusitado dispositivo que busca transformar indisolublemente a la dimensión denotativa del lenguaje en una expresión (y no en una mera representación convencional) del mundo de la naturaleza y de la vida. Para intentar acercarnos a este problema, debemos entonces adentrarnos en el mundo de las reglas monásticas.

[36] Wittgenstein, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen, op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Hacia el año 404, Jerónimo recibió en su monasterio de Belén a un grupo de monjes provenientes del monasterio alejandrino de Metanoia quienes le pidieron que tradujese al latín la llamada "Regla de Pacomio", originalmente escrita en copto y posteriormente traducida al griego. Esta traducción latina de Jerónimo es la única que hoy se conserva del documento más antiguo del género teológico que se conoce como "regla de vida". Como ha sido señalado por uno de los más importantes estudiosos del monacato, Pacomio (como todos los fundadores de reglas monásticas) considera que el texto mismo no es sino una implementación o desarrollo de la forma de vida ya presente en el texto bíblico (De Vogüé, 1980, pág. 12).[37] En este sentido, la regla es una vida evangélica codificada según un particular sistema normativo.

En este sentido, resulta de gran riqueza historiográfica la constatación de que la Comunidad (*koinonía*) pacomiana incluía una diversidad de concepciones teológicas que permiten a los estudiosos hablar de una multiplicidad o amalgama de creencias muchas veces disímiles y enfrentadas entre sí donde "las fronteras entre individuos, grupos o literaturas eclesiástica o doctrinalmente distintos aparecen extraordinariamente fluidas" (Goehring, 1999, pág. 216)[38] y, por ello, los pacomianos podían, sin ninguna dificultad, leer textos que posteriormente se considerarían heterodoxos o heréticos (Robinson, 1990).[39] Sin embargo, lo que resulta decisivo es que, por encima de estas diferencias doctrinales, existía el común acuerdo de instaurar una novedosa forma legislativa conocida como *regula* para decidir sobre las formas que debía adoptar la vida del monje. Y, según la perspectiva que

[37] De Vogüé, Adalbert. (1980). *Pachomian Koinonia*, vol. I: *The Life of Saint Pachomius and his Disciples*. Cistercian Publications. Kalamazoo, Estados Unidos de América.

[38] Goehring, James. *Ascetics, Society and the Desert. Studies in Early Egyptian Monasticism*. Trinity Press. Harrisburg, P.A., Estados Unidos de América.

[39] obinson, James. (1990). *The Pachomian Monastic Library at the Chester Beatty Library and the Bibliothèque Bodmer*. Institute for Antiquity and Christianity. Claremont, Estados Unidos de América.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aquí seguimos, lo que resulta de capital importancia es comprender el carácter de la normatividad presente en la regla y para ello no es necesario buscar, infructuosamente, "convicciones que mitiguen la aparente ferocidad de una legislación uniforme" (Rousseau, 1985, pág. 88).[40]

Michel Foucault ha sugestivamente señalado que el monasterio ha actuado como un auténtico paradigma para todas las formas de las modernas instituciones disciplinarias, desde el cuartel militar, hasta la escuela, pasando por el hospital y la fábrica capitalista. En efecto, Foucault (1975) sostiene claramente que la teología y el ascetismo son los antecedentes inmediatos de la sociedad disciplinaria: "la era clásica no la ha inaugurado; la ha acelerado, ha cambiado su escala, le ha proporcionado instrumentos precisos" (pág. 141).[41] Sin embargo, si bien es posible sostener que las configuraciones disciplinarias encuentran su arquetipo en el monasterio y, por lo tanto, son también, una forma teológica secularizada del ejercicio del poder, también es cierto que los modelos militares actuaron, en el origen del poder pastoral, también como uno de las tantas fuentes en las cuales los monjes hallaron su inspiración para la constitución de las comunidades del desierto.

Por sólo dar un ejemplo, en la *Regla de Pacomio* podemos leer que "si durante los cantos, las oraciones o las lecturas, alguien habla o ríe, deberá desatarse su cinturón (*solvet cingulum*) inmediatamente y se dirigirá al altar con la cabeza gacha (*inclinata cervice*) y los brazos caídos (*manibus ad inferiora depressis*)" (Pacomio, *Regula S. Pachomii*, I).[42] Precisamente, el gesto de desatarse el cinturón denota un claro origen militar dado que en el ejército romano,

[40] Rousseau, Philip. *Pachomius. The Making of a Community in Fourth-Century Egypt,* California: California University Press: 1985 p. 88.

[41] Foucault, Michel. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Gallimard. París, Francia.

[42] Para la regla de Pacomio que se utiliza la siguiente edición: Boon, Amand. (1930). *Pachomiana Latina. Règle et Épîtres de St. Pachôme, Épître de St. Théodore et "Liber" de St. Orsiesius*. Bureaux de la Revue. Louvain, Bélgica.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

esta acción precedía a una expulsión de las filas. En esta perspectiva, algunos estudiosos han podido así relacionar teológico-políticamente la conformación de una verdadera *militia Christi* bajo la forma de una comunidad monacal (Lehmann, 1951, págs. 1-94).[43]

Esto nos obliga a admitir, entonces, que también en sus inicios, los monasterios surgieron de modelos políticos teologizados (Assmann, 2000)[44] y que la comunidad monástica es la forma que consagra una politicidad de orden completamente novedoso en el mundo antiguo. Por ello mismo, la regla define explícitamente su contenido como *praecepta vitalia*, es decir, como normas jurídicamente vinculantes cuyo objetivo es disponer zoopolíticamente de una vida para darle una forma legislativamente modelada.

Al mismo tiempo, esta necesariedad jurídica es establecida por la regla a partir de otra institución jurídica, el *votum*, o juramento sagrado de pertenencia (Ruppert, 1971)[45] en el que el monje que ingresa al monasterio decide voluntariamente someterse a la obediencia de la *Regula* (de allí que la *Regula Pachomii* pueda tener todo un apartado dedicado a las penas que han de recibir quienes violen los mandatos de la misma). Como veremos, tanto la concepción de la regla como precepto jurídico, así como la institución del voto monástico son precedentes que, embrionariamente presentes ya en la primera regla históricamente conocida, serán posteriormente desarrollados de manera amplia por las órdenes monásticas maduras y la tratadística a ellas asociada.

---

[43] Lehmann, Konstantin. (1951). "Die Entstehung der Freiheitsstrafe in den Klöstern des hl. Pachomius" en: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 37.

[44] Assmann, Jan. (2000). *Herrschaft und Heil. Politische theologie in Altägypten, Israel und Europa*. Hanser Verlag. München, Alemania.

[45] Ruppert, Fidelis. (1971). *Das pachomianische Mönchtum und die Anfänge des klösterlichen Gehorsams*. Vier-Türme Verlag. Münsterschwarzach, Alemania.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tomemos el caso de la Regla de San Benito. Así, la primera pregunta que debemos despejar es la siguiente: ¿podemos considerar también de naturaleza jurídica a esta *Regula*? El hecho de que, normalmente, se incluyan a las órdenes monásticas dentro de la historia de la religiosidad no nos debe hacer olvidar que, en su origen mismo, éstas fueron planteadas como formas alternativas de *societas* y de *jus*. En efecto, ¿qué significa la palabra misma *regula* (regla)? Isidoro escribe:

"Canon" es el griego para lo que en latín es llamado "regla" (*Canon autem Graece, Latine regula nuncupatur*). Es llamado regla porque endereza y nunca hace que nadie pueda descarriarse (*aliorsum trahit*). Pero otros dicen que se llama regla (*regulam*) porque reina (*regat*) y presenta una norma para vivir de modo recto (*normam recte vivendi praebeat*), o corrige lo que está contrahecho (*distortum*) o deforme (*pravumque*) (Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, VI, 16).[46]

Vemos entonces que una regla es un canon destinado a corregir de manera soberana y, a través de un modo normativo, una determinada *forma vivendi*. La naturaleza jurídico-política del concepto queda aún más clara si recordamos la célebre definición de Graciano: "una constitución (*constitutio*) es ya sea civil o eclesiástica, y así, aquella que pertenece al foro civil es una ley civil (*ciuile ius*). Examinemos ahora qué es una ley eclesiástica. Se llama canon a la ley eclesiástica (*ecclesiastica constitutio nomine canonis censetur*)" (Graciano, *Decretum*, Pars I, 3).[47] El canon es, entonces, una de las formas de la ley, en este caso, una ley sacra emitida por la Iglesia. Dentro de las variedades de leyes sacras, se

[46] Isidoro de Sevilla. (2006). *Etymologies*. Edición de Barney, Stephen. Cambridge University Press. Cambridge, Reino Unido.

[47] Graciano. (1879). *Decretum magistri Gratiani. Ed. Lipsiensis secunda post Aemilii Ludovici Richteri curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg*. B. Tauchnitz. Leipzig, Alemania.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ha podido incluir a la *regula* como una forma muy especial, como ya veremos, de canon. La *Regula Monachorum* de San Benito recuerda que hay varias clases de monjes: "la primera es la de los cenobitas, esto es, la de aquellos que viven en un monasterio y que militan bajo una regla y un abad (*primum coenobitarum, hoc est monasteriale, militans sub regula vel abbate*)" (*Regula Sancti Benedicti*, I, 2).[48] Ya se mencionan aquí, los dos componentes dialécticos que determinan la vida del monasterio: la regla y el abad. En efecto, la función de este último consiste, sobretodo, en ser el representante del Mesías mismo dentro de la comunidad: "Se cree, en efecto, que hace las veces de Cristo en el monasterio, puesto que se lo llama con ese nombre (*Christi enim agere vices in monasterio creditur, quando ipsius vocatur pronomine*) según lo que dice el Apóstol" (*Regula Sancti Benedicti*, II, 2-3).[49]

Las funciones del abad son tres: enseñar (*docere*), establecer (*constituere*) y mandar (*iubere*), lo cual, en modo alguno quiere decir que el abad esté por encima de la disposición de la Regla dado que, a diferencia de la posición soberana, no puede dispensarse a sí mismo del cumplimiento de la ley. No existe para el abad ninguna forma de excepción al cumplimiento de la Regla que se impone a sí mismo y los otros:

"Mas el mismo abad haga todo con temor de Dios y observando la Regla (*cum timore Dei et observatione regulae omnia faciat)*, sabiendo que ha de dar cuenta, sin duda alguna, de todos sus juicios a Dios, justísimo juez" (*Regula Sancti Benedicti*, III, 11).[50] De este modo, la noción política de obediencia, se halla en el centro de articulación de la vida monástica en su conjunto:

---

[48] Para la Regla de San Benito se ha utilizado, en este artículo, la siguiente edición latina: Fry, Timothy. (1981). *The Rule fo St. Benedict in Latin and English with Notes*. The Liturgical Press. Collegeville, Estados Unidos de América.

[49] *Regula Sancti Benedicti, op. cit.*

[50] *Ibíd.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El primer grado de humildad es una obediencia sin demora (*primus humilitatis gradus est oboedientia sine mora)* 2. Esta es la que conviene a aquellos que nada estiman tanto como a Cristo […] Estos tales, dejan al momento sus cosas, abandonan la propia voluntad *(voluntatem propriam deferentes),* 8. desocupan sus manos y dejan sin terminar lo que estaban haciendo, y obedeciendo a pie juntillas, ponen por obra la voz (*vocem*) del que manda. 9. Y así, en un instante, con la celeridad que da el temor de Dios, se realizan como juntamente y con prontitud ambas cosas: el mandato del maestro y la ejecución del discípulo (*magistri iussio et perfecta discipuli opera*)" (*Regula Sancti Benedicti*, V, 1-9).[51]

En efecto, considerada en su aspecto más abarcador, la antropología cristiana tiene uno de sus pilares en la noción política de obediencia, la cual, en tanto negada por el pecado original de Adán, constituye el *Urphänomenon* que determina la existencia misma de la finitud y de la historia. "Ser obedientes a Dios" (*Theôi hupotassómenoi*) (Ignacio de Antioquía, *Ad Ephesios*, V, 13)[52] será entonces la máxima cardinal de la teología política cristiana (Schweitzer, 1904, págs. 91-109).[53] Como ya lo señalaba muy tempranamente Policarpo de Esmirna, "Dios reclamará su sangre a los que le desobedecen (*tôn apeithoúnton*)" (Policarpo de Esmirna, *Epistula ad Philipenses*, II, 1, 3).[54]

---

[51] *Ibíd.*

[52] Ignacio de Antioquía. *Ad Ephesios*, V, 13. Se ha utilizado la edición de Bosio, Guido. (1966). *I Padri Apostolici. San Policarpo.* Societa Editrice Internazionale. Torino, Italia.

[53] Schweitzer, Vinzenz. (1904). "Polykarp von Smyrna über Erlösung und Rechtfertigung", en *Theologische Quartalschrift*, 86.

[54] Policarpo de Esmirna. *Epistula ad Philipenses*, II, 1, 3. Se utilizado la edición de Bosio, Guido. (1966). *I Padri Apostolici. Sant'Ignazio d'Antiochia.* Societa Editrice Internazionale. Torino, Italia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por ello mismo, el monaquismo hará también del mandato de obediencia, la piedra basal de la vida según Cristo.[55] Y, de hecho, la *imitatio Christi* es el objetivo supremo de la vida monástica. Sin embargo, una vez establecidos estos principios rectores, es necesario interrogarse sobre los múltiples aspectos sobre los cuales legisla la regla. En principio, ningún aspecto de la vida del monje queda fuera de la jurisdicción de la regla: desde la posibilidad misma de hablar, "dada la importancia del silencio, rara vez se dé permiso a los discípulos perfectos para hablar aún de cosas buenas, santas y edificantes (*quamvis de bonis et sanctis et aedificationum eloquiis*)" (*Regula Sancti Benedicti*, VI, 3)[56] hasta la regulación del sueño y la liturgia:

en invierno, es decir, desde el primero de noviembre hasta Pascua, siguiendo un criterio razonable, levántense a la octava hora de la noche, a fin de que descansen hasta un poco más de media noche, y se levanten ya reparados. Lo que queda después de las Vigilias, empléenlo los hermanos que lo necesiten en el estudio del salterio y de las lecturas (*quod vero restat post vigilias a fratribus qui psalterii vel lectionum aliquid indigent meditationi inserviatur*). Pero desde Pascua hasta el mencionado primero de noviembre,

[55] Como un ejemplo entre muchos otros posibles, véase Agustín de Hipona. *Regula ad Servos Dei*, col. 1383 : "*Praeposito tanquam patri obediatur ; multo magis presbytero qui omnium vestrum curam gerit. Ut ergo cuncta ista serventur, et si quid servatum minus fuerit, non negligenter praetereatur, sed ut emendandum corrigendumque curetur, ad praepositum praecipue pertinebit, ut ad presbyterum, cujus est apud vos major auctoritas, referat quod modum vel vires ejus excedit* [edición utilizada: Migne, Jacques-Paul. (1844-1855). *Patrologia Latina*. Excudebat Migne. Volumen 32. París, Francia]. Para la teología medieval, cf. Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*, IIa IIae, q. 104 a. 4: "*Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, ille qui obedit movetur per imperium eius cui obedit, sicut res naturales moventur per suos motores. Sicut autem Deus est primus motor omnium quae naturaliter moventur, ita etiam est primus motor omnium voluntatum, ut ex supra dictis patet. Et ideo sicut naturali necessitate omnia naturalia subduntur divinae motioni, ita etiam quadam necessitate iustitiae omnes voluntates tenentur obedire divino imperio"*. Edición utilizada: Tomás de Aquino. (1880). *Summa Theologiae*. Bloud, París, Francia.

[56] *Regula Sancti Benedicti*, *op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el horario se regulará de este modo: Después del oficio de Vigilias, tras un brevísimo intervalo para que los hermanos salgan a las necesidades naturales (*quo fratres ad necessaria naturae exeant*), sigan los Laudes, que se dirán con las primeras luces del día (*Regula Sancti Benedicti*, VIII, 1-4).[57]

Pero desde luego, no tan sólo el dormir sino también la forma de hacerlo: "duerma cada cual en su cama (*singuli per singula lecta dormiant*). Reciban de su abad la ropa de cama adecuada a su género de vida. Si es posible, duerman todos en un mismo local" (*Regula Sancti Benedicti*, XXII, 1-5).[58] Del mismo modo, se establece también, la relación que los monjes pueden tener con los objetos del mundo:

Que nadie se permita dar o recibir cosa alguna sin mandato del abad, ni tener en propiedad nada absolutamente, ni libro, ni tablillas, ni pluma, nada en absoluto (*neque aliquid habere proprium, nullam omnino rem, neque codicem, neque tabulas, neque graphium, sed nihil omnino*), como a quienes no les es lícito disponer de su cuerpo ni seguir sus propios deseos. Todo lo necesario deben esperarlo del padre del monasterio, y no les está permitido tener nada que el abad no les haya dado o concedido (*Regula Sancti Benedicti*, XXXIII, 2-6).[59]

El régimen de los baños también se manda con escrupulosidad: "ofrézcase a los enfermos, siempre que sea conveniente, el uso de los baños (*balnearum usus*); pero a los sanos, especialmente a los jóvenes, permítaselos más difícilmente" (*Regula Sancti Benedicti*, XXXVI, 8)[60] no menos que el régimen dietético: "nos parece suficiente que

[57] *Ibíd.*

[58] *Ibíd.*

[59] *Ibíd.*

[60] *Ibíd.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en la comida diaria, ya se sirva ésta a la hora sexta o a la hora nona, se sirvan en todas las mesas dos platos cocidos a causa de las flaquezas de algunos, para que el que no pueda comer de uno, coma del otro" (*Regula Sancti Benedicti*, XXXIX, 1-3).[61] También las horas en que estas comidas han de tomarse están prescriptas: "Desde Pentecostés, durante el verano, si los monjes no trabajan en el campo o no les molesta un calor excesivo, ayunen los miércoles y viernes hasta nona, y los demás días coman a sexta. Quede esto bajo el gobierno del abad (*in abbatis sit providentia*)" (*Regula Sancti Benedicti*, XLI, 1-4).[62] Los aspectos bajo el control de la regla se amplían hasta incluir, desde luego, el trabajo y toda la actividad diaria del monasterio, los cuales se hallan estrictamente reglados:

desde Pascua hasta el catorce de septiembre, desde la mañana, al salir de Prima, hasta aproximadamente la hora cuarta, trabajen en lo que sea necesario. Desde la hora cuarta hasta aproximadamente la hora de sexta, dedíquense a la lectura. Después de Sexta, cuando se hayan levantado de la mesa, descansen en sus camas con sumo silencio, y si tal vez alguno quiera leer, lea para sí, de modo que no moleste a nadie (*aut forte qui voluerit legere sibi sic legat ut alium non inquietet*). Nona dígase más temprano, mediada la octava hora, y luego vuelvan a trabajar en lo que haga falta hasta Vísperas (*Regula Sancti Benedicti*, XLVIII, 3-6).[63]

Entre los innumerables aspectos de los que se ocupa la regla, también se halla la correspondencia y los obsequios:

en modo alguno le es lícito al monje recibir cartas, eulogias o cualquier pequeño regalo de sus padres, de otra persona o de otros monjes, ni tampoco darlos a ellos, sin la autorización

[61] *Ibíd.*

[62] *Ibíd.*

[63] *Ibíd.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del abad (*nullatenus liceat monacho neque a parentibus suis neque a quoquam hominum nec sibi invicem litteras, eulogias vel quaelibet munuscula accipere aut dare sine praecepto abbatis*) (*Regula Sancti Benedicti* LIV, 1).[64]

Y así también la vestimenta:

por nuestra parte, sin embargo, creemos que en lugares templados a cada monje le basta tener cogulla y túnica (la cogulla velluda en invierno, y ligera y usada en verano), un escapulario para el trabajo, y medias y zapatos para los pies. No se quejen los monjes del color o de la tosquedad de estas prendas (*de quarum rerum omnium colore aut grossitudine non causentur monachi*), sino acéptenlas tales cuales se puedan conseguir en la provincia donde vivan, o que puedan comprarse más baratas. Preocúpese el abad de la medida de estos mismos vestidos, para que no les queden cortos a los que los usan, sino a su medida (*Regula Sancti Benedicti*, LV, 4-8).[65]

Como puede verse, la Regula está destinada a abarcar todos los aspectos de la vida del monje mediante una gestión integral de su vida, basada en el precepto de la obediencia teológico-política, que se extiende desde su ingreso a la comunidad monacal hasta el final de su existencia y más allá.

IV. El problema del estatuto jurídico del *usus pauper* como genealogía de la biopolítica moderna en su aspecto gestional

Ahora bien, los ejemplos podrían multiplicarse indefinidamente. No obstante, antes de extraer una conclusión parcial y provisional sobre este aspecto tan particular de todas

[64] *Ibíd.*

[65] *Ibíd.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las reglas monásticas –aquí ejemplificado por las de Pacomio y San Benito– es prioritario reflexionar un instante sobre el estatuto mismo de estas reglas las cuales son, estrictamente, de orden jurídico. Que este hecho pueda ser sorprendente no es algo que se les haya escapado a los monjes mismos que observaban la regla. Y es por ello que cuando el abad Eudes estaba a la cabeza del monasterio de Saint-Pierre de Chartres, religiosos de este convento le escribieron a Bernardo de Claraval para preguntarle cuál era la naturaleza resultante para ellos, ya de la Regla de San Benito, ya de sus estatutos. Es decir, la regla monástica, ¿debía tomarse como un consejo o como un precepto? Ambos conceptos pertenecían al vocabulario más estrictamente técnico del derecho romano. Así por ejemplo:

> Mas por tu interés interviene mandato, por ejemplo, si yo te mandara, que coloques tu dinero en compras de predios antes que prestarlo a interés, o por el contrario, que lo prestes a interés, antes que colocarlo en compras de predios; cuya especie de mandato es más bien consejo que mandato (*mandatum magis consilium est*), y por esto no es obligatorio, porque nadie se obliga por un consejo, aunque no le convenga a quien se deba, porque cada cual es libre de explorar en sí mismo si le conviene el consejo (Gayo, *Asuntos Comunes*, libro II en: *Digesto,* 17.1.2.6).[66]

Como puede verse, el consejo (*consilium*) es una mera sugerencia no obligatoria de un camino a seguir, mientras que el precepto (*praeceptum*) es jurídicamente vinculante y no puede desobedecerse so pena de incurrir en una infracción legal. Bernardo de Claraval responde a esta cuestión en lo que constituye una de sus obras maestras estableciendo lo siguiente:

[66] Gayo. *Asuntos Comunes*, en: Justiniano, *op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ustedes me preguntan hasta qué punto es obligatoria [la *Regula*] para aquellos que hacen profesión de ella: en otros términos, ustedes quieren saber si todas las partes son preceptos, de suerte que no se pueda transgredir uno sólo sin peligro, o si, en cambio, éstas no son otra cosa que consejos o recomendaciones y, por consiguiente, de poca o ninguna importancia para aquellos que las profesan, de suerte que, transgredirlas, sería para ellos una falta ligera o inexistente (*putanda sint esse praecepta, consequenter et damnosa transgredienti: an consilia tantum vel monita, et ob hoc nullius, aut non magni ponderis sit ipsorum professio; nullius, aut non gravis culpae ipsorum praevaricatio*); o bien si, en el número de sus disposiciones, unas son preceptos y las otras sólo consejo […] Así, según mi criterio, la regla de San Benito se propone a todo el mundo y no se impone a ninguno (*regula sancti benedicti omni homini proponitur imponitur nulli*). Es un bien abrazarla y practicarla con devoción, pero no es tampoco un mal no someterse a ella (*non tamen si non suscipitur obest*); de allí concluyo que, de parte de quien la recibe, ella es voluntaria, y de parte de quien la propone, es libre. Sin embargo, si de parte de quien la acepta es voluntaria, una vez que la ha aceptado y ha prometido observarla (*si quis ex propria voluntate semel admiserit et promiserit deinceps tenendum*), ésta se convierte en necesaria para él (*profecto in necessarium sibi ipse convertit*) y no es ya más libre de no observar aquello de lo que era perfectamente libre de no aceptar (*nec iam liberum habet dimittere*, *quod ante tamen non suscipere liberum habuit*), de suerte que lo que ha comenzado por una acto de su voluntad, deberá continuarlo por el hecho de la necesidad (*ideoque quod ex voluntate suscepit ex necessitate tenebit*), puesto que es absolutamente necesario que "cumpla los votos que sus labios han pronunciado" [*Ps*. 65, 13-14]; de ahora en adelante, es por su propia boca que será condenado o justificado […]todas las otras prescripciones de la regla de San Benito sólo son sim-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ples recomendaciones y buenos consejos para aquellos que no hacen profesión de esta regla, no se peca en absoluto si no se las observa. Pero, para aquellos que hacen de ella una profesión, son preceptos que no se pueden violar sin pecar" (Bernardo de Claraval, *De praecepto et dispensatione*, 1-2).[67]

La respuesta de Bernardo, como ha sido magistralmente demostrado por Emanuele Coccia (2010), es sumamente compleja dado que no establece que la Regla, en sí misma, sea consejo o precepto (págs. 127-146).[68] Esto depende exclusivamente de la voluntad de quien toma el *votum* monástico (o juramento de valor jurídico que oficializa la pertenencia a la nueva comunidad). Es decir, para un laico, la Regla es simplemente un consejo pero para el monje tiene un carácter estrictamente jurídico-normativo. Ahora bien, ¿de dónde extrae la regla monástica su fuerza-de-ley? Esta proviene del *votum* del monje: es decir la *vis obligandi* de la ley monástica descansa sobre la propia voluntad de obediencia del monje (y no en ningún tipo de opresión externa), el cual, una vez que ha prestado su asentimiento, deja que su vida misma se convierta en enteramente sagrada incluso hasta después de su propia muerte dado que ni esta última, como escriben los tratadistas, puede anular la fuerza del *votum*.

En efecto, podemos ver la magnitud de la transformación que el derecho monástico opera sobre el antiguo derecho romano y la categoría de persona jurídica. Si la casuística romana había puesto un cuidadoso empeño en distinguir entre la persona física como unidad biológica y psicológica de su doble ficticio en la esfera de la norma y la imputabilidad, con el monaquismo se introduce un tipo nuevo de normati-

[67] La edición utilizada es la siguiente: Bernardo de Claraval. (1963). *Sancti Bernardi Opera*. Edición de J. Leclerq, y H.-M Rochais. Editiones Cistercienses. Roma, Italia. Sobre este particular, cf., 2010, pp. 127 - 146.

[68] Coccia, Emanuele (2010). "La legge della salvezza: Bernardo di Clairvaux e il diritto monástico", en: *Viator* 41/3.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vidad que no distingue ya más entre una persona real y otra ficticia, puesto que la regla y la vida coinciden plenamente, la persona ficticia del derecho y la persona física se hacen una sola y la misma realidad. En este sentido, estamos frente al escenario, inaudito hasta ese momento, de una ley que se encarna plenamente en la vida biológica misma de los sujetos de derecho y que, al mismo tiempo, legisla sobre aspectos que, en el mundo romano, estaban excluidos del mundo jurídico por considerárselos estrictamente privados: así, por ejemplo, la alimentación, la vestimenta, el sueño, la posibilidad de utilizar un objeto personal, las horas del baño, de la lectura y así sucesivamente. En el mismo gesto, entonces, se entrelazan esferas que, como la de lo necesario y lo voluntario, lo jurídico y la ética, habían permanecido, hasta ese momento, separadas.

En este punto, el derecho monástico introduce dentro del espacio público de la ley aquellos aspectos que, en el derecho romano, pertenecían a la esfera privada o, si se quiere, establece una neta coincidencia entre lo público y lo privado hasta el punto en que ambas esferas, constitutivas de la política clásica, se tornan indistinguibles. En efecto, como hemos visto, la filosofía antigua –representada en nuestro caso por Aristóteles– edificaba la reflexión política a partir de una definición ontológica de la naturaleza y, concomitantemente, de la posición que el hombre, como animal político, ocupa en el seno de aquella. Desde esa perspectiva, la filosofía política es una indagación metafísica que parte de una determinación de los contornos de la naturaleza y que se ajusta a sus ritmos, potencialidades y límites.

Por oposición a ello, el derecho se constituye como una voluntad antropotécnica cuyo designio es la manipulación consciente de la *physis* originaria a través de los dispositivos propios de un sistema jurídico. En ese sentido, el derecho no opera a partir de los datos de la naturaleza sino que constituye a la naturaleza misma como un artificio diseñado por la eficacia performativa de la ley. Por ejemplo, a través

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la noción de persona, el derecho desdobla explícitamente al animal humano, en tanto ente físico, de su avatar ficcional, de su ser puramente jurídico que en nada sigue los designios de la *physis* sino que, al contrario, se opone por definición a ellos.

Con todo, esto no implica que la filosofía y el derecho antiguos se encontrasen en posiciones necesariamente antagónicas dado que el carácter técnico del derecho es un dispositivo de acción sobre el sustrato natural de la vida humana. Sin embargo, los vectores de ambos campos siguen orientaciones diferentes: uno en dirección a la naturaleza, el otro utilizando los mecanismos ficcionales de los agenciamientos legales para orientar y capturar a la naturaleza en direcciones que van más allá de sus posibilidades originarias. A pesar de ello, el mundo antiguo mantenía todavía una distancia con aquella vida que el derecho tenía que conducir. La ficción tripartita de la persona, la cosa y la acción permitía la apertura de un espacio que establecía, en el mismo gesto, una interfaz que relacionaba el derecho con la vida al mismo tiempo que mantenía ambos dominios separados por la artificialidad de los dispositivos encargados de dominar la vida.

La teología política del cristianismo produjo, en este panorama, una mutación de características inusitadas en el seno del derecho antiguo dado que, por primera vez, el carácter mesiánico de la ley pudo lograr que esta coincidiera plenamente con la vida. La vida evangélica pronto se plasmó en la *forma vivendi* de los monasterios de Oriente y Occidente que actuaron como verdaderos centros donde el sistema del derecho sufrió una alquimia jurídico-política en la cual naturaleza y ley se tornaron indistinguibles. Las *regulae* de los monasterios cristianos son los primeros ejemplos de una nueva forma de derecho que hasta ese momento el mundo occidental no había conocido y cuyos lineamientos perduran en el mundo contemporáneo. A partir del momento en que el Mesías mismo fue concebido

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como una ley encarnada (Clemente de Alejandría. *Stromata*, I, 181, 4-5)[69] y los monjes constituyeron su vida como una auténtica *imitatio Christi*, se estableció lo que hemos dado en llamar "paradoja de la regla monástica".

A partir de entonces, "seguir una regla" se transformó en un sintagma que podría reescribirse como "vivir según las reglas internas de la vida" puesto que, en el derecho monástico, tuvo lugar un experimento jurídico y ontológico donde la vida fue fundida en un solo cuerpo con la ley y, en consecuencia, esta última fue concebida como *regula*, es decir, como norma inmanente capaz de gestionar normativamente el curso de la vida. Dicho de otro modo e invirtiendo completamente el *dictum* wittgensteiniano, la vida se transformó entonces en la nueva surgente misma de la ley.

V. La pobreza franciscana o la interrelación heterodoxa entre el derecho y la economía modernas

En este artículo defendemos la hipótesis de que las reglas monásticas no son una abdicación del derecho, como proponen otras interpretaciones sino que, al contrario, constituyen un proceso de mutación del derecho por el cual este, progresivamente, se convierte en una "norma inmanente" a la vida que será el laboratorio de la moderna biopolítica de la normalización estudiada por Foucault. Ahora bien, no es menos cierto que esta nueva normatividad parece anclarse, sobre todo el caso de los Espirituales franciscanos, sobre una *Dominum abdicacio proprietatis*, es decir, una esfera económica postulada como ajena al comercio y el mercado. Así por ejemplo, desde la perspectiva de Agamben, el antinomismo jurídico de los franciscanos radicales se corresponde con una renuncia a todo uso eco-

[69] La edición utilizada corresponde a Clemente de Alejandría. (1869). O*pera*. E Typographeo Clarendoniano, Oxonii, Reino Unido.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nómico de los objetos del mundo y, en última instancia, con una deposición de todo derecho de propiedad.

El siglo XIII y el comienzo del siglo XIV estuvieron marcados, justamente, por las disputas en torno a la *forma paupertatis*, esto es, la opción por la pobreza extrajurídica realizada por los franciscanos espirituales pero rechazada por los conventuales y el Papado (Flood, 1996, págs. 31-53).[70] Diversas bulas papales fueron marcando el ritmo del conflicto: la *Quo Elongati* (1230), la *Ordinem vestrum* (1245), la *Quanto studiosius* (1247), la *Exiit qui seminat* (1279) y, finalmente, las bulas de Juan XXII que terminaron con las concesiones de las precedentes: tanto la *Ad conditorem canonis* (1322) como la *Cum inter nonnullos* (1323) negaron la posibilidad de cualquier uso independiente de la propiedad jurídica de la cosa.[71]

Por cierto, importantísimos tratadistas intentaron defender la posición de la pobreza absoluta, el *usus pauper* franciscano: baste recordar a Buenaventura de Bagnoregio, Hugo de Digne, Juan Peckham, Tomás de York, Ubertino de Casale, Pedro de Olivi, Guillermo de Ockham, Marsilio de Padua, entre otros. Desde el punto de vista de Agamben (2011), "la

[70] Flood, David. (1996). "Franciscan Poverty: a brief survey", en: Gedeon, Gál - Flood, David (editores). *Nicolaus Minorita, Chronica Documentation on Pope John XXII, Michael of Cesena, and the Poverty of Christ, with Summaries in English (Latin Edition) - a Source Book. Franciscan Institute Publications*. St. Bonaventure University. New York, Estados Unidos de América.

[71] Sobre el conflicto y su historia, cf. Grundmann, Herbert. (1935). *Religiöse Bewegungen im Mittelalter*. Emil Ebering. Berlin, Alemania; Moorman, John. (1968). *A history of the Franciscan Order from its origins to the year 1517*. Clarendon Press, Oxford, Reino Unido; Tierney, Brian. (1972). *Origins of Papal Infallibility, 1150-1350. A Study on the Concepts of Infallibility, Sovereignty and Tradition in the Middle Ages*. Brill. Leiden, Holanda; Lambert, Malcolm. (1998). *Franciscan Poverty. The Doctrine of the Absolute Poverty of Christ and the Apostles in the Franciscan Order, 1210-1323*. The Franciscan Institute. St. Bonaventure, Estados Unidos de América; Burr, David. (2001). *The Spiritual Franciscans. From Protest to Persecution in the Century after Saint Francis*. Pennsylvania State University. Pennsylvania, Estados Unidos de América; Mäkinen, Virpi. (2001). *Property Rights in the Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty*. Peeters. Leuven, Bélgica.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

abdicatio iuris (con el retorno que esta implica al estado de naturaleza precedente a la caída) y la separación de la propiedad respecto del uso, constituyen el dispositivo esencial, del cual los franciscanos se sirven para definir técnicamente la peculiar condición que llaman pobreza" (pág. 139).[72]

Para sostener esta hipótesis, Agamben (2011) se apoya en autores como Pedro de Juan Olivi para quien "la *abdicatio iuris* y la vida por fuera del derecho son sólo aquí la materia que, determinándose por medio del *usus pauper*, debe hacerse forma de vida" (pág. 173).[73] Sin embargo, Agamben sólo utiliza parcialmente los textos de Olivi y de los franciscanos en general puesto que, si bien estos han sido los más acérrimos defensores de una pobreza radical, al mismo tiempo, han sido los autores de los más importantes tratados medievales sobre los contratos, la usura y la economía de mercado.

En otros términos, el panorama trazado por Agamben, creemos, debe ser complejizado al incluir, por ejemplo en el caso de Olivi, no sólo sus escritos sobre la pobreza franciscana sino también sus textos (no tratados por Agamben) sobre la riqueza en la sociedad civil. Sólo de esta manera podremos estar en condiciones de comprender, de un modo más matizado, lo que está en juego en el problema del *usus pauper*. En este sentido, sabemos que el pensamiento teológico medieval había condenado la usura[74] pero, en los desarrollos franciscanos, puede apreciarse una modificación de esta perspectiva dado que lo condenable será entonces no el dinero en cuanto tal sino la usura entendida como la apro-

[72] Agamben (2011), *op. cit.*

[73] Agamben. (2011), *op. cit.*

[74] El problema de la usura en el pensamiento económico medieval es de grandísima complejidad. Cf. los importantes análisis de Noonan, John. (1957). *The Scholastic Analysis of Usury*. Harvard University Press. Massachusetts, Estados Unidos de América y Langholm, Odd. (1992). *Economics in the Medieval Schools: Wealth, Exchange, Value, Money and Usury according to the Paris Theological Tradition, 1200-1350*. Brill, Leiden, Holanda.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

piación y conservación del dinero fuera del circuito productivo a título de atesoramiento personal. Al contrario, el dinero que permite la proliferación de los intercambios comerciales no sólo no será condenado sino que será fomentado por los propios franciscanos.

En efecto, los teóricos de la orden franciscana se dedicarán a pensar el problema de la pobreza dentro del marco, mucho más amplio, de las relaciones económicas que deben tener lugar en las distintas escalas de la sociedad: desde los reinos hasta las compraventas entre miembros de una misma agrupación profesional. Por lo tanto, una variedad de usos se pondrán a consideración: el uso mercantil, el uso pobre, el uso eclesiástico o el uso cotidiano (Todeschini, 2008, pág. 114).[75] Aunque el *usus facti* integra la cima de la vida perfecta (Grossi, 2000, págs. 113-189)[76], de ningún modo el pensamiento franciscano proponía que este debía ser el único modelo de la vida económica. Al contrario, este último era únicamente el paradigma propuesto para los monjes de la Orden mientras que, en el mismo gesto, propugnaban por el crecimiento económico de la sociedad (Piron, 2012, págs. 49-73).[77]

En efecto para Olivi, probablemente el máximo teórico de los franciscanos espirituales, existe una perfecta justificación para la existencia de la riqueza en la sociedad civil que es perfectamente compatible con la elección de "vida perfecta" sostenida por la orden franciscana:

---

[75] Todeschini, Giaccomo. (2008). *Richesse franciscaine. De la pauvreté volontaire à la société de marché*. Verdier. París, Francia.

[76] Grossi, Paolo. "Usus facti. La nozione dei proprietà nella inaugurazione dell'età nuova", en: Grossi, Paolo. *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Giuffrè. Milano, Italia.

[77] Piron, Sylvain. (2012). "Les mouvements chrétiens de pauvreté au Moyen Âge central", en: Bourg, Dominique; Roch, Philippe (editores). *Sobriété volontaire : en quête de nouveaux modes de vie*. Labor et Fides. Genève, Suiza.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La segunda [razón] concierne la providencia divina (*providenciam dei*) que es ampliamente condescendiente con la imperfección de los humanos (*infirmitate humane*) después de la caída del primer hombre (*post lapsum primi hominis*) y no exige de ellos todo lo que requeriría la más perfecta equidad, estricta y entera. La recta razón (*recta racio*) enseña en efecto que es necesario gobernar y dirigir a los imperfectos de otro modo que a los que se portan bien y por ello todo vicio de este género no debe contarse como un pecado mortal (*non omne vicium in huiusmodi imputatur ad mortale*). Ahora bien, resulta del Decálogo y de otros pasajes de la Escritura santa que toda rapiña y toda usurpación deliberada y voluntaria del bien de otro contra la voluntad de su propietario es un pecado mortal para nosotros; por lo tanto, un exceso en los precios de los bienes en venta no es entonces una rapiña, un robo o una usurpación del bien de otro (Olivi, *Tractatus de contractibus*, II, 56).[78]

Como puede verse, la providencia divina administra una *oikonomia* humana en la cual la perfección y la imperfección son gradientes de una misma intensidad que puede ser recorrida legítimamente por distintos miembros de la sociedad mientras se respeten los mandamientos del Decálogo. En este sentido, la riqueza es una forma de uso del dinero propia de los imperfectos (que no son pecadores mortales) y que, al contrario, pueden contribuir, en su justa medida y en armonía con la providencia, al bienestar de la *societas* en su conjunto.

Al mismo tiempo, es posible encontrar en Olivi la primera formulación proto-conceptual de lo que luego devendrá la categoría central de análisis para el naciente capitalismo occidental. Podemos leer:

[78] Olivi, Pierre de Jean. (2012). *Tractatus de contractibus*. Edición y comentarios de Sylvain Piron. Les Belles Lettres. París, Francia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La razón por la cual él puede vender o intercambiar su trigo a tal precio proviene, por un lado, del hecho de que a quien le presta se supone que debe devolverle el equivalente probable o preservarlo de la pérdida de su lucro probable (*probabilis lucri*); por otro lado, de que lo que está destinado, por una firme decisión de su propietario, a producir una cierta ganancia probable no tiene solamente el carácter del dinero simple o de la cosa misma, sino que contiene además una cierta razón seminal de ganancia (*racionem seminalem lucri*) que nosotros llamamos comúnmente capital (*quam communiter capitale vocamus*); tampoco debe solamente devolver el valor simple de la cosa sino también este valor sobreagregado (*valor superadiunctus*) (Olivi, *Tractatus de contractibus*, II, 63).[79]

Ciertamente, lo que aquí Olivi denomina, en lengua occitana y no en latín "capital", no es completamente sinónimo de la futura noción marxista aunque, en más de un aspecto, la prefigura y era de uso corriente en los contratos comerciales del Mediterráneo occidental. Por cierto, también la noción de "valor sobreagregado" tiene un eco indudable de una forma de la futura "plusvalía". Sin embargo, en Olivi estos términos todavía están destinados a subrayar la diferencia entre la explotación usurera del dinero contrapuesta a la proliferación y circulación del dinero y de los bienes para el consumo sin que éstos queden estancados bajo la forma de la adquisición suntuosa.

Ahora bien, la creación de un mercado donde el *mercator* tiene la capacidad de calcular las fluctuaciones, la *ductilitas* y el valor futuro de una mercancía resulta un gran beneficio, según los franciscanos, para el desarrollo de las riquezas de la sociedad civil en tanto y en cuanto éstas no sean destinadas al atesoramiento personal sino la circulación en la esfera de la producción y del consumo. Desde este punto de vista,

[79] Olivi, Pierre de Jean, *op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no existe una contradicción, para los teóricos franciscanos, entre la "altísima pobreza" de los monjes y el *mercator* que se preocupa del valor sobreagregado del capital. Así, entre el siglo XIII y el XIV, los franciscanos disciernen, entonces, en el mercader una alta virtud, incluso un heroísmo cívico, hasta el punto de hacer de él un interlocutor privilegiado de los pobres de Cristo […] protagonista laico de la riqueza transitoria, es decir, de la inversión temeraria, el promotor de la circulación de riquezas útiles al conjunto de la sociedad cristiana (Todeschini, 2008, págs. 178-179).[80]

En este sentido, la árida disputa entre los franciscanos espirituales con el Papado a propósito del *simplex usus facti* como esfera extrajurídica no debe hacernos perder de vista que el propósito de los franciscanos no era alterar, de ningún modo, el orden socio-político de la *societas* cristiana. Agamben, al colocar exclusivamente el acento sobre la pobreza y el uso extrajurídico, ha pasado por alto todos los textos propiamente económicos de los franciscanos donde se puede apreciar un punto de vista completamente diverso a las tesis planteadas por el filósofo italiano las cuales, por lo menos, merecerían ser matizadas en cuanto a la radicalidad de los propósitos de los franciscanos espirituales. Como señala uno de los más importantes historiadores del fenómeno: "es la doctrina económica franciscana la que permite descubrir un significado religioso y una armonía mística en la organización económica de las ciudades y de los Estados gobernados por grupos familiares poderosos e incluso dinastías" (Todeschini, 2008, pág. 255).[81]

De este modo, podemos apreciar que la *oikonomia* teológica franciscana tiene estrechos lazos con la concepción de la vida como regla jurídica. En este proceso, la biopolítica de una norma que coincide plenamente con la vida a la que administra de modo inmanente en la regla, se complementa

[80] Todeschini, Giaccomo. (2008), *op. cit.*

[81] Todeschini, Giaccomo. (2008), *op. cit.*

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con una economía teológicamente orientada hacia la pobreza como un uso posible de las cosas en la perfección evangélica. Si la vida coincide con la regla, su mejor expresión se realiza en la *imitatio Christi* dado que en el Mesías, precisamente, la vida y la ley resultan indistinguibles. En este sentido, el Mesías desempeña, en la teología cristiana, el papel de señor de la historia y del gobierno del mundo. En dicho mundo, sin embargo, los franciscanos sostienen, los mercaderes pueden y deben prosperar en beneficio del conjunto de la comunidad política de los hombres.

VI. Conclusión

Si el mundo moderno puede ser caracterizado como aquel en el que la ley se transforma en procesos de normativización, una arqueología de dicha mutación debe ser rastreada en el paulatino proceso –que no podemos describir aquí– por medio del cual el derecho monástico pasó a formar parte del espesor jurídico de los Estados modernos bajo la forma de lo que se conoce como administración burocrática y cuyo eslabón perdido puede ser hallado entre las antiguas reglas de vida de los monjes tardo-antiguo y medievales (Napoli, 2009, págs. 225-250).[82] Por ello, el derecho monástico es un zócalo insoslayable de una historia biopolítica de la ley como gestión de la naturaleza cuyo contornos sólo hoy comenzamos a entrever y en donde, paralelamente, la onto-teo-logía hizo de la *zoè* el último bastión no deconstruido de la metafísica occidental.

En este sentido, hemos buscado por un lado mostrar, en diálogo crítico con Giorgio Agamben, que las reglas monásticas no reflejan tanto un "antinomismo" (Soares de Moura Costa

[82] Napoli, Paolo. (2009). "La visita pastoral: un laboratorio de la normatividad administrativa", en: Conte, Emanuele; Madero, Marta, *Procesos, inquisiciones, pruebas*. Manantial, Buenos Aires, Argentina.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Matos, 2012, págs. 277-342)[83] cuanto más bien una mutación del estatuto de la ley que adquiere, a partir de la edad clásica, progresivamente un estatuto que puede calificarse de normativo (Canguilhem, 1965, págs.155-169)[84] en el sentido de una gestión inmanente de la vida según los trabajos de Michel Foucault (1975) sobre estos procesos (págs. 180-186).[85] Por otra parte, hemos buscado subrayar que la "altísima pobreza" pregonada por la regla de vida franciscana no consiste meramente en una exaltación de la pobreza como una contestación de la vida jurídico-económica de una sociedad sino que, al contrario, puede ser entendida como uno de los usos posibles de las cosas y los bienes donde el mercado y la circulación de la riqueza son componentes fundamentales.

De esta forma, sería pertinente, incluso, retomar tanto el derecho monástico como la *oikonomia* franciscana como modos de sopesar críticamente la tesis weberiana que ha otorgado, probablemente, un peso excesivo al protestantismo en el origen del capitalismo prescindiendo de aportaciones fundamentales del cristianismo en esta compleja génesis (como aquí hemos querido sugerir).[86] Para esto, se torna importante considerar a las reglas monásticas como un fenómeno novedoso en el orden jurídico medieval que debe ser tomado en cuenta en la larga duración de la genealogía de la biopolítica moderna.

De esta forma, más que como una contestación a todo derecho y a toda economía, la regla monástica franciscana puede ser considerada como el grado cero de la ley y del

---

[83] Soares de Moura Costa Matos, Andityas. (2012). "ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΡ? apocalipse, exceção, violencia", en: *Revista Brasileira de Estudos Políticos* nº 105.

[84] Canguilhem, Georges. (1965). *La connaissance de la vie*. Vrin, París, Francia.

[85] Foucault, Michel. (1975), *op. cit.*

[86] Hay que reconocer, sin embargo, una nueva tendencia en los estudios weberianos que ha mostrado cómo, en el Max Weber maduro, existe una reflexión mucho más compleja y amplia sobre la importancia del cristianismo medieval y de la religión en general en los desarrollos de la economía moderna (Böhl, Meinrad. *Das Christentum und der Geist des Kapitalismus. Die Auslegungsgeschichte des biblischen Talentegleichnisses*. Böhlau Verlag. Köln-Weimar-Wien, Alemania).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mercado que, por su existencia misma como excepción, permite la proliferación del sistema legislativo y de los mercados económicos de las urbes del medioevo tardío tal y como lo postulan los teóricos franciscanos cuando se considera la totalidad de los *corpora* textuales disponibles y no solamente los textos dedicados al *usus pauper*. Agamben (2011) ha sostenido que "la altísima pobreza es la forma-de-vida que comienza cuando todas las formas de vida de Occidente han alcanzado su consumación histórica" (pág. 175).[87] Quizá sea posible matizar esta afirmación y, por otra parte, realizar una genealogía del monaquismo y, en particular, del franciscanismo como elementos fundamentales de las formas de vida que el capitalismo desplegará en el Occidente moderno en una historia que aún lejos está de haber concluido su camino (Clifford, 2013).[88]

En este recorrido, hemos podido constatar que las reglas monásticas medievales configuran un caso de heterodoxia jurídica pues, estas fuentes, nos permiten vislumbrar cómo un conjunto textual puede adquirir valor jurídico aún proviniendo de un ámbito en principio ajeno a lo jurídico. Y, al mismo tiempo, resulta un ejemplo paradigmático de la transformación progresiva de la ley en normatividad como proceso en curso en el mundo contemporáneo en todos los aspectos de la vida jurídica y económica de las sociedades globales (Todeschini, 2021)[89]. Hemos querido mostrar, entonces, que una concepción heterodoxa nos puede permitir una arqueología de nuestro presente que remonte en los siglos a los fines de comprender cómo la noción de vida ha podido, crecientemente, convertirse en objeto privilegiado de la administración jurídica.

---

[87] Agamben, Giorgio (2011), *op. cit.*

[88] Lawrence, Clifford. (2013). *The Friars: The Impact of the Early Mendicant Movement on Western Society (The Medieval World)*. I.B. Taurus & Co. London, Reino Unido.

[89] Todeschini, Giaccomo. (2021). *Come l'acqua e il sangue. Le origini medievali del pensiero economico*. Edizioni Carocci. Roma, Italia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los Estudios Políticos de la Decisión Judicial en América Latina[1]

Political studies of the judicial decision in Latin America

Gabriel Pereira[2]
Universidad Nacional de Tucumán (UNT)

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e546
Recibido: 04/08/2021
Aprobado: 02 /09/2021

https://orcid.org/0000-0002-4539-7692

Resumen: Este trabajo discute los Estudios Políticos de la Decisión Judicial (EPDJ), un campo de estudios empíricos del derecho que, enmarcado en los estudios socio-jurídicos, ha ingresado recientemente a la academia jurídica latinoamericana. Estos estudios consideran a las juezas como actoras políticas y utilizan herramientas

[1] El presente trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación "Cortes y Política: Nuevas formas de entender y explicar la decisión judicial" dentro del programa de investigación Proyecto de Investigacion de la Universidad Nacional de Tucuman (PIUNT), aprobado por resolución 0426/2020 del rector de esa universidad el 30 de septiembre de 2020.

[2] Gabriel Pereira es investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) e Investigador Afiliado del Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford. Es abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Realizó su doctorado en Ciencias Políticas y su postdoctorado en Sociología en la Universidad de Oxford. Es Profesor de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT, donde se desempeña como subsecretario de Investigación. Es cofundador y presidente de la organización de derechos humanos ANDHES.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

teóricas y metodológicas de las ciencias políticas para analizar su comportamiento. Se esfuerzan en analizar las decisiones judiciales no en forma descriptiva y/o normativa, sino que buscan explicar por qué los jueces deciden lo que deciden. Así, se discuten críticamente los modelos explicativos que entienden la decisión judicial como función de ciertas variables como las preferencias políticas de los jueces, las vicisitudes del contexto político donde operan, la ideológica jurídica a la que pertenecen y las propias prácticas de las burocracias donde desarrollan su cargo o se formaron como abogados. Especialmente, se analizan los marcos teóricos dominantes en América Latina y que estudiaron especialmente a los jueces de la Corte Suprema de Argentina. Finalmente, se revisan las razones históricas, teóricas y metodológicas que inicialmente obstaculizaron su ingreso al campo de los estudios socio-legales, para luego abordar algunos puntos que deberían revisarse a los fines de consolidar el ingreso de los EPDJ en la academia jurídica latinoamericana.

Palabras clave: Política y derecho, Estudios socio-jurídicos, decisión judicial, estudios empíricos del derecho.

Abstract: This paper discusses the political studies of the judicial decision as a field of empirical studies of law that, framed in socio-legal studies, has recently entered the Latin American legal academy. These studies consider female judges as political actors and use theoretical and methodological tools from political sciences to analyze their behaviour. These studies attempt to analyze judicial decisions, not in a descriptive and/or normative way, but seek to explain why judges decide what they decide. In that way, explanatory models that understand the judicial decision as a function of certain variables are critically discussed. These variables can be judges' ideology, judges' political preferences, the political context in which they operate, their legal ideology, the practices of the bureaucracies where they carry out their position or were trained as lawyer. Furthermore, the dominant theoretical frameworks in Latin America are analized, which especially studied the judges of the Supreme Court of Argentina Finally, this paper discusses the historical, theoretical and methodological reasons that initially hindered their

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entry into socio-legal studies. It concludes by bringing attention to crucial issues that need to be addressed to consolidate the status of the political studies of the judicial decision into the Latin American legal academy.

Keywords: Law and Politics, Socio-legal studies, Judicial politics, Judicial decision

I. Introducción

El realismo jurídico anglosajón ha sembrado la semilla de una amplia gama de literaturas jurídicas que dejaron en evidencia la fragilidad los límites impuestos por la tradición jurídica. Esta tradición, nutrida de corrientes formalistas[3] como re-contructivistas[4], fijan los límites rígidos, y ya vetustos, de la academia jurídica en torno a la coherencia interna

[3] Por un lado, por el denominado "formalismo jurídico" concibe al derecho como un sistema de normas jurídicas válidamente formulado y jerárquicamente dispuestas dentro de un sistema en si reputado autónomo y consistente (Cea Egaña, 1983). Así, esta visión del derecho positivista y logicisista (Víctor Abramovich, 1999) postula un sistema jurídico claro en sus preceptos, completo en su objetivo (regular el orden en la convivencia humana), y seguro en su interpretación y su aplicación. El valor supremo propuesto por el formalismo jurídico es la certeza, que se logra a través de la existencia de normas que se interpretan uniformemente, y que son susceptibles de aplicarse imparcialmente. Bajo esta visión, el derecho se encuentra en las normas jurídicas y, dependiendo de cuan flexible sea la posición formalista, en la jurisprudencia de los tribunales.

[4] Por otro lado, los estudios EEDJ también entran en tensión con las miradas denominadas re-constructivistas (César Rodríguez Garavito, 1999)), que proponen otras vías para resguardar la coherencia interna del derecho y la neutralidad de la decisión judicial. Bajo esta denominación se agrupa una variada gama de corrientes jurídicas que incluyen proyectos el "análisis económico del derecho" que propone, en alguna de sus corrientes, que es la eficiencia el criterio que garantiza la coherencia del derecho y la neutralidad; o el positivismo de Hart que propone que las normas jurídicas positivas son capaces de resolver la mayoría de los conflictos jurídicos, y que son muy pocos los casos donde la decisión judicial se abre la discrecionalidad de la jueza; o la posición de Dworkin que encuentran en la moralidad política que da forma, implícita o explícitamente, al ordenamiento jurídico de una comunidad (ibidem).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del derecho, la neutralidad de la decisión judicial, y la autonomía del derecho respecto de la sociedad y las disciplinas sociales. En líneas generales, bajo estas ideas se considera que el derecho es autónomo respecto de la sociedad y de otras disciplinas sociales y es neutral, en el sentido que su aplicación no debe considerase sujeta a los condicionantes sociales, políticos, y culturales en los que se haya inserto.

Desde diferentes corrientes de la academia latinoamericana se ha sostenido que el derecho se entiende también, parcial o totalmente, como un hecho o fenómeno social. Por ejemplo, autores como Cea Egaña (1983 enrolados en la teoría tridimensional del derecho, reconocen que el derecho es "un fenómeno normativo que emerge en una determinada sociedad como instrumento de ella […] un hecho social, una realidad y necesidad humanan empíricamente observable (págs. *1-2*). De forma similar, autores más cercanos a teorías críticas del derecho proponen una mirada que incluye en lo jurídico "a los actores, símbolos, ideas, relaciones de poder e instituciones sociales que constituyen la práctica del derecho"(Mauricio García Villegas &César Rodríguez Garavito, 2003). En similar sentido, desde el movimiento de los estudios socio-jurídicos se propone que el derecho, las prácticas legales y las instituciones legales sólo pueden ser comprendidos viéndolos y explicándolos dentro de contextos sociales(Karina Ansolabehere, 2010).

Sin duda, al entenderse el derecho como un fenómeno social, su estudio se abre a un amplio repertorio de disciplinas quebusque describir y explicar cómo el derecho opera en la realidad, como la configura y como esa realidad lo configura (Gabriel Pereira, 2020). Esta tarea requiere una agenda de investigación teórica, conceptual y empírica que vaya más allá de los cánones de la academia jurídica tradicional.

Entre los estudios empíricos del derecho sobresalen los Estudios Políticos de la DecisiónJudicial (en adelante EPDJ), una corriente nacida en las escuelas de ciencia política anglosajonas, que consideran a las juezas como actoras

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

políticas y utilizan herramientas teóricas y metodológicas de las ciencias políticas para analizar su comportamiento.[5] Particularmente, estos estudios se esfuerzan en analizar las decisiones judiciales, pero no de forma descriptiva y/o normativa, como tradicionalmente se hace en la academia jurídica, sino que buscan explicar porqué los jueces deciden lo que deciden.

Estos estudios responden a unos de los grandes interrogantes de la academia jurídica, que no es más ni menos si las juezas son (pueden ser o deben ser) aplicadores neutrales del derecho. Como un campo que se considera heredero del realismo jurídico, los EPDJ asumen como inevitable la discrecionalidad del juez a la hora de dictar sentencia. De esa forma, se busca identificar los factores que explican esas decisiones, ya sea las preferencias políticas de los jueces, las vicisitudes del contexto político donde operan, la ideológica jurídica a la que pertenecen y que moldea su visión sobre el derecho y del rol que deben cumplir en determinado momento histórico, o las propias prácticas de las burocracias donde desarrollan su cargo o se formaron como abogados.

En América Latina, los EPDJ se han concentrado mayormente en analizar el fenómeno de la judicialización de la política que, a pesar de ser un fenómeno recurrente en todas las democracias occidentales, reviste particularidades distintivas en nuestra región(Pilar Domingo, 2004; Alexandra Huneeus et al., 2010; Rachel Sieder et al., 2005; Catalina Smulovitz, 2005).

A pesar de haber sido inicialmente ignorados por juristas y ciencistas sociales dedicados al estudio del derecho como fenómeno social, hoy se le reconoce un espacio en el amplio mundo de los estudios sobre Derecho y Sociedad que estudian “el derecho en acción”, como opuesto a “el derecho en los libros”, tanto en América Latina como en los Estados

[5] En este texto me refiero de forma general a personas o colectivos y categorías de personas utilizando indistintamente el femenino y el masculino.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Unidos. No obstante pertenecer a la academia socio jurídica, estos estudios no han logrado consolidarse todavía en las facultades derecho de nuestra región.

En este trabajo se analizan algunas de las respuestas que los EEDJ nos acercan para entender cómo y porque las juezas deciden lo que dicen. Para esto, en la primera sección se discuten las conexiones entre estos estudios y la academia socio-jurídica que entiende que el derecho y la sociedad ejercen entre si una influencia recíproca. En esa sección se revisan rápidamente las razones históricas, teóricas y metodológicas que inicialmente obstaculizaron el ingreso de estos estudios al campo de los estudios socio-legales. La segunda sección se dedica a analizar las respuestas que estos estudios ofrecen a nuestro gran interrogante, focalizándose la tercera sección en los marcos teóricos dominantes en América Latina y que estudiaron especialmente a los jueces de la Corte Suprema de Argentina (en adelante CSJN). Finalmente, la última sección discute algunos puntos que deberían revisarse a los fines de consolidar el ingreso de los EPDJ en la academia jurídica latinoamericana.

II. Discrecionalidad judicial y estudios empíricos de la decisión judicial

La academia jurídica tradicional sostiene que el derecho es determinante para explicar la decisión de los jueces y que, cuando esto no sucede, dicha decisión se debe considerar una anomalía en el sistema jurídico. Esta postura se basa en la creencia de que el derecho es capaz de limitar la discrecionalidad de las juezas al momento de dictar sus sentencias.

En contra de esta postura, la corriente de EPDJ han argumentado que los jueces son actores políticos y que la toma de decisiones judiciales se encuentra inevitablemente sujeta a su discrecionalidad. Bajo esta perspectiva, las juezas, al igual que otras funcionarias públicas, deben seguir la ley en el sentido de que no pueden tomar decisiones ilegales,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pero tienen un amplio margen de discrecionalidad para elegir entre diferentes cursos de acción, materializados en la posibilidad de elegir entre normas jurídicas alternativas o elegir el criterio para interpretar y dar contenido a la única norma aplicable al caso concreto(Robertson, 1998; Jeffery A. Segal &Harold J. Spaeth, 2002; Martin A. Shapiro &Alec Stone Sweet, 2002). Como señalan Shapiro y Stone Sweet(2002), la "elección" entre diferentes alternativas es la premisa básica del carácter político de los jueces, ya que una de las preocupaciones centrales de la política es el poder y el poder implica la libertad de elegir entre diferentes alternativas de acuerdo las preferencias(políticas, ideológicas, o de otra índole) de quien decide.

En lugar de considerar la discreción judicial como una desviación o un mal funcionamiento de la propia función judicial, en esta línea de estudios se ha sostenido que la discreción judicial es un hecho inevitable originado por la propia naturaleza del derecho. Se supone que los jueces deben aplicar una norma "objetiva" y "clara" a un caso determinado. Sin embargo, el derecho positivo es susceptible de ser manipulado por los jueces, ya que la norma debe ser interpretada antes de ser aplicada a un caso concreto. Este hecho se hace más evidente en los casos "difíciles" en los que, por ejemplo, los términos de la norma pueden no ser lo suficientemente precisos, el texto legal puede ser obsoleto o incompleto, o puede no haber ninguna norma positiva que rija una decisión. En palabras de Robertson (ibidem), en estos casos la norma a aplicar o su significado es "incierto".

Y ese ese carácter "incierto" de las normas jurídicas el que abre la decisión judicial a la discrecionalidad de los jueces, ya que no existe ningún elemento intrínseco en el derecho positivo que condicione efectivamente a los jueces a tomar una determinada decisión. Como observa Robertson, el derecho "no tiene una textura suficientemente cerrada como para que la discreción judicial carezca de importancia". Más bien, el carácter incierto de la ley sitúa a los jueces

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en una posición privilegiada para elegir la solución al caso concreto que consideren más adecuada, ya sea basándose en su saber jurídico o en otros factores ajenos al derecho (pág.14)[6]. El resultado de un caso legal depende de los factores que los jueces consideran relevantes para tomar sus decisiones y, por lo tanto, la decisión judicial depende de sus preferencias personales.

Es este hecho el que hace que los jueces sean considerados actores políticos. Al igual que los funcionarios políticos, se encargan de tomar decisiones sobre cuestiones relevantes para las partes en conflicto basándose en su propio criterio. Cabe destacar aquí que el énfasis se pone en el proceso de toma de decisiones judiciales más que en el contenido o el resultado de la decisión. Los jueces se consideran actores políticos, ya que el proceso de toma de decisiones judiciales está abierto a su discreción.

Sin dudas, el margen de discrecionalidad de las juezas no es absoluto. El propio derecho positivo le marca limites, ya sea porque excluye algunas alternativas que los jueces podrían haber elegido o les obliga a que determinada decisión adopte ciertas características para ser considerada "aceptable" en determinado contexto jurídico. El derecho, sobre todo a través de las instituciones formales e informales sobre el que se asienta el fenómeno jurídico, también es capaz de moldear y dar contenidos a esas preferencias. En cualquier caso, el derecho tiene relevancia a la hora de entender la decisión judicial, sin dudas, pero no es esencial para determinarla

Además, el margen de discrecionalidad judicial puede ampliarse o achicarse, o incluso modificar el orden de preferencias a los que las juezas responden al tomar decisiones. Se asume que el margen de discrecionalidad se agranda ante, por ejemplo, la inexistencia de mecanismo de rendición de

[6] ROBERTSON, David. (1998). *Judicial discretion in the House of Lords*. Clarendon Press, Reino Unido.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuentas de la función judicial, el carácter vitalicio de dicha función, o la desregulación del proceso de toma de decisión judicial (frecuente en el caso de cortes supremas donde los expedientes circulan en tiempo y modo indescifrable entre las diferentes oficinas de un tribunal). Por otro lado, la opinión pública o las elites políticas y económicas también son capaces de influenciar el contenido de una decisión judicial.

Además, a diferencia de otros movimientos académicos que se ocupan del papel de los tribunales en la política y la sociedad, como los estudios jurídicos críticos o la jurisprudencia sociológica, los EPDJ trabajos han pretendido fundamentar empíricamente sus afirmaciones. De esa forma, esta corriente de estudios agrega a esta concepción teórica del derecho y de la decisión judicial el componente empírico.

Estudiar cómo y porqué deciden los jueces es un tema susceptible de ser analizado a través de marcos analíticos útiles para estudiar la conducta de otros actores políticos y a través de diseños metodológicos capaces de capturar las diferentes variables que operan sobre la decisión judicial. La conducta judicial se estudia, así, considerando a los jueces como actores políticos en los términos discutidos más arriba y con las herramientas propias de las ciencias políticas.

Hasta aquí no es difícil advertir aquí que los EEDJ tienen sus raíces teóricas en el realismo jurídico, que irrumpió en la escena de la academia jurídica a mediados del siglo XX, sobre todo en los Estados Unidos. Mucho se ha escrito ya sobre esta corriente, sin embargo, a los fines de este trabajo, es importante destacar que esta escuela se propuso demostrar el carácter impreciso del derecho y su carácter político. A través del razonamiento lógico, por un lado, y la ayuda de las ciencias sociales, por el otro, esta escuela demostró la falta de coherencia y neutralidad de la decisión judicial(Mauricio García-Villegas, 2018).

En ese sentido, se postula como una escuela critica dentro de la teoría del derecho, pero a la vez empiricista dentro del mundo de las ciencias sociales. Crítica en el sentido que

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

propone entender al derecho como un fenómeno social y no solo como la norma representada en las leyes y códigos. Por lo tanto, el derecho no se concibe como una disciplina autónoma, que se produce y aplica de con total independencia de los fenómenos que busca regular. Bajo esta visión, el derecho se percibe como inserto en el entramado social que busca regular, en un ejercicio dinámico en el cual el derecho, por un lado, influye y da forma al contexto social, pero a la vez es configurado por las tensiones y procesos que habitan y se desarrollan en ese contexto social.

Bajo esta perspectiva, el realismo propone que el estudio del derecho ya no solo es una tarea propia de la investigación teórica y de la dogmática que estudia la norma, sino que requiere una labor científica que busque describir y explicar cómo el derecho opera en la realidad, como la configura y como esa realidad lo configura. Es justamente, bajo este paradigma, que el realismo abre las puertas a la investigación empírica del derecho, de la cual los EPDJ son un claro exponente.

No obstante, esta conexión teórica con el realismo jurídico, los EPDJ han sido tardíamente incorporados a la academia jurídica que tradicionalmente ha estudiado el derecho como fenómeno social.Como se discute rápidamente en la próxima sección, estos estudios han sido incorporados recientemente al denominado movimiento de estudios sobre Derecho y Sociedad, que ha dominado el estudio empírico del derecho en la academia estadounidense y latinoamericana.

Mas Política en el Derecho y Sociedad

La identidad inicial del movimiento Derecho y Sociedad se centró en el balance entre ciencia y política, entre el objetivo científico de abordar la realidad de forma objetiva, pero a la vez poniendo la agenda de investigación al servicio de grupos más desaventajados.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En ese sentido, se puede decir que este movimiento se ha nucleado alrededor de tres ideas fundacionales, al menos en los en América Latina y los Estados Unidos[7]. Primero, reconoce la influencia reciproca entre derecho y sociedad. Existe un consenso bastante extendido en el movimiento que entienda que el sistema jurídico no es autónomo respecto del contexto político, cultural, social, y económico en el que se encuentra ubicado. Sin dudas, existe discusión hacia adentro respecto del grado de dependencia, en el sentido que algunos reconocen ciertos niveles de autonomías, algunos más, algunos menos(L. M. Friedman, 2005). Pero el punto de partida es alejarse de la idea de que un sistema jurídico sea totalmente autónomo de su contexto, y se acepta que existe una relación de reciproca influencia que configuran sus características. En ese sentido, este movimiento se focaliza en estudiar los factores que dan forma al fenómeno jurídico y como dicho fenómeno interviene y da forma a esos contextos. El derecho, por lo tanto, se entiende situado "en" la sociedad(Lynn Mather, 2011:4).

Por el otro, estos estudios proponen que es a través del estudio interdisciplinario y multidisciplinario de las ciencias sociales que se puede capturar cómo el derecho funciona en la realidad, construyendo así una corriente de estudios

[7] El análisis de las características propias de los estudios socio-jurídicos en América Latina y los Estados Unidos excede los límites de este trabajo, por lo que me enfoco aquí en los rasgos distintivos comunes y en algunas diferencias relevantes para la discusión propuesta. Esta simplificación con fines expositivos para nada busca invisibilizar importantes diferencias entre estas dos variantes, sobre todo el hecho que en nuestra región esta rama de estudios ha ido evolucionando al ritmo de eventos políticos cruciales, por lo que enfoques, temáticas y perspectivas metodológicas se entiendo como respuestas de un movimiento académico comprometido con los vaivenes del contexto inmediato que le aqueja. Para un análisis detallado de la historia y evolución del movimiento sobre Derecho y Sociedad como de sus ideas fundamentales en América Latina ver Sieder et al. (2019b) Para consultar sobre estos aspectos en los Estados Unidos ver (Lawrence Friedman, 2005; Mauricio García-Villegas, 2018; Lynn Mather, 2011; Macaulay Mertz et al., 2016; Keith Whittington et al., 2011)

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

empíricos del derecho. Estudiar el derecho como fenómeno social implicó al uso de marcos teóricos y analíticos de diferentes ciencias sociales.[8]

Por último, el campo de "Derecho y Sociedad" busca desarrollar estudios que permitan la consolidación de una democracia basada en principios igualitarios, promoviendo de esta forma una corriente progresista del derecho capaz de promover transformaciones en la realidad social, especialmente enfocada en procesos institucionales y políticas públicas. [9]

Bajo estas premisas, el movimiento de Derecho y Sociedad se avocó a contestar una serie de interrogantes destinado a entender como el derecho funciona en la realidad. En América Latina, los vaivenes políticos dieron forma a una agenda variada que abordó preocupaciones urgentes en diferentes momentos de la historia reciente, incluyendo la

[8] Inicialmente, este campo se funda alrededor del paradigma positivista de las ciencias sociales y la creencia en la existencia de una sola realidad, cuyo conocimiento es capaz de obtenerse de forma objetiva a través del método científico. El inicial encuadre de estos estudios se fue flexibilizando con el correr de las décadas, y en la actualidad el movimiento incluye a proponentes de otros paradigmas científicos como el interpretativismo, el post-realismo, y el constructivismo (Lynn Mather, 2011).

[9] Existen constantes de debates hacia dentro del movimiento sobre cuál es la mejor forma de lograr estos objetivos "políticos". Estos debates ponen en tensión y revisión constante el paradigma científico desde el cual se aborda la realidad a ser estudiada; el foco excesivo en la reforma de políticas públicas que puede dejar de lado miradas más críticas hacia el propio sistema político que las sostiene o las percepciones reales de los actores que las promueven, o deberían promover, y de quienes se benefician, o se deberían beneficiar; o la creciente sofisticación metodológica que corre con el riesgo de orientar los debates a cuestiones científicas que dejan de lado las preocupaciones reales del movimiento. Asimismo, en América Latina estos debates se generan alrededor de diferentes temáticas y en momentos históricos donde se ponen en tela de juicios algunos postulados políticos y académicos "trasplantados" del norte global hacia nuestra región, que van dando forma a la identidad de la academia socio jurídica latinoamericana (Rachel Sieder et al, 2019). Adicionalmente, Garcia Villegas advierte que en Estados Unidos una de las tensiones respecto del carácter progresista del movimiento radicó, en las primeras décadas, a los cuestionamientos al hecho que gran parte del financiamiento de los programas de investigación provenía de fuentes estatales que buscaban apoyar proyectos que permitan mejorar políticas públicas estatales (García-Villegas, 2018).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

violencia estatal y particularmente el terrorismo de estado, la democratización, la desigualdad socioeconómica, la violencia de género, la corrupción, los reclamos y derechos de los pueblos originarios, entre varias otras agendas (Sieder et al, 2019). Las mismas fueron abordadas desde interrogantes tales como: ¿Quién usa los tribunales y por qué? ¿Cómo entendemos el trabajo y el impacto de ese intermediario primario en el sistema legal, el abogado? ¿Cómo movilizan el derecho los movimientos sociales? ¿De qué manera influye la ley en la forma en que las personas piensan sobre la vida política y sus interacciones cotidianas con las instituciones políticas y no políticas?

A diferencia de América Latina, donde los EDPJ se consideran como parte de los estudios socio-jurídicos desde el momento que irrumpieron en la escena académica a principios del Siglo XXI[10], la rama estadounidense dejó, inicialmente, de lado los interrogantes relacionados a cómo y porque deciden los jueces. Dicha exclusión se debió a que, por un lado, los estudios socio-jurídicos se formaron alrededor de un cierto desinterés por el funcionamiento del derecho hacia adentro de las instituciones formales del gobierno y, en consecuencia, de los marcos teóricos de las ciencias sociales basados en el denominado paradigma positivista (Keith E. Whittington et al., 2011). Por otro lado, y como consecuencia del primer aspecto, los EPDJ se percibían como demasiado focalizados en cuestiones metodológicas y perspectivas teóricas demasiado alejadas de preocupaciones normativas y socialmente transformadoras(Andrew Martin &Morgan Hazelton, 2012).

[10] Es en este momento histórico que el estudio de instituciones de tipo judicial y cuasi-judicial dejó de ser estrictamente normativo en nuestra región, lo que dio lugar a estudios empíricos capaces de describir y explicar el funcionamiento de dichas instituciones y el impacto de sus reformas. Así, un nutrido grupo de académicos y académicas del derecho y de las ciencias políticas sientan las bases de los EEDJ en América Latina (Rachel Sieder et al., 2019a).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ahora bien, ese tardío ingreso de los EPDJ a los estudios socio-jurídicos en los Estados Unidos ocurre desde las facultades de derecho, otra gran diferencia con lo que sucedió en nuestra región. Sin dudas, el realismo jurídico ha dejado su marca en la enseñanza del derecho desde los 60's, pero la agenda de investigación recién hacia principios del Siglo XXI donde sucede un nuevo y profundo giro empírico en las facultades de derecho[11].Así se consolida una emergente línea que se engloba en los denominados *estudios empíricos del derecho*, que busca profundizar el uso de las teorías y metodologías de las ciencias sociales para brindar mayor rigor científico a los estudios socio-jurídicos (Mauricio García-Villegas, 2018). Dentro de este contexto es que profesoras de derecho traen al movimiento los marcos teóricos y metodologías que en las ciencias políticas se habían usado para analizar la decisión judicial. Este proceso implicó no tan solo una apertura a los EPDJ por parte de quienes empujan agendas de investigación empírica, sino también de la academia jurídica con objetivos más normativos(Barry Friedman, 2005, 2006).

Mientras tanto, en América Latina, los EPDJ son parte de la academia socio-jurídica, pero todavía no totalmente consolidados en las facultades de derecho. Couso (2010) señala que estos estudios han crecido en la región sin que se haya producido un dialogo sustantivo entre quienes estudian el fenómeno desde las ciencias políticas y quienes miran la decisión judicial desde los diferentes marcos de la academia jurídica latinoamericana. Las razones de esta falta de dialogo quizás se encuentren en, por un lado, el inicial desinterés de los EPDJ por considerar al derecho

[11] Autores como Stewart Macaulay (2016), sostienen que la idea de derecho como fenómeno social y el espíritu crítico del realismo jurídico logró ingresar y consolidarse en las aulas de las facultades de derecho de los Estados Unidos con cierta facilidad durante todo el siglo XX, logrando que se "hable" mucho del derecho como un fenómeno social y se enseñe como funciona en la práctica, pero que se lo "investigue" poco desde una perspectiva socio jurídica.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como variable explicativa de la decisión judicial (tal cual como se discute en la próxima sección) y, por el otro, el rol marginal que tienen las teorías críticas del derecho con ascendencia en el realismo jurídico en la enseñanza del derecho en las facultades de derecho latinoamericanas[12]. Sin embargo, en la actualidad se observan puentes prometedores en varias facultades de derecho de la región, donde esta agenda de investigación es impulsada tanto por académicas del derecho como cientistas sociales que se suman a las mismas[13].

En conclusión, los EPDJ se inscriben en una tradición de estudios que consideran que la decisión judicial se encuentra inevitablemente abierta a la discrecionalidad de los jueces. Pero es esa característica, el poder elegir entre más de una alternativa para decidir un caso, la que configura a los jueces como actores políticos. Bajo estos presupuestos, los EPDJ se cuentan entre los herederos del realismo jurídico y parte del amplio campo de los estudios sobre Derecho y Sociedad, tanto en América Latina como en los Estados Unidos. Y en esta conexión con la gran familia de estudios socio-legales, los EPDJ proponen diferentes marcos analíticos para estudiar empíricamente cuál es ese margen de discrecionalidad que gozan los jueces, y los factores que determinan sus elecciones. Si bien se consideran como parte de la academia socio jurídicatanto latinoamericana como estadounidense, su inserción en las facultades de derecho de nuestra región todavía no se ha consolidado. Las próximas dos secciones repasan estos modelos de análisis de la decisión judicial.

[12] No se pueden negar ciertos desarrollos que marcan un interés por incorporar visiones del derecho ancladas en su condición de fenómeno social y el interés de analizarlo en la práctica, como ha sido la incorporación de las clínicas jurídicas en toda la región (Gabriel Pereira, 2020).

[13] En este trabajo se citan las obras de varios académicos sociojurídicos que desde la academia jurídica impulsan los EPDJ.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. Marcos teóricos para el estudio empírico de la decisión judicial[14]

Los EPDJ se basan en la idea de que el derecho y la sociedad ejercen entre sí una influencia recíproca, donde el derecho configura las relaciones sociales, políticas, culturales y, a la vez, estas relaciones determinan el contenido propio del derecho. En ese sentido, para estos estudios, la decisión judicial, considerada como situada en el entramado social y político en el que los jueces actúan, debe ser estudiada como sujeta a las cosmovisiones sociales y políticas de quienes deciden, al contexto político donde actúan, a los condicionantes de las instituciones de la cual son parte.

En este sentido, los EPDJ intentan contestar empíricamente uno de los interrogantes clásicos de la academia jurídica, que no es más ni menos si las juezas son (pueden ser o deben ser) aplicadores neutrales del derecho. Para ello, se proponen tres modelos de análisis que acercan respuestas desde una perspectiva empírica.

Aunque coinciden en la premisa básica de que la decisión judicial está abierta a la discrecionalidad de los jueces y por lo tanto se ve afectada por sus preferencias personales, discrepan en cuales son los factores realmente determinantes. El debate se centra sobre en qué medida la decisión judicial es una función de aspectos tales como las preferencias políticas de los jueces, las vicisitudes del contexto político donde se mueven los jueces, o los contextos institucionales jurídicos (incluyendo tanto las instituciones que dan vida y contienen a ese fenómeno jurídico como lo es el propio po-

[14] Teniendo en cuenta los orígenes de estos estudios como el foco de este trabajo, la presente y la próxima sección se construyen haciendo referencia tanto a la literatura anglosajona fundacional que dio forma conceptual y metodológica a los EPDJ como también los trabajos aplicados a, aunque no siempre realizados desde, jueces de cortes supremas o cortes constitucionales de América Latina. Por razones expositivas, no se incluyen aquí los excelentes trabajos de Rebecca BillChavez (2004) y Andrea Castagnola (2017) que expanden la mirada a jueces provinciales.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

der judicial y la cultura jurídica que moldea las ideas sobre el derecho que tienen las juezas)realmente determinan esas decisiones. Preferencias, contextos, e instituciones jurídicas son variables independientes capaces de explicar porque los jueces deciden lo que deciden.[15]

El modelo actitudinal: la ideología política como determinante de la decisión judicial

Cronológicamente, el modelo actitudinal es el primer enfoque que conceptualiza y mide los factores externos al derecho que afectan a la toma de decisiones judiciales. La premisa básica del modelo actitudinal es que, como señala Robertson (1998), los jueces toman decisiones judiciales basadas en un núcleo de preferenciasprioritarias y luego despliegan argumentos jurídicos para justificarlas.

En este sentido, los autores actitudinales sostienen que los jueces se comportan según un modelo de hechos-estímulo-respuesta, en el que los votos de los jueces son respuestas a los estímulos proporcionados por los casos que se les presentan. Este modelo es fuertemente influenciado por las ideas centrales de la escuela de pensamiento legal realista, ya que la mayoría de los académicos actitudinales sugieren que una vez que se identifican las preferencias que priorizan los jueces en sus decisiones, no es necesario estudiar otros factores para entender la decisión judicial(Robert Bradley, 2003).

Además, este modelo supone que estas preferencias son fijas y exógenas. Se entienden como configuradas previamente al momento de decidir, determinadas por estructuras psicológicas, vivencias personales, o antecedentes sociales de cada jueza. A la vez, son exógenas porque se consideran externas al contexto institucional o a las consideraciones ju-

[15] Los principales supuestos de cada modelo se discuten teniendo en cuenta autoras cuyas contribuciones se consideran fundacionales en la construcción de cada modelo, a los fines de que el lector pueda tener acceso a quienes moldearon el campo desde sus orígenes.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

rídicas de las juezas(Nancy Maavety yJohn Maltese, 2003: 53). Los hechos del caso o el contexto de la decisión no influyen sobre estas preferencias, ni sobre su orden de prioridad.

A pesar de que este modelo no cierra la puerta a otras preferencias, este se ha entrado en las preferencias ideológicas de los jueces. En este sentido, autores como Segal y Spaeth (2002)destacan a los valores ideológicos de los jueces (medidos como conservadores, liberales o moderados) como la variable determinante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU (pág. 98)[16].

A pesar de que la mayoría de estos estudios se centran en las categorías ideológicas expresadas ampliamente, el modelo actitudinal no niega el potencial impacto de otras preferencias, que son a la vez políticas, pero que van más allá de las categorías conservador-moderado-liberal. En este sentido, el trabajo de Beverly Blair Cook se dedicó principalmente a analizar hasta qué punto las juezas son más propensas que sus colegas masculinos a avanzar posiciones igualitarias respecto del género en sus casos (Jeffrey Epstein &Lynn Mather, 2003).

Mientras ha sido de gran utilidad para estudiar la decisión judicial en los Estados Unidos y en el Reino Unido, este modelo se ha usado poco en América Latina, quizás por las características propias del contexto latinoamericano, punto al que regreso más adelante en este trabajo. Uno de estos trabajos es el de Juan G. Bertomeu et al. (2017) que, usando una innovadora metodología, explica que la dicotomía entre jueces conservadores y liberales explica las decisiones de la CSJN entre 1984 y 2007 en casos sobre derechos fundamentales, especialmente relacionados a discriminación, derecho a la defensa de acusados en procesos penales, derecho a la salud, y derecho a la intimidad. Como en casi todos los estudios dentro de este modelo, existe una

[16] SEGAL, Jeffrey. A., & SPAETH, Howard. J. (2002). *The supreme court and the attitudinal model revisited*. Cambridge University Press, Reino Unido.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

relación entre los valores ideológicos de las juezas y los presidentes que les designaron.

En pocas palabras, centrado en el estudio de los tribunales en los Estados Unidos, el modelo actitudinal propone que las sentencias representan sus preferencias políticas individuales. Este modelo es criticado por aislar la decisión judicial del contexto donde operan los jueces, asumiendo que las preferencias de los jueces se conforman de forma independientes a su formación profesional y el cargo que ocupan, son fijas, y persisten a lo largo del tiempo. En estos estudios, el derecho es irrelevante en el proceso de decisión judicial, y es considerado solo un instrumento a los que los jueces recurren para dar forma jurídica a sus propias preferencias. Este modelo no ha sido usado con frecuencia en América Latina donde las vicisitudes de los contextos políticos tienen un impacto relevante sobre la decisión judicial, tal como se estudia bajo el siguiente modelo.

El modelo estratégico de decisión judicial: el contexto político como determinante de las sentencias

El modelo estratégico de decisión judicial propone que las juezas toman en cuenta las potenciales reacciones a sus sentencias de otros actores claves del contexto político. Según los principales estudiosos inscritos en este modelo, como Murphy(1964)y Epstein & Knight (1998), este enfoque tiene los siguientes supuestos básicos: a) los actores sociales, incluidos los jueces, realizan elecciones conscientespara alcanzar determinados objetivos; b) actúan estratégicamente, ya que sus elecciones dependen de sus predicciones sobre los comportamientos de otros actores; y d) estos comportamientos están estructurados por los entornos políticos e institucionales donde se desarrollan.

Este modelo coincide con las premisas del modelo actitudinal básico en que las preferencias personales de los jueces son relevantes para entender el comportamiento ju-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dicial. Además, ambos modelos coinciden en que no sólo las preferencias ideológicas pueden intervenir en la toma de decisiones, sino también otras preferencias relacionadas al desarrollo de su carrera profesional, su vocación de acrecentar la legitimidad institucional del tribunal, etc. En los dos modelos, el derecho es unaherramienta usada por las juezas para llevar a adelante sus preferencias personales.

Sin embargo, el modelo estratégico se diferencia del actitudinal en el nivel de relevancia que tienen las preferencias personales de los jueces en la determinación de la decisión judicial. Para el modelo estratégico, las juezas no toman decisiones basadas exclusivamente en sus propias preferencias. El cálculo estratégico sobre si alcanzará o no sus objetivos es el que determinará su curso de acción. Mientras que el modelo actitudinal predeciría, por ejemplo, que un juez liberal votaría en una dirección determinada en cualquier caso de derechos civiles, el modelo estratégico predeciría que, a pesar de su ideología liberal, el juez podría elegir un curso de acción alternativo basado en un análisis de contexto que le llevara a concluir que moverse de acuerdo con estas preferencias implicaría fracasar en sus intentos de hacer prevalecer su visión política en la realidad que busca transformar (esa realidad no solo incluye los hechos del caso sino también su propia jurisprudencia, las políticas del gobierno de turno que puede o no coincidir con esos valores políticos, etc.).

El enfoque estratégico puede dividirse en dos grandes líneas. La primera rama se centra en la interacción dentro de los tribunales, donde la dinámica de grupo y la toma de decisiones interdependientes condicionan las decisiones individuales de cada juez (Nancy Maveety (2003). Estos estudios analizan cómo el liderazgo de algunas juezas y las reglas formales e informales que rigen las interacciones internas de un tribunal afectan las decisiones. Bajo este prisma, los jueces podrían cambiar sus propias preferencias debido a dicha interacción, dando lugar a lo que Howard denominó “fluidez

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la elección judicial"(Nancy Maavety y John Maltese, 2003). Según esta noción, los jueces cambian sus votos y alteran el lenguaje de sus opiniones en función de las dinámicas internas de un tribunal.

La segunda vertiente pone su foco en la interacción entre juezas y actores externos a sus tribunales, ya sea dentro o fuera de la estructura del poder judicial. La decisión judicial se entiende como una función de la interacción de diferentes actores. En los Estados Unidos, sobre todo, el enfoque ha tenido en cuenta, sustancialmente, las relaciones entre jueces y los poderes legislativos, que tienen capacidad de anular o diluir los efectos de una sentencia. La afirmación central de este enfoque es que la toma de decisiones judiciales es interdependiente. Los jueces tienen preferencias sobre determinadas políticas, pero a la vez son también conscientes de la necesidad de tomar decisiones que sean aceptables para otros actores.

Este modelo ha dominado el estudio de la decisión judicial en América Latina(Juan González-Bertomeu, 2019; Ezequiel Gonzalez-Ocantos, 2019). Estos estudios sugieren que, más allá de sus posiciones ideológicas u otro tipo de preferencias, calculan las reacciones de otros actores políticos. Sin embargo, el cálculo se concentra en evitar ataques o represalias de los gobiernos de turno. Esto se debe a un patrón de debilidad institucional y ataques a los cuales se han enfrentado las cortes en nuestra región. Por lo tanto, según estos estudios, antes de hacer prevalecer sus preferencias en una sentencia, los jueces calculan estratégicamente hasta qué punto dicha sentencia les podría traer problemas frente a otros actores que operan un sistema político. Dado su preponderancia en los EPDJ latinoamericanos, esta línea de análisis profundiza en la próxima sección.

En definitiva, el modelo de la decisión estratégica complejiza la relación entre los hechos de un caso bajo decisión judicial, las preferencias de quien lo decide, y el contexto donde esta persona opera. Así, propone que los jueces consi-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deran y calculan las reacciones de otros actores que pueden influir, negativa o positivamente, en el curso de sus propias acciones. Sin dudas, propone una mirada más sofisticada de la decisión judicial, aunque mantiene, junto al modelo actitudinal, al derecho alejado de las variables que determinan la decisión judicial.

El modelo del nuevo institucionalismo: volviendo la mirada al derecho y sus instituciones

El modelo del nuevo institucionalismo es el que acerca nuevamente el derecho como elemento determinante de la decisión judicial. Pero no en la forma tradicional que la academia jurídica generalmente lo hace. Este propone poner atención atención a las diferentes cosmovisiones jurídicas de las jueces, las prácticas cotidianas de la función judicial que dan forma a la conducta de los jueces, y las reglas formales e informales que dan vida al fenómeno jurídico.

Este tercer modelo sitúa a las instituciones formales e informales del derecho como determinantes centrales del comportamiento judicial. Así, las instituciones en general no se entienden como un mero escenario contextual donde se forman las preferencias. Por el contrario, las instituciones se consideran esenciales en el proceso de formación de esas preferencias, ya que les dan forma, dirección y significado (Gillman & Clayton, 1999). Por lo tanto, entender el comportamiento judicial requiere comprender el contexto institucional y cultural en el que se realizan los comportamientos.Esto requiere, entonces, como el fenómeno jurídico y la función judicial configuran las preferencias y percepciones que los jueces tienen sobre su función y el rol que deben desempeñar.

En particular, este grupo de estudios propone que las preferencias personales que determinan la decisión de los jueces son producto de procesos de socialización, tanto en la academia jurídica como dentro de sus propios poderes judi-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciales, donde se tallan sus concepciones sobre el derecho y las visiones misiones profesionales que determinan su comportamiento. El modelo institucional coincide con la premisa básica de que el proceso de toma de decisiones judiciales está abierto a las preferencias de los jueces.

Sin embargo, discrepa de los modelos anteriores en cuanto se considera que las preferencias políticas y las oportunidades que el contexto político ceden frente a un bagaje jurídico con los que los jueces se equipan durante estos procesos de socialización. Por lo tanto, este tercer enfoque afirma que el comportamiento de los jueces no puede explicarse centrándose únicamente en sus preferencias personales o en su comportamiento estratégico racional. Más bien, el comportamiento judicial debe explicarse como parte de las instituciones, formales e informales, en el que los jueces operan.

En particular, autores como Shapiro &Stone Sweet (2002) sostienen que los jueces hacen política de una manera bastante diferente a la de otros funcionarios políticos, ya que la profesión jurídica y la función de los tribunales determinan su comportamiento. Por ejemplo, Robertson (1998), analizando el comportamiento judicial de la Cámara de los Lores en el Reino Unido señala que las decisiones judiciales se explican por una ideología común acerca del rol de estos jueces en la democracia británica y el valor del derecho positivo en la cultura jurídica británica.

En América Latina, los EPDJ enrolados este modelo se focalizaron en estudiar hasta qué punto las cosmovisiones sobre el derecho, las reglas burocráticas del poder judicial y las concepciones sobre el rol del poder judicial en el sistema político determinan a que los jueces sean más o menos proclives a una posición activista respecto de la protección de derechos humanos.

Justamente, bajo este modelo se ha estudiado la tensión entre dos de los paradigmas jurídicos que tensionan las culturas jurídicas en América Latina. Como lo remarca Gonzales Ocantos(2019) en una excelente revisión de la literatura

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sobre este modelo, estos estudios mostraron empíricamente como la visión formalista del derecho promovió un ideal de juez que favorece el *status quo* y apegado a valores conservadores en estudios de países como Chile, Brasil y México.

Por otro lado, la emergencia del paradigma del nuevo constitucionalismo es abordado también por estos estudios, destacando que nuevos cánonesjurídicos moldearon los procesos de socialización de los operadores jurídicos en la región, equipando a las juezas con nuevas herramientas técnicas y doctrinales conducentes a un activismo judicial progresista en términos de protección de derechos.[17]Por ejemplo, González Ocantos (2016) demostróque el impulso de las causas de lesa humanidad en Argentina desde los principios del siglo veintiuno fue determinado, en lo que hace a las motivaciones de los jueces, por profundas transformaciones en las preferencias legales de jueces y fiscales, que dejaron de lado criterios formalistas y positivistas de larga data que promovían miradas conservadoras del derecho. Así, adoptaron visiones innovadoras respecto de cómo conceptualizar los criterios de imputación penal, analizar la prueba en casos de alta complejidad y resolver el problema de las amnistías. Su trabajo ofrece patrones de conductas que revelan que nuevas visiones sobre el derecho y el rol del poder judicial emergieron en nuestra compleja cultura legal, representando una alternativa para aquellos que se resistían a mirar al derecho desde el prisma formalista.

[17] Gonzalez Ocantos destaca que los estudios latinoamericanos enrolados en este modelo han ido más allá de explicar que el impacto del paradigma del nuevo constitucionalismo en la decisión judicial, sino que también enfocaron sus esfuerzos a estudiar el origen de estas nuevas ideas sobre el derecho y los modos que se canalizaron hacia dentro de los poderes judiciales de la región. Así, según su revisión, estos estudios dan cuenta de las disputas hacia dentro de la academia jurídica latinoamericana, las oportunidades de promover una diferente forma de entender el derecho generadas por las reformas judiciales a lo largo de la región, el liderazgo y organización de jueces con miradas innovadoras sobre el derecho en países como Brasil, Chile y México; el particular impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en los tribunales de la región; y el innovador proceso de movilización legal que trajo a los poderes judiciales conflictos sociales enmarcados en lenguaje de derechos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El tercer modelo considera que los anteriores reducen a los jueces a actores políticos tradicionales, sin tener en cuenta las particularidades de las instituciones a las que pertenecen, su misión y las funciones que cumplen. Las instituciones, formales e informales, son variables determinantes de las decisiones de los actores que las conforman, ya que ellas establecen misiones, visiones, valores y códigos de conducta que conforman los lentes profesionales a través de los cuales, en nuestro caso, los jueces toman decisiones sobre sus casos.

El recorrido rápido de estos modelos requiere aclarar que la división entre los mismos no es tajante. Muchos trabajos entrecruzan análisis de diferentes tipos de variables, o al menos no necesariamiente sostienen que un solo un solo tipo de consideraciones siempre determina la decisión judicial. Por el contrario, la mayoría de los estudios reconocen las limitaciones de sus hallazgos empíricos, advirtiendo que sus variables independientes funcionan para algunos casos y no necesariamente para otros. Por lo tanto, la tarea de la investigación empírica es doble. Por un lado, importa identificar cuáles son las consideraciones, ya sea de tipo ideológicas, estratégicas o institucionales, que cada juez considera relevantes y, por el otro, identificar los casos en que esas consideraciones son las que guían la decisión judicial.[18]

IV. Decisión estratégica en las cortes supremas de América Latina

Los altos niveles de inestabilidad judicial son comunes en toda América Latina. No es una exageración afirmar que

[18] En ese sentido, Diana Kapiszewski (2012) ha demostrado empíricamente como diferentes bloques de preferencias y consideraciones determinan la decisión de jueces en diferentes contextos. Ella propone la teoría del balance táctico, en el cual los jueces, en base al análisis de los hechos del caso y el contexto donde se dictan, eligen priorizar un tipo de consideraciones sobre otro.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los tribunales de la región siguen operando en contextos políticos hostiles (Esequiel González-Ocantos, 2019). Recientes revisiones de la literatura sobre EPDJ (Juan González-Bertomeu 2019; Ezequiel González-Ocantos 2019; Sieder 2020) destacan que la consolidación de la democracia en la región no ha garantizado la seguridad institucional del poder judicial, por lo menos al nivel de las cortes supremas. Helmke (2017) encontró 36 intentos de cambiar la composición de cortes supremas por parte de poderes ejecutivos, congresos, o ambos en entre 1985 y 2009 en toda la región. Su estudio incluye intentos de destitución, renuncia forzada y reforma del número de jueces de un tribunal. Argentina no es una excepción, donde todos los presidentes democráticos y de facto, excepto tres, han logrado alterar sustancialmente la composición de la CSJN desde 1946 hasta 2005 (Pereira, 2014).

En estos contextos, no es descabellado esperar que la toma de decisiones judiciales esté impulsada por la preocupación de los jueces por su estabilidad laboral y la estabilidad institucional de sus cortes. Teniendo en cuenta este aspecto, un sector mayoritario de los EPDJ en América Latina ha adaptado el modelo de la decisión estratégica a nuestra región, tal cual se discute en los siguientes apartados.

Los aportes de la hipótesis de la fragmentación política[19].

El modelo estratégico estándar asume que los jueces gozan de estabilidad en sus cargos y que la composición de los tribunales no está sujeta a los vaivenes políticos de un país, presunción que no se puede aplicar a la historia institucional

[19] Es importante destacar que la rama estratégica de los EPDJ en América Latina ha producido una rica gama de marcos analíticos que van más allá de los que se mencionan en esta sección. Los límites de este trabajo no permiten abordarla en detalle, por lo que recurro a ciertos trabajos que permiten simplificar la discusión especializada y mostrar los supuestos básicos en donde se apoyan todos estos modelos. Para revisar estas variantes con más detalles sugiero consultar Gretchen Helmke &Rios-Figueroa (2011); Juan González-Bertomeu (2019); y Ezequiel Gonzalez-Ocantos (2019).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de las Cortes Supremas en América Latina. Por el contrario, el contexto político en el que operan las juezas en nuestra región nos lleva a presumir que, ante la vulnerabilidad institucional de sus cortes o su propia estabilidad, las juezas tienen incentivos para decidir casos en una forma que evite el conflicto con gobiernos que son capaces de atacarles.

Teniendo en cuenta este presupuesto, el modelo estratégico adoptó la llamada hipótesis de la fragmentación política (Gretchen Helmke &Juan Ríos Figueroa, 2011). Esta hipótesis propone que es probable observar sentencias deferentes hacia el gobierno de turno cuando el mismo se encuentre en posición de coordinar fácilmente una respuesta institucional sancionatoria a una decisión adversa (Gretchen Helmke, 2005; Julio Ríos-Figueroa, 2007). Sin embargo, cuando el poder político se encuentra dividido, es decir en manos de diferentes facciones políticas, esa coordinación es más difícil y se crea un espacio para decisiones judiciales más alejadas de los intereses de los gobiernos de turno.

La hipótesis empírica central que emerge de este enfoque es que los gobiernos fragmentados facilitan decisiones alejadas del poder de turno, mientras que los gobiernos unificados fomentan la deferencia. Como lo explican referentes de este enfoque (Rebecca Chávez et al., 2011: 220), el término "unificado" se utiliza cuando los poderes legislativo y ejecutivo tienen una misma ideología política, que a menudo, aunque no necesariamente, ocurren cuando el poder ejecutivo y el legislativo están controlados por un solo partido mayoritario, relativamente homogéneo. A su vez, sostienen que los gobiernos divididos pueden surgir cuando el control de los poderes ejecutivo y legislativo está en manos de partidos o coaliciones ideológicamente distintos o ya sea cuando un partido mayoritario controla los dos poderes, pero es ideológicamente heterogéneo (o cuando la fragmentación es producto de la exigencia constitucional de configurar mayorías especiales para ciertos tipos de actos legislativos). En todos los casos, lo que restringe la capacidad de los gobiernos para

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sancionar a los jueces es cómo el poder político se distribuye entre los diferentes actores institucionales. Así, como destaca Staton (2010), esta hipótesis caracteriza al poder judicial como limitado y los límites están definidos por la fragmentación del poder del gobierno.

En relación a la CSJN, Helmke (2005), Herrero (2008) e Iaryczower et al (2002) revelaron el patrón de conducta estratégica que confirma que sus jueces evitaron pronunciarse en contra de los intereses prioritarios del gobierno de turno para evitar conflictos políticos cuando el gobierno tenía el control del Congreso. Por un lado, Iaryczower et al (2002: 700) trataron de determinar los factores de comportamiento que contribuyeron a la probabilidad de que un juez de la CSJN votara a favor o en contra de la constitucionalidad de normas nacionales.[20] Analizando solo casos denominados como "trascendentes" desde 1935 hasta 1998 y utilizando las sentencias de la CJSN como unidad de análisis, se observa un aumento del 13 por ciento en la probabilidad de una decisión a favor de la constitucionalidad de una norma cuando el gobierno de turno tiene una mayoría suficiente para cambiar el número de miembros de la CSJN. Un aumento del 23 por ciento en esta probabilidad ocurre cuando los gobiernos tienen una mayoría suficiente para remover a los jueces (Matías Iaryczower et al, ibidem).[21] Adicionalmente, observaron que cuanto más largo es el tiempo restante para un cambio de gobierno que también represente cambios de orientación política, mayor es la probabilidad de que una norma sea validada constitucionalmente (*Ibid.*).

[20] Examinaron 1.646 casos legales. Para distinguir entre casos importantes y sin importancia, el conjunto de datos incluye sólo aquellos casos: a) que impliquen la constitucionalidad de normas gubernamentales, incluyendo leyes, decretos presidenciales y resoluciones administrativas; B) la Corte se pronunció a favor o en contra de la constitucionalidad de una norma impugnada; y c) que fueron publicados *in extenso* en la revista *La Ley*.

[21] La tendencia se mantiene al usar el voto individual de cada juez (Ibid.: 711).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por su lado, Helmke (2005) se interesó en saber por qué los jueces de la CSJN dictan sentencias en contra del gobierno de turno. Su trabajo elabora la tesis de la *defección estratégica*, que propone que cuando la principal amenaza surge de un futuro gobierno, los jueces podrían tener incentivos para fallar contra el gobierno de turno, aun cuando jueces y gobiernos compartan visiones políticas. Cabe señalar que, bajo este análisis, la capacidad de los gobiernos en el poder y de los futuros de amenazar a los jueces está inversamente relacionada. Cuando la amenaza de la oposición es creíble, el gobierno en ejercicio no tiene medios para mantener a los jueces en línea. Por lo tanto, ocurre un ciclo político inverso en el cual los jueces se apartan estratégicamente del gobierno que comienza a perder poder.

Helmke aplicó su modelo de *defección estratégica* a cuatro gobiernos argentinos, la última dictadura militar (1976-83), la presidencia de Alfonsín (1983-89) y las dos administraciones sucesivas de Menem (1989-1995 y 1995-99)[22]. En coincidencia con las conclusiones de Iaryczower *et al*, los resultados estadísticos de Helmke revelaron que el número de sentencias contrarias al gobierno de turno subía a medida que la oposición crecía en poder político; y que dicha sentencia se revertía cuando el gobierno de turno se mantenía fuerte en términos políticos.

Finalmente, Herrero (*2008*) investigó los factores que explican la cooperación de los magistrados con el poder ejecutivo en casos altamente sensibles para los gobiernos de turno entre 1983 y 2005. A diferencia de Iaryczower *et al* y Helmke, Herrero desarrolló una investigación cualitativa sobre "casos de alta prioridad del ejecutivo" en los que una decisión contraria al gobierno podría obstaculizar severamente las prioridades políticas del presidente" (Álvaro Herrero, 2008:

[22] Ella analizó más de 11.000 decisiones individuales de los jueces en los casos que involucran al gobierno en el poder como un partido o un decreto presidencial que involucra al gobierno en el poder cuando se tomó la decisión.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

38). Sus principales conclusiones sugieren que la CSJN evitó consistentemente poner obstáculos a las preferencias en políticas del gobierno debido a consideraciones estratégicas, en tres cuestiones políticas claves: juzgamiento de los responsables del terrorismo de estado, jubilaciones y emergencia económica. Solo exepcionalemente, de acuerdo a su estudio, la CSJN aplazó el tratamiento de esos casos durante muchos años, evitando así el conflicto con el gobierno en ejercicio mientras que esperaba al mismo tiempo un cambio eleccionario(Álvaro Herrero, *Ibid.*: 325).

Sin dudas, la hipótesis de la fragmentación política ha dominado los EPDJ en América Latina (Juan González-Bertomeu, 2019; Ezequiel Gonzalez-Ocantos, 2019)[23]. Sin embargo, como señalan Hemke y Staton (2011: 308-310), las inferencias básicas de los modelos de fragmentación no logran explicar algunos desarrollos de la historia política reciente de las cortes supremas en la región. En el próximo apartado se discuten algunas de estas limitaciones restringen el poder explicativo de esta hipótesis y dan lugar a nuevas propuestas, todavía enrolada en el modelo estratégico de decisión judicial.

Las limitaciones de la hipótesis de la fragmentación política y explicaciones alternativas

La historia política reciente de América Latina presenta ejemplos que no pueden ser explicados por la hipótesis de la fragmentación política(Helmke & Staton, 2011). El hecho mismo que sigan sucediendo presiones y ataques de gobiernos de turno nos lleva a pensar que ese tipo de cálculo estratégico no está funcionando.

Los jueces latinoamericanos están constantemente expuestos a los ataques políticos, incluso en el contexto de

[23] Las obras más influyentes que analizan el comportamiento judicial en América Latina son Rebecca Bill Chávez (2004); Gretchen Helmke (2005); y Julio Ríos-Figueroa (2007).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un gobierno dividido, como sucedió en diferentes momentos durante la presidencia de Evo Morales (Andrea Castagnola &Adolgo Pérez-Liñán, 2011) o el caso de Eduardo Duhalde en Argentina, quien acusó a todos los jueces de la CSJN en el año 2002, a pesar de la fragilidad de su gobierno (Gabriel Pereira, 2014).

Por otro lado, a veces en los casos en los que existe un gobierno unificado, los jueces parecen sentirse protegidos y dictan sentencias que contradicen los intereses prioritarios de la agenda del gobierno de turno. Por ejemplo, en Argentina, la CJSN dictó un fallo en contra de un paquete de leyes relacionados a la llamada "democratización del poder judicial", un tema de interés prioritario para la agenda de la presidenta Cristina Fernandez de Kirchner. Esas leyes fueron aprobados por un congreso dominado por la coalición oficialista, en un contexto de poder político unificado en manos de la presidenta.

Asimismo, incluso cuando el poder se distribuye entre los diferentes actores políticos, algunos jueces prefieren ser deferentes en la toma de sus decisiones en lugar de ejercer su autoridad en contra de los gobiernos, como es el caso de Brasil donde tanto Daniel Brinks (2011) como Diana Kapiszewski (2011) señalan que los jueces del Supremo Tribunal no han aprovechado la constante fragmentación política de los gobiernos de turno.

La limitación de la teoría de la fragmentación para explicar estos acontecimientos importantes requiere explicaciones alternativas. Es plausible pensar que los jueces realmente toman en consideración cómo el poder se distribuye entre los actores formales. Pero también es plausible que esta no sea la única variable que toman en cuenta, aun cuando se mantiene la premisa de que las juezas todavía están preocupadas por su estabilidad en el cargo y la estabilidad de sus cortes.

Desde este punto de vista, tres nuevos elementos del contexto político latinoamericano merecen atención. Primero, en

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la actualidad no se puede negar la alta visibilidad pública de los asuntos judiciales, uno de los aspectos de la llamada judicialización de la política(Rachel Sieder et al., 2005). Las noticias judiciales se han convertido en noticias políticas, y el público mínimamente interesado en cuestiones políticas está expuesto a coberturas mediáticas donde las cortes supremas ocupan un rol central. De hecho, muchas cortes supremas contribuyen explícitamente a este fenómeno, implementado políticas de comunicación destinada a dirigir estratégicamente la atención pública a algunos de sus fallos y otras actividades por fuera de la actividad jurisdiccional (Jeffrey Staton 2010, Gabriel Pereira 2014, 2021).

Segundo, los modos de represalia o presión hacia los jueces no siempre se materializan en acciones institucionales que requieren la coordinación del poder ejecutivo y el legislativo. Como lo marcan estudios recientes, hay otras formas de presión, menos costosas en términos de negociación política, como el uso de lobistas y comunicaciones informales, campañas mediáticas para desprestigiar la imagen de una corte o sus juezas, o la falta, o demora, en la activación de reformas comprometidas o consideradas esenciales para el buen funcionamiento de los tribunales(Mariana Llanos et al., 2016; Jessica Walsh, 2016).[24]

El tercer elemento de contexto en la región se relaciona a las reacciones de la ciudadanía frente a noticias judiciales. Se podría alegar que las mismas no generan cambios de con-

[24] Por ejemplo, debido a los procesos de destitución y a las renuncias entre 2003 y 2005, se produjeron seis vacantes en un tribunal de nueve plazas. El presidente Kirchner cubrió cuatro de esos seis y, por lo tanto, sólo siete jueces se sentaron en una Corte que se rige por las reglas de toma de decisiones de nueve miembros, que requiere una mayoría de al menos cinco jueces para dictar una decisión. Aunque el Gobierno tenía legalmente la prerrogativa de nombrar dos nuevos jueces leales o impulsar por via legislativa la reducción del tamaño del Tribunal, no actuó durante más de un año. Esta situación representó un obstáculo real para que los jueces decidieran sobre casos muy relevantes en los que no podían alcanzar una mayoría. La inacción del gobierno fue percibida en el debate público como una estrategia para presionar al tribunal e impedir que los jueces decidieran sobre cuestiones políticamente controvertidas (Pereira 2014).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ductas en quienes las consumen y, por lo tanto, no tienen poca relevancia. Sin embargo, existen casos en toda la región donde se han observado reacciones que llaman la atención. Hay casos donde ciertos sectores de la sociedad se movilizan vocalmente frente los ataques políticos a jueces o intentos de modificar la composición de cortes supremas, sus tribunales superiores nacionales. Por ejemplo, en el año 2005, el intento del presidente Lucio Gutiérrez de designar en la Corte jueces políticamente afines provocó masivas manifestaciones callejeras. Como lo describe Helmke (2010), Gutiérrez fue forzado a renunciar. En Argentina, además de la experiencia de movilización social durante la crisis del 2001 que tuvo a los jueces de la CSJN en el centro de las protestas (Mauro Benente, 2011; Alba Ruibal, 2012), los ejemplos de movilización colectiva frente a eventos de índole judicial son numerosos. El más reciente, por su magnitud y relevancia, sucedió cuando el Presidente Macri en el 2015, al inicio de su mandato, intentó nombrar dos jueces en la CJSN a través de un mecanismo de dudosa constitucionalidad, lo que provocó masivas reacciones públicas, aun de influyentes personalidades que apoyaron su candidatura (Andrés Del Río, 2015).

En reacción a estos elementos que reconfiguran el contexto donde las juezas operan, una nueva línea de estudios trae la opinión pública al centro del cálculo estratégico judicial (Staton 2010, Pereira 2021)[25]. Estos estudios parten de la idea de que los jueces con altos niveles de legitimidad publica pueden usarla como un escudo de protección frente a los ataques políticos (Ezequiel González Ocantos

[25] Sin duda que estos trabajos son conscientes de que conceptos tales como "público" u "opinión pública" son difíciles de operacionalizar, sobre todo en contextos donde no existe encuestas sistemáticas de opinión publica respecto de un tribunal en general o respecto de algunos fallos en particular. Por lo tanto, sobre todo en aquellos estudios en los cuales por debate público se entiende la discusión en medios de comunicación masiva, la atención se centra en las opiniones de aquellas personas que, por su profesión o trascendencia publica, son capaces de moldear el debate publico y, a la vez, influenciar la opinión de la ciudadanía interesada en asuntos judiciales.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2019; Jeffrey Staton, 2010; George Vanberg, 2005). En términos sencillos, si la ciudadanía valora positivamente a un tribunal, los gobiernos que los ataquen corren el riesgo de perder apoyo público y, eventualmente, electoral. Por otro lado, cuando la ciudadanía tiene una visión negativa de la justicia, es probable que los gobiernos puedan incidir sobre las cortes con mayor facilidad.

Obviamente, este mecanismo de protección no funciona sin la reacción de la ciudadanía, o de algunos grupos de interés influyentes, que a través del voto u otro mecanismo de participación hace oír su descontento con el accionar del poder político. El uso de la legitimidad publica como escudo político requiere que los tribunales gocen de dicha legitimidad, algo que no pareciera estar ocurriendo en la región[26].

Sin embargo, no contar con el apoyo de la opinión pública no significa necesariamente que los jueces latinoamericanos no estén interesados en ella. Un bajo nivel de apoyo público podría indicar que los jueces aún no logran construirlo. Conseguir la confianza del público no es una tarea fácil, y el tiempo es crucial para su construcción (Barry-Friedman, 2009: 376). Jueces con poca legitimidad publica se pueden encontrar en el proceso de su construcción y, por lo tanto, estar atentos a como sus fallos impactaran en la opinión pública.

En este sentido, las reacciones del público pueden influenciar las decisiones de los jueces en dos sentidos. Por un lado, puede actuar como un factor limitante, en el sentido

[26] El Latinobarómetro llama la atención sobre la poca confianza ciudadana en este campo, ya que, en promedio, el porcentaje de ciudadanos latinoamericanos que reportan tener "mucha" confianza es de sólo siete, y los que tienen "algo" de confianza es de 22 por ciento desde 1995 hasta 2018, con niveles promedio de confianza que tienden a disminuir en las últimas dos décadas. En cambio, el promedio de encuestados con "ninguna confianza" es de 31 para el mismo período. En el caso de Argentina, las repuestas reportando "Alta" confianza han disminuido del 6 por ciento en 1995 al 5 por ciento en 2018, con un pico del 7 por ciento en 2000. Mientras tanto, el porcentaje de los que no tienen confianza aumentó del 24 al 38 por ciento en el mismo período.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de que los jueces, sobre todo aquellos quienes están en el proceso de construir legitimidad publica, tendrán especial cuidado de no generar reacciones publicas negativas a sus decisiones en particular o la imagen de la corte en general[27]. Por otro lado, la opinión pública será un factor habilitante, dado que, cuando una corte con cierto nivel de legitimidad publica tendrá mayor margen de acción para, al menos, dictar sentencias en contra de un gobierno

En el mismo sentido, la opinión pública también habilitará o limitará el accionar del gobierno, dependiendo de cuan costosa sea la estrategia de represalia o presión en términos de apoyo popular. En algunos casos, los gobiernos de turno no están en condiciones de afrontar un creciente sentimiento negativo hacia su imagen, sobre todo en contextos electorales (tanto en elecciones de medio término como generales). En estos casos, y siempre que estos ataques y presiones al poder judicial sean susceptibles de generar reacciones adversas en la opinión pública, se abre una oportunidad para los jueces de dictar sentencia en contra de los intereses de dicho gobierno (Pereira 2021). Por el contrario, cuando las juezas gocen de un bajo o nulo nivel de legitimidad publica, las presiones o ataques de un gobierno recibirán, probablemente, bajos niveles de desaprobación.

Una nueva línea de investigación dentro de los EPDJ latinoamericanos incorpora estos cambios del contexto político que rodea a las juezas en la región, proponiendo nuevos marcos explicativos. Algunos trabajos miran la influencia del apoyo público al poder ejecutivo impacta sobre las de-

[27] Un ejemplo interesante de como las decisiones judiciales pueden exacerbar el humor publico y recibir profundas reacciones negativas se puede encontrar en los eventos sucedidos en 2017 alrededor de la sentencia de la CSJN públicamente conocida como "2X1", en la cual se redujo la pena de prisión a un condenando por la comisión de crímenes de lesa humanidad otorgar beneficios en las condiciones y montos. Esta decisión generó un amplio repudio público, que forzó al congreso a dictar una ley estableciendo que estos privilegios no son aplicables a este tipo de casos, y a una posterior sentencia de la propia CJSN revocando aquella decisión (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2017).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cisiones de las cortes, como es el caso de Rodríguez-Raga (2011) que muestra que la Corte Constitucional Colombiana tiende a no declarar inconstitucionalidades de normas y actos de gobierno al principio del mandato de un presidente, que supuestamente cuenta con mayores niveles de aprobación pública. En el mismo sentido, el trabajo de Tiede y Ponce (2011),sobre el alto tribunal de la República del Perú, muestra una tendencia a encontrar mayores decisiones en contra del gobierno a medida que el nivel de apoyo al mismo disminuye.

Por su parte, en un influyente trabajo que sentó las bases de estos nuevos estudios, Staton (2010) analiza como el apoyo público hacia una corte determina sus decisiones. El trabajo demuestra la importancia de las políticas de comunicación estratégicas que el Supremo Tribunal de México implementó para dar visibilidad a sus fallos y acrecentar su legitimidad pública. Este autor muestra que la probabilidad de un fallo en contra del gobierno era más probable cuando la cobertura mediática era intensa y que, además, el tribunal tendía a publicitar con mayor intensidad las decisiones adversas para el gobierno de turno

Sin embargo, todavía ha recibido escasa atención el cálculo estratégico simultáneo de los jueces tanto del apoyo público hacia su tribunal como del que gozan los gobiernos de turno. Justamente, en otros trabajos propuse que al no contar con legitimidad pública, los jueces de CSJN aplicaron un cálculo estratégico que consideraba el impacto de sus decisiones en el poder político de turno en 38 casos de trascendencia pública (Gabriel Pereira 2014). Como equilibristas, los jueces eligieron cuidadosamente los argumentos para dictaminar en favor o en contra del gobierno, los casos sobre los cuales decidir, y la forma en que darían a conocer públicamente sus decisiones. Para lograr autonomía institucional y política, intentaron construir legitimidad pública, pero sin irritar al poder de turno en el proceso de construcción de dicha legitimidad (Gabriel Pereira 2021). Por ejemplo, la

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CSJN dictó casos relacionadas a violaciones estructurales de derechos humanos en 12 oportunidades durante los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernandez de Kirchner. En esos casos, las juezas redujeron la probabilidad de represalias principalmente resolviendo sobre temas que no eran cruciales para la agenda oficial pero que lograron un alto nivel de aprobación pública, tanto cuando el gobierno de turno era débil como fuerte en términos de apoyo popular. Además, los jueces calibraron estratégicamente el contenido de sus decisiones para evitar la confrontación total con el Gobierno como para aminorar las críticas conservadoras de ciertos actores influyentes en el debate público.

El contexto político donde las juezas operan es claramente relevante para entender cómo y porque deciden lo que deciden. Sin dudas, ese contexto que se caracteriza como todavía hostil para jueces de cortes suprema nos lleva a pensar que los jueces, más allá de sus visiones políticas o intereses personales, se mueven de acuerdo con la necesidad de protegerse y de proteger a sus cortes de los ataques de las elites políticas. Así, los EPDJ proponen que la decisión judicial es una consecuencia del análisis de las potenciales reacciones de actores políticos y sociales influyentes. Ese análisis, denominado calculo estratégico, permite entender las decisiones de, al menos, juezas de cortes supremas. Sin duda, ese cálculo no necesariamente aplica a todos los casos bajo revisión judicial, pero si al menos a casos de relevancia política para el gobierno de turno o ciertos actores sociales.

V. Conclusión: por unos estudios políticos de la conducta judicial anclados en la academia jurídica latinoamericana

Los EPDJ realizan un importante aporte para contestar clásicos interrogantes de la academia jurídica, sobre todo con relación a cómo y porqué deciden los jueces lo que deciden. Sus aportes analizan como el derecho opera en la práctica y

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

quienes lo aplican se encuentran sujeto a las condicionantes sociales, políticos y culturales del contexto donde llevan a cabo sus tareas. En esta visión, las juezas son consideradas actoras políticas, ya que la naturaleza intrínsicamente abierta del derecho les otorga el poder elegir entre diferentes alternativas al decidir un caso concreto.

Tres modelos de análisis ofrecen diferentes respuestas respecto cuales son las variables independientes que determinan la decisión judicial. Cada modelo otorga un peso diferente a la ideología política de los jueces, las vicisitudes políticas del contexto político donde se mueven, y sus visiones sobre el derecho y el rol institucional que deben desempeñar. Estos modelos no son rígidos, por lo que se complementan al ofrecer diferentes variables de análisis.

En América Latina se ha desarrollado una pujante línea dentro de estos estudios, que adapta los presupuestos teóricos aplicados a contextos anglosajones para capturar las realidades de las culturas jurídicas de nuestra región. Si bien existen trabajos que usan los tres modelos mencionados, esta literatura ha sido dominada por la idea de que los jueces en la región deciden estratégicamente con el fin de preservar sus puestos y la estabilidad institucional de sus tribunales. Así, los jueces buscan anticiparse a las reacciones de los actores capaces de atacarlos o ejercer presión sobre ellos como, según estudios recientes, del público en general. En este sentido, los EPDJ traen al público y la opinión pública al centro de la ecuación estratégica de los jueces.

Los presupuestos teóricos y diseños metodológicos de los EPDJ los ubican como claros herederos del realismo jurídico y los insertan dentro de la academia socio jurídica, tanto en su versión latinoamericana como estadounidense. Sin embargo, debemos reconocer, su anclaje dentro de la academia jurídica latinoamericana todavía es inestable. Quizás, prestar atención a tres aspectos contribuya en consolidar ese anclaje.

Primero, es necesario hacer explícitas las conexiones entre los EPDJ y los debates propuestos por otras ramas de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la academia jurídica. Muchas veces, al estar dominados por una perspectiva demasiado apegada a las ciencias políticas y a profundos debates metodológicos, es difícil discernir, más allá de la explicación empírica del fenómeno de la decisión judicial, la contribución,ya sea normativa o crítica,a la academia jurídica que estos estudios realizan, tal cual como lo sostienen respectivamente Friedman (2005, 2006) y García Villegas (2016).

Sin dudas, se podrían alegar directas conexiones entre los hallazgos empíricos de estos estudios y discusiones normativas relacionadas al acceso a la justicia, los límites del control de constitucionalidad, la democratización del poder judicial, las tensiones entre paradigmas juridicos o el diseño institucional democrático tanto del poder judicial como de los otros poderes. Asimismo, se podria sostener que los EPDJ tienen implicancias de gran relevancia para las diferentes vertientes críticas del derecho, ya que sus hallazgos son capaces de confirmar, o complejizar, algunos presupuestos teóricos relacionados a la disputa entre diferentes ideologías políticas y jurídicas, la concepción patriarcal del derecho, el uso del derecho como herramienta de dominación o de transformación social. En definitiva, entender a los EPDJ como parte de la academia jurídica requiere una actitud conciente de quienes los llevan a cabo de explicitar hacia donde apuntan sus contribuciones en el amplo horizonte de los estudios del derecho

Segundo, es necesario acercar una mirada jurídica para revisar las construcciones teóricas y diseños metodológicos que dominan la versión latinoamericana de los EPDJ. Como lo señaló Gillman (2001) respecto de estos estudios en los Estados Unidos, el descarte absoluto de variables jurídicas relacionadas tanto al derecho positivo en particular como al fenómeno jurídico en general responde a una aversión por parte de los cientistas sociales a la idea del derecho concebida por el formalismo jurídico. No obstante, poco se puede extraer de este paradigma para llevarlo al estudio empírico

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del derecho, en América Latina existen otros paradigmas del derecho que pueden informar la conceptualización y operacionalización de variables.

Asimismo, una mirada de académicos del derecho también puede contribuir a mejorar los diseños metodológicos de los EPDJ, que muchas veces pasan por alto elementos claves del fenómeno que se busca estudiar. Por ejemplo, muchos estudios ponen el foco exclusivamente en el análisis de las partes resolutivas de las sentencias a la hora de caracterizar su impacto sobre el gobierno de turno, lo que lleva a categorizarlas dicotómicamente como "a favor" o "en contra" de tal o cual gobierno. Al dejar de lado el análisis de los fundamentos de los fallos, estos estudios dejan pasar matices que muchas veces ubican a las sentencias en una escala donde existen matices entre las posiciones dicotómicas tradicionalmente propuestas (Pereira, 2021).

Tercero, en el proceso de involucramiento de una mirada más jurídica, es necesario también consolidar el proceso de adaptación conceptual y metodológicas de los EPDJ a la realidad latinoamericana, sobre todo si el campo quiere expandirse al estudio de juezas más allá de cortes supremas. Debemos admitir que el grueso de los EPDJ latinoamericanos ha sido fuertemente influenciado por la academia socio-jurídica anglosajona, ya sea desde las escuelas de ciencias políticas o de derecho, sobre todo porque sus autoras son o forman parte de universidades anglosajonas. Esto no es necesariamente un obstáculo insalvable, pero si implica un riesgo de que factores y matices determinantes de una cultura legal y política sean omitidos. Este riesgo es aún mayor cuando miramos jueces provinciales. Sin dudas, este proceso de adaptación se logra manteniendo un dialogo fluido y horizontal entre investigadoras de la región y sus pares anglosajonas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿Por qué importa la interseccionalidad en el trabajo judicial? Anotaciones ius feministas

Why does intersectionality matter in judicial work? Ius feminist annotations

Romina Lerussi[1]
Universidad Nacional de Córdoba. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e547
Recibido: 20/05/2021
Aprobado: 15/07/2021

https://orcid.org/0000-0003-1898-483X

Resumen: En las primeras dos décadas de este nuevo siglo hemos visto un progresivo interés por parte de las instituciones judiciales latinoamericanas en introducir enfoques interseccionales de derechos humanos en el trabajo judicial. Este interés se sitúa en el marco de la elaboración de documentos jurídicos internacionales que se han transformado en requisitos normativos más o menos vinculantes según el lugar. Y, a su vez, este interés tiene sus fuentes en la teoría y praxis colectiva de movimientos feministas, disidentes y de dere-

[1] Investigadora adjunta en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET - Universidad Nacional de Córdoba). Miembro de equipos de investigación interdisciplinar nacionales e internacionales dentro de perspectivas críticas del derecho, donde específicamente estudia y escribe sobre teoría feminista del derecho y teoría feminista del derecho del trabajo. Correo electrónico: rclerussi77@gmail.com ORCID:https://orcid.org/0000-0003-1898-483X

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

chos humanos y en la propia dinámica de incidencia en la acción legislativa y en el sistema judicial. Esto ha traído aparejado una serie de problemas hermenéuticos de mayor o menor gravedad referidos a las categorías y a los enfoques de dichos instrumentos legales para pasar de la mera enunciación formal a transformarse en herramientas de trabajo e interpretación judicial. En el presente texto presento una serie de dilemas epistémicos que atraviesan a la categoría de interseccionalidad en el derecho como imposibilidad. Luego, repongo razones desde la teoría feminista del derecho para abrirla como posibilidad a partir de la categoría de experiencia interseccional en los términos de Crenshaw (1989). Finalmente, sitúo esta labor en el trabajo judicial en tres niveles para abonar a una justicia feminista interseccional, si es que esto fuera posible.

Palabras clave: Interseccionalidad, trabajo judicial, feminismos.

Abstract: In the first two decades of this new century, we have seen a progressive interest in judicial institutions of Latin America about introducing intersectional approaches and readings of human rights in judicial work. This interest is situated within the framework of the elaboration of international legal documents that have been transformed into binding normative requirements depending on the place. And, in turn, this interest has its sources in the collective action and theory of feminist, dissident and human rights movements and in the dynamics of incidence in legislative action and in the judicial system. This has brought with it a series of hermeneutical problems of greater or lesser severity referring to the categories and approaches to go from the mere formal enunciation to becoming tools of judicial work and interpretation. In this text I present a series of epistemic dilemmas that cross the category of intersectionality in law as an impossibility. Then, I argue from feminist theory of law to open it as a possibility based on the category of intersectional experience of Crenshaw (1989). Finally, I propose three levels of praxis in judicial work that contribute to an intersectional feminist justice if this would be possible.

Keywords: Intersectionality, judicial work, feminism.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Presentación

En las primeras dos décadas de este nuevo siglo hemos visto un progresivo interés por parte de las instituciones judiciales latinoamericanas en introducir enfoques interseccionales de derechos humanos frente a casos no sólo rutinarios sino sobre todo difíciles[2]. Hayen este sentido un cierto aire de acuerdos -a veces difusos en los acuerdos y en los términos- acerca de que nociones articuladas como las de raza, sexo, género, etnia, discapacidad, entre otrashan quedado de algún modo incorporadas a nivel de los estándares jurídicos de derechos humanos a través de combinaciones de ejes de desigualdadque colocan a seres y grupos humanos en una situación de mayor vulnerabilidad a las violencias y a la discriminación (Ezpeleta, 2021).

Este interés se sitúa en el marco de la elaboración de documentos jurídicos internacionales que se han transformado en requisitos normativos más o menos vinculantes según el lugar, reunidos en pactos, protocolos, tratados y resoluciones internacionales de derechos humanoscomo la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ICERD, 1965), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém Do Pará, 1994), por mencionar sólotres referencias de mayor o menor antigüedad y alcance geográfico. Pero, a su vez, este interés tiene sus fuentes en la teoría

[2] Aunque en este artículo me dedico a abordar la interseccionalidad en el trabajo judicial, el mismo impulso lo vemos en la aplicación normativa de lo que se entiende como enfoque de género, con todas las lagunas y confusiones que bordean a este término y a su interpretación judicial. En este sentido autoras como Bergallo y Moreno (2017) hablan de "institucionalidad de género" en tanto "una serie de ámbitos institucionales y políticas judiciales de género que buscan promover sistemas de justicia sensibles a las mujeres, al género o la diversidad sexual, según el caso" (Bergallo, P. y Moreno, M.2017. *Hacia políticas judiciales de género*. Jusbaires editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 28).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y acción colectiva de movimientos feministas, disidentes y de derechos humanos y en la propia dinámica de incidencia en la acción legislativa y en el sistema judicial.

En este gran marco se han sancionado en Argentina una serie de leyes para cumplimentar con algunos requisitos de rango constitucional que, por la vía de la incorporación de tratados internacionales (Const., 1994, art. 75, inc. 22)[3], son exigibles desde el punto de vista no sólo del reconocimiento sino del ensanchamiento efectivo de derechos para garantizar su ejercicio[4]. Proceso a su vez acompasado por la proliferación de instancias ejecutivas y administrativas (unidades, áreas, observatorios, ministerios) dentro de los aparatos burocráticos estatales. Todo lo cual ha obligado, y cada vez más, a las instituciones judiciales y a las profesiones vinculadas (jueces/as y personal judicial incluidos los equipos técnicos) a involucrarse de manera activa en su inmediata aplicación. Esto ha traído aparejado una serie de problemas hermenéuticos de mayor o menor gravedad referidos a las categorías y a los enfoques de dichos instrumentos legales para pasar de la mera enunciación formal a transformarse en herramientas de trabajo e interpretación judicial[5].

---

[3] Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994) Artículo 75 inciso 22. Recuperada de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm

[4] En este sentido se destacan en Argentina la ley nacional de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley 26.485, 2009); ley nacional de matrimonio igualitario (Ley 26.618, 2010), ley nacional de identidad de género (Ley 26.743, 2012) y apartados dedicados a temas concomitantes en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994, 2014).

[5] Como una respuesta a este problema y atendiendo a necesidades de capacitación, se sancionó la ley nacional Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (Ley 27.499, 2018). La misma establece la capacitación en temáticas de género y violencias hacia las mujeres y disidencias, para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. La supervisión de esta ley en la actualidad está a cargo del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, Poder Ejecutivo Nacional.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así, frente a estos asuntos, nos encontramos con una serie de interrogantes que ameritan reflexión teórica y cierta precisión conceptual, tales como: ¿qué significa asumir una lectura interseccional en el derecho?; ¿cuándo se carecería de esa lectura y dónde radicaría la miopía?; ¿qué criterios, si pudieran acordarse, demarcarían la asunción o no de una lectura interseccional?;¿qué supone hacer trabajo judicial en clave de interseccionalidad?; ¿se trata de un asunto de términos, de enfoques, de compromisos interpretativos?; ¿se trata de un problema relacionado con usos de estereotipos?; ¿se trata de un asunto relevante frente a conflictos por discriminación?; ¿por qué importa la interseccionalidad en el trabajo judicial?

A partir de estas preguntas brújula, he organizado el presente artículo del siguiente modo. En primer lugar, presento una serie de dilemas epistémicos que atraviesan a la categoría de interseccionalidad en el derecho liberal vigente como imposibilidad. En segundo lugar, repongo razones desde la teoría feminista del derecho para abrirla como posibilidad a partir dela categoría de experiencia interseccional en los términos de Crenshaw (1989). En tercer lugar, propongo resituar la interseccionalidad en el trabajo judicial en tres niveles interdependientes: el de los conceptos (donde se sitúa el presente texto), el *in door* judicial y el *out door* judicial. En cada nivel sugiero una serie de tareas plausibles que abonan a una justicia feminista interseccional, si es que esto fuera posible[6].

II. Imposibilidad

Hace unos años Angela Davis (2015), teórica y activista feminista afroestadounidense en una serie de conferencias sobre el racismo sostenía lo siguiente:

[6] A largo de este texto y por razones político - jurídicas, asumo una identificación feminista que es comprehensible en términos de *feminismo disidente interseccional.* Gracias hooks (2000) y Ahmed (2017).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> La mayoría de las veces las categorías universales se han racializado clandestinamente.Cualquier aproximación crítica al racismo requiere un entendimiento de la tiranía de lo universal. Durante casi toda nuestra historia, la categoría de *humano* no ha incluido al pueblo negro y a la gente de color. Su abstracción se ha pintado de blanco y se ha designado como masculina (pág. 94).[7]

Lo que Davis nos está diciendoes que, para hablar sobre raza y racismo, parahablar (infiero) sobre el sistema sexo-género (Rubin, 1975) y sobre sexismo, machismo, transfobia, homofobia, lesbofobia debemos hablar *al mismo tiempo* de lo humano como categoría universal aparentemente asintomática o neutral. Estas (entre otras)asignaciones de lo humano, y dichas formas de destrucción debido a la jerarquización valorada de esas asignaciones, impugnan cada vez el universal por la vía de lo excluido y de los excluidos/as.

En este temple de interpelación, aunque desde lugares metafóricos y académicos distintos,la teórica feminista del derecho Robin West(1988) en uno de los textosquizás emblemáticos de los feminismos jurídicos estadounidenses, inicia su reflexión sobre género y teoría del derecho con la siguiente pregunta: "¿Qué es un humano? Los[las] teóricos[as] del derecho deben, ineludiblemente, responder a esta pregunta.

[7] Esta idea como parte de una genealogía radical negra, la plantea Angela Davis desde sus inicios como activista en la década de 1960 en el marco del movimiento por los derechos civiles y movimientos de mujeres en Estados Unidos, la desarrolla académicamente a partir de su obra *Mujeres, Raza y Clase* (1981) y la profundiza a lo largo de toda su vida académica y militante. Me pareció oportuno remitirme a esta serie de conferencias relativamente recientes por la insistencia de Davis y la persistencia de lo mismo: el racismo, sus formas epistémicas, institucionales y culturales y sus articulaciones con otros sistemas de opresión y destrucción humana (y no humana).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sus teorías del derecho se ocupan, después de todo, de seres humanos" (pág. 69)[8].

¿Qué es lo que deliberadamente estoy poniendo en común entre Davis y West? Precisamente la pregunta sobre lo humano y los universales a la hora de hablar con sentido acerca de raza, de sexo - género, entre otras asignaciones humanas.Y aunque asumo que hablar de raza, hablar de sexo - género, hablar de interseccionalidad, tiene sus singulares genealogías, discusiones, problemas y también confusiones[9], entiendo que el punto de partida epistémico e incluso cierto horizonte ético-político es común: poner en evidencia por la vía de lo excluido los modos en los que se estructura la desigualdad y la discriminación como forma de aquella. A su vez, mostrar el plus que se produce cuando convergen distintas asignaciones infravaloradas en un ser humano y en grupos humanos en situación de desigualdad articulada a variados sistemas de opresión (patriarcado, racismo, neoliberalismo capitalista, colonialismo, por poner

[8] West, R. (1988). *Género y teoría del derecho*. UniAndes y Siglo del Hombre, Bogotá. Colombia.

[9] La literatura acerca de la interseccionalidad es muy prolífica. Por lo tanto, para abordar estos asuntos me remito a tres referencias publicadas en estos años que ofrecen contrapuntos sustanciales al debate. Por una parte, el reciente libro de Hill Collins, P. (2019). *Intersectionality as Critical Social Theory*. Duke University Press, Durham, Estados Unidos. En esta obra, Hill Collins, teórica feminista negra de indudable referencia en la materia desde hace más de 30 años, vuelve a reponer con una clara intensión sistemática la interseccionalidad como una teoría social crítica y como lugar de resistencia intelectual. Por otra parte, el artículo de Gordon, L. (2016). "La interseccionalidad, el feminismo socialista y el activismo contemporáneo: reflexiones de una feminista socialista de la segunda ola" (trad. L. Díaz). *Zona Franca. Revista De Estudios De género*, 28 (págs. 483-515). Gordon,en clave feminista socialista y autobiográfica, compone una breve genealogía de la interseccionalidad y advierte sobre usos confusos y difusos en ciertos discursos actuales del activismo estadounidense. Finalmente, el artículo de Viveros Vigoya, M. (2016). "La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación". *Debate Feminista*, 52 (págs. 1 – 17), quien repone en sus términos las grandes líneas de debate sobre el tema, sus alcances y límites, enfatizando los aportes del *black feminism*, el feminismo de color y el feminismo latinoamericano como enfoques epistémicos descolonizadores.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nombres)y, al mismo tiempo, introducir esperanzas tan promisorias como un amanecer[10].

De allí que el asunto de la interseccionalidad que parece haberse reducido en lo judicial a un problema de categorías analíticas de causa única*vs* causas múltiples, a un problema de estereotiposy sospechas, a un asunto de casos difíciles que involucran a seres humanos *diferentes* (personas de pueblos originarios; personas negras / racializadas; personas sexo – género disidentes;personas pertenecientes a culturas o prácticas religiosas no hegemónicas según los contextos; por poner nombres)[11], nos pone sin más frente a la pregunta por nosotros mismos, seres humanos, como especie. Se trata de un asunto verdaderamente serio. En el trabajo judicial, según los supuestos epistémicos que se asuman y las generalizaciones que se realicenacerca de lo que es un humano en sus variadas expresiones vitales singulares y colectivas, se derivan consecuencias jurídicas en lo conceptual, en lo normativo, en lo argumental, en lo procesal y en lo institucional. Por lo tanto, abordar estos asuntos en la clave de lo humano es fundamental para imaginar una justicia feminista interseccional, si es que esto fuera posible.

---

[10] Aunque asumo que el término desigualdad puede ser equívoco (quizás por la vía de los problemas teóricos y prácticos alrededor del término igualdad), me sigue pareciendo potente y útil política y jurídicamente, sobre todo para abordar la desigualdad estructural (y la discriminación como una expresión de aquella) y su incidencia en vidas singulares y colectivas insertas en sistemas variados de opresión. Otra manera de designar estos asuntos es por la vía de la categoría de *subordiscriminación*, un camino sin dudas muy inspirador. Ver: Barrère Unzueta, M. Á. (2008). "Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación" en AAVV (coordinado por Mestre i Mestre, R.), *Mujeres, derechos y ciudadanías* (págs. 45 – 71). Tirant lo blanch, Valencia. España.

[11] A modo de sugerencia, tres textos situados dentro de la teoría feminista del derecho que reponen estos asuntos clarificando ejes de problemas teóricos y sus formulaciones normativas y jurisprudenciales son: en el contexto Latinoamericano, Ezpeleta (2021) y en contexto europeo, Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2011) y Morondo (2015).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II.a. Lo humano del todo, o en partes

El derecho es un discurso productor de diferencias (Smart, 1992)para el caso jurídicas.[12] El asunto es que frecuentemente en el derecho los términos de la diferenciaaplicados a seres y grupos humanos se organizan en un sistema discursivo (para empezar) bajo criterios de valoración(Molina Petit, 1994)(jerárquicos con frecuencia)que determinanque un ser o grupo humano esdiferente por razones determinables y atendibles (o no) respecto de un ideal normativo (el cual usualmente deviene privilegiado) y en tantouna generalización que remite a algún universal restringido (Costa, 2016)*cada vez*[13].

La hipótesis de la universalidad restringida de lo humanoen el derecho liberal moderno ha sido ampliamente demostrada,desde los postulados antirracistas y las expresiones feministas *avant la lettre*a partir demediados del siglo XVIII hasta las críticas marxistas desde el XIX.[14] En términos sintéticos

[12] Esta es una cualidad propia del lenguaje y,por lo tanto, del lenguaje del derecho. Tengo muy claro que esta afirmación remite a una discusión compleja que excede los objetivos de este texto. Basta decir que, desde un punto de vista pragmático, el lenguajeproduce diferencias en al menos dos sentidos: organiza sistemas de opuestos (arriba - abajo; alto-bajo; contracción – expansión, etcétera) y frecuentemente distribuye estos opuestos según criteriosaxiológicos. Esta es la idea que me interesa destacar.

[13] Por "cada vez" quiero decir que el universal restringido no es algo estático, sino que remite a procesos históricos, es contextual. Por poner un ejemplo, no es el mismo universal restringido "humano" el que impugna Olympe de Gouges (1791); el que interpela Sojourner Truth (1851); o con el que discute Judith Butler (1990).

[14] Para abordar estos asuntos sugiero la lectura de tres narrativas feministas *avant la lettre* que inauguran a su modo la crítica al carácter restrictivo de universales como humano, racionalidad, libertad, igualdad en la modernidad y sus implicancias en la creación de la ficción del sujeto racional, autónomo, neutral y abstracto (el que sigue siendo entendido como sujeto de derecho). Primero, Olimpe De Gouges (Francia), quien demostró con la "Declaración de los derechos de la Mujer y la Ciudadana" (1791) la exclusión de la condición de humana y de ciudadana para las mujeres. El "hombre y el ciudadano" de la declaración de 1789 es un varón blanco y burgués que se establece como universal dejando fuera a las mujeres (y hoy diríamos a mujeres y a disidencias interseccionadas identitaria y estructuralmente). De Gouges tuvo un gesto radical: demostró que los iguales, libres y fraternos eran varones

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para no desbordar los objetivos de este texto, esta hipótesis supone visibilizar los límites constitutivos de los universales (para el caso, "humano") que producenexclusión en grados variables de y entre seres humanos que se salen de los universales del todo o en partes, es decir, que están fuera de ese ideal normativo y/o de una o muchas de sus cualidades que podríamos reunir en varón blanco heterosexual burgués propietariono dependiente razonable capaz (…). Pero a su vez, esta labor crítica ha ido de la mano del reclamo del universal (humano, derecho, igualdad, libertad, por poner nombres) por la vía de la disputa situada en la singularidad o diferencia (mujer, negra, obrera, trans, indígena, por poner nombres) como estrategia ontológica y política fundamental en el establecimiento de cualquier hegemonía, para el caso,jurídica. En otras palabras, es en este movimiento paradojal (Scott, 2012)como fuente de creatividad y de conflicto (Costa y Lerussi, 2020) que se realiza cada vez el reclamo de esa universalidad restringida (de lo humano; de derechos) y al mismo tiempo, lainsistencia en la diferencia.Se trata de un movimiento constante de disputa y ensanchamiento del universal restringido (igualdad, por

---

blancos, instruidos, propietarios (y, agrego, heterosexuales o supuestos como tales). Segundo texto, Mary Wollstonecraft (Inglaterra), quien en su *Vindicación de los derechos de la mujer*(1792) discutió con Rousseau y contractualistas de la época y demostró que en el contrato social el pacto es entre fráteres varones que se instituyen como universales para la conformación de la vida pública entendida como la vida política. La autora retoma un texto clave del falso revolucionario, *Emilio o de la educación*, en donde los argumentos del proyecto misógino de Rousseu son contundentes. Las mujeres (y toda la otredad humana no inteligible ni reconocida en ese momento) están restringidas a la vida privada entendida no como lugar de intimidad (prevista solo para los varones del pacto), sino como espacio de privación (de la libertad, para empezar). Tercer texto, Sojourner Truth (Estados Unidos) quien en una Convención de los Derechos de la Mujer (1851) reclamó el universal en su condición de mujer negra trabajadora, disputando al sujeto político tanto de las reivindicaciones sufragistas de mujeres organizadas, como de los movimientos antiesclavistas mixtos. En estos dos marcos reivindicatorios, se presupuso como sujeto político de la disputa emancipatoria y jurídica ya sea a las mujeres blancas, ya sea a los varones negros, pero nunca a las mujeres negras. De este modo Truth inaugura lo que entendemos desde hace unas décadas como feminismos negros y en cuya genealogía se encuentra la obra de Crenshaw (ver: Jabardo, M., 2012. *Feminismos negros. Una antología*. Traficantes de sueños, Madrid. España).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

poner un nombre) por la vía de la irrupción de lo instituido como particularidad(que en el caso de las mujeres puede significar más del cincuenta por cierto de la población mundial) y que hay quienes han entendido como *política de la diferencia*(Young 1990),destacando los mecanismos de opresión y de dominación que producen lo instituido como diferencia[15].

Por lo dicho, el derecho es un sistema que otorga más valor epistémico a ciertos seres humanos que reúnen determinadas características valoradas no sólo positivamente sino por ello,tal como decía anteriormente, instituidas como universales y reunidas en el sujeto de derecholiberal[16]. Esto implica establecer criterios de inteligibilidad y de reconocimiento que el derecho produce y que definen existencias e inexistencias jurídicas, es decir:

[15] Al respecto vale he de decir que tal como lo entiendo los seremos humanos no somos iguales en el sentido de equivalentes o idénticos (grandes equívocos, aunque a veces podamos acudir estratégicamente a usos identitarios). Lo que quiero insinuar en el uso del término igualdad como una *máxima de mínima* es que asumiendo la singularidad (que hay quienes entienden desde la categoría de diferencia), no existe ninguna razón para inferir ni la jerarquía entre seres humanos en donde unas singularidades valen más o son *mejores* que otras (y algunas ni valen ni existen), ni de ello *mérito* alguno para justificar lógicas de privilegios que sustenten exclusiones y discriminaciones, es decir, producen desigualdad. Por lo tanto, la antinomia de la categoría de igualdad que me interesa enfatizar es la de desigualdad económica y simbólica estructural articulada a diversos sistemas de opresión (racismo, sexismo, fascismo, colonialismo, capitalismo neoliberal, etc.) que conforman el pan de cada día de grupos sociales y de vidas singulares. Por razones de desigualdad (de lo que vale, de lo que cuenta) se han creado situaciones de diferente desigualdad y de desigualdad en la diferencia. En todo caso, en la labor jurídica un efecto posible de una posición igualitarista es precisamente resolver la situación desigualitaria para dar lugara las diferencias en su máxima expresión en tanto importantes y atendibles e incluso disruptivas respecto de ese ideal normativo individual sobre el que se asientan los sistemas jurídicos(ver: Posada Kubissa, L. (2000). "Prólogo" en Cirillo, L.*Mejor huérfanas. Por una crítica feminista al pensamiento de la diferencia,*págs. VII – XVII. Anthropos, Barcelona. España). Se trata de una distinción medular, un esquema que clarifica las dinámicas interrelacionadas de reconocimiento y de redistribución(ver:Fraser, N. 1997. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición postsocialista.* Siglo Hombre ed., Bogotá. Colombia).

[16] Tres críticas imperdibles ius feministas al liberalismo jurídico las encuentro en West (1988); Olsen (1990)y Alviar García y Jaramillo (2012).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> en su propia mecánica ontológica, el derecho expulsa, niega o ni siquiera imagina algunas existencias. De ello se sigue que hay quienes no son inteligibles *del todo*, a quienes siendo inteligibles no son reconocibles como igualmente humanos, o siendo reconocibles humanos, lo son parcialmente" (Lerussi, 2020a, pág. 18)[17].

Parecería entonces que hay humanos que son más humanos que otros y que para serlo del todo, tendrían que "esperar"en los tiempos inciertos de los estándares de progresividad de los derechos humanos que pueden nunca llegar. Seres humanos en grados variables de (in)existencia jurídica y, por lo tanto, de "paciencia" frente a lo insoportable.

Según lo entiendo la tragedia de la interseccionalidad en el derecho moderno liberal y cuya matriz epistémica sigue vigente hasta nuestros días(en términos de individuo posesivo, racionalidad abstracta y objetiva, universalidad restringida), radica en la imposibilidad de establecer en la lengua del derecho liberal algo así como una justicia interseccional que no termine siendo, cada vez, proliferación de diferencia (incluso con las mejores intenciones) que remite al sujeto normativo formal individual como idea reguladora, es decir, responde a su misma gramática[18]. Y esto quizás porque el derecho no puede (¿y no debe?) contenerlo todo (el lenguaje tampoco) y recurre a la generalización (que podríamos traducir en términos de cierta forma de universalización) como una operación necesaria a su propia estructura y estructuración. Y esta fun-

[17] Lerussi, R. (2020a). "Contornos para una epistemología feminista del derecho del trabajo". En: Tramontina, R. y Vieira, R. (eds.). *Desafios presentes e futuros do Direito do Trabalho* (págs. 11 – 26). Unoesc editora, Chapecó.Sin dudas, en estas ideas hay *ecos* de Butler, J. (1997).

[18] Solo dejo asentado que abordar la obra de María Lugones en la clave del *yo comunal* y sus recepciones feministas decoloniales puede ser una vía reveladora para desarticular al sujeto de derecho liberal (ver: Femenías, M. L. 2021. "María Lugones (1944 – 2020).In Memoriam". *Polémicas Feministas*, n. 4, págs. 1- 9).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ción no es ni buena ni mala *per se*, salvo por hecho de que tal como opera la lógica diferencial en el liberalismo jurídico,esto se traduce muy frecuentemente en maniobras exotizantes y/o de excepcionalidad con pretensiones de justicia aplicada a situaciones vividas por seres y grupos humanos considerados *diferentes*(mujeres, indígenas, negras, trans, pobres, por poner nombres)[19]. Y así, se deja sin impugnar no sólo la arquitectura diferencial exotizantey/o excepcional (donde lo exótico y/o lo excepcional se definen por diferencia respecto de lo normal y regular); sino que además esta no impugnación se desplaza hacia la propia fisiología del derecho liberal moderno que es "una de las tecnologías de producción subjetiva más productiva e indeclinable de la actualidad" (Cano, 2021, pág. 246)[20], es decir, produce seres y grupos humanos subjetivamente exóticos y/o excepcionales.Ahora bien, esa excepcionalidad va con un plus negativo, porque el derecho es además uno de los dispositivos sociales de mayor productividad en el mercado axiológico de las diferencias y por ello, de privilegios y desigualdades. Y esto ocurre, precisamente,según la mayor o menor proximidad que se tenga respecto al universal restringido.

Aquí radican a mi entender unas primeras razones acerca de la imposibilidad de la interseccionalidad en el derecholiberal vigente. Claro está que ello depende de nuestros modos de abordar este asunto que de momento dejo formulado.

---

[19] En este tono de crítica y en la reflexión sobre el uso del velo por parte de mujeres musulmanas en el contexto europeo, ver: Morondo Taramundi, D. (2015). "Between Islamophobia and postfeminist agency: intersectional trouble in the European face-veil bans". *Feminist Review,* n. 110 (págs. 55 – 67).

[20] Cano, V. (2021). "Políticas del placer: el derecho a decir *sí*. Notas a *Teorizar el sí: un ensayo sobre feminismo, derecho y deseo* de Katherine Franke". En:Costa y Lerussi (comps.) *Feminismos Jurídicos: interpelaciones y debates* (págs. 243 – 250). UniAndes y Siglo del Hombre Ed., Bogotá, Colombia.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II.b. Ensanchar la base del universal, o morir en la espera

Hablemos de interseccionalidad. Una respuesta fundacional para los feminismos jurídicos la encontramos en Kimberlé Crenshaw con nombre propio y en un linajepolítico,crítico,negroy feminista. En 1989 Crenshaw escribió "Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas", texto que sin dudas signó un modo de pensar el derecho antidiscriminatorio, en su caso estadounidense,de forma radicalmente nueva. Ella inaugura la interseccionalidad en el derechoa partir del análisis de tres fallos que involucran a mujeres negras y que están relacionados con el título VII de la Ley estadounidense de Derechos Civiles de 1964, demostrando la injusticia de la categoría única en el análisis de la discriminación legal[21].De este modo:

> "Crenshaw centra su atención en las mujeres negras para poner de relieve cómo su experiencia es desarticulada tanto por la normativa de antidiscriminación racial –centrada en la experiencia negra masculina– como por la teoría feminista –construida a partir de las percepciones e ideas de mujeres blancas de estratos socioeconómicos medios y altos–. De modo que estos discursos, restringidos por un enfoque unidimensional y parcial, al tiempo que niegan la singular experiencia de las muje-

[21] "La Ley de Derechos Civiles declara discriminatoria la segregación racial y el Título VII destinado a combatir la discriminación es posteriormente reformado por la Ley de Igualdad de oportunidades en el empleo de 1972, que prácticamente lo viene a sustituir y que se dirige (y así consta en el Preámbulo) a los «millones de minorías y mujeres en nuestra sociedad»" (Barrère Unzueta, M. Á., 2010. "La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas". *Revista Vasca de Administración Pública,* n. 87-88, pág. 230, nota 22).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> res negras, focalizan aquellos sujetos privilegiados dentro de sus respectivas comunidades" (Costa y Lerussi, 2021, pág. 29)[22].

En definitiva y por la vía de la crítica, ella muestra en su análisis la tendencia a perpetuar categorías excluyentesy, por lo tanto, los modos en los que los tribunales encuadran e interpretan situaciones que involucran múltiples ejes de opresión, es decir, distintas fuentes de discriminación[23]. Muestra,en sus términos, "el limitado alcance de la doctrina antidiscriminación y su fracaso para comprender la interseccionalidad" (Crenshaw, 1989, pág. 49)[24].Y en este sentido no sólo sube el volumen de la crítica sino sobre todo eleva la apuesta de la interseccionalidad en el derecho antidiscriminatorio hegemónico en Estados Unidos[25]. En palabras de Crenshaw (1989):

---

[22] Costa, M. y Lerussi, R. (2021b). "Hacer derecho feminista". En: Costa y Lerussi (comps.) *Feminismos Jurídicos: interpelaciones y debates* (págs. 17 – 41). UniAndes y Siglo del Hombre Ed., Bogotá, Colombia.

[23] Hay quienes hablan de *sistemas*, *estructuras*, *formas* de discriminación. Para el caso, voy a tratarlas como análogas sin entrar en los desplazamientos semánticos que, claro está, se conectan con asunciones conceptuales que a los fines de esta argumentación no son tan relevantes.

[24] Crenshaw, K. (1989). "Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas" (trad. C. Ezpeleta). En Costa y Lerussi (comps.).*Feminismos Jurídicos: interpelaciones y debates* (págs. 43 – 68). UniAndes y Siglo del Hombre Ed., Bogotá, Colombia, ed. 2021.

[25] Para una contundente crítica de los devenires formalistas del derecho antidiscriminatorio en Estados Unidos extensible al contexto español y europeo, ver Barrère Unzueta, M. Á. (2001). "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación vs discriminación, y acción positiva vs igualdad de posibilidades" *R.V.A.P. Revista Vasca de Administración pública*, n. 60 (págs. 121 – 139). La autora, por la vía de una crítica ius feminista a los supuestos del modelo jurídico individualista liberal, plantea su incompatibilidad con la promesa emancipatoria inicial del derecho antidiscriminatorio situada en el abordaje de la injusticia en la que viven unos grupos sociales respecto de otros.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> "es bastante irónico que aquellas personas preocupadas por aliviar los males del racismo y el sexismo deban adoptar este tipo de abordaje vertical de la discriminación. Si, por el contrario, sus esfuerzos comenzaran por aproximarse a las necesidades y a los problemas de quienes están en mayor desventaja y por reestructurar y rehacer el mundo donde sea necesario, entonces aquellas personas que se encuentran oprimidas por un solo factor también se beneficiarán. Además, pareciera que posicionar en el centro a quienes se encuentran actualmente en los márgenes es la manera más efectiva de resistir a las fuerzas que pretenden compartimentalizar experiencias y minar toda potencial acción colectiva" (pág. 65)[26].

Crenshaw es heredera de un modo heterodoxo de pensar el universal restringido en el derecho antidiscriminatorio estadounidense y este es el material con el que prepara la categoría de interseccionalidad.Sin embargo, desde hacía por lo menos tres décadas feministas negras, mestizas y chicanas de ese país y de otras latitudes ya nos habían indicado el camino, no sólo por la vía de la denuncia de la supremacía blanca dentro del heteropatriarcado en vidas concretas, muchas invivibles, sino por la vía de las matrices epistémicas que organizan nuestros modos de vivir y de morir, incluso jurídicamente.Es en esta genealogía, de la que forma parte, que escribe nuestra autora[27]. En qué se conectan unas respuestas y otras. No sólo en la identificación

[26] Crenshaw, K. (1989). "Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas" (trad. C. Ezpeleta). En Costa y Lerussi (comps.).*Feminismos Jurídicos: interpelaciones y debates* (págs. 43 – 68). UniAndes y Siglo del Hombre Ed., Bogotá, Colombia, ed. 2021.

[27] Un texto muy clarificador que expone esta genealogía en clave crítica es el de Espinosa Miñoso (2021).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

feminista sino en el problema de lo que produce no ser vista "del todo humana" sino "por partes", el problema de la articulación entre la diferencia y la desigualdad, el problema de las múltiples discriminaciones como formas de la desigualdad en sistemas variados de opresión, el problema de los privilegios y su (in)justificación.

Tal como leo a Crenshaw, su proyecto ius feminista interseccional tiene una pretensión sobre todo epistémica con una clara visión política y jurídica: ensanchar la base del universal, cada vez, para quecuando entren los grupos marginados [que ella encarna en la Mujer Negra], entremos todas las personas (Crenshaw, 1989, pág. 66)[28].

Por lo tanto, cualquier proyecto de interseccionalidad en el derecho que no se plantee revisar la arquitectura del derecho liberalvigente y en especial el modo en que funciona, es decir, la fisiología epistémica de los universales restringidos (humano, derechos, sujeto de derecho, individuo, igualdad, libertad, propiedad, por poner nombres), está condenado a su imposibilidad desde el punto de vista de su potencial transformador, a saber: la erradicación de las fuentes de desigualdadepistémicasque traduzco como modalidades de injusticia epistémica en el derecho en los términos de Miranda Fricker (2007), íntimamente conectadas con todas las formas

[28] Crenshaw, K. (1989). "Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas" (trad. C. Ezpeleta). En Costa y Lerussi (comps.).*Feminismos Jurídicos: interpelaciones y debates* (págs. 43 – 68). UniAndes y Siglo del Hombre Ed., Bogotá, Colombia, ed. 2021.
Con esto no quiero decir que Crenshaw no esté también atrapada en el corsé del derecho liberal (en sus variantes incluso identitarias), todas/os los estamos de algún modo y frecuentemente asumimos posiciones que pueden entenderse como *liberalismo estratégico del feminismo jurídico*(Puga y Vaggione, 2021). Esto sin dudas entra "en tensión con ciertas versiones liberales del derecho e incluso con sus fuentes de legitimidad" (Puga y Vaggione, 2021, pág. 13), incluidas sus fuentes epistémicas. De allí la importancia de mantener la vigilancia epistémica respecto del derecho vigente y de sus usos en los contextos actuales, incluidos los usos feministas y disidentes.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de injusticia política, económica y jurídica.[29]Es decir, se trata de una forma de injusticia que lesiona la misma condición de sujeto de conocimiento de un ser y grupo humano en situación de desigualdad en los términos indicados (o de discriminación estructural como forma de aquella). Lo cual no sólo incide en la organización de la desigualdad simbólica y material articulada a variados sistemas de opresión, sino que antes produce la desigual condición humana[30].

---

[29] Esto es aplicable al derecho antidiscriminatorio hegemónico. En palabras de Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2011), "el derecho antidiscriminatorio viene a ser instrumento aplicativo y destinado a crear series más o menos consistentes de excepciones individuales; una limitación y un destino que -huelga decirlo- implica una incidencia mínima tanto sobre las estructuras (prácticas, procesos e instituciones sociales) que oprimen a determinados grupos (y por ende a sus miembros), como sobre la concepción de los mecanismos que deberían erradicarlas, o al menos, modificarlas" (Barrère Unzueta y Morondo Taramundi, 2011, pág. 39).

[30] Para no exceder los objetivos de este texto, muy brevemente la injusticia epistémica en los términos de Fricker (2007)se manifiesta de dos formas: como injusticia testimonial y como injusticia hermenéutica. La primera es "aquella injusticia que un hablante padece al recibir del oyente una credibilidad disminuida debido al prejuicio identitario vertido sobre el oyente" (pág. 22), el ejemplo central de este tipo de injusticia se puede definir como "déficit de credibilidad prejuicioso identitario" (pág. 22). Cuando este tipo de injusticia es sistémica, el déficit de credibilidad en los términos indicados "persigue al sujeto a través de las diferentes dimensiones de la actividad social (pág. 56). De allí que la injusticia testimonial sistémica conecta la injusticia epistémica con la injusticia social de conjunto. Dentro de la injusticia testimonial los estereotipos y los estereotipos prejuiciosos juegan un rol central. De momento basta decir que, dada esta distinción, según Fricker "muchos de los estereotipos de los grupos históricamente desfavorecidos [...] implican de diverso modo una asociación con algún atributo inversamente relacionado con la competencia, la sinceridad o ambos" (pág. 65). [Comentario: habitualmente el uso de *estereotipos sobre personas y/o grupos* desplaza el *uso de argumentos sobre hechos*, es decir, hay una cierta renuncia al razonamiento jurídico por la vía de este recurso de generalización (sospechoso, a mi juicio) y esto es muy resbaladizo en materia probatoria. Agradezco a Ileana Arduino, Inecip Argentina, esta indicación en ocasión de una conversación sobre uso de estereotipos en el derecho penal]. El segundo tipo de injusticia epistémica que plantea Fricker (2007) es la hermenéutica, "este tipo de injusticia epistémica emana de un vacío existente en los recursos hermenéuticos colectivos (es decir, de un vacío en las herramientas de interpretación social que compartimos), donde no es casual que la desventaja cognitiva producida por ese vacío afecte de manera desigual a diferentes grupos sociales [...] Más bien la desigual desventaja se deriva del hecho de que los miembros del grupo más desfavorecido por este vacío quedan en cierta medida marginados

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. Posibilidad

Tal como la formulo, la imposibilidad de la interseccionalidad en el trabajo judicial es ante todo epistémica. Estamos en cierto modo y a pesar nuestro, atrapadas por no decir *dolorosamente prisioneras* según Williams (1991)en el corsé del derecho liberal y de sus supuestos. Ahora bien, por qué darle confianza a un conjunto de razones jurídicas feministas para abrir la interseccionalidad en el trabajo judicial como posibilidad(y, quizás, como fuga). La confianza radica en *nuevos modos de ver* lo que entendemos por epistemología[31]. Este es el meollo de la cuestión que me interesa destacar. En estas apuestas feministas, se vislumbran (y además lo sabemos) eso que han dado en llamarse epistemologías situadas en donde:"a). sujetos y relaciones sociales no se conciben en abstracto sino en concreto y b). lo concreto remite a la interdependencia entre el poder, la razón y la autoridad epistémica" (Fricker, 2007, pág. 21)[32]. Su potencia hermenéutica por lo tanto se escurre del freno conservador de los guardianes de la seguridad jurídica frente a cualquier intento de transformación de la arquitectura epistémica del derecho liberal y sus implicancias en la formulación de normas y en la decisión judicial. Y, a su vez, nos coloca en otro sendero hermenéutico por la vía de los efectos que produce el derecho y en los que se realiza (performa) ininterrumpidamente[33]. Aquí es donde el término experiencia jurídica situada adquiere especial relevancia. Experiencia jurídica situada en esa pulsión constante y podríamos acordar relativamente necesaria que tiene el derecho de estabilizar, formalizar y

hermenéuticamente, es decir, participan de forma desigual de las prácticas a través de las cuales se generan los significados sociales" (pág. 25). Por lo tanto, en resumidas cuentas, "la injusticia hermenéutica es un tipo de discriminación estructural" (pág. 259).

[31] Además de laconfianza personal y política en la teoría feminista como cuerpo teórico, práctica emancipatoria y modo de vida.

[32] Fricker, M. (2007). *Injusticia epistémica*. Herder, Barcelona, España, ed. 2017.

[33] Para esto sigo a Foucault (1973) y a Butler (1990).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

generalizar (reglas, criterios, términos, sentidos y alcances) como labor garante, entre otros principios, de la seguridad jurídica. Y que precisamente por ello requiere de un esfuerzo constante, casi insistente, en mostrar lo que también produce esa pulsión estabilizante, formalista y universalista en términos de exclusión (epistémica, para empezar) como labor garante de la vida democrática. Asumir este juego de pulsiones no atenta contra la seguridad jurídica,sino que la vitaliza, es decir, la devuelve a la vida jurídica democrática. Por lo tanto, sostengo que entre la lógica normativa formal (y su operación consustancial degeneralización) y la experiencia jurídica situada (y su operación consustancial de contextualización) se traman los nexos de la vida política democrática del derecho y de sus instituciones. Y este quizás pueda ser un portal de la posibilidad.

III.a. Experiencia interseccional

En primer lugar, sitúo el término experiencia interseccional (Crenshaw, 1989) dentro de lo que he referido antes como epistemologías situadas. Término, por cierto, utilizado con profusión en el pensamiento feminista por lo que resulta imposible recomponer las diferentes fuentes y discusiones[34].Por ello, en segundo lugar y a los fines de la argumentación, voy a remitirme al marco que ofrece el texto de Crenshaw en análisis, dado que es quien no sólo acuña el término, sino que inaugura (con las consideraciones ya realizadas),la interseccionalidad en el trabajo judicial[35]. En este artículo voy a tratar la experiencia interseccional como

[34] Una referencia feminista ineludible es la de Haraway (1988), textoque está latiendo detrás de estas líneas.

[35] El volumen de la literatura sobre interseccionalidad en el derecho es tal abultado que su rastreo y composición presenta muchas dificultades, por lo que en el presente artículo me remito sólo a textos que abonan a la argumentación confiando en el abanico de fuentes que se abren y en las lecturas explosivas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una forma de experiencia jurídica situada, aunque sin dudas es extensible a otras experiencias.

Breves páginas luego de iniciado el artículo, Crenshaw (1989) afirma lo siguiente:

> Si bien no puedo pretender conocer *las circunstancias que subyacen a los casos* que discutiré, sin embargo, considero que *la forma en que los tribunales interpretan las demandas hechas por mujeres Negras es en sí misma parte de la experiencia de las mujeres Negras* y, consecuentemente, resulta bastante revelador hacer una rápida revisión de casos que involucran las demandas hechas por este *colectivo* (pág. 46)[36].

¿Qué es lo que se insinúa en este fragmento en clave epistémica respecto a la experiencia interseccional en tanto que experiencia jurídica situada?Tal como leo este fragmento (es decir, interpreto), identifico tres aspectos interrelacionados en la temática en estudio (la interseccionalidad) que se encuadran en un giro epistemológico en el abordaje de las sentencias y del trabajo judicial en su conjunto.

Primero, la vitalización de la contextualización o en los términos de Crenshaw, *las circunstancias que subyacen a los casos* (aunque ella no "pretenda" en el texto indagar al respecto, en perspectiva nosotras sí)*;* es decir, indagar no sólo acerca de los hechos, sino además del contexto relevante. Esta indicación de Crenshaw que parece marginal entiendo que es fundamental porque es una puerta de entrada para comprender las condiciones de posibilidad de la discrimina-

[36] Crenshaw, K. (1989). "Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas" (trad. C. Ezpeleta). En Costa y Lerussi (comps.).*Feminismos Jurídicos: interpelaciones y debates* (págs. 43 – 68). UniAndes y Siglo del Hombre Ed., Bogotá, Colombia, ed. 2021.Las cursivas han sido agregadas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ción (*colectiva,* en sus términos) frente a situaciones de conflicto legal en donde aquella se manifiesta. Es decir, es una fuente de conocimiento situado que (con las limitaciones y reglas propias del derecho) conecta la singularidad en situación de conflicto legal por discriminación con la experiencia de discriminación estructural.[37] Y esto es así porque según Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2011):

> el tipo de injusticia designado como discriminación no puede considerarse como algo puntual o excepcional sino como un fenómeno sistémico. Desde esta postura […] puntuales o excepcionales podrán

[37] Las mujeres negras que inspiraron a Crenshaw eran todas trabajadoras asalariadas; así, los tres fallos que ella analiza son de jurisdicción laboral (aunque claramente con implicancias constitucionales). Se trata quizás de un ámbito propicio para detectar síntomas de la discriminación interseccional y seguirle la huella.
En este sentido, vale recordar que la pregunta por *lo que da origen a la desigualdad* entre las partes del contrato de trabajo (de la que puede derivarse la pregunta por lo que puede manifestarse como discriminación interseccional), es una pregunta que signó un modo de pensar el derecho del trabajo de raíz social en sus implicancias jurídicas y políticas. Sin embargo, por la fuerza de la propia matriz jurídica liberal, fue la ficción del contrato (de trabajo) la que terminó individualizando el abordaje de la preguntay,por lo tanto,anuló(o congeló, operación típica del derecho) la dimensión grupal a la que remite tanto la desigualdad como la discriminación. Una pregunta ius feminista explosiva podría ser en qué sistemas interseccionados de subordiscriminación (Barrère Unzueta, 2008) se sitúa la parte trabajadora *en el momento* de hacer el pacto o contrato de trabajo que inicia la relación laboral de subordinación o dependencia.Tal como lo comentara en otro texto, este interrogante deja ver que puede haber un *plus* de subordinación *antes* del pacto (que hay quienes traducen en términos de subalternidad) que debe ser atendible a la hora de abordar la supuesta vulnerabilidad de la parte trabajadora en el momento del pacto, durante y finalizada la relación laboral, sobre todo frente a conflictos. Atender a esta consideración, puede ser orientador de alianzas solidarias en la acción colectiva sindical articulada de manera sustantiva con los activismos feministas disidentes interseccionados (Lerussi,2020b). Al respecto sugiero Bersani, H. y Souza Máximo Pererira, F. (2020). "Crítica à interseccionalidade como método de desobediência epistêmica no Direito do Trabalho brasileiro" en *Rev. Direito e Práx*is, vol. 11 (4) (págs. 2743-2772), un texto sin dudas pionero en América Latina. Otra referencia en material laboral que bordea estos asuntos es la de Lobato, J. (2019). "Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso *Sisnero". Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad de la República, Uruguay), 46, págs. 1-48.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> ser, en todo caso, las acciones a las que, según el momento histórico, se les reconoce o atribuye relevancia jurídica, pero no los actos discriminatorios, que son, en definitiva, los que alimentan los sistemas de opresión (pág. 40)[38].

Segundo, la consideración del grado de relevancia de la interpretación judicial en la producción de la experiencia interseccional ("*la forma en que los tribunales interpretan las demandas hechas por mujeres Negras es en sí misma parte de la experiencia de las mujeres Negras")*.En otras palabras, esa *forma* es una fuente de producción epistémica que vuelve inteligible *parte* de la experiencia de grupos humanos, para el caso mujeres negras trabajadoras,no sólo *frente a* sino *para* los tribunales. Se trata de una restricción que se traduce en un vacío hermenéutico en las capacidades de definir los términos de la experiencia interseccional que padecen las mujeres negras en los casos que repone Crenshaw, y que las vuelve indescifrables como grupo en situación de discriminación interseccional (por lo tanto, estructural). Según lo entiendo estamos frente a una modalidad de violencia hermenéutica en los términos indicados por Fricker (2007). Es decir, esta clave complejiza aún más la discriminación interseccional en términos no sólo de las singularidades en conflicto por discriminación, no solamente respecto al contexto relevante que pone de manifiesto la situación estructural de dicha discriminación. Se trata además y por ello, de la imposibilidad hermenéutica de traducir esta experiencia de *otra forma,* de base ancha nos dirá Crenshaw, no hegemónica, agrego. Y con esto no estoy queriendo decir que la experiencia de las mujeres negras en los casos que repone Crenshaw para ser "verdadera"*sólo* puede ser enunciada en sus propias formas, algo así como una política de enunciación identitaria que

[38] Barrère Unzueta, M. Á. y Morondo Taramundi, D. (2011). "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 45, (págs. 15 – 42).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vuelva inteligible sus experiencias como mujeres negras trabajadoras (aunque es una vía posible y potente, ampliamente desarrollada en lo estratégico y, también, profusamente criticada)[39]. En lo que intento poner el énfasis es que lo que introduce esa *otra forma* que nos propone Crenshaw bajo el nombre de experiencia interseccional, siguiendo a Scott (1992)es una "sustitución de una interpretación por otra, sustitución como forma de conversión, un momento de clarificación después del cual ve [vemos] (esto es, entiende [entendemos]) de un modo diferente" (pág. 67)[40].Porque de lo que se trata no es de llenar ese vacío hermenéutico sino de

[39] Dada su riqueza, reponer estos asuntos es imposible. En el campo ius feminista basta mencionar a MacKinnon (1989; 2013, aunque es una nota distintiva de sus obrasen sus más de cuatro décadas de escritura), quiensostiene la categoría identitaria de *experiencia de las mujeres*como fuente de comprensión (de conocimiento)de los mecanismos de opresión y dominación patriarcal, entre otros, y, por lo tanto, de su transformación y erradicación. Una crítica ius feminista a esta línea de posturas es la de Morondo Taramundi, D. (2016).

[40] Scott, J. (1992). "Experiencia". *La ventana,* n. 13, año 2001 (págs. 42-73).Esta cita en el original viene a colación de la lectura de Scott sobre la *experiencia* de Delany (remitimos a su lectura) en la escena de los baños (una "masa ondulante de cuerpos masculinos desnudos"). Scottexpone una extraordinaria crítica a las epistemologías ortodoxas en la narración de la historia (aplicable a mi entender al derecho),donde se trata a "la" experiencia como *hecho individual* con *estatus de evidencia*, como *punto originario de la explicación* y no como un discurso productivo que *hace ser* negro, gay, pobre (por poner nombres) dentro de una economía política racista homófoba y capitalista. Scott nos enseña, de la mano de seres valiosos previos y coetáneos, que: "los sujetos no son individuos unificados y autónomos que ejercen su libre albedrío, sino más bien sujetos cuya agencia se crea a través de las situaciones y el estatus que se les confieren. [...]. Los sujetos son constituidos discursivamente, la experiencia es un evento lingüístico (no ocurre fuera de significados establecidos), pero tampoco está confinada a un orden fijo de significado. Ya que el discurso es por definición compartido, la experiencia es tanto colectiva como individual. La experiencia es la historia de un sujeto. El lenguaje es el sitio donde se representa la historia. La explicación histórica no puede, por lo tanto, separarlos (Scott, 1992, pág. 66).Este texto de Scott sobre la "experiencia" es de gran relevancia para la teoría feminista (incluida la jurídica), como lo fue (y es) el texto de Crenshaw en estudio, no sólo por lo que recuperan (genealogías), no solamente por lo que dicen (critican) sino por lo que abren e inauguran de *otro* modoen relación con la experiencia histórica y jurídica respectivamente (si es que pueden separarse), o experiencia interseccional en el nombre de Crenshaw.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mostrar a través de la experiencia interseccional aquello que queremos precisamente explicar (Scott, 1992), mostrar, denunciar, transformar: la desigualdad estructuraly la discriminación como forma de ésta insertas en sistemas de opresión que vuelven, ahora sí, inteligible (a lo ancho) esa experiencia singular y grupal frente a conflictos, en este caso, legales.

Tercero, la necesidad de volver a abordarlos mismos casos de otro modo,*ensanchando la base* epistémica como estrategia pedagógica crítica e interpretativa; tarea que nos ofrece Crenshaw a lo largo de su artículo a partir de la narración de lo que ella va a ir componiendo como experiencia interseccionalpara abordar situaciones de discriminación grupal[41].

A mi entender, este triple movimiento hermenéutico es el que permite comprender que la experiencia interseccional de las mujeres negras en casos de discriminación (aunque podríamos decir en cualquier caso de injusticia que las involucre como grupo)tal como nos dice Crenshaw (1989): "es mayor que la simple suma de racismo y sexismo" (pág. 45)[42]. Se trata de una llave hermenéutica para entender cómo funciona la interseccionalidad en el trabajo judicial y cómo funcionaría si cambiáramos nuestros modos de ver, es decir, nuestras formas de vida (jurídica)[43].

---

[41] Gran parte de la labor de la *Feminist Jurisprudence* sigue esta vía. Dos fuentes que encuentro potentes por lo que dicen y por lo que abren en narrativas ius feministas distintas (en época y en tonos) son MacKinnon (1989)yHunter, R.; McGlynn, C; Rackley, F. Hunter, Rosemary; McGlynn, C.; Rackley, E. (2010). Luego, aunque no utilizan esta denominación, también pueden verse iniciativas similares en el contexto latinoamericano en algunos de los textos publicados por Red Alas, ver:https://www.redalas.net/

[42] Crenshaw, K. (1989). "Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas" (trad. C. Ezpeleta). En: Costa y Lerussi (comps.),*Feminismos Jurídicos: interpelaciones y debates* (págs. 43 – 68). UniAndes y Siglo del Hombre Ed., Bogotá, ed. 2021.

[43] En este punto me ha inspirado*la visión* de Haraway (1988).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III.b. Cosas para hacer[44]

Deliberadamente voy a moverme del plano de la argumentación epistémica (sin abandonarla) hacia terrenos políticos e institucionales a partir de lo que he formulado como posibilidad de la interseccionalidad en el trabajo judicial[45]. En este sentido, pregunto: ¿podríamos pensarla interseccionalidad (también) como táctica para transformar al Poder Judicial en tanto que portal estratégico que impregne nuestros lugares comunes acerca del Derecho y de la Justicia? Para abordar esta pregunta propongo tres niveles del trabajo judicial en los que se producen y articulan algunos de los problemas desarrollados en este texto y se abren nuevos. Y, a su vez, en donde podemos desplegar la imaginación ius feminista en el trabajo judicial para reorientar esta pregunta hacia (también) la interseccionalidad de las luchas (Davis, 2015)o de la acción social (Hill Collins, 2019) en la cultura jurídica como dimensiones fundamentales para la producción teórica y práctica en la materia.

Un primer nivel, en el que se sitúa el presente texto, está orientado a la perseverancia y profundización en el trabajo crítico con los supuestos epistémicos del derecho liberal y, por consiguiente, con las categorías jurídicas dogmáticas y sus implicancias en los diferentes lenguajes en los que se traduce y realiza el derecho. Tarea por cierto que los ius feminismos y otras perspectivas críticas del derecho, vienen realizando con sistematicidad desde hace mucho tiempo, aunque con

[44] El presente apartado es una reelaboración de unas notas que preparé en ocasión de una invitación a conversar con los Equipos Técnicos del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina) convocada por la Asociación Gremial del Poder Judicial de Córdoba (14 de diciembre de 2020). Algunas de las preguntas brújulas que orientaron la escritura de este artículo, salieron de las dudas y los comentarios de dicho evento, por lo que estoy muy agradecida por esa oportunidad.

[45] Tal como lo entiendo, las discusiones epistémicas no están separadas de las discusiones políticas y jurídicas, es decir, éticas e institucionales: son solo maniobras disciplinarias que hay que traicionar para poder respirar (libertad). Y entonces, al respirar, imaginar otras posibilidades (Ahmed, 2017).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una tibia permeabilidad por parte de las instituciones judiciales. Un aspecto interesante para desarrollar en lo que hace al trabajo judicial es la identificación de los procedimientos de jerarquización de conocimientos y sus efectos en los lenguajes normativos, procesales y técnicos. Es decir, cómo la jerarquización epistémica se traduce en organización *desigualmente valorada* del trabajo judicial: en el centro la profesión jurídica, el derecho, en los márgenes el resto de las disciplinas; en el centro algunas áreas del derecho (el derecho penal, para empezar), en los márgenes el resto (el derecho ambiental, sin dudas); en el centro algunas pericias técnicas y profesionales (la psiquiatría), en los márgenes el resto (la psicología y el trabajo social), entre otras. Allí interactúan (o pueden hacerlo) sistemas cruzados de injusticia epistémica que pueden habilitar por la vía de lo excluido el ingreso de una mirada interseccional. Y esto tendrá efectos directos en la valoración material (salarios, espacios físicos, presupuestos) y simbólica (saber – poder - cargos) del trabajo judicial, así como también en asuntos centrales de la acción colectiva y sindical, aspectos que se corresponden con el segundo nivel.

Un segundo nivel situado en la vida doméstica o *in door* del poder judicial y de la organización del trabajo jurídico interno. En este sentido, preguntas para orientar una labor feminista interseccional pueden ser: quienes trabajan en el poder judicial, cómo acceden, cómo ascienden y como se vinculan por áreas, disciplinas, fueros; cómo es la organización interna del trabajo en profesiones encarnadas en seres humanos concretos: quienes acceden, hablan, deciden, quienes coordinan. Esto quizás nos dé pistas para abordar por ejemplo aspectos vinculados con la organización sexual del trabajo en el Poder Judicial, pero también, con la organización racial o racializada, de estatus económico, de capacidades. Y no sólo la organización en sí misma sino la convivencia en el trabajo desde el punto de vista de la valoración jerarquizada de aspectos sexo genéricos raciales (o racializados) y capacitistas en donde se despliegan las diferentes profesiones más o menos

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

feminizadas en tanto que menos valoradas: techos de cristal, ocupación de cargos de coordinación según ciertas cualidades valoradas para ello y encarnadas en sujetos concretos, maternidades o no maternidades como lugares de impugnación o de cualificación de las capacidades para ciertas tareas, identidades sexo-genéricas disidentes definidas o no por cupos. Situaciones todas en donde pueden aparecer (y aparecen) techos de cristal, acoso laboral, acoso sexual y sexista. A su vez, estos aspectos pueden expresarse (y se expresan) en la disposición espacial de la *domus* o casa judicial: jerarquías en los edificios judiciales y en la distribución y usos de los espacios (ascensores para unos y no para otros; oficinas con ventanas o sin ventanas) y en las vestimentas (traje, corbata o falda y camisa *por sobre* un chándal con zapatillas) (Lerussi, 2018). Rituales y elementos de jerarquización valorada:en los objetos que adornan los tribunales (objetos religiosos como cruces o santos, por ejemplo); en las esculturas colocadas en estos lugares; en los cuadros que están colgados en sus paredes y en los personajes y las situaciones que retratan los cuadros; en los nombres de los salones y de las aulas. En este sentido, hacer etnografías de los edificios judiciales (Barrera, 2012) puede darnos un sinnúmero de pistas para comprender las implicancias materiales y simbólicas en el trabajo judicial desde la experiencia interseccional en tanto que experiencia jurídica situada. Sin dudas, todo esto puede ser material muy útil para la labor sindical.

Un tercer nivel situado en la vida común del poder judicial o el *out door*, en donde se ponen en juego las asunciones del nivel uno y la organización del trabajo interno del nivel dos, pero esta vez con quienes llegan a los tribunales por conflictos de mayor o menor gravedad. En definitiva, este tercer nivel alude al trabajo con la gente. Seguir indagando en la clave de la revitalización de los contextos y de la experiencia jurídica situada acerca de los modos en los que se compone la decisión judicial, los sistemas probatorios, los informes periciales y sus lecturas acerca de seres humanos en situaciones

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

disímiles, conflictivas todas. A su vez, atender cómo se organizan las ventanillas de atención al público, los espacios de circulación y de restricción, las formas de estar y la espera, en donde pueden aparecer (y lo hacen) situaciones de discriminación estructural en los términos indicados en este artículo. Es en este tercer nivel donde nos podemos encontrar (y las encontramos) violencias epistémicas, técnicas e institucionales ejercidas por personas concretas respecto de seres y grupos humanos concretos. Y aquí es en donde también se abren posibilidades de la interseccionalidad en lo epistémico, conceptual, normativo, hermenéutico, técnico, procesal, institucional e incluso en la disposición subjetiva del trabajo con la gente.

En este sentido transformar los mecanismos que producen injusticias epistémicas con efectos en la organización del trabajo interno y en el trabajo con la gente en los términos indicados, requiere según Fricker (2007) "bastante más que cualquier tipo de conducta individual virtuosa, requiere de una acción política grupal para el cambio social" (pág. 279)[46]. De allí que abordar estos asuntos en el trabajo judicial en conjunto es una vía necesaria y urgente para una labor interseccional verdaderamente transformadora.

IV. Consideraciones finales

En el presente texto di razonesdesde la críticaius feminista al derecho moderno liberalque sitúan a la interseccionalidad en el trabajo judicial como proyecto imposible. Las razones giraron en torno a dos vectores: la crítica a los universales restringidos en el derecho liberal vigente y su fisiología en la absorción de la interseccionalidad vía la producción de seres y grupos humanos exóticos y/o excepcionales respecto del sujeto (normal-normativo)de derecho liberal. Todo lo cual funciona dentro de una dinámica axiológica plagada de

[46] Fricker, M. (2007). *Injusticia epistémica*. Herder, Barcelona. España.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

jerarquías y privilegios, para empezar epistémicos, configurados como formas de injusticia epistémica (Fricker, 2007).

En la segunda parte repuse una lectura de la categoría de experiencia interseccional como experiencia jurídica situada que recoloca la interseccionalidad en el trabajo judicial como un proyecto posible. Las razones giraron en torno a tres vectores: la vitalización de la contextualización en el abordaje de casos judiciales que resitúan la interseccionalidad en términos estructurales y reponen nociones relevantes al juicio de discriminación tales como opresión, subordinación, poder (Barrère Unzueta y Morondo Taramundi 2011). La consideración del grado de relevancia de la interpretación judicial en la producción de parte de la experiencia jurídica situada que puede traducirse (de darse) en violencia hermenéutica. Frente a ello, la *operación Crenshaw* se nos presenta como *otra forma* que precisamente vuelve inteligible esa violencia, sus mecanismos y sujetos. Finalmente, la estrategia de la jurisprudencia feminista en el trabajo judicial, ensanchando la base y expandiendo la imaginación jurídica.

Luego como parte de un proyecto posible, propuse algunas cosas para hacer en tres niveles de abordaje del trabajo judicial: el de los conceptos, el *in door* judicial y el *out door* judicial.

Tal como aprendimos de Butler (1990), salirnos de la matriz heterosexual no es algo que se realiza con una voluntad, una decisión y una pluma, sino que es movimiento ininterrumpido de actos rebeldes, colectivos, impensados a veces, que impugnen en su potencia singular ese régimen de inteligibilidad. Lo mismo (nos) pasa con el derecho vigente y su matriz heterojurídica liberal, colonial y racista. Por lo tanto, cada acto jurídico puede provocar un desplazamiento singular (y potente) para impugnar la lógica del privilegio, de la jerarquía, de la supremacía blanca, del androcentrismo, del liberalismo capitalista, del capacitismo, en definitiva, de la desigualdad en el derecho y en sus instituciones. Allí quizás la promesa de una justicia feminista interseccional, si es que esto fuera posible.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Technopolitics: Apuntes para una economía política del fragmento

Technopolitics: Notes for a political economy of the fragment

Jesús Sabariego[1]
Universidad de Sevilla. España

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno (21 Junio a 20 septiembre)
https://doi.org/10.24215/25251678e548
Recibido: 04/07/2021
Aprobado: 17 /08/2021

https://orcid.org/ 0000-0002-4500-8589

Resumen: La influencia de las redes sociales de Internet sobre la política, ha pasado de la tímida evidencia a la constatación más flagrante en menos de una década. La laguna existente en la investigación sobre esta en estos años, se ha visto recientemente compensada por el desarrollo en curso de algunos proyectos, financiados en convocatorias públicas internacionales, en la frontera del conocimiento en los más diversos ámbitos. Esta situación alerta de la necesidad de construir preguntas comprometidas no sólo con la praxis académica, sino con la de los diversos movimientos y culturas cívicas que intentan revertir la lógica corporativa extractivista que comanda el capitalismo cog-

[1] CV Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo. Investigador MSCA, Universidad de Sevilla. Este trabajo forma parte de la investigación postdoctoral que desarrollo desde julio de 2020, finan-ciada por la Comisión Europea dentro del programa Marie Sklodowska Curie Actions 2019 (con la referencia ID 897796 y el acrónimo Technopolitics. Más información: https://cordis.europa.eu/project/id/897796).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nitivo neoliberal en la disrupción digital. Esta agenda necesita, al mismo tiempo, reinventar sus herramientas analíticas críticas y sus arsenales discursivos. La tecnopolítica es una propuesta fronteriza a medio camino de estos paisajes híbridos.

Palabras clave: Democratización; Movimientos sociales; Culturas cívicas; Redes Sociales de Internet.

Abstract: The influence of Internet social media on politics has gone from timid evidence to the most blatant observation in less than a decade. The existing gap in research on this in these years, has recently been compensated by the ongoing development of some projects, funded in international public calls, at the frontier of knowledge in the most diverse fields. This situation warns of the need to construct questions committed not only to academic praxis, but with that of the various civic movements and cultures that try to reverse the extractivist corporate logic that commands neoliberal cognitive capitalism in digital disruption. This agenda needs, at the same time, to reinvent its critical analytical tools and discursive arsenals. Technopolitics is a border proposal halfway through these hybrid landscapes.

Keywords: Democratization; Social movements; Civic cultures; Internet Social Networks.

En la facultad heredamos la idea de sistema-mundo como un catalejo que nos permitía atisbar las re-configuraciones de mundos forzadas por el capitalismo y el colonialismo, no tanto por el patriarcado, hasta la aparición de los trabajos de Silvia Federici, entre otras, que entonces quedaba fuera de la lente.

Una de las ideas subyacentes de aquel sistema de pensamiento sobre el mundo de herencia *braudeliana* era que, antes de la expansión colonial del capitalismo a partir de finales del siglo XV, podían contarse por millares las formas

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de organización comunitaria distributiva y horizontal (Mann, 1996)[2], entre las que la democracia era apenas una de ellas.

La reducción paulatina de estas a un número no superior al centenar, especialmente en el Sur y la imposición de la visión lineal de la democracia representativa liberal, a partir del siglo XVII en adelante y sus sucesivas circunvoluciones en torno a la tensión entre igualdad y libertad, el sufragio, la representación política y la separación nominal, no fáctica pero sí válida, pese a los esfuerzos hermenéuticos de Habermas –y antes, de Heidegger- de poderes, de la mano de la expansión del capitalismo, el colonialismo y el patriarcado, conseguirían inscribir a sangre y fuego, el *motto* por el que hemos de creer (importantísima la cuestión de la fe y la creencia aquí), que la democracia —entendida en el subtexto como la democracia representativa liberal aliada al capitalismo, al colonialismo y al patriarcado—, es el menos malo de los sistemas políticos conocidos, como canon en el que quedaban insertas las homogéneas tensiones entre la norma y las posibilidades de rebelión a esta, entre la regulación y la emancipación como dos dimensiones que retro-alimentaban las máquinas -fábricas, aparatos-del-estado, medios de comunicación…- y devenires de la Modernidad situando el horizonte, la finalidad inacabada de esta.

Es muy interesante ver que hasta época reciente todo lo desviado, lo marginal a estas tensiones, ha quedado fuera, inmerso en la invisibilidad, desvalorizado o negado. Ya sabemos que el telos de la Modernidad, el fin aplazado, como acontecimiento, como evento, necesita la erradicación de las diferencias para objetivar su pretendido cumplimiento, tanto en el dogma como en las utopías, y las *ucronías*.

[2] MANN, Michael (1997). Las fuentes del poder social. Madrid, Alianza.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El problema para las academias de la regulación y la emacipación -¿no son las mismas *lato sensu* a la luz de las condiciones de explotación del *cognitariado*?-, es que la disrupción digital (Berardi, 2009)[3], a partir del nuevo milenio, ha deshecho las narrativas homogéneas y sus modelos explicativos fragmentándolas, también las metodologías con las que estas eran transmitidas, lineal y unívocamente en la mayoría de ocasiones.

Esto es, los elementos disruptivos se han transformado en la norma. Bienvenidos al imperio del fragmento y su orden virtual sobre los pedazos de las que otrora fueron las *Tablas de la ley*, hoy fragmentadas en un sinfín de pedazos huérfanos en busca de un *hermeneuta*.

Los paisajes tecnopolíticos de la actual ficción contra-democrática han redescubierto en plena pandemia la pantalla partida (*split screen*). La perfecta metáfora contemporánea de la economía política de la fragmentación, que muestra la desintegración de las grandes narrativas y relatos que la disrupción digital ha hecho saltar por los aires.

La hegemonía comunicativa de las redes sociales y los servicios de mensajería privada de Internet, sobre esta fragmentación de narrativas y sus némesis contra-hegemónicas (Milan, 2013)[4] en nuestras democracias liberales representativas, presenta algunas contradicciones que alimentan paradójicamente su déficit democrático, contradicciones que la imposición del dogma neoliberal a lo largo de las últimas décadas, ha contribuido a hacer aflorar y profundizar en muchos casos.

Podemos seguir la pista a algunos rasgos que podrían permitirnos caracterizar esa economía política de la frag-

[3] BERARDI, Franco (2009). *Precarious Rhapsody: Semiocapitalism and the Pathologies of Post-Alpha Generation*. Londres, Minor compositions.

[4] MILAN, Stefania (2012). *Social Movements and their technologies*. Londres, Palgrave.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mentación y esbozar alguno de sus diferentes márgenes pero siempre será más interesante seguir las huellas de lo que suceda fuera de estos, que intentar reconstruir algún vago lugar común que ciegue esa posibilidad, nada de tópicos o *keywords*, por el momento, vamos a seguir el instinto, la *sagesse*.

Pierre Rosanvallon (2008)[5] ha delimitado algunos de los contornos de la que califica de *contrademocracia*, la desafección impolítica creciente en las primeras décadas del siglo XXI, más allá del dogma *imposibilista* de la *real politik*, del mantra del *There is no alternative* (TINA), que nos llevaría al fin de la política, según la razón neoliberal. Una utopía que sólo se torna posible imposibilitando el resto a través de la fragmentación de los tópicos que dotan de sentido a los relatos mediante la ocupación de los metarrelatos (*e. g.* "Lo llaman democracia y no lo es", uno de los lemas coreados durante el movimiento 15M de 2011 en España) (Aguiló y Sabariego, 2017 y Sabariego, 2018)[6].

Si la ciudadanía, en la tesis de Rosanvallon, deja de *creer* —de nuevo la creencia— en la política institucional y renuncia a lo político, al conflicto instituyente, este espacio cede ante la preeminencia de la dimensión jurídica soberana y su concepción absolutista del Derecho (Schmitt, 2018)[7], absolutamente fragmentada (*Lawfare*), entendida en la tradición hegemónica occidental como la única esfera po-

[5] ROSANVALLON, Pierre (2008). *La contrademocracia: La Política en la era de la desconfianza*. Madrid, Manantial.

[6] AGUILÓ, Antoni y SABARIEGO, Jesús (2016). "Epistemologies of the South and local elections in Spain towards politics based on the commons?"en *Historia Actual Online*, Nº. 40; SABARIEGO, Jesús (2018). "Recientes Movimientos Sociales Globales y tecnopolítica desde las Epistemologías del Sur" en *Pensamiento al margen: revista digital sobre las ideas políticas*, Nº. 8.

[7] SCHMITT, Carl (2018). *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual y la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*. Madrid, Tecnos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sible de construcción de derechos[8], esto es, de regulación, más allá de la política y lo político y la única vía para la resolución del conflicto.

Además de la creencia, fundamental en la reconstrucción emocional de una narrativa que hilvane todos esos fragmentos dejados por la ruina del neoliberalismo, como *lacanianos* objetos amontonados, las ruinas que ve el *Angelus Novus* -el Ángel de la Historia, de Walter Benjamin (1986)[9]-, encontradas en una playa contaminada con residuos radioactivos previamente, tras el aplazado Apocalipsis que no ha ocurrido, pero que igualmente nos ha confinado en el *acontecimiento* de las pantallas fragmentadas, más aún en plena pandemia global, como en una mítica caverna digital (Ponsa, Alloa y Szendy, 2020)[10], a la espera de algo que ya ha sucedido.

Un *evento* en la mejor adscripción lacaniana y bajtiniana posible, de lo que da cuenta la diversidad de análisis sobre el contexto actual en las más diversas disciplinas, el juego de *futuros anteriores* –con el permiso de Maurizio Lazaratto-, de casi adivinación, de buena parte de los referentes intelectuales en nuestro tiempo, bienvenidos también al imperio de la *doxa* y su ceguera epistemológica.

El elemento emotivo y la cuestión emo(na)cional-popular, vienen ocupando el centro de lo político en esta nueva (¿?) economía política del fragmento, en el progresivo afianzamiento de lo emo(na)cional-popular en el espacio político de nuestras democracias de baja intensidad, como las califica

[8] En muchos contextos (*e. g.* Brasil) asistimos ya a la toma de control por parte del poder judicial, ante la implosión contrademocrática y la desafección impolítica creciente, articulada en gran parte por los medios de comunicación de masas y el efecto de la ampliación a las redes sociales de Internet, especialmente para el caso brasileiro de los servicios de mensajería privada en Internet (Milan y Barbosa, 2019).

[9] BENJAMIN, Walter (1986). *Reflections: Essays, Aphorisms, Autobiographical Writings.* New York, Shocken.

[10] PONSA, M.; ALLOA, E. y SZENDY, P. (2020). *Le supermaché des images*. París, Gallimard.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Boaventura de Sousa Santos (Santos y Aguiló, 2020)[11]. Pero no nos llevemos a engaño, la superficie de esta aparentemente horizontal *parafragmata* (Sáez Martínez, 2018)[12] digital fragmentada, esconde la visceral verticalidad de la configuración del poder de nuestro tiempo (Steyerl, 2018)[13].

El canon pergeñado, entre otros, por Jürgen Habermas (2007)[14] hacía la construcción del consenso y la agenda, con el objetivo de subsumir la política a la ficción jurídica de una esfera neutral (Schmitt, 2009)[15], a-política, cede en este contexto de afirmación de los elementos -más agonistas que antagonistas-, en un teatro de la representación dominado por el giro lingüístico, que vienen colocando la disputa por el relato en el centro de las luchas (parlamentarias y electorales) por la hegemonía (¿?), al menos discursiva, y su correlato académico-mediático. Toda una tradición encabezada por Anthony Giddens, Ulrich Beck, Daniel Bell, entre otros teóricos de la socialdemocracia, el Estado del Bienestar y la Tercera Vía, caracteriza el periodo como un techo máximo democrático, contemplando las desigualdades de clase, la explotación y los conflictos señalados por los movimientos sociales como parte de las contradicciones de un sistema que se ha perdido por la imposición de la razón neoliberal y sobre todo por la interiorización íntima de su subjetividad, de su razón-mundo (Laval y Dardot, 2015)[16] incluso en los

[11] SANTOS, Boaventura de Sousa y AGUILÓ, Antoni (2020). *Aprendizajes globales. Descolonizar, desmercantilizar y despatriarcalizar desde las epistemologías del Sur*. Barcelona, Icaria.

[12] SÁEZ MARTÍNEZ, Ferrán (2018). *La superficie. La vida entre pantallas*. Barcelona, ED libros.

[13] STEYERL, Hito (2018). *Los condenados de la pantalla*. Buenos Aires, Caja Negra.

[14] HABERMAS, Jürgen (2007). *Identidades nacionales y post-nacionales*. Madrid, Tecnos.

[15] SCHMITT, Carl (2018). *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual y la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*. Madrid, Tecnos.

[16] LAVAL, Christian y DARDOT, Pierre (2015). *Común*. Barcelona, Gedisa.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aspectos más anecdóticos, principalmente a través de las llamadas redes sociales de Internet.

Las décadas de la contracultura a finales de los sesenta del siglo XX, la crisis del petróleo del 73, el Consenso de Washington y el establecimiento de los gobiernos neoliberales de Thatcher, Reagan, con Karol Wojtila al comando del Vaticano, que tienen como reacción la articulación de movimientos y protestas en aquellos lugares donde comienzan a aplicarse las recetas del neoliberalismo, de la mano de movimientos sociales cuyas reivindicaciones, identidad, objetivos, repertorios de acción y formas organizativas distan mucho de los partidos y sindicatos e incluso de movimientos sociales anteriores, estando estas en muchos casos inescindiblemente ligadas a una concepción radical de los derechos humanos (Sabariego, 2007)[17], desde abajo, frente a las concepciones dominantes en la esfera institucional y el Derecho Internacional, razones por las que serán llamados como Nuevos Movimientos Sociales (Touraine, 1985)[18] por la teoría social, teniendo a los derechos humanos como eje central de sus reivindicaciones.

A grandes rasgos, los elementos agonistas puestos de manifiesto por la cuestión emo(na)cional son agitados por un Estado de excepción contrademocrático permanente, acrecentado en plena pandemia global de la COVID-19, en el que la crisis no es más una excusa, esta se constituye en una forma de gobierno, por decreto, una máquina de guerra (Deleuze y Guattari, 1994)[19] que pugna por imponerse a partir de una concepción jurídica, por tanto política, hegemónica en la que el Estado de Derecho se constituye

[17] SABARIEGO, Jesús (2017). "La tecnopolítica de los recientes movimientos sociales" en SANTOS, Boaventura de Sousa y MENDES, José Manuel (Eds.). *Demodiversidad*. Madrid, Akal.

[18] TOURAINE, Alain (1985). "An Introduction to the Study of Social Movements" en *Social Research*, vol. 52, nº 4.

[19] DELEUZE, Gilles y GUATTARI, Félix (1994). *Mil mesestas*. Valencia, Pre-textos.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como un modelo formal rígido, fosilizado —nada puede hacerse en nombre del Estado, todo por y para preservar el Estado de Derecho formal, nominal, en el que la ley es un fin en sí mismo, mientras éste se vacía de contenido, imponiendo una razón política única que hay que acatar, a diestro y siniestro, izquierda y derecha, que desdibujan sus programas, especialmente en lo económico, ante el chantaje y la presión de instancias globales que imponen sus agendas al Estado.

Este proceso de vaciamiento y salida de la democracia perfectamente descrito por Christian Laval y Pierre Dardot en sus recientes trabajos, está configurando un nuevo sistema al que algunos llaman post-democracia, siguiendo el viejo esquema de las ciencias sociales, que coloca el siempre problemático prefijo post- como un reflejo, un acto fallido de renuncia a la complejidad de la teoría, críticamente, sumiso a la voluntad general y establecer una problemática lineal. Los prefijos post- siempre son problemáticos, tienden a esconder la complejidad de los procesos sociales tras la etiqueta y la categoría.

Así, la post-democracia supondría el fin de aquel menos malo sistema conocido hasta entonces en la historia del adagio socialdemócrata y el inicio de un nuevo sistema que supera sus principios estableciendo otros nuevos, no tan nuevos en realidad, a pesar del *nomenclator*, definiendo un nuevo estado de las cosas, una nueva (¿?) normalidad, un nuevo orden que divide a los analistas y expertos entre la nostalgia de la democracia perdida, que habría que recuperar, quienes defienden y apuestan por la superación del nuevo orden postdemocrático o intentan caracterizar el periodo como una transición profunda, a pesar de que el monstruo, como diría Gramsci, ya está aquí.

En lo que atañe a los llamados Nuevos Movimientos Sociales, a partir de la década de los setenta del siglo XX, las coordenadas de la des-politización de los tópicos y espacios de lucha política que definían a la izquierda ortodoxa

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y formaban parte de su identidad, hacia la politización de otros territorios y contextos discursivos están directamente relacionadas con el crecimiento del llamado Tercer Sector y la absorción por parte de éste de activistas, prácticas y metodologías provenientes de aquellos, un sector en gran medida dependiente de las subvenciones provenientes de agencias públicas y privadas, con el auge del neoliberalismo, y la construcción de una agenda internacional de la cooperación, el desarrollo y los derechos humanos, a través del espacio proporcionado por los medios de comunicación de masas, en una escalada que arranca en los años sesenta del siglo XX y alcanza su plenitud a comienzos del siglo XXI con la celebración en Porto Alegre (Brasil) en enero de 2001, del primer Foro Social Mundial.

A partir de 2011, impulsadas por la crisis global de 2008, han ocurrido transformaciones sustanciales en el ámbito de los movimientos sociales y las formas de acción colectiva en el mundo (Sabariego, 2017)[20]. Las llamadas "Primavera Árabe" y "Primavera de los movimientos" muestran el carácter global de las mismas. La utilización masiva y exponencial por parte de estas de medios y expresiones digitales, principalmente de redes sociales y servicios de mensajería privada en Internet, nos permitiría avanzar en la conceptualización de un nuevo sujeto de estudio para la teoría de los movimientos sociales, a partir de la emergencia de esos nuevos actores políticos y de las nuevas formas de movilización y de activismo, que enmarcan bien esa que han contribuido a la redefinición de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, así como de las comprensiones clásicas acerca de la participación polí-

[20] SABARIEGO, Jesús (2017). "La tecnopolítica de los recientes movimientos sociales" en SANTOS, Boaventura de Sousa y MENDES, José Manuel (Eds.). *Demodiversidad*. Madrid, Akal.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tica y la democracia (Matos y Sabariego, 2020 y Sabariego y Sola-Morales, 2020)[21].

La estrategia de los que he llamado de Recientes Movimientos Sociales Globales (RMSGs) está fuertemente ligada a un proceso estratégico de comunicación digital global, posible a partir de la apropiación y mediación de la tecnología de la información y la comunicación, destacadamente, de las redes sociales y los servicios de mensajería privada en Internet, que colocan al servicio de sus pretensiones, especialmente estas últimas, asumidas con la finalidad política de protestar e invertir la espiral de silencio de los medios de cara a las acciones que dinamizan y a las transformaciones que proponen.

Esta es una diferencia esencial en relación a los movimientos sociales anteriores, cualitativa y cuantitativamente, lo que hace de la tecnopolítica (Sabariego, 2017)[22] una nueva disciplina a privilegiar en el ámbito de la teoría de los movimientos sociales de la mano de los Recientes Movimientos Sociales Globales y su *praxis*.

Estas apropiaciones forman parte también del ADN de algunas de sus luchas (comunes digitales, propiedad intelectual, Internet libre y neutral...) y han acabado configurando una arena política extendida más allá de las plazas, a través de la ocupación de plazas virtuales en la red, también como una constelación de fragmentos encontrados que tal vez, intuición y creencia de nuevo, pueda inspirar las luchas

[21] MATOS, Ana Raquel y SABARIEGO, Jesús (2020). "Movilización colectiva, transformación democrática y resistencia contra la crisis y la austeridad en el sur de Europa: La experiencia de Portugal y España" en Revista Española de Sociología, Vol. 29, Núm. 1; SOLA-MORALES, Salomé y SABARIEGO, Jesús (2020). "Tecnopolítica, recientes movimientos sociales globales e Internet. Una década de protestas ciudadanas" en Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales, 17(2), 194-203.

[22] SABARIEGO, Jesús (2017). "La tecnopolítica de los recientes movimientos sociales" en SANTOS, Boaventura de Sousa y MENDES, José Manuel (Eds.). *Demodiversidad*. Madrid, Akal.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

por venir y construir una nueva agenda y nuevos *agenciamientos* desde aquellos.

Como norma y canon de la nueva economía política del fragmento, la excepcionalidad decretada como nueva normalidad y el confinamiento global, que ha tornado hegemónicas a las corporaciones tecnológicas en capitalización bursátil y beneficios, en el primer y segundo trimestre de 2020, expresa la transformación de Internet en un espacio cercado -feudal-, que devora la atención y los cuerpos de miles de millones de seres humanos en el mundo, apropiándose del tiempo y la vida de estos, instaurando una nueva síntesis *biopsicotecnopolítica*, basada en nuevas formas neuronales de explotación y extracción de valor a partir de la tiranía de los algoritmos, aquello que he llamado *Algoritarismos* (Sabariego, Jobim y Salles, 2020)[23].

[23] SABARIEGO, Jesús; JOBIM, Augusto y SALLES, Eduardo (Orgs.) (2020). *Algoritarismos*. Valencia, Tirant lo Blanch.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Governamentalidade algorítmica e novas práticas punitivas

Algorithmic governmentality and new punitive practices
Gubernamentalidad algorítmica y nuevas prácticas punitivas

Ana Clara Santos Elesbão[1]
Pontifícia Universidade Católica d
o Rio Grande do Sul. Brasil

Augusto Jobim do Amaral[2]
Universidade de Coimbra. Portugal

Felipe da Veiga Dias[3]
Universidad de Sevilla. España

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e549
Recibido: 01/09/2021
Aprobado: 15 /09/2021

https://orcid.org/ 0000-0003-0394-0295
https://orcid.org/ 0000-0003-0874-0583
https://orcid.org/ 0000-0001-8603-054X

---

[1] Mestra em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pesquisa financiada pela Capes. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Vinculada ao Grupo de Pesquisa em Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica. https://orcid.org/0000-0003-0394-0295. E-mail: anaelesbaos@gmail.com.

[2] Pós-Doutor em Filosofia Política pela Università degli Studi di Padova – Itália. Doutor em História do Pensamento pela Universidade de Coimbra – Portugal – e Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS. http://orcid.org/0000-0003-0874-0583. E-mail: guto_jobim@hotmail.com.

[3] Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Mestrado. Professor do curso de Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo – RS. Brasil. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Criminologia, Violência e Controle". Advogado. http://orcid.org/0000-0001-8603-054X. E-mail: felipevdias@gmail.com.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Resumo: diante do novo contexto sociotécnico em que algoritmos e dados configuram novas formas de controle social, este trabalho tem como objetivo apontar o modo como se configuram novas práticas punitivas., buscando responder a questão de saber: de que maneira os algoritmos configuram novas práticas punitivas? Para tanto, a pesquisa explora através da realização de uma revisão bibliográfica o modo como sistemas informáticos em rede têm servido como método multifacetado de categorização e classificação social cujo objetivo é o de gerenciar populações influenciando pessoas, canalizando escolhas e determinando oportunidades. Tal método multifacetado funciona estimando probabilidades para antecipar futuros passíveis de intervenção, ensejando um novo modo de gestão algorítmica que funciona conforme um mecanismo de triagem que condena o presente ao futuro antecipado e coloca em jogo o próprio campo de experiência e de ação possíveis dos sujeitos. Esse novo modo de gestão reforça desigualdades ao restringir e condicionar oportunidades em função de interesses privados ou mesmo governamentais, favorecendo os afortunados e castigando os já menos favorecidos ao codificar injustiças do passado em sistemas integrados de pontuação que se comportam como profecias autorrealizáveis com amplo impacto de discriminação sistematizada. Dessa forma, os algoritmos ajudam a criar o entorno que justifica suas suposições produzindo um dano generalizado ao instaurar uma dinâmica punitiva que abrange expansivamente todas as instâncias de julgamento humano em que previsões algorítmicas podem ser utilizadas.

Palavras-chave: Algoritmos; Práticas Punitivas; Controle Social; Big Data.

Abstract: due to the new sociotechnical context in which algorithms and data configure new forms of social control, this work aims at the commitment or the way in which new punitive practices are configured, seeking to answer the question: how will algorithms configure new punitive practices? Therefore, the research explores by conducting a literature review or how the computer systems on the network served as a multifaceted method of categorization and social classification whose objective is to manage populations

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

influencing people, channeling escorts and determining opportunities. Such multifaceted method works by estimating probabilities to anticipate future intervening passages, teaching a new algorithmic management mode that works according to a screening mechanism that condemns the present to the anticipated future and places in the same field of experience and action with two subjects. This new mode of management reinforces inequalities or restricts and conditions opportunities based on private or government interests, favoring the fortunate and punishing the less fortunate or codifying past injustices in integrated pointological systems that behave like self-fulfilling prophecies with the impact of systematic discrimination. In this way, the algorithms will help to create the environment that justifies their assumptions, producing widespread damage or establishing a punitive dynamic that expansively encompasses all human growth instincts in which algorithmic predictions can be used.

Keywords: Algorithms; Punitive Practices; Social Control; Big Data.

Introdução

Os processos de algoritmização da vida têm se apresentado como problemática privilegiada situada no cruzamento entre a vida humana e as novas tecnologias digitais, colocando desafios multidimensionais inéditos a enfrentar. Algoritmos têm sido amplamente utilizados em uma nova dinâmica expositiva de gerenciamento de dados para administrar e exercer controle sobre fluxos de informações, engendrando novas práticas punitivas vinculadas principalmente aos interesses econômicos de grandes corporações.

Nesse contexto de aceleração tecnológica, um processo de *datificação* dissipa gradativamente os limites entre *online* e *offline,* na medida em que cada vez mais toda a informação extraída da experiência vital é transformada em dado para fins de quantificação. Suas implicações de uso, apesar do

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estatuto de neutralidade e objetividade que reivindicam, demonstram vieses e preconcepções danosas expressas em lógicas de distribuição discriminativa de benefícios e encargos com consequências punitivas.

Parte do desafio de entender a lógica algorítmica de punição passa justamente por compreender que as formulações matemáticas utilizadas no processamento automatizado das decisões são elaboradas por seres humanos que imprimem nelas todos os tipos de valores, muitos dos quais promovem racismo, sexismo e falsas noções de meritocracia classista, tornando a problemática ainda mais gravosa e insidiosamente discriminatória.

Assinalar o sentido dessa compreensão implica apontar as tensões que perpassam tais práticas forjando suas linhas de força através de molduras técnicas pré-definidas desde expectativas de gênero, sexualidade, raça, classe e tantos outros delineadores normativos dados a distribuir socialmente as possibilidades e as restrições de acesso, bem como a sequestrar o ritmo vital em favor da gestão das multiplicidades.

Ante esse contexto, este trabalho tem como objetivo explorar e descrever o modo como tais lógicas operam socialmente, respondendo a seguinte questão: de que maneira os algoritmos produzem novas dinâmicas sociais? Para responder a esta questão, o trabalho

1. Governo algorítmico e as ocultações a serviço do controle social

O desenvolvimento de tecnologias de "aprendizado de máquina" tem colocado em circulação algoritmos teoricamente capazes de "aprender" indutivamente a partir de correlações baseadas em conjuntos abundantes de dados utilizados para treinar sistemas de computação a criarem modelos internos "úteis para mundo", aplicáveis às mais diversas fina-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lidades (Osonde Osoba, William Welser, 2017, p. 4-5)[4]. No entanto, embora sejam descritos como parte do ramo da ciência da computação popularmente conhecido como "inteligência artificial", essa caracterização é deveras ilusória, tendo em vista que os procedimentos de tratamento e mineração de dados não "ensinam" máquinas a "pensar" como humanos, mas aplicam matemática a grandes quantidades de dados para inferir deles probabilidades com base na identificação de correlações e padrões (Viktor Mayer-Schonberger, Kenneth Cukier, 2013, p. 10)[5].

Essa nova lógica baseia-se na suposição apriorística de que padrões de similitude representam tendencias de repetição, de modo que seu objetivo é identificar correspondências entre elementos compatíveis, utilizá-las para inferir constatações, e otimiza-las prospectivamente para fins de predição (Bernard Harcourt, 2015, p.156)[6]. Bernard Harcourt descreve tais procedimentos de correlação como um salto da lógica baseada em probabilidades estatísticas individualizadas para uma nova racionalidade baseada em similitudes e correspondências que já não leva em consideração quaisquer tipos de causalidades entre as variáveis em questão (Bernard Harcourt, 2015, pp. 145-165)[7].

---

[4] OSOBA, Osonde; WELSER, William (2017). *An Intelligence in Our Image*: the risks of bias and errors in artificial intelligence. Rand Corporation, Santa Monica.

[5] MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth (2013). *Big data*: a Revolution that will transform how we live, work, and think. Houghton Mifflin Harcourt Books and Media, Boston, Nova York.

[6] HARCOURT, Bernard (2015). *Exposed*: desire and disobedience in the digital age. Harvard University Press, Cambridge, Londres.

[7] Com respeito aos usos estatísticos, Harcourt oferece uma contribuição genealógica pertinente: durante o séc. XIX até o início do séc. XX, a estatística tradicional lastreava-se em métodos atuariais de categorização de pessoas e grupos para previsão de comportamentos com base em análises probabilísticas. O uso de tabelas atuariais estendeu-se rapidamente do domínio da indústria de seguros para diversos outros domínios, em especial a categorização preditiva destinada à identificação de "delinquentes". Esses desenvolvimentos fundamentavam-se na delimitação de categorias e grupos e na sua subdivisão para fins de comparação em função de uma média. Tratava-se, portanto, de uma

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Nesse novo contexto, processos de tomada de decisão tem sido cada vez mais atribuídos a máquinas sofisticadas de processamento codificado de dados em que sistemas algorítmicos automatizados são utilizados para a elaboração de perfis preditivos[8], entre outras soluções de sucesso. Esses

predição fundamentada no pertencimento categorial, de modo que o somente poderia ser compreendido em comparação com as categorias às quais pertencia. A emergência da lógica atuarial foi possibilitada pelo surgimento das estatísticas e da análise probabilística, bem como pelo desenvolvimento de métodos empíricos voltados à previsão do comportamento humano e às suas práticas correlatas de controle social. Constituem, em última análise, procedimentos que assumem a incerteza dos acontecimentos e à quantifica segundo cálculos de probabilidade em termos de risco, dando ensejo ao que parece ser um conhecimento seguro sobre o futuro, suficientemente hígido para instrumentalizar e fundamentar medidas tomadas no presente e produzir formas de controle social efetivo sobre o comportamento humano. Em meados desse mesmo século, o advento da computação possibilitou a emergência de uma abordagem algébrica baseada em cálculos estatísticos multivariados segundo os quais é possível estabelecer adequadamente as relações causais envolvidas na produção de um determinado fenômeno. Introduziu-se, assim, uma nova racionalidade baseada não mais na comparação categorial de grupos, mas nas relações individuais entre as variáveis em questão, compondo uma lógica que visa inspirar processos de tomada de decisões com base em constatações de ordem causal. Instrumentalizada por novos procedimentos de análise probabilística, os métodos algébricos modificaram os métodos atuariais baseados na categorização de grupos para uma lógica mais sensível às variáveis individualizadas. O surgimento dessa nova abordagem está vinculado ao contexto da Guerra Fria, em que um tipo distinto de raciocínio denominado "análise de sistemas" foi aperfeiçoado e passou a ser amplamente aplicado a questões que vão desde estratégias de defesa nuclear até as políticas domésticas de combate à criminalidade. A partir disso, o controle estatístico seguiu se ampliando, expandindo-se dramaticamente para os mais diversos domínios, em especial no contexto norte-americano. Assim, a busca incansável pela ampliação dos estoques de dados e por maior poder de computação ensejou o desenvolvimento de novos tipos de análises estatísticas complexas até então inconcebíveis, e em velocidades inéditas A conjugação e o desenvolvimento desses elementos levaram o séc. XXI a inaugurar uma nova racionalidade cuja lógica está cada vez mais desvinculada das abordagens demográficas, bem como da preocupação com os vínculos causais; uma lógica que difere das formas de racionalidade que a precederam, portanto, mas que deriva delas de modo a preservar alguns de seus elementos ao rearticula-los e atualiza-los com base nas novas técnicas e tecnologias disponíveis. Enfim, pois, a lógica algorítmica baseada em novas práticas estatísticas decisionais (HARCOURT, Bernard (2015). *Exposed*: desire and disobedience in the digital age. Harvard University Press, Cambridge, Londres).

[8] Trata-se de algoritmos utilizados na elaboração de perfis para predição de comportamentos nos mais diversos âmbitos, como consumo, riscos, fidelização, definição de novas clientelas, entre outros. As práticas de *profiling* consistem basicamente na extração de correlações

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

modelos definem cada vez mais o modo como a informação e a publicidade devem ser distribuídas na *web*, quais bairros devem ser policiados em determinado perímetro urbano, quem deve receber um empréstimo e sob que condições, quais famílias devem ser beneficiadas por programas sociais, quem deve ser selecionado para uma vaga de emprego, quem deve ser punido mais severamente pelo sistema de justiça, entre outras definições.

No entanto, apesar dos múltiplos e amplos efeitos de destacada relevância que produzem, os procedimentos algorítmicos são muitas vezes inacessíveis aos mais afetados por seus resultados. Conforme largamente desenvolvido por Frank Pasquale, os algoritmos funcionam como "caixas pretas" inescrutáveis cujos procedimentos são misteriosos, ou seja, é possível analisar seus dados de entrada (*inputs)* e seus dados de saída (*outputs),* mas muitas vezes não é possível analisar os processos segundo os quais uns transformam-se nos outros, tampouco quais critérios informam a análise (Frank Pasquale, 2015, p. 9)[9].

Muitos dos algoritmos-chave que afetam a vida pública de maneira significativa são considerados segredos proprietários ou comerciais, criando uma relação de assimetria entre aqueles que estão submetidos à sua análise e as corporações ou instituições governamentais interessadas no processo, o que representa desafios complexos na compreensão de seus métodos. Assim, avaliadores de crédito, companhias de Internet, grandes bancos, entre outras corporações e instituições governamentais, utilizam-se dos dados das pessoas comuns para tomar decisões cruciais sobre suas vidas (ao convertê-

automatizadas entre os dados disponíveis para a identificação de semelhanças e projeção de expectativas futuras (ROUVROY, Antoinette; BERNS Thomas (2015). "Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação?" em *Revista Eco Pós*: Tecnopolíticas e Vigilância, v. 18, n. 2, pp. 36-56. Disponível em https://revistaecopos.eco.ufrj.br/eco_pos/article/view/2662).

[9] PASQUALE, Frank (2015). *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

-los em pontuações, classificações, cálculos de risco e listas de observação, etc.), acarretando-lhes consequências vitais com implicações políticas importantes, muitas vezes sem qualquer explicação (Frank Pasquale, 2015, pp. 4-5)[10].

Respaldados por uma opacidade que os torna imunes a qualquer tipo de verificação, os problemas decorrentes de procedimentos algorítmicos tendem a ser tratados como questões exclusiva e objetivamente técnicas, nublando ainda mais o entendimento e o debate sobre seus efeitos (Frank Pasquale, 2015, p. 9)[11]. Essa opacidade torna especialmente difícil a questão de saber em favor de que interesses os modelos operam, se são informados por critérios ou preconcepções discriminatórias, se seus procedimentos estão baseados em operações justas ou injustas, etc.

Desse modo, os algoritmos acabam legitimados a proferir vereditos silenciosos sobre a vida comum dos indivíduos sem deixar margem para formas válidas e regulares de contestação; bem como a influenciar suas decisões mais triviais *online* sem que sequer se apercebam. Sua importância fundamental define o novo regime de verdade digital em que, segundo Pasquale, "o Facebook define quem somos, a Amazon define o que queremos, o Google define o que pensamos, [...] o sistema financeiro define o que temos e os sistemas de reputação definem, cada vez mais, nossas oportunidades" (Frank Pasquale, 2015, p. 15)[12]:

Uma pontuação de crédito ruim pode custar ao mutuário centenas de milhares de dólares, mas ele nunca entenderá exatamente como foi calculada. Uma empresa de análise preditiva pode classificar alguém como um trabalhador de

[10] PASQUALE, Frank (2015). *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

[11] PASQUALE, Frank (2015). *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

[12] PASQUALE, Frank (2015). *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"alto custo" ou "não confiável", mas nunca lhe contar sobre a decisão [...]. Os mecanismos de recomendação da Amazon e do YouTube simulam uma familiaridade automatizada, sugerindo gentilmente ofertas que entendem que gostaríamos (Frank Pasquale, 2015, pp. 4-5, tradução nossa)[13].

No entanto, à medida que reclamações, pesquisas e vazamentos dão dicas ocasionais sobre o que se passa no interior das "caixas pretas" de processamento algorítmico, surge uma imagem de procedimentos de mineração, tratamento e análise de dados descontextualizados e fora de controle (Frank Pasquale, 2015, p. 21)[14], cujas regras codificadas promovem interesses ocultos e muitas vezes escusos, produzindo efeitos efetivamente nocivos e especialmente desfavoráveis para determinados grupos[15].

---

[13] PASQUALE, Frank (2015). *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

[14] PASQUALE, Frank (2015). *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

[15] Nesse sentido, *cf.* entre outros*:* ALI, Muhammad; *et al* (2019). *"Discrimination through optimization*: How Facebook's ad delivery can lead to skewed outcomes" em arXiv.org. Disponível em: https://arxiv.org/abs/1904.02095. BENJAMIN, Ruha (2019). *Race after technology*. Abolicionist Tools for the New Jim Code. Polity Press, Cambridge; BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. (2018). "Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities" em Comercial Gender Classification em *Proceedings of Machine Learning Research*, v. 81, pp. 77-91; BRAYNE, Sarah (2021). *Predict and Surveil*: Data, Discretion, and the Future of Policing. Oxford University Press, Nova York; BROWNE, Simone (2015). *Dark Matters*: on the surveillance of blackkness. Duke University Press, Durham e Londres; CARRERA, Fernanda. "Racismo e sexismo em bancos de imagens digitais: análise de resultados de busca e atribuição de relevância na dimensão financeira/profissional" em SILVA, Tarcízio (org.). *Comunidades, algoritmos e ativismos digitais*: olhares afrodiaspóricos. Literarua, São Paulo; CARRERA, Fernanda; CARVALHO, Denise (2019). "Algoritmos racistas: uma análise da hiper-ritualização da solidão da mulher negra em bancos de imagens digitais" em *Galáxia Revista do Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Semiótica*, n. 43, pp. 99-114. Disponível em https://revistas.pucsp.br/index.php/galaxia/article/view/41614; ENSIGN, Danielle; *et al* (2018). "Runaway feedback loops in predictive policing" em *Proceedings of Machine Learning Research*, v. 81, pp. 1-12. Disponível em http://proceedings.mlr.press/v81/ensign18a.html; EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York; JURNO, Amanda; D'ANDREA, Carlos (2018). "Algoritmos e cosmopolíticas: a política de censura à nudez no Facebook e o

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para David Lyon, o novo tipo de vigilância cotidiana de dados levado a cabo pelos sistemas informáticos em rede tem servido como método multifacetado de categorização e classificação social cujo objetivo é o de gerenciar popula-

---

regime de poder dos algoritmos" em *PISEAGRAMA*. Disponível em https://piseagrama.org/algoritmos-e-cosmopoliticas/; NAKAMURA, Lisa (2007). *Digitizing race*: visual cultures of the Internet. University of Minnesota Press, Minneapolis, Londres; NOBLE, Safiya Umoja (2016). "A Future for Intersectional Black Feminist Technology Studies" em *Scholar and Feminist Online*. Disponível em https://sfonline.barnard.edu/traversing-technologies/safiya-umoja-noble-a-future-for-intersectional-black-feminist-technology-studies/; NOBLE, Safiya Umoja (2018). *Algorithms of oppression*: how search engines reinforce racism. New York University Press, Nova York; NOBLE, Safiya Umoja (2012). "Missed connections: what search engines say about women" em *Bitch Media*, n. 54, pp. 36-41. Disponível em https://safiyaunoble.com/missed-connections-search-engines-say-women-spring-2012/; NOBLE, Safiya Umoja (2014). "Teaching Trayvon" em *The Black Scholar*, v. 44, n. 1, pp. 12-29. Disponível em http://www.jstor.org/stable/10.5816/blackscholar.44.1.0012; NOBLE, Sofiya Umoja (2019). "Google Search: Hiper-visibility as a Means of Rendering Black Woman and Girls Invisible" em *InVisible Culture: Na Eletronic Journal for Visual Culture,* v. 19. Disponível em: http://ivc.lib.rochester.edu/google-search-hyper-visibility-as-a-means-of-rendering-black-women-and-girls-invisible/; OSOBA, Osonde; WELSER, William (2017). *An Intelligence in Our Image*: the risks of bias and errors in artificial intelligence. Rand Corporation, Santa Monica; O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.; RITCHIE, Marnie (2020). "Fusing race: the phobogenics of racializong surveillance" em *Surveillance & Society*, v. 18, n. 1, pp. 12-29. Disponível em https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/13131; SILVA, Tarcízio (2019). "Racismo Algorítmico em Plataformas Digitais: microacressões e discriminação em código" em *Simpósio Internacional LAVITS*: assimetrias e (in)visibilidades: vigilância gênero e raça, 6. Anais eletrônicos. Disponível em http://lavits.org/anais-do-vi-simposio-internacional-lavits-assimetrias-e-invisibilidades-vigilancia-genero-e-raca/?lang=pt; SILVA, Tarcízio (2019). "Teoria racial crítica e comunicação digital: conexões contra a dupla opacidade" em *Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*, 42. Anais eletrônicos; SILVA, Tarcízio (2020). "Visão computacional e racismo algorítmico: branquitude e opacidade no aprendizado de máquina" em *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN),* v. 12, n. 31, pp. 428-448. Disponível em http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/744?fbclid=IwAR1uD0ab3TQcKGAsEuaVemudHgBWe-Ep5aKIdDpIG-9tN59Jf8b3BuHt5kQ; SPEICHER, Till, *et al* (2018). "Potential for discrimination in online targeted advertising" em *Proceedings of Machine Learning Research*, v. 81, pp. 1–15. Disponível em http://proceedings.mlr.press/v81/speicher18a.html; SWEENEY, Latanya (2013). "*Discrimination in Online Ad Delivery"* em arXiv.org. Disponível em https://arxiv.org/abs/1301.6822; WACHTER-BOETTCHER, Sara (2017). *Technically Wrong*: sexist apps, biased algorithms, and other threats of toxic tech. W.W. Norton & Company, Nova York, Londres; ZARSKY, Tal Z (2014). "Undertanding discrimination in the scored society" em *Washington Law Review*, v. 89, n. 4, pp. 1375-1412. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2550248.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ções influenciando pessoas, canalizando escolhas e determinando oportunidades:

A vigilância hoje classifica as pessoas em categorias, atribuindo-lhes valor ou risco, de maneiras que têm efeitos reais em suas chances de vida. Formas de discriminação profunda ocorrem, tornando a vigilância não apenas uma questão de privacidade pessoal, mas de justiça social [...]. Considerar a vigilância como método de classificação social é enfocar as categorias sociais e econômicas e os códigos computacionais através dos quais dados pessoais são organizados com o objetivo de influenciar e gerenciar pessoas e populações. [...] A chamada exclusão digital não é mais apenas uma questão de acesso à informação. A própria informação pode ser o meio de criar divisões (David Lyon, 2005, pp. 1-2, tradução nossa)[16].

Nesse registro, conforme apontado por Safiya Noble, o uso quase onipresente de *software* orientado por algoritmos exige uma inspeção mais detalhada de quais valores são priorizados em tais sistemas automatizados de decisão, tendo em vista que tendem a reforçar condições discriminatórias em função de fatores como raça, classe e gênero, ao criar formas de *redlining* tecnológico que estão em ascensão (Safiya Noble, 2018, p. 10)[17]. Segundo autora, embora as práticas de *redlining* sejam mais comuns nos círculos imobiliários e bancários, a discriminação está embutida nos usos cotidianos da tecnologia e da Internet em códigos computacionais dos

[16] LYON, David (2005). "Surveillance as social sorting: computer codes and mobile bodies" em LYON, David, *Surveillance as social sorting*: privacy, risk, and digital discrimination. Routledge, Nova York, Londres.

[17] *Redlinig* é um termo em língua inglesa utilizada para designer práticas discriminatórias, principalmente nos círculos imobiliário e bancário, criando condições proibitivas de acesso para pessoas negras ou latinas, por exemplo. Noble propõe um uso mais alargado do termo para designar práticas discriminatórias amplamente disseminadas por algoritmos de processamento de dados, em especial na Internet (NOBLE, Safiya Umoja (2018). *Algorithms of oppression*: how search engines reinforce racism. New York University Press, Nova York).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

quais as pessoas estão cada vez mais dependentes, por escolha ou não (Safiya Noble, 2018, p. 10)[18].

É assim que, nos termos de Harcourt, "as vidas digitais passam a assemelhar-se assustadoramente à existência monitorada dos sujeitos carcerários supervisionados" (Bernard Harcourt, 2015, p. 26, tradução nossa)[19], na medida em que todas as instâncias da vida comum passam a estar expostas e suscetíveis a vereditos algorítmicos de múltiplos tipos que codificam uma miríade de regras e instruções padronizadas e processam-nas em frações de segundos, ampliando o escopo das práticas punitivas e alastrando suas consequências para todos os campos da vida comum.

Ao concentrar a atenção em seus efeitos mais que em seus pressupostos discursivos de neutralidade, objetividade e eficiência, o que se evidencia é a urgência de apontar os danos, incluindo com especial relevância o seu potencial para produzir punições direcionadas, notadamente vinculadas a práticas discriminativas. Nesse sentido, superadas desde logo as ingenuidades que projetam na técnica algum escopo de neutralidade, mais vale assumir as novas disposições tecnológicas em termos de *algoritarismos,* entendidos, segundo conceituado por Augusto Jobim do Amaral como o

[...] conjunto multidimensional de práticas políticas reatualizáveis por diversos agenciamentos, práticas estas dispostas tecnologicamente a sequestrar o ritmo vital que faz vibrar qualquer sentido, ou seja, modos de um dispositivo 'dado' a informar, planificar funções repetíveis e a conformar futuros prováveis sob lógicas de dor padronizadamente aprofundadas (Augusto Jobim do Amaral, 2020, p. 11)[20].

---

[18] NOBLE, Safiya Umoja (2018). *Algorithms of oppression*: how search engines reinforce racism. New York University Press, Nova York.

[19] HARCOURT, Bernard (2015). *Exposed*: desire and disobedience in the digital age. Harvard University Press, Cambridge, Londres.

[20] AMARAL, Augusto Jobim (2020). Prólogo. *Algoritarismos*. Tirant Lo Blanch, São Paulo.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

O conceito arriscado por Amaral dá a tônica das problemáticas enfrentadas contemporaneamente, notadamente os termos em que o novo regime de práticas, organizado em um dispositivo algorítmico, impinge dor ao subsumir o múltiplo a lógicas de padronização conformadas por disposições tecnológicas segundo as quais "tudo o que é relevante é definido de antemão", conformando e condenando o horizonte de possíveis ao provável com base em procedimentos de repetição e planificação de funções (Augusto Jobim do Amaral, 2020, p. 11)[21].

De modo semelhante, Antoinette Rouvroy e Thomas Berns oferecem importante contribuição ao descreverem a emergência de novas formas de controle organizadas em uma *governamentalidade algorítmica,* isto é, a racionalidade pretensamente objetiva "[...] que repousa sobre a coleta, a agregação e a análise automatizada de dados em quantidade massiva de modo a modelizar, antecipar e afetar, por antecipação, os comportamentos possíveis" (Antoinette Rouvroy, Thomas Berns, 2015, p. 42)[22]. Segundo os autores, diferenciando-se da racionalidade jurídico-discursiva baseada na repressão penal - que concerne a ações supostamente cometidas no passado -, a governamentalidade algorítmica projeta sua atuação normativa de modo definitivamente mais ativo, na medida em que "não apenas percebe o possível no presente, produzindo uma 'realidade aumentada', uma atualidade dotada de uma 'memória do futuro', mas também dá consistência ao sonho de um 'acaso' sistematizado" em que o real venha a se tornar o possível antecipadamente, em

[21] AMARAL, Augusto Jobim (2020). Prólogo. *Algoritarismos*. Tirant Lo Blanch, São Paulo.

[22] ROUVROY, Antoinette; BERNS Thomas (2015). "Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação?" em *Revista Eco Pós*: Tecnopolíticas e Vigilância, v. 18, n. 2, pp. 36-56. Disponível em https://revistaecopos.eco.ufrj.br/eco_pos/article/view/2662.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

um ambiente de "liberdade" controlada (Antoinette Rouvroy, Thomas Berns, 2015, p. 48)[23].

Na mesma direção, Fernanda Bruno indica que os algoritmos configuram uma "gestão de possíveis" em que um "rastreamento proativo" visa estimar probabilidades para antecipar futuros passíveis de intervenção. Segundo a autora, esse novo modo de gestão algorítmica funciona conforme um mecanismo de triagem que pode "condenar o presente ao futuro antecipado", colocando em jogo o próprio campo de experiência e de ação possíveis dos sujeitos. No seu entendimento, ao "restringir possibilidades de acesso a espaços, informações, produtos e experiências que podem envolver mecanismos de discriminação automatizada", a dimensão performativa da antecipação expressa um novo tipo de punição cuja ordem é do acesso, e que tem implicações diversas ainda não definidas sobre o modo como distribui oportunidades informacionais, cognitivas, sociais, políticas, etc. (Fernanda Bruno, 2016, pp. 36-37)[24].

De acordo Virginia Eubank, a experiência do mundo digitalizado e mediado por algoritmos tem sido distribuída socialmente de modo que "a maioria das pessoas costuma ser alvo do escrutínio digital como membros de grupos sociais, e não como indivíduos". Segundo a autora, "[p]essoas de cor, migrantes, grupos religiosos impopulares, minorias sexuais, pobres e outras populações oprimidas e exploradas carregam um fardo muito maior de monitoramento e rastreamento que os grupos favorecidos", tendo em vista que costumam ser direcionadas para "suspeita e escrutínio extra" em uma espécie de "sinalização vermelha coletiva"

[23] ROUVROY, Antoinette; BERNS Thomas (2015). "Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação?" em *Revista Eco Pós*: Tecnopolíticas e Vigilância, v. 18, n. 2, pp. 36-56. Disponível em https://revistaecopos.eco.ufrj.br/eco_pos/article/view/2662.

[24] BRUNO, Fernanda (2016). "Rastrear, classificar e performar" em *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 68, n. 1, pp. 34-38. Disponível em http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v68n1/v68n1a12.pdf.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que gera um "ciclo de feedback de injustiças" (Virginia Eubank, 2018, p. 11, tradução nossa)[25].

No mesmo sentido, dando ênfase ao roteiro tecnológico que inscreve a racionalidade algorítmica, Cathy O'Neil demonstra que algoritmos podem funcionar como "armas de destruição matemática" que aumentam a desigualdade ao restringir e condicionar oportunidades em função de interesses privados ou mesmo governamentais. A autora enfatiza o modo como os modelos algorítmicos utilizados em processos decisionais importantes sobre a vida das pessoas favorecem os afortunados e castigam os já menos favorecidos ao codificar o passado e suas injustiças e criar "espirais viciosas" de retroalimentação de danos em larga escala (Cathy O'Neil, 2016)[26].

Na definição da autora, um modelo algorítmico é uma representação abstrata e simples de certos processos, que renuncia à precisão e à compreensão detalhada das situações para se concentrar exclusivamente em critérios de eficiência vinculados a determinados interesses. Além disso, respaldados pela opacidade que os torna muitas vezes incontestáveis, bem como por uma promessa discursiva de justiça procedimental, os algoritmos "definem sua própria realidade e utilizam-na para justificar seus resultados", dando ensejo a um "ciclo de retroalimentação" em que, ao invés de "buscar a verdade", os resultados produzidos pelo modelo a personificam (Cathy O'Neil, 2016, p. 16, tradução nossa)[27].

Para O'Neil, os algoritmos refletem objetivos, valores e desejos que acabam por definir desde os dados que são recompilados até as variáveis que informam a estrutura dos modelos, o que confere um peso determinante em sua com-

---

[25] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

[26] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

[27] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

posição às escolhas que determinam quais dados merecem atenção e quais devem ser deixados de fora. Além disso, a própria concepção de que um algoritmo esteja funcionando adequadamente ou não também depende de certas escolhas, tendo em vista que um dos componentes chave de todo modelo é justamente o modo como é definido o seu êxito (Cathy O'Neil, 2016, pp. 19-20)[28].

Nesse sentido, conforme apontado por Pasquale, um primeiro desafio na compreensão das problemáticas que tocam a questão é justamente entender que as escolhas que constituem a composição dos modelos são realizadas por seres humanos vinculados a agendas políticas, econômicas, sociais, culturais e etc. Por essa razão, embora os algoritmos muitas vezes sejam pensados segundo expectativas e pressupostos de neutralidade e objetividade, é importante ter em conta que os atores envolvidos na sua projeção imprimem em suas formulações crenças e valores de toda a sorte:

Os sistemas automatizados afirmam classificar todos os indivíduos da mesma maneira, evitando assim a discriminação. Eles podem garantir que alguns patrões não baseiem mais as decisões de contratação e tomada de decisões em palpites, impressões ou preconceitos. Mas os engenheiros de software constroem os conjuntos de dados extraídos por sistemas de pontuação; definem os parâmetros das análises de mineração de dados; criam os clusters, links e árvores de decisão aplicadas; geram os modelos preditivos aplicados. Os preconceitos e valores humanos estão embutidos em cada etapa do desenvolvimento. A informatização pode simplesmente impulsionar a discriminação rio acima (Frank Pasquale, 2015, p. 35, tradução nossa)[29].

---

[28] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

[29] PASQUALE, Frank (2015). *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

As escolhas que compõem a estrutura dos modelos não são neutras ou objetivas, portanto, mas baseiam seus critérios muitas vezes em crenças exclusivamente valorativas sem qualquer fundamento consistente, em geral vinculadas aos propósitos e interesses de seus desenvolvedores. Dessa forma, os modelos expressam, em alguma medida, "opiniões integradas em matemáticas" que refletem suas prioridades, mas não sem produzir efeitos (Cathy O'Neil, 2016, p. 32)[30].

2. Práticas punitivas na era do big data

Embora na maioria das vezes os modelos não façam referências discriminatórias explícitas a caracteres como raça, classe, gênero, etc., as variáveis utilizadas para informá-los podem funcionar como equivalentes substitutas, enviesando os resultados gerados (Cathy O'Neil, 2016, p. 23)[31]. Danielle Citron e Frank Pasquale demonstraram o modo como os algoritmos podem produzir efeitos danosos em cascata ao transformar dados em pontuações poderosamente estigmatizantes, tendenciosas e arbitrárias. Segundo os autores, "[o] ato de designar alguém como um provável risco de crédito (ou má contratação, ou motorista imprudente) tende a elevar seu custo de financiamento futuro (ou trabalho, ou taxas de seguro), aumentando a probabilidade de eventual insolvência ou invalidez" (Danielle Keats Citron, Frank Pasquale, 2014, p. 18, tradução nossa)[32]. Assim, os sistemas de pontuação acabam comportando-se como "profecias autorrealizáveis" que "criam a angústia financeira que alegam

[30] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

[31] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

[32] CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank (2014). "The Scored Society: due process for automated predictions" em *Washington Law Review*, v. 89, n. 1, pp. 1-33. Disponível em https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1431/.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

apenas indicar" (Danielle Keats Citron, Frank Pasquale, 2014, p. 18, tradução nossa)[33].

Para Pasquale, embora os modelos de pontuação sejam promovidos como modelos de justiça, costumam ser informados e justificados apenas com generalidades que, ao fim e ao cabo, funcionam em favor de seus próprios interesses. A maioria das pessoas submetidas ao seu escrutínio não costuma sequer estar ciente de que seus atos os mais inócuos estão sendo avaliados em sistemas que tomam decisões importantes sobre suas vidas. Essa é uma realidade alarmante em um contexto no qual os sistemas de pontuação têm escapado cada vez mais o âmbito financeiro e se estabelecido como árbitros da confiabilidade geral em outras áreas como a concessão de seguros, a contratação para vagas de emprego, entre outras aplicabilidades, funcionando como verdadeiros sistemas de reputação (Frank Pasquale, 2015, p. 23)[34].

Esses sistemas funcionam de modo integrado a outros sistemas de pontuação, adquirindo potencial para produção de um impacto amplo de discriminação sistematizada. Associações entre empregos de baixa remuneração e a atribuição de baixas pontuações de crédito, por exemplo, ajudam a reforçar e ampliar ainda mais o ciclo de retroalimentação danosa que pune as classes economicamente desfavorecidas:

Imagine uma jovem que não conseguiu um emprego na faculdade. Esse fracasso reduziu sua pontuação de "empregabilidade" utilizada por empregadores em potencial para determinar sua aptidão para o trabalho. A jovem conseguiu um emprego de meio período em um restaurante de *fast food*. Sua pontuação de crédito ficou abaixo dos 600 pontos sem que ela soubesse, talvez em função de inferências asso-

[33] CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank (2014). "The Scored Society: due process for automated predictions" em *Washington Law Review*, v. 89, n. 1, pp. 1-33. Disponível em https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1431/.

[34] PASQUALE, Frank (2015). *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciadas a empregos de baixa remuneração. A baixa pontuação de crédito causou-lhe consequências ruins em cascata, ao coloca-la em circunstâncias de vida cada vez mais desafiadoras. As empresas de análise de talentos a categorizaram como "não inovadora" e "desperdiçadora". Com pontuações baixas em diversos aspectos, a jovem possivelmente não conseguirá um emprego de tempo integral (Danielle Keats Citron, Frank Pasquale, 2014, p. 32, tradução nossa)[35].

De modo semelhante, no âmbito dos seguros, modelos algorítmicos têm sido cada vez mais utilizados para avaliar a concessão de apólices com base em cálculos de risco, substituindo gradativamente os tradicionais métodos atuariais. Esses modelos baseiam-se em uma variedade cada vez maior e mais diversificada de dados, desviando muitas vezes o foco de seus critérios tradicionais e produzindo disparidades discriminatórias nos preços. O'Neil exemplifica o caso dos seguros automobilísticos, que têm extraído pontuações de relatórios de crédito para informar seus modelos proprietários, de modo que dados financeiros têm sido mais relevantes na avaliação das apólices que a própria prudência estimada dos motoristas (Cathy O'Neil, 2016, p. 133)[36].

A partir disso, fica novamente evidenciado o modo como a crescente dependência das pontuações de crédito em diversos domínios prejudica as classes mais baixas. Esse é apenas mais um exemplo dessa ampla tendência fundamentada em sistemas de reputação, mas é especialmente intrigante, tendo em vista que o seguro de automóveis é obrigatório para motoristas. Além disso, o uso de dados equivalentes relacionados a aspectos econômicos nesse

[35] CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank (2014). "The Scored Society: due process for automated predictions" em *Washington Law Review*, v. 89, n. 1, pp. 1-33. Disponível em https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1431/.

[36] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

caso evidencia o ânimo exclusivo de lucro da atividade dessas corporações, que ao invés de "penalizar" maus motoristas ao atribuir-lhes apólices mais caras (o que poderia ser considerado de alguma forma uma justa medida), segue punindo economicamente aqueles que já estão em evidente desvantagem (Cathy O'Neil, 2016, pp. 133-134)[37].

Outrossim, modelos de predição de risco também têm sido utilizados por entidades públicas em processos decisionais de vital importância. Ao investigar o impacto do uso de novas ferramentas para tomada de decisão automatizada em programas de serviço social nos Estados Unidos, Eubank constatou consequências gravemente danosas e nocivas especialmente para as pessoas pobres e a classe trabalhadora, demonstrando o modo como tais modelos algorítmicos "destroem a rede de seguridade social norte-americana, criminalizam os pobres e intensificam a discriminação [...]" (Virgínia Eubank, 2018, p. 15, tradução nossa)[38].

Analisando um modelo preditivo de risco que promete proteger o bem-estar infantil no Condado de Allegheny, Pensilvânia, Eubank verificou danos consideráveis vinculados a estigmas associados a famílias pobres. A chamada Ferramenta de Rastreamento Familiar de Allegheny (*Allegheny Family Screening Tool* — AFST)[39], lançada em 2016 pelo Gabinete das Crianças, Jovens e Famílias do Condado de Allegheny (*Allegheny County Office of Children, Youth and Families* — CYF), utiliza modelagem estatística preditiva para "aprimorar" a tomada de decisão sobre a abertura de processos de investigação de abuso e negligência infantil em casos consi-

[37] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

[38] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

[39] THE Allegheny Family Screening Tool (2021). *Allegheny County*. Disponível em https://www.alleghenycounty.us/Human-Services/News-Events/Accomplishments/Allegheny-Family-Screening-Tool.aspx.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derados suspeitos. A função do modelo consiste basicamente em auxiliar nesse processo de triagem gerando uma pontuação automática que deverá informar o alerta de risco (Virgínia Eubank, 2018, p. 103-139)[40].

De acordo com Eubank, o sistema tem falhas de design inerentes que acabam visando injustamente os pobres para o escrutínio do bem-estar infantil, tendo em vista que quase três quartos dos casos reportados acabam sendo de negligência, e não de abuso, e que "quase todos os indicadores de negligência infantil também são indicadores de pobreza", isto é, "falta de comida, moradia inadequada, creches não licenciadas, transporte não confiável, desligamento de serviços públicos, falta de moradia, falta de assistência médica", etc. (Virgínia Eubank, 2018, p. 126-127, tradução nossa)[41]. Desse modo, as famílias desabrigadas, por exemplo, enfrentam desafios particularmente difíceis para manter seus filhos, já que a própria condição de sem-teto é considerada uma condição de negligência (Virgínia Eubank, 2018, p. 118)[42].

Soma-se a isso o fato de que o modelo se baseia para realizar a triagem apenas em dados de famílias beneficiárias de serviços públicos; dados coletados por programas governamentais de tratamento de drogas, aconselhamento de saúde mental, apoio financeiro, etc. Dessa forma, a necessidade de recorrer a recursos públicos para acessar determinados tipos de serviços acaba submetendo as famílias mais precarizadas a uma ingerência maior da autoridade governamental para, eventualmente, retirar-lhes seus filhos, tendo em vista que o escopo informacional utilizado na triagem do programa

[40] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

[41] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

[42] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

acaba reduzido a famílias que não dispõem de recursos para optar por serviços privados (Virgínia Eubank, 2018, p. 126)[43].

Em suma, pode-se dizer que as variáveis preditivas do modelo carregam um estigma humano embutido, isto é, a interpretação do uso de recursos públicos como um sinal de fraqueza, deficiência e vilania, e a sua consequente vinculação à situação de pobreza (Virgínia Eubank, 2018, p.135)[44]. Assim, o modelo acaba confundindo paternidades e maternidades pobres com paternidades e maternidades ruins, assumindo pais e mães que buscam o auxílio de programas públicos como riscos para seus filhos. Segundo Eubank, "podemos chamar isso de definição de perfis de pobreza [...] que selecionam indivíduos como alvos para escrutínio extra não com base em seu comportamento, mas com base na situação de pobreza em que vivem" (Virgínia Eubank, 2018, p. 127-128, tradução nossa)[45].

A partir de inferências desse tipo, o modelo acaba sobrerepresentando as pessoas pobres e a classe trabalhadora nas investigações de abuso e negligência infantil, acarretando-lhes consequências danosas duradouras de caráter punitivo que aumentam o estigma e as adversidades da pobreza, como vigilância e requisitos de conformidade comportamen-

[43] "As famílias evitam a CYF se puderem, porque a agência mistura dois papéis distintos e contraditórios: provedor de apoio familiar e investigador de maus-tratos. Aceitar recursos significa aceitar a autoridade da agência para remover seus filhos. Essa é uma troca invasiva e assustadora que os pais com outras opções provavelmente não escolherão. Famílias pobres e da classe trabalhadora se sentem forçadas a trocar seus direitos à privacidade, proteção contra buscas irracionais e devido processo legal para ter uma chance de obter os recursos e serviços de que precisam para manter seus filhos seguros" EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York - tradução nossa).

[44] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

[45] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tal mais rigorosos (Virgínia Eubank, 2018, p.129)[46]. Visar famílias de "alto risco" pode agravar ainda mais o problema ao leva-las a se retirarem das redes de serviços e apoio comunitários produzindo situações de isolamento social, privação material e estresse parental que se agravam quando os pais se sentem vigiados, perdem recursos de que precisam ou sentem medo de recorrer ao auxílio de programas públicos (Virgínia Eubank, 2018, p. 135)[47].

É difícil dizer que um modelo preditivo funciona se ele produz o resultado que está tentando medir. Uma família classificada como de alto risco pelo AFST passará por mais escrutínio do que outras famílias. Comportamentos comuns que poderiam não levantar suspeitas antes de uma pontuação AFST elevada tornam-se motivo de confirmação para a decisão de rastreá-los e investiga-los. [...] Graças em parte a pontuações de risco mais altas, pais tendem a ser alvos de um tratamento mais punitivo, devendo atender às expectativas das agências governamentais e enfrentar julgamentos mais severos. E no caso de perder os filhos, o modelo de risco tenderá a reivindicar outra previsão bem-sucedida (Virgínia Eubank, 2018, p. 135, tradução nossa)[48].

Conforme alertado por Eubank, a despeito dos efeitos destrutivos que apresentam sobretudo para as comunidades negras e de baixa renda, sistemas como esse têm sido integrados aos serviços de seguridade social nos Estados Unidos em um rito alucinante, reformulando concepções sobre a vida em comunidade com pouca ou nenhuma discussão política sobre seus impactos. Segundo a autora, esse con-

---

[46] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

[47] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

[48] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

texto amplo deve ser adequadamente pensado segundo o histórico de criminalização que há muito sujeita os pobres e a classe trabalhadora a vigilância invasiva, ataques noturnos e políticas públicas estigmatizantes que agravam ainda mais as adversidades da pobreza:

Hoje, forjamos o que chamo de abrigo digital com base em bancos de dados, algoritmos e modelos de risco que prometem eclipsar o alcance e a repercussão de tudo o que veio antes [...] Como as inovações tecnológicas anteriores na gestão da pobreza, o rastreamento digital e a tomada de decisão automatizada escondem a pobreza do público profissional de classe média e dão à nação a distância ética necessária para fazer escolhas desumanas: quem deve conseguir comida e quem deve passar fome, quem deve ter moradia e quem deve permanecer desabrigado e quais famílias devem ser desmembradas pelo estado (Virgínia Eubank, 2018, p. 15, tradução nossa)[49].

Na mesma linha, *softwares* de perfilamento preditivo têm sido utilizados em sistemas de justiça, em especial nos Estados Unidos, para a automatização de cálculos de reincidência, ou seja, para avaliar a probabilidade de um réu criminal voltar a cometer crimes no futuro. A pontuação produzida pelo modelo pode afetar diretamente o cálculo que define a pena de um condenado, bem como seu direito à fiança e à liberdade condicional, por exemplo, de modo que assume importância vital nas jurisdições em que seu uso tem sido implementado[50]. De acordo com Pamela Ugwudike, embora esses modelos costumem ser ostensivamente neutros com re-

[49] EUBANK, Virginia (2018). *Automating Inequality*. How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martins Press, Nova York.

[50] ANGWIG, Julia; *et al* (2016). "Machine Bias" em *ProPublica*. Disponível em: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing; ANGWIG, Julia; *et al* (2016). "How we analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm" em *ProPublica*. Disponível em https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lação a critérios raciais, há evidências crescentes de que seus algoritmos superestimam o risco de reincidência representado por grupos racializados, exacerbando sua vulnerabilidade à intervenção ainda mais severa e injustificada da justiça criminal (Pamela Ugwudike, 2020)[51].

Um clássico estudo realizado por Julia Angwig *et al* demonstrou que o modelo chamado COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* — COMPAS), elaborado pela empresa norte-americana Northpointe e utilizado em centenas de jurisdições estaduais nos Estados Unidos, apresentou resultados consideravelmente enviesados em termos raciais. Os resultados obtidos na pesquisa apontaram que, entre réus com perfis criminais semelhantes, o aspecto racial apresentou-se decisivo na atribuição de uma nota maior para réus negros com relação a réus brancos, apesar de o modelo não fazer qualquer menção à raça como um critério diferenciador. O estudo demonstrou que réus negros tinham duas vezes mais chances de serem falsamente sinalizados como alto risco de reincidência, enquanto réus brancos tinham quase a mesma probabilidade de serem sinalizados como baixo risco. Essa discrepância foi constatada a propósito da margem de erro do modelo, que indica que, em cada dez réus avaliados como alto risco, quatro deles não vêm efetivamente a reincidir, de modo que, entre eles, essa margem de erro é distribuída desigualmente entre negros e brancos[52].

De acordo com Wachter-Boettcher, esse resultado deve-se ao fato de que, entre os 137 indicadores utilizados pela empresa desenvolvedora para informar o modelo, isto é, os chamados "fatores de risco ou necessidades criminogênicas",

[51] UGWUDIKE, Pamela (2020). "Digital prediction technologies in the justice system: the implications of a 'race-neutral' agenda" em *Theoretical Criminology*, v. 14, n. 3, pp. 482-501. Disponível em https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1362480619896006.

[52] ANGWIG, Julia; *et al* (2016). "Machine Bias" em *ProPublica*, 2016. Disponível em: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

muitos deles funcionam como dados substitutos que acabam remetendo à raça como um critério subjacente. Segundo a autora, embora muitas das perguntas feitas se concentram no histórico criminal do réu — como quantas vezes foi preso, quantas condenações teve, quanto tempo passou na prisão no último ano, etc. —, outras dezenas de perguntas não têm relação alguma com qualquer critério jurídico-legal, concentrando-se em saber se pessoas da família ou do círculo social do réu já foram presas, por exemplo (Sara Wachter-Boettcher, 2017, pp. 130-131)[53].

Segundo a autora, a inclusão de indicadores desse tipo no modelo significa que, de acordo com os desenvolvedores, esses fatores estão relacionados ao "nível de risco" de uma pessoa, ignorando absolutamente o evidente aspecto de segregação racial e encarceramento em massa que permite que pessoas negras tenham mais chances de conhecer alguém que já tenha passado pelo sistema de justiça criminal. Além disso, o *software* é projetado para que as perguntas possam ser aplicadas aos réus de maneira flexível, conferindo ampla margem de liberdade aos agentes para coletar os dados de maneiras variadas e não padronizadas, sujeitas a diferenciações que podem reforçar ainda mais o viés racial do modelo (Sara Wachter-Boettcher, 2017, pp. 131-132)[54].

Similarmente, departamentos de polícia também têm recorrido a modelos algorítmicos para policiamento preditivo e alocação de recursos, apresentando comportamentos injustos com alarmante frequência. Programas como o chamado PredPol[55] são utilizados para distribuir o contingente

[53] WACHTER-BOETTCHER, Sara (2017). *Technically Wrong*: sexist apps, biased algorithms, and other threats of toxic tech. W.W. Norton & Company, Nova York, Londres.

[54] WACHTER-BOETTCHER, Sara (2017). *Technically Wrong*: sexist apps, biased algorithms, and other threats of toxic tech. W.W. Norton & Company, Nova York, Londres.

[55] REY, Emmy (2020). "What PredPol is and what Pred Pol is not" em *PredPol*. Disponível em: https://www.predpol.com/whatispredpol/.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

policial no perímetro urbano, concentrando-o nos locais onde crimes ocorrem com maior frequência. Para tanto, o modelo organiza as informações sobre crimes registrados pela polícia, analisando a ocorrência de um certo tipo de crime em uma área determinada e incorporando a análise a padrões históricos para prever quando e onde aquele mesmo crime "tende" a ocorrer novamente no futuro (Cathy O'Neil, 2016, p. 16)[56].

No entanto, problemáticas surgem a propósito da diferenciação feita pelo modelo quanto à de gravidade dos crimes perseguidos:

Quando a polícia configura seu sistema PredPol, ela tem uma escolha. Ela pode se concentrar exclusivamente nos chamados crimes da Parte 1, que são os crimes violentos, geralmente denunciados, como homicídios, incêndios criminosos e agressões. Mas ela também pode ampliar o foco para incluir o mapeamento dos crimes da Parte 2, que são os crimes de vadiagem, mendicância agressiva e venda ou consumo de pequenas quantidades de drogas. Muitos desses crimes "incômodos" não chegariam sequer a ser registrados se um policial não estivesse lá para vê-los (Cathy O'Neil, 2016, p. 76-77, tradução nossa)[57].

Conforme lembrado por O'Neil, os crimes "incômodos" costumam ser endêmicos e numerosos em muitos bairros pobres, de modo que a sua inclusão na análise acaba distorcendo os resultados produzidos pelo modelo ao criar um ciclo de retroalimentação que conduz o contingente policial sempre e cada vez mais para esses mesmos bairros, embora os crimes mais graves estejam muitas vezes localizados fora deles. Os crimes de menor potencial ofensivo acabam povoando os da-

[56] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

[57] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dos em termos quantitativos, portanto, e produzindo novos dados que justificam mais policiamento, e assim por diante. Desse modo, mesmo que o modelo seja teoricamente neutro para fatores como raça e classe, o critério geográfico utilizado para informa-lo acaba funcionando novamente como um equivalente altamente eficaz para tais aspectos, especialmente em cidades amplamente segregadas, intensificando ainda mais sua vulnerabilidade à intervenção das agências de segurança pública (Cathy O'Neil, 2016, p. 77)[58].

Ademais, inovações em outros tipos de tecnologias avançadas como *softwares* para reconhecimento facial, por exemplo, também têm contribuído para esse novo contexto em que promessas preditivas ameaçam cada vez mais o horizonte de possíveis. Baseado em tecnologias de computação visual (Tarcízio Silva, 2020, p. 433)[59], o reconhecimento facial é um método utilizado para verificar a identidade de um indivíduo a partir dos dados biométricos de seu rosto. Tais tecnologias têm sido empregadas por autoridades policiais para fins de identificação de suspeitos em diversos países do mundo, a despeito das alarmantes taxas de erros que costumam apresentar especialmente na identificação de rostos de pessoas negras[60].

---

[58] O'NEIL, Cathy (2016). *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy. Crown Publishers, Nova York.

[59] "De acordo com Tarcízio Silva, "[a] computação visual (*visual computing)* é um termo que engloba áreas da computação e iniciativas interdisciplinares dedicadas a construir sistemas para o entendimento automatizado de imagens e vídeos. Ou seja, busca-se fazer *softwares* e *hardwares* computacionais capazes de entender objetos, entidades e situações a partir de informação visual, como imagens ou *frames* de vídeo. Suas implicações são amplas, a indústria e mecatrônica até o marketing e publicidade" (SILVA, Tarcízio (2020). "Visão computacional e racismo algorítmico: branquitude e opacidade no aprendizado de máquina" em *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN),* v. 12, n. 31, pp. 428-448. Disponível em http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/744?fbclid=IwAR1uD0ab3TQcKGAsEuaVemudHgBWe-Ep5aKIdDpIG-9tN59Jf8b3BuHt5kQ).

[60] FACE Recognition (2017). *Eletronic Frontier Foundation*. Disponível em: https://www.eff.org/pt-br/pages/face-recognition.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Um estudo realizado pelo Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia dos Estados Unidos (*National Institute of Standards and Technology* — NIST) constatou que os sistemas comerciais de reconhecimento facial para identificação de suspeitos utilizados pelos departamentos de polícia norte-americanos apresentam taxas consideravelmente expressivas de erros na identificação de rostos de pessoas afro-americanas e asiáticas, bem como nos rostos de mulheres e de pessoas com idade avançada. A análise baseou-se em mais de 18 milhões de fotos de cerca de 8,5 milhões de pessoas, e testou 189 algoritmos de reconhecimento facial de 99 desenvolvedores comerciais diferentes, incluindo empresas como a Microsoft e empresas de tecnologia biométrica como a Cognitec e chinesa Megvii. Os sistemas de outras empresas como Amazon, Apple, Facebook e Google não forneceram seus algoritmos para a realização dos testes[61].

De acordo com Clare Garvie e Jonathan Frankle, as disparidades de precisão constatadas podem ser introduzidas involuntariamente em vários momentos no processo de concepção e implantação de um sistema de reconhecimento facial. O desenvolvedor do algoritmo pode programá-lo para focar em características faciais que são mais facilmente distinguíveis em algumas fenótipos raciais ou de gênero que em outros, por exemplo, de modo a favorecer a precisão na identificação de certos tipos de rostos. Além disso, os algoritmos "aprendem" a calcular a semelhança entre as imagens ao praticar combinações em conjuntos de dados de treinamento pré-existentes, de modo que a identificação será mais precisa quanto mais abundante for a base de da-

[61] NIST Study Evaluates Effects of Race, Age, Sex on Face Recognition Software (2020). *NIST*. Disponível em https://www.nist.gov/news-events/news/2019/12/nist-study-evaluates-effects-race-age-sex-face-recognition-software. *Cf.* também: FACE Recognition Vendor Test (2020). *NIST*. Disponível em https://www.nist.gov/programs-projects/face-recognition-vendor-test-frvt.; e SINGER, Natasha; METZ, Cade (2019). "Many facial-recognition systems are biased, says U.S. study" em *The New York Times*. Disponível em https://www.nytimes.com/2019/12/19/technology/facial-recognition-bias.html.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dos de treinamento para diferenciação de detalhes. Assim, ainda que os critérios nos quais o algoritmo se concentra sejam "neutros" com relação a raça ou gênero, isto é, tenham sido desenvolvidos para identificar detalhes e características fenotípicas diversificadas em termos raciais e de gênero, desproporcionalidades na quantidade de imagens poderão influenciar as suas taxas de precisão (Clare Garvie, Jonathan Frankle, 2016)[62].

Além disso, ao invés de retornarem um único resultado com rigoroso grau de precisão, os *softwares* costumam apresentar uma listagem de combinações possíveis ranqueadas segundo a atribuição de pontuações de semelhança entre as imagens comparadas, de modo que os sistemas acabam favorecendo a ocorrência de falsos positivos, isto é, de reconhecimentos equivocados, incentivando, quando aplicadas à justiça criminal, investigações e acusações indevidas[63]. Diante desse contexto, o uso dessas tecnologias torna-se particularmente preocupante em contextos de manifesta desigualdade racial, como é o caso dos Estados Unidos:

Os afro-americanos têm pelo menos duas vezes mais chances de serem presos do que pessoas de qualquer outra raça dos Estados Unidos e, segundo algumas estimativas, até 2,5 vezes mais probabilidade de ser alvo da vigilância policial. [...] Em outras palavras, não apenas os afro-americanos são mais propensos a serem identificados incorretamente por um sistema de reconhecimento facial, mas também são mais propensos a serem inscritos nesses sistemas

[62] GARVIE, Clare; FRANKLE, Jonathan (2016). "Facial Recognition software might have a racial bias problem" em *Atlantic*. Disponível em https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/04/the-underlying-bias-of-facial-recognition-systems/476991/. *Cf.* também: GARVIE, Clare; *et al* (2016). "The perpetual line-up: unregulated police face recognition in America" em *Georgetown Law Center on Privacy and Technology*. Disponível em https://www.perpetuallineup.org/conclusion.

[63] FACE Recognition (2017). *Eletronic Frontier Foundation*. Disponível em: https://www.eff.org/pt-br/pages/face-recognition.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

e sujeitos ao seu processamento (Clare Garvie, Jonathan Frankle, 2016, tradução nossa)[64].

Tecnologia semelhante é empregada em sistemas de visão computacional para reconhecimento de imagens em dispositivos *online*. O caso emblemático em que o Google Fotos "identificou", através de sua ferramenta de visão computacional e etiquetamento automático, fotografias de afro-americanos como *"apes"* ("gorilas") reforça o teor alarmante da problemática: na Internet e nos usos cotidianos da tecnologia, a discriminação algorítmica também está embutida em códigos computacionais e, cada vez mais, em tecnologias de "inteligência artificial" em processos de produção de sentido que refletem uma lógica corporativa de negligência intencional ou um imperativo de lucro que ganha dinheiro com o racismo e o sexismo (Safiya Noble, 2018, p. 12)[65].

Conclusão

Diante desse amplo contexto em que modelos algorítmicos têm sido cada vez mais utilizados de modo indiscriminado em processos importantes de tomada de decisão, alerta-se para um dano generalizado e sistematizado que funciona quase que de modo exclusivamente punitivo, tendo em vista que os algoritmos acabam alimentando-se mutuamente em um sistema pernicioso.

Em suma, pode-se dizer que os algoritmos ajudam a criar o entorno que justifica suas suposições: ao determinar o perfil de um indivíduo em função de suas circunstâncias e atributos, os modelos basicamente lhe impõem castigos

[64] GARVIE, Clare; FRANKLE, Jonathan (2016). "Facial Recognition software might have a racial bias problem" em *Atlantic*. Disponível em https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/04/the-underlying-bias-of-facial-recognition-systems/476991/.

[65] NOBLE, Safiya Umoja (2018). *Algorithms of oppression*: how search engines reinforce racism. New York University Press, Nova York.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

com base em seus caracteres (quase sempre assumidos fora de contexto), operando contra seus interesses e causando-lhe danos efetivos das mais diversas ordens. Um círculo destrutivo alimenta a si mesmo de modo a aprofundar cada vez mais as injustiças sobre cujas premissas está antecipadamente fundamentado.

Essa dinâmica funciona com base em padronizações codificadas que distribuem arbitrariamente recompensas e penalidades, e alastram suas consequências para todos os campos da vida comum, prolongando as práticas punitivas que incidem cada vez mais sobre os sujeitos reduzidos a dado. Desse modo, sistemas algorítmicos transformam cada instância de decisão humana em verdadeiros vereditos, instaurando uma dinâmica punitiva que abrange expansivamente todas as instâncias de julgamento humano em que previsões algorítmicas podem ser utilizadas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La constitución normativa de los espacios de coexistencia en el pensamiento de Peter Sloterdijk

The normative constitution of coexistence spaces in the thought of Peter Sloterdijk

Pedro Cerruti[1]
Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA)

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180
https://doi.org/10.24215/25251678e550
Recibido: 05/08/2021
Aprobado: 05 /09/2021

https://orcid.org/0000-0003-0797-1072

Resumen: El presente trabajo indaga en la forma en que el filósofo alemán Peter Sloterdijk problematiza las formas jurídicas de las relaciones humanas en el marco de su proyecto Esferas. Como punto de partida se sitúa la crítica que realiza al contractualismo y al holismo, entendidos como los dos grandes paradigmas que han interpretado los modos de composición de las colectividades humanas y, junto con ello, la relación entre el derecho y la sociedad. En contraposición, se expone el modo en que Sloterdijk conceptualiza la emergencia de lo humano a partir de operaciones de insulamiento cuyo resultado es la conformación de esferas que actúan como sistemas

[1] Licenciado en Psicología y Doctor en Ciencias Sociales (UBA). Investigador Adjunto del CONICET, investigador del Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG, FSOC, UBA) y en el Centro de Estudios en Historia, Cultura y Memoria (CeHCMe, UNQ). Docente de grado (FSOC) y posgrado (FFyL) en la UBA. Autor de *Genealogía del victimismo. Violencia y subjetividad en la Argentina posdictatorial* (UNQ, 2015).

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de inmunidad, entre cuyas dimensiones se encuentra su constitución normativa. Por último, se trata el análisis de las formas en las que las relaciones entre nomos, inmunidad y antropogénesis se modulan hoy en el juego entre la conformación de un gran espacio interior poshistórico, la metamorfosis esferológica hacia arquitecturas de la espuma y la compacidad telecomunicacional contemporánea y sus características psicopolíticas. Si bien, cabe aclarar, de ninguna manera se realiza una exégesis de la obra de Sloterdijk, allí donde es necesario, se ponen en relación sus ideas con el pensamiento de algunas de sus principales influencias, tales como Martin Heidegger, Michel Foucault, Gilles Deleuze y Félix Guattari.

Palabras clave: Derecho, Sociedad, Crítica, Peter Sloterdijk

Abstract: The paper investigates the way in which the German philosopher Peter Sloterdijk problematizes the legal forms of human relations within the framework of his Spheres project. As a starting point, the criticism he makes of contractualism and holism is analyzed. These are understood as the two great paradigms of interpretation of the modes of composition of human communities and, together with it, of the relationship between law and society. In contrast, the way in which Sloterdijk conceptualizes the emergence of the human from operations of isolation is exposed, the result of which is the formation of spheres that act as immunity systems, among whose dimensions is its normative constitution. Finally, the paper thematizes the ways in which the relationships between nomos, immunity and anthropogenesis are modulated today, taking into account the conformation of a large post-historical interior space, the spherological metamorphosis towards foam architectures and contemporary telecommunication compactness and its psychopolitical characteristics. Although, it should be clarified, in no way is an exegesis of Sloterdijk's work carried out, where it is necessary, his ideas are related to the thought of some of his main influences, such as Martin Heidegger, Michel Foucault, Gilles Deleuze and Félix Guattari.

Keywords: Law, Society, Critic, Peter Sloterdijk

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Introducción

A lo largo de toda su obra, el filósofo alemán Peter Sloterdijk, uno de los más importantes pensadores contemporáneos, ha llevado adelante un proyecto de indagación del fenómeno humano de la más amplia envergaduray, en tanto tal, no ha dejado de someter a las formas jurídicas de las relaciones humanas a una interpretación crítica, que se construye contraponiéndose especialmente a los postulados fundamentales de las teorías que han interpretadola relación entre el derecho y la sociedad desde modelos contractualistasy holistas.Tomando como punto de partida a dicha crítica, el presente artículo busca introducirse en su propuestade pensar la emergencia de lo humano a partir de operaciones de insulamiento cuyo resultado es la conformación de esferas que actúan como sistemas de inmunidad. Estas resultan de la apertura de diferentes espacios o dimensiones cuyo ensamblaje hace posible la coexistencia entre los seres humanos en un mundo común. Entre ellas se encuentra su constitución normativa o, lo que llama atendiendo a su dimensión espacial propia, "nomotopo". Pensar las formas jurídicas de la coexistencia humana implica, entonces, indagar el vínculo entre nomos, inmunidad y antropogénesis. Las secciones finales del artículo estarán destinadas a considerar la manera en que Sloterdijk interpreta los modos en los que estarelación se modula hoy en el juego entre la conformación de un gran espacio interior poshistórico, la metamorfosis esferológica hacia arquitecturas de la espuma y la compacidad telecomunicacional contemporánea y sus características psicopolíticas.

Hacia una teoría espacial de las multiplicidades: crítica del contractualismo y el holismo

En la meditación que nos ofrece Sloterdijk, formulada especialmente en el marco de su proyecto *Esferas* (Sloterdijk,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2009, 2011a y 2014)[2], los seres humanos son en lo fundamental seres coexistentes. Esto quiere decir que lo que usualmente llamamos "sociedades" no son otra cosa que multiplicidades humanas que encuentran los modos de reunirse y existir juntos, esto es, de ajustarse mutuamente a formas de vida en común. Ello significa también habitar el mismo espacio, cuestión que posee una importancia capital en la propuesta de Sloterdijk.

Ahora bien, es justamente el hecho de la coexistencia, su posibilidad y su realidad, lo que debe ser elucidado, pues cuando se vuelve explícito, no se encuentra allí un principio natural de sociabilidad sino un problema. La política no es otra cosa que la invención de formas de coexistencia, que emerge como tarea allí donde el carácter problemático de esta última no puede permanecer en la latencia de lo dado por supuesto. Lo cual sucede a partir del momento en que lo familiar, el parentesco y las lógicas de semejanza dejan de funcionar como fuerzas centrífugas implícitas y la síntesis de multiplicidades humanas en un colectivo común deviene un quehacer manifiesto. Visto desde el punto de vista de una macrohistoria del ser humano, ello es lo que marca el pasaje de la era que Sloterdijk(2008) denomina "paleopolítica", es decir, aquella en la que la forma de organización social paradigmática se corresponde con la de la horda, a la propiamente "política", que ve nacer las primeras formas estatales.

La pregunta por la dimensión jurídica de las relaciones vinculantes es, por lo tanto, inseparablede lo político. Ahora bien, la perspectiva de Sloterdijk se construye, en este punto, contrastándose con lo que considera las dos grandes explicaciones a que se han formulado en la era de la política a las preguntas respecto del porqué y el cómo de la síntesis de las multiplicidades humanas. La primera la postula como el resultado de una asamblea o convenio de individuos que,

[2] Sloterdijk, Peter (2009). *Esferas III*. Siruela, Madrid; Sloterdijk, Peter (2011a). *Esferas II*. Siruela, Madrid; y Sloterdijk, Peter (2014). *Esferas I*. Siruela, Madrid.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

orientados en principio cada uno según sus propios intereses, deciden reunirse en calidad de socios de una misma comunidad, a la que con propiedad le corresponde el nombre de "sociedad". Esta hipótesis, rastreable por lo menos hasta el pensamiento platónico, culmina en las teorías modernas del contrato fundadas por Thomas Hobbes y John Locke. En lo fundamental, el contrato establece un modelo de convivencia similar al de una sociedad mercantil, en la cual los participantes conservan su individualidad e independencia al mismo tiempo que, por propia conveniencia, aceptan compartir responsabilidades en una asociación de tipo empresarial cuya organización descansa en su armazón jurídico.

No es de extrañar, por lo tanto, que en el devenir de la modernidad capitalista esta se haya transformado en la metáfora dominante y que efectivamente ofrezca una sugerente capacidad descriptiva de toda una serie de formas de asociación. Ello no quiere decir que pueda pasarse por alto su carácter ficcional en lo que respecta a su propuesta explicativa de la coexistencia humana, en tanto las dimensiones esenciales de esta última son refractarias a todo tipo de organización contractual. Y en ello consiste su carácter problemático.

La otra gran explicación se contrapone,en principio, punto a punto a la del contrato, si bien ello no impide que ambas hayan mantenido hasta el presente complejas relaciones que incluyen incluso la posibilidad de su ensamblaje.Si esta puede caracterizarse como una teoría individualista y atomista, en tanto le otorga primacía ontológica al individuo respecto del colectivo, y ofrece una imagen que hace de él un sujeto racional en el cálculo de sus intereses y de la asociación una reunión de voluntades por conveniencia; en la segunda es la totalidad la que es antepuesta a sus miembros. Nociones como las de tradición, costumbre, pueblo, cultura o comunidad, adquieren en este terreno una connotación metafísica en tanto realidad común, contenedora y unificante que preexiste a toda individualización de sus partes. Este paradigma holístico es lo que tienen en común el romanticismo y el

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conservadurismo, los biologismos sociales, los organicismos políticos y las doctrinas del Estado como obra de arte. Puede decirse que la metáfora del organismo es quizás la expresión más clara de este modelo. A través de la transferencia del esquema del cuerpo viviente a imagen del mundo, cada uno de los elementos que la componen pasa a definirse por la sumisión a su lugar, su función y su contribución al servicio del mantenimiento de la totalidad y su finalidad. La clásica oposición entre las nociones de "sociedad" y "comunidad", de Ferdinand Tönnies (1947)[3], sintetiza a la perfección la oposición en juego, al mismo tiempo que explicita el *pathos* místico-grupal en juego aquí, del cual se derivan los ideales de cooperación, servicio y sacrificio sobre el que se fundan numerosas formas de asociación colectiva; y que contrasta por su parte con el *pathos* individualista de autosuficiencia e independencia.

Sin embargo, afirma Sloterdijk (2009), "tanto en la teoría del contrato como en el holismo hay que vérselas con hipérboles de una desconsideración marcadamente constructivista que impresionan porque abjuran de la experiencia cotidiana y la sustituyen por elaboraciones de una metáfora abstracta" (pág.220). Allí reside el punto central de la crítica: el modo en que ambas escuelas suprimen la facticidad y la situacionalidad constituyente de la coexistencia: el dónde, el cuándo y en qué medio se genera. Esto implica especialmente la oclusión de la dimensión espacial involucrada, es decir, el cierre a toda pregunta por el espacio en el que se produce la reunión de los coexistentes, y, sobre todo, por el espacio que esa síntesis produce.

En el caso del primer modelo, puede percibirse con claridad que el contrato se produce "en-ninguna-parte", afirma Sloterdijk (2009), y que "de los coexistentes fácticamente en espacios y tiempos propios no queda más en este modelo que una pluralidad abstracta de voluntades individuales" (pág.221). Sloterdijk se refiere especialmente a la *Teoría de*

[3] Tönnies, Ferdinand (1947). *Comunidad y sociedad*. Losada, Buenos Aires.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Justicia, de John Rawls, a la que considera la más reciente modernización de este modelo, para ejemplificar el modo en que se postula la necesidad de tender un "velo de ignorancia" sobre la realidad de los modos y situaciones de vida de los reunidos para que puedan convertirse en socios del contrato; y refiere para ello a las palabras con las que él mismodescribe ese "estado originario": "Ante todo, nadie conoce su puesto en la sociedad, su clase o su estatus; tampoco sus dotes naturales, su inteligencia, fuerza corporal. […] En el estado originario los seres humanos tampoco saben a qué generación pertenecen" (Rawls en Sloterdijk, 2009, pág. 221). Es por ello por lo que, en esta escuela, toda inquietud por las formas políticas se traduce en una preocupación por la adecuación de la convivencia a un ordenamiento jurídico cuya clave se encuentra en el personalismo, es decir, en la finalidad última de brindarle garantías de coexistencia a cada individuo, en tanto esfera discrecional autocentrada. O, en otras palabras, a "hombres sin atributos", seres despojados de toda cualidad histórica, psíquica y somática. "Parece que el mejor filósofo del derecho – ironiza Sloterdijk en referencia a Rawls– no tiene nada en contra de presentarse como el peor sociólogo, mientras le dejen mano libre para borrar las cualidades locales y las coloraciones conflictivas de las células de vida coexistentes: aquellas, en primer lugar, por las que los coexistente se implican en sus configuraciones espaciales concretas y en sus historias locales" (Sloterdijk, 2009, pág.222).

Por su parte, el holismo supone la misma pérdida, pero esta vez desde la perspectiva opuesta. La multiplicidad, pluralidad y diversidad originaria de la coexistencia de los seres humanos se destruye por la vía de su integración violenta y su compresión en un "hipercuerpo simplificado". Así, afirma Sloterdijk (2009), "mientras que la quimera del contrato reúne a individuos falseados y descoloridos en un nexo imaginario, el fantasma del organismo vincula a individuos reales en un 'todo' falseado, grotescamente simplificado" (pág. 223). Mismo vicio al que concurre todo romanticismo o historicis-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mo que pretenda hacer derivar las normas jurídicas del "espíritu del pueblo", y de su historia concebida como su devenir en un proceso teleológico continuo desde un origen mítico.

Nuevamente, el problema aquí reside en reconocer que tanto las intuiciones sociológicas del holismo, como la atención a la pluralidad del individualismo, encallan cada una a su manera en la mistificación de entidades hipostasiadas, o lo que es lo mismo, en las encerronas de toda metafísica del sujeto, ya sea individual o colectivo. Y que solo pueden se atendidas en tanto se disponga de una perspectiva alternativa de las asociaciones, una "teoría espacial de las multiplicidades", de acuerdo con la cual pueda concebirse la unidad como un efecto y se pueda deducir la coexistencia de sus propias condiciones y de la situación común, del comunicarse y el cooperar de las "multiplicidades-espacio-propio", como las llama Sloterdijk, cuyos participantes se configuran recíprocamente. Ello requiereuna perspectiva que "aborda el enigma de la síntesis social con un arsenal situacionista, pluralista, asociacionista, morfológico, y ante todo, psico-topológico de medios de descripción" (Sloterdijk, 2009, pág.224).

Ahora bien, para profundizar y comprender la propuesta de problematización de las formas jurídicas que introduce Sloterdijk se vuelve necesario ahondar en la ontología histórica a partir de la cual piensa la producción de lo humano como tal; y en la cual la dimensión espacial de la coexistencia, pensada en términos de "esfera", resulta fundamental.

II. La ontología histórica: antropotécnicas, esferas e inmunidad

Pensar al ser humano desde una "ontología histórica" implica considerarlo como un producto que solo puede ser analizado atendiendo a los métodos, procesos y relaciones que intervienen en su producción. La noción es de Michel Foucault, cuya perspectiva Sloterdijk interpreta de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una manera original. Esta sintetiza, en el caso de Foucault, el basamento del "*ethos* filosófico" propio de la modernidad ilustrada, al que caracteriza como una actitud de indagación histórico-crítica, permanentemente reactivada, de lo que decimos, pensamos y hacemos. Se trata, en sus palabras, de "una crítica permanente de nuestro ser histórico" en el sentido de "un "tipo de interrogación filosófica que problematiza a la vez la relación con el presente, el modo de ser histórico y la constitución de sí mismo como sujeto autónomo" (Foucault, 1999, pág.345)[4]. Considerar las formas de subjetivación, como hace Foucault, como emergencias históricas singulares y contingentes, implica necesariamente recusar toda referencia a categorías universales y sustituirlas por el análisis de prácticas específicas. Nociones abstractas de esa índole son justamente las de "individuo", "persona", "sociedad" que presupone el contractualismo, así como las de "comunidad", "pueblo", "organismo", propias del paradigma holístico, sobre cuya crítica se apuntala la reflexión de Sloterdijk.

Ahora bien, en el caso de este último, la ontología histórica problematiza no solo las formas de subjetivación sino la génesis de lo humano como tal, incluyendo con ello a la hominización. Con este fin, introduce el concepto de "antropotécnicas", para referirse a los procesos de formación del ser humano a partir de técnicas, de instrumentos de naturaleza lógica y material, y de relaciones de convivencia con una variedad de alteridades: otros seres humanos, animales y cosas.

El concepto de antropotécnicasirve de basamento ontológico a su proyecto *Esferas* y su formulación es el resultado de una interpretación realizada desde un punto de vista crítico, antropológico e histórico delo que Martín Heidegger consideraba en los términos del éxtasis existencial(Sloterdijk, 2011b). Pero si este último tomaba como punto de partida

[4] Foucault, Michel (1999). "¿Qué es la Ilustración?". En *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales, Volumen III*. Paidós, Barcelona.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fundamental de la pregunta por el ser la diferencia entre lo óntico y lo ontológico (Heidegger, 2005, pág.32 y ss.)[5] para Sloterdijk el ser-en-el-mundo, como situación fundamental de lo humano, es el resultado de una producción; y sólo puede ser comprendida si se piensa el ex-tasis desde un punto de vista filosófico/ontológico y, al mismo tiempo, desde una antropología empírica e histórica. Esta mirada que permita un encuentro entre lo óntico y lo ontológico es lo que Sloterdijk (2011b)[6]denomina una "ontoantropología", que busca en última instancia "exponer la historia de la hominización como una narración coherente del éxodo de la naturaleza inaclarada al lugar del peligro que es el claro" (pág.101). En orden de, por un lado, no suponer la existencia de lo que se trata de explicar, el ser humano, y, por otro, no perderlo de vista tampoco, Sloterdijk propone tomar como puntos de partida el presente histórico (o "el estado actual de la civilización") y centrar la reflexiónen el claro, pero deduciéndolo antropotécnicamente. Parafraseando a Heidegger, dice Sloterdijk, se trata de entrar en un círculo antropotécnico:

> La indagación sobre el hombre y su posibilitación histórica debe girar en círculo de tal manera que volvamos al punto de partida, que es nuestro éxtasis existencial en nuestro tiempo o nuestra inserción en el acontecer –que es esa apertura que nos concierne-, y que nunca abandonemos, sin suponer al "hombre" –como continuamente hacen nuestros evolucionistas- para luego ser fingidamente derivado de modo evolucionista. (Sloterdijk, 2011b, pág. 102).

En estos términos, la hominización considerada desde el punto de partida del claro antropotécnicamente producido, supone entender la antropogénesis como un "venir al

[5] Heidegger, Martin (2005) *Ser y tiempo*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile.

[6] Sloterdijk, Peter (2011b). *Sin salvación. Tras las huellas de Heidegger*. Akal, Madrid.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mundo", es decir, como un "devenir extático" por medio de la transformación del mundo circundante en mundo, en el pasaje de la pobreza de mundo a la configuración de mundo, en el salir de la jaula ontológica animal a lo abierto. Es decir, pensar el devenir mundo (desde el circunmundo) en el que el ser humano puede (desde la prehumanidad) advenir a la existencia, devenir extático, conformador de mundo.Nuevamente, la clave de la antropogénesis se encuentra en la interrogación respecto de la espacialidad del ser, es decir, la indagación por la estancia, la casa, el lugar en el que el ser es *en* (ser-en), como el motivo fundamental de la transformación antropotécnica.

Y para referirse a ese espacio, y distinguirlo de toda referencia física o geométrica, es que Sloterdijk utiliza el término *esfera*, a la cual define como un "lugar de resonancia" en los que las formas de coexistencia de los seres que lo habitan adquieren "fuerza plástica", es decir, los transforma, incluso a nivel fisiológico. En ese sentido, son comparables a invernaderos en los que se disponen condiciones climáticas que desde el punto de vista de su efecto en los seres vivientes tienen consecuencias ontológicas. Son al mismo tiempo el lugar y el medio de producción de lo humano.

Las esferas son medios en el sentido de entornos en los cuales el ser es *en* pero también en el sentido de vehículos donde se produce el tránsito del circunmundo al mundo, son espacios de "interapertura", y por ello también "intermundos". Se ubican entre el circunmundo, el encierro ontológico en las circunstancias y condiciones que hacen posible la vida orgánica, y el mundo, o sea la salida o la exposición a lo abierto, a lo indeterminado, lo inconmensurable.

Las esferas, dice Sloterdijk,

> son membranas entre interior y exterior, y así medios entre todos los medios [...] permiten a sus moradores localizarse tanto en la dimensión de la cercanía como en lo monstruoso de la apertura y de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> la exterioridad del mundo. Compone la "estructura" espacial original del habitar. […] Pueden funcionar como intercambiadores entre las formas de coexistencia animal-corporales y las humanas-simbólicas, pues ellas comprenden tanto los contactos físicos, el metabolismo y la procreación incluidos, cuanto las intenciones que apuntan a cosas lejanas e intangibles, como el horizonte y los astros.(Sloterdijk, 2011b,pág. 113).

En este sentido, una de las características principales de las *esferas* reside en constituirse como "insulamientos", esto es, lugares que estabilizan un clima interior, acondicionado por medios técnicos, en su diferenciación con el entorno, y en ese aislamiento del exterior otorgan a sus habitantes ventajas de aseguramiento que aumentan sus posibilidades vitales. Por esta razón, Sloterdijk también las califica como "islas antropógenas" en las que la separación del entorno, la inclusión en un interior a través de la creación de una distancia respecto al exterior es crucial en la conformación de mundo y en la emergencia de lo humano.

Sus efectos ontológicos se derivan de su capacidad inmunitaria, en tanto la inseguridad producida por la salida de la jaula ontológica animal es compensada por nuevas seguridades culturales. El ser humano es el animal que por su devenir extático es incapaz de seguir siéndolo, a pesar de lo cual se mantiene vivo por su capacidad configuradora de mundos, los cuales le proporcionan la situación inmune para ello.

Las islas humanas se conforman, entonces, por un lado, por la separación a través de técnicas de distanciamiento, que le otorga a un grupo una situación inmune frente a un exterior amenazante; lo cual conforma, por otro lado, un espacio interior en el cual se produce el efecto de invernadero emocional que mantiene amalgamado al grupo. Es en estas operaciones, que permiten la emergencia de la horda como primer dispositivo de incubación, donde reside el pa-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

saje de la prehistoria a la historia, de la prehumanidad a la humanidad, y se corresponden con lo que Sloterdijk llama el momento paleopolítico, cuya característica fundamental consiste en no presuponer al "hombre" como algo dado, y que debe ser gobernado, sino en hacer de la tarea de emergencia del "hombre" desde lo animal y de la mera reproducción del hombre por el hombre su designio fundamental (Sloterdijk, 2008b)[7]. Gesto, por otro lado, que la política buscará repetir a escalas y en proporciones cada vez más amplias.

Como puede observarse, la esferología de Sloterdijk deduce la antropogénesis de una situación de co-habitación, la cual, desde el punto de vista de la raigambre heideggeriana de su pensamiento, es comprendida a partir de una analítica existencial que prioriza la dimensión de la espacialidad (por sobre la temporalidad) en el sentido de la determinación del ser como *ser-en*, esto es, la cuestión del habitar, y la pregunta por dónde estamos/somos cuando estamos/somos en el mundo; y la dimensión co-existencial, es decir, la determinación del *ser-en* como *ser-con* otros, y la interrogación con respecto a cómo estamos/somos con aquellos con los que estamos/somos-en. Así, dice Sloteridjk, el ser consiste en "vivir en extática inmanencia uno en otro", es decir, "el ser-ahí es él mismo su lugar, y éste es abierto por la inhabitación, unos en otros, de los que co-existen confusamente".(Sloterdijk, 2014, pág.558-9).

Se trata, entonces, de un proceso esferopoiético, dado que son las relaciones recíprocas de compenetración entre los miembros de un grupo las que establecen el espacio de resonancia que será su lugar existencial. La creación de esa esfera coincide con el establecimiento de un "clima interior", que constituye para quienes la habitan un "nicho ecológico", gracias al establecimiento de un campo de proximidad dado por una diferencia primordial topológica entre interior y exterior (entre-nosotros y no-entre-nosotros) (Sloterdijk, 2011a,

[7] Sloterdijk, Peter (2008). *En el mismo barco*. Madrid: Siruela.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pág.178-9).Por ello, la esfera es una atmósfera, y el ser-en, en tanto ser-con otros en ese espacio común,no es otra cosa que la inmersión en un campo de pura vibración o conductibilidad, compuesto por la multiplicidad de acciones recíprocas y de aflicciones mutuas de quienes los habitan y que en ese habitar deviene lo que son. Un grupo se conforma, entonces, por ese clima relacionante o tonalidad envolvente del espacio, una suerte de éter comúna través del cual confrontan el desamparo en la exterioridad.

III. La constitución normativa de los insulamientosantropógenos: el nomotopo

Ahora podemos retomar la problematización de las formas jurídicas en relación con la conformación de los espacios de cohabitación o esferas, pues puede decirse que justamente una de las dimensiones que conforman ese mundo en el que una comunidad genera su propio espacio de autoaislamiento, es su constitución normativa. Esta última está compuesta por todo aquello que ha sido considerado bajo los términos de costumbres, derechos y leyes, reglas, juegos del lenguaje, hábitos, instituciones, formas de vida, relaciones de producción, etc., sin que ninguno de estos la agote en su totalidad (Sloterdijk, 2009, pág. 357). Esta en juego aquí, nuevamente con Foucault (2005)[8], una perspectiva que considera al derecho como una práctica y que no le otorga ninguna especificidad *a priori* a la experiencia que pudiese arrojarnos una definición universal y abstracta, sino que lo integra a la multiplicidad de prácticas a través de las cuales los seres humanos no solo regulan sus comportamientos y relaciones, sino que conforman el espacio que los produce como tales.

[8] Foucault, Michel (2005). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, Buenos Aires.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Desde un punto de vista esferológico, ello puede ser comparado a un éter normativo, pero que está dotado al mismo tiempo de una objetividad que le proporciona al insulamientoantropógeno una arquitectura estable y resistente que lo hace preexistente y persistente a la variabilidad generacional de los seres que lo habitan. Por ello, Sloterdijk propone llamar "nomotopo" al espacio de acción de ese éter normativo. En otras palabras, la estabilización de un grupo, y con ello su capacidad de supervivencia, está íntimamente vinculada con la estática de su clima normativo, que se expresa en formas, procedimientos y costumbres.

Ahora bien, esto quiere decir que lo que usualmente se denomina estructura, sintaxis o sistema social se consolida y se mantiene por tensiones normativas interiores. Traducido en términos arquitectónicos, su modelo no se encuentra en las formas de construcción cuya estabilidad depende del principio de pared soporte, sino que es comparable a las *air structures* y las cúpulas neumáticas, las cuales componen estructuras que se autosostienen por diferenciales en la presión de aire interior-exterior, o las *tensionintegritystructures* o tensegridades, conformadas por entramados de barras y cables cuya consistencia depende de los esfuerzos de tracción o tensiones recíprocas. La construcción de normas procede, entonces, a través de formas de estructuración que tienen su clave en el principio de adaptación a lo móvil.

Las sociedades se conforman por multiplicidades de condiciones de vida y acciones reguladas que se consolidan como tensegridades de expectativas que se estabilizan por cargas recíprocas, es decir, por una presión atmosférica de intimaciones y amenazas. En palabras de Sloterdijk:

> La integración de un grupo, su estabilidad modélica, su reproductividad simbólica depende de su capacidad de colocar a sus miembros bajo una presión repetitiva, posibilitadora de cultura. La generación de sobrepresión específicamente grupal, o sea, de una

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> tensión de arrastre que una a los miembros del grupo unos con otros los comprometa en tareas tipificadas, se consigue, en primer término, mediante expectativas preformuladas de todos con respecto a todos y de individuo a individuo". (Sloterdijk, 2009, pág.362).

Es cierto que a todo orden, en el sentido de forma de vida y conjunto de reglas en las que se basa, le corresponde un acuerdo respecto a los modos en los que se distribuyen en su interior los canales por los cuales transitan las órdenes y amenazas, a tal punto que Sloterdijk puede parafrasear el *dictum*schmittiano afirmando que "soberano es quien detenta el derecho de amenazar" (Sloterdijk, 2009, pág.363). Desde este punto de vista, la política y el derecho componen la cara visible del poder, que sirven a que ciertos agentes se manifiesten en ceremoniales o rituales, desplegando su fuerza performativa en la creación de orden.

Sin embargo, en el caso de las expectativas normalizadas, estas operan por fuerzas de tracción, que se transmiten a través de estímulos diversos (ambición, estima, mímesis, deseo, etc.). En contraste con este trasfondo de rutinas sordas que se reproduce a través de medios opacos, es en las situaciones excepcionales en las que emerge la amenaza manifiesta. Y es este juego de fuerzas de atracción y de presión las que ligan a un colectivo a las regularidades que le son propias, en tanto lo colocan en un estado de vibración o resonancia autoestresante, es decir, "los colectivos se agitan en una excitación continua, generada internamente, que hace del estrés normativo su tono normal" (Sloterdijk, 2009, pág.364).

IV. Morfología e inmunología de las "sociedades" poshistóricas

Como puede percibirse, este modo de concebir la dimensión normativa de la vida en común constituye un diagnóstico de las formas de asociación que ya no se plantean de

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

manera estática ni que encuentran su paradigma en la forma del Estado. Es esta una condición necesaria para una teoría de la era presente capaz de plantearse las características actuales de los hechos nomotópicos. La crítica, como hemos mencionado al recuperar las raíces foucaultianas del método seguido por Sloterdijk, nos remite necesariamente a la pregunta por el presente, a la interrogación sobre qué es lo que somos *hoy*. En palabras de Sloterdijk -que ya hemos citado-, involucra la indagación sobre "nuestra inserción en el acontecer", a esa "apertura que nos concierne", de la cual parte nuestra reflexión y a la cual debe volver. En eso consiste, y no en un mero historicismo, lo que Foucault (1992)[9] llamaba una historia del presente.

Ahora bien, ello implica, de acuerdo con el diagnóstico de Sloterdijk, considerar nuestro tiempo como el de la consumación efectiva de la globalización terrestre y la conformación de un mundo "poshistórico". En este sentido, su lectura busca traducir al lenguaje esferológico lo que la teoría social caracteriza como una crisis de las concepciones tradicionales de los sujetos políticos y de las unidades sociales, tal y como esta situación se desenvuelve en tópicos tales como las nuevas formas de vida instaladas entre lo local y lo global, el ingreso a una coyuntura en las que la conformación de comunidades políticas se plantea más allá del Estado-nación, las tensiones políticas y morales vinculadas con la polarización de las sociedades, la emergencia de "la humanidad" como una comunidad ecológica de intereses frente a la catástrofe de la biosfera, entre muchos otros. En otras palabras, estos tópicos deben ser comprendidos a partir de una gran transformación morfológica e inmunológica que compete a las formas de estabilización de identidades sociales y personales, es decir, una metamorfosis de los modos de conformación de formas de habitar o de estar en sí y con los otros.

[9] Foucault, Michel (1992). "Nietzsche, la genealogía y la historia". En *Microfísica del poder*. La Piqueta, Madrid.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En elpresente globalizado, la conformación de un mundo sincrónico y compacto por el modo en que las tecnologías de la información y la comunicación eliminan las distancias, coincide con la erosión de los Estados-nación que en los términos de Sloterdijk significa la degradación de las grandes estructuras de inmunidad, tanto imaginaria y real, fundadas territorialmente y sostenidas simbólicamente, que se habían dispuesto como receptáculos étnicos de paredes sólidas. Morfológicamente lo que llamamos "sociedades" no son sino el contenido de estos envases, que entre otras cosas se mantenían por la intersección entre sí mismo y lugar, y que inmunológicamente sostenían un gran desnivel entre un adentro y un afuera.

La crisis de estas esferas implica, por un lado, la emergencia de novedosas formas de desconexión entre el sí mismo y el lugar, sacando a la luz la falacia territorial que consiste en entender al territorio en sí mismo como receptáculo y como dador de sentido e identidad; y, por otro, la exposición a una situación inmunológica comprometida. En efecto, la conformación de modos de asociación e identidad desterritorializadas que construyen su inmunidad simbólicamente y componen receptáculos autógenos a partir de sus comunicaciones mutuas, es acompañada por la proliferación de lugares de tránsito o instalaciones para estancias limitadas, es decir, espacios en los que no son posibles las relaciones de habitabilidad y con los que no se generan vínculos identificatorios. A su vez, el desarrollo de la globalización terrestre ha disuelto la posibilidad de clausura de las sociedades en sus endosferas culturales propias que los inmunizaban del exterior desconocido y amenazante; e independientemente de que sus habitantes se vuelven accesibles unos a otros, la situación de vecindad global no se traduce en un estado de cordialidad real o potencial sino en un incremento del temor frente al extraño, enemigo o rival.

Por otro lado, si era cierto que la forma de los Estados nacionales se mantenía por un flujo permanente de comuni-

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

caciones autoestresantes, en el caso de la comunidad internacional se verifica que aún en mayor medida la producción de estrés autógeno es la base de todos los mecanismos de consenso y cooperación. Esta se configura, entonces, como una comuna auto constrictiva, en la cual la cooperación se plantea como una exigencia y una presión en sí misma frente a riesgos comunes o amenazas de alcance supranacional. Esto implica, en los términos de Sloterdijk, que la época de la praxis unilateral en la conformación de mundos pertenece al pasado o, lo que es lo mismo, que la era de la Historia ha terminado. El estado de alta compacidad comunicativa significa el triunfo de la inhibición recíproca, es decir, una restricción mutua del campo.

Pero esto no alcanza para circunscribir las condiciones de existencia poshistóricas, pues a ello hay que agregarle los modos característicos de conformación de mundos interiores de vida, de esferas de coexistencia a partir de una nueva estética de la inmersión bajo el designio de garantizar la "transferencia del mundo externo como un todo a una inmanencia de confort, a un gran interior, un gran receptáculo de lujo climatizado, de coexistencia pacífica"(Sloterdijk, 2010a, pág. 214)[10].

Releyendo las memorias de FiodorDostoievsky, Sloterdijk propone reconocer la forma arquitectónica paradigmática del mundo occidental contemporáneo en lo que aquel denominaba el "palacio de cristal", es decir, un "invernadero gigante de la relajación" al interior del cual sus habitantes componen asociaciones de consumidores en torno a la promesa del constante flujo y crecimiento de las condiciones de confort. Cuando la totalidad de la vida es captada por la axiomática capitalista y trasladada a la inmanencia del consumo y el poder adquisitivo, el mundo se configura como un entorno en el que la existencia puede desplegarse de manera totalmente planificada y administrada, es decir, como

[10] Sloterdijk, Peter (2010a). *En el mundo interior del capital*. Siruela, Madrid.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un gran espacio interior completamente calculadodel cual es posible no salir jamás.

El llamado "fin de la historia" quiere decir, entonces, que

> después de la historia combativa, la vida social sólo podía desarrollarse en un *interieur* ampliado, en un espacio ordenado domésticamente y climatizado artificialmente […]. Bajo tales condiciones ya no podrían suceder acontecimientos históricos, en todo caso accidentes domésticos […], tampoco habría ya política ni votantes, únicamente competiciones de humor entre partidos y fluctuaciones entres sus consumidores" (Sloterdijk, 2010a: pág.205).

Ahora bien, no se trata con ello de pensar a la globalización solamente como pérdida de forma, de mera decadencia de las sólidas esferas organizadas estatalmente, sino también como la emergencia de nuevos diseños de condiciones de inmunidad habitables. Desde este punto de vista, los modos de vida individualistas pueden interpretarse como nuevos modos de insulamientoen el que cada individuo se configura como una isla en sí mismo. Las nuevas sociedades de paredes permeables constituyen conglomerados de islas co-aisladas y conectadas en redes, unidas a otras islas contiguas de manera momentánea o permanente. Razón por la cual su estructura se corresponde con la forma de composición ya no de las grandes esferas contenedoras, sino de las espumas.

Cabe destacar que, retomando lo explicitado en el primer apartado de este trabajo, todos los colectivos que han sido habitualmente denominados "sociedades" constituyen espumas, y por ello nada tienen que ver con la idea de una totalidad orgánica, una hiperesfera única, inclusiva y homogénea, sino que deben verse como agregados de microesferas de diferentes formatos (desde individuos, parejas y familias hasta empresas, asociaciones y comunidades) en calidad

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de microcontinentes constituidos autorreferencialmente. Sin embargo, desde el punto de vista inmunológicoel individualismo actual, que puede calificarse de post-social, se caracteriza por el hecho de que,

> hoy, quizás por primera vez en la historia de la convivencia homínida son los individuos quienes, como portadores de competencias de inmunidad, se desligan de sus cuerpos grupales (hasta ahora primordialmente protectores) y quieren desconectar en masa su felicidad e infelicidad del ser-en-forma de la comuna política. Actualmente experimentamos la transformación, probablemente irreversible de colectivos políticos de seguridad en grupos con diseños individualistas de inmunidad". (Sloterdijk, 2010a, pág. 184-5).

Con lo cual, en las sociedades condicionadas de modo individualista, no se puede perder de vista qua "las espumas co-aisladas […] [son] multiplicidades de células mundano vitales que se rosan unas a otras sin apreturas, a cada una de las cuales, por su propia amplitud, corresponde la dignidad de un universo". (Sloterdijk, 2009, pág. 462). Mientras tanto corresponde al diseño del gran invernadero de confort producir las condiciones espaciales que sostengan el aislamiento de los individuos, y posibiliten su reunión en conjuntos de cooperación y contemplación multicéfalos.

Desde el punto de vista de la compresión de los hechos nomotópicos, ello implica que el desarrollo de la modernidad puede sintetizarse como el pasaje del "absolutismo de las costumbres y formas" a su licuefacción en "expresiones funcionales y creaciones espontáneas de reglas". Esto quiere decir que el desvanecimiento del "fundamento numinoso del derecho", el carácter sagrado de las formas establecidas, conlleva que la regla tenga que ser entendida como expresión de un proceso de optimización de la vida. "En la modernidad,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los hechos nomotópicos se presentan como una cantidad de propuestas dietéticas políticas y privadas, que demuestran su eficacia como hipótesis de trabajo para la coexistencia del colectivo", dice Sloterdijk(2009, pág. 369-70).

Con ello, traduce así en su lenguaje lo que ya Foucault yGilles Deleuze y FelixGuattari, entre otros, situaban como el desplazamiento de la trascendencia de la soberanía de la Ley a la inmanencia de los dispositivos que garantizan la mutua adaptabilidad de la vida y los procedimientos, los reglamentos o los axiomas. En el caso del primero, lo que esto significa desde el punto de vista de la mutación de las formas jurídicas en juego, probablemente encuentre su expresión más clara allí donde recorta a la noción de "dispositivos de seguridad" o de "controles reguladores" y, junto con ello, la de "reglamento", como la modalidad en la que las leyes se pone en funcionamiento como dispositivo de una regulación indefinida, en permanente renovación y cada vez más detallada de la vida (Foucault, 2002 y 2006)[11]. Una forma por entero diferente a la del sistema legal entendido como un código binario que establece la diferencia entre las accionesprohibidas y las permitidas, y que se escande entre el acto legislativo que fija la ley y el acto judicial que la aplica al caso concreto. Por esa misma razón, Deleuze y Guattari (1985 y 2002)[12]proponen que las sociedades contemporáneas se alejan de las formas de organización en función de la unidad trascendente del Estado que impone una sobrecodificación de los flujos remitiéndolos a la figura suplementaria del soberano (el déspota); o, lo que es lo mismo, de la segmentariedad dura en la que priman las oposiciones binarias que establecen relaciones

[11] Foucault, Michel (2002). *Historia de la sexualidad 1: La voluntad de saber.* Siglo XXI, Buenos Aires; y Foucault, Michel (2006). *Seguridad, territorio y población.* FCE, Buenos Aires.

[12] Deleuze, Gilles y Guattari, Félix (1985). *El Anti-Edipo. Capitalismo y esquizofrenia 1.* Paidós, Barcelona; y Deleuze, Gilles y Guattari, Félix (2002). *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia 2.* Pre-Textos, Madrid.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

biunívocas y la organización circular concéntrica por la que los diferentes segmentos son puestos en resonancia en relación con un centro de poder. Lo que llaman el "*socius* capitalista" contemporáneo, por el contrario, opera produciendo un reemplazo de los códigos por una axiomática, la cual se caracteriza por ser inmanente a los dominios en los que se realiza y por considerar directamente los elementos y las funciones sin especificarlos ni cualificarlos por su reducción a una unidad superior trascendente.

Por ello, para Sloterdijk, que en esta transformación la preocupación por la seguridad se insufle al extremo es un fenómeno dependiente de la habituación a las condiciones de control y confort del espacio posthistórico y del modo en que las estructuras de inmunidad buscan desarrollarse del modo más articulado posible.

Ahora bien, en los términos de la teoría de las espumas como agregados de multiplicidades-espacio, toda célula individual en la medida en que compone un micro-insulamiento involucra una dimensión nomotópica. Como recuerda Sloterdijk (2009), desde Kant, el sujeto moral de la globalización es el individuo en tanto que responsable de sí mismo, es decir, el "funcionario de su propia capacidad de juicio" (pág. 372) y súbdito de la obligación de actuar conforme a la razón, lo cual implica estructurar su interés en relación con el interés de los otros; y es en tanto tal que se instituía como ciudadano universal y agente en el sistema de intercambios que compone el mercado mundial. Sin embargo, en el estado de compacidad telecomunicacional, que impone a los habitantes del invernadero del confort la situación de vecindad forzada con innumerables coexistencias casuales, se ha pasado del modelo consensual -basado en la compresión entre gentes con igualdad de oportunidades- a un concepto más cercano a un sistema de parasitaciones que, conectadas unas con otras, conforman un conjunto de tensiones estabilizadas y, al mismo tiempo, de inhibiciones recíprocas.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. Psicopolítica de los hechos normativos contemporáneos

De las condiciones de vida en el palacio de cristalse deriva un compuesto psicopolítico de consecuencias en lo que se refiere a la conformación de los problemas morales y normativos en el tiempo poshistórico. Ahora bien, al hablar de psicopolítica, Sloterdijk retoma la fenomenología de los estados de ánimo de Heidegger desde su punto de vista esfero-poético. Recordemos que, para el último, la disposición de ánimo constituye la primera y fundamental forma de apertura al mundo; lo cual, en los términos del primero, quiere decir que los estados anímicos no residen en el individuo, sino que se conforman como climas impregnantes, atmósferas o tonalidades estructurantes, teñidas de sentimiento, pre-subjetivas, en la cual aquellos que co-existen vibran unos con otros y se compenetran uno en otro (Sloterdijk, 2011a, pág. 129).

Siguiendo la fenomenología heideggeriana, entonces, Sloterdijk encuentra en la raíz de la psicopolítica contemporánea la circunstancia de que el aburrimiento se constituye en la norma anímica de la existencia en el receptáculo técnico, ya que allí la subjetividad se efectúa integralmente en el consumo y su proyección temporal solo refleja la promesa de un incremento en las condiciones de confort. Aquí, el derechoa se reduce ser parte de la condiciones jurídicas y psicopolíticas necesarias para el consumismo individualista, en el sentido del establecimiento de las libertades que permiten esa autorrealización de los consumidores.

Además, forma parte de este giro individualista lo que Sloterdijk denomina un incremento de la autoatención gracias, entre otras cosas, al descenso del tiempo de trabajo y el aumento de los tiempos de vigilia libres. Psicodinámicamente ello se traduce en una liberación a gran escala de "atención no-específica", la cual se modula conforme al giro individualista e hiperconsumista: el individuo como portador de vivencias se transforma en el objeto de consumo de sí mismo que ante

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la alternativa de aburrirse o divertirse reclama su derecho a proveerse de experiencias, emociones, sensaciones y placeres.

En ese sentido, nota Sloterdijk (2009 y 2010b)[13], las sensibilidades morales convertidas en recursos simbólicos que pueden administrarse materialmente tanto individual como colectivamente no escapan a este complejo y dan lugar a un tipo de subjetivación específico: el ser-víctima como forma de acceso a privilegios materiales y simbólicos y modos de confort. Aquí interviene, en primer lugar, y conforme a la tendencia mencionada, la posibilidad de organizar la propia existencia a partir del haber sido perjudicado y de la autorrealización individual en la vivencia de la humillación y el resentimiento. Además, se encuentra en su base el hecho de que la sensibilidad a la ofensiva del otro sea la norma en el mundo poshistórico de la inhibición recíproca y que, al mismo tiempo, la acción solo sea posible pasando por la posición de víctima.

Por otro lado, forma parte de este estado que la confluencia de vigilancia excedente y aburrimiento promuevan un estado anímico propenso al alarmismo que sienta las bases para el consumo de diversas formas de violencia estetizada en tanto que el proveerse de vivencias de pánico a través de recursos semióticos que brinden acceso al sentirse amenazado es una forma más de entretenimiento posible. Si a ello se agrega que, desde el punto de vista psicopolítico, los modos de conformación de climas relacionantes que hacen al establecimiento de un colectivo, grupo o sociedad pasan por la producción y circulación de un constante flujo de tópicos inquietantes que mantiene la sincronización de los estados anímicos de grandes poblaciones y su integración en comunidades de preocupación y excitación que se regeneran día a día, se comprende el papel que desempeñan las formas de conformación de culturas del miedo en las sociedades contemporáneas.

[13] Sloterdijk, Peter (2010b). *Ira y tiempo*. Siruela, Madrid.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

VI. Conclusión

A modo de cierre, y como forma de retomar nuestro punto partida, resta enfatizar que el valor de las reflexiones que Sloterdijk nos ofrece reside en aportar las coordenadas sobre las cuales pueda comenzar a esbozarse una teoría del presente y de reconocer las inclinaciones que se perfilancomo tendencias de los tiempos venideros. Su importancia estriba en reconocer que en la poshistoria las demandas de los tiempos propiamente políticos han quedado atrás. Por ello, Sloterdijk puede hablar del comienzo de la era de la hiperpolítica, justamente porque las exigencias que se le imponen a la política son de índole creciente. Entre ellas, se encuentra la tarea de inventar modos de coexistencia en un espacio sin forma, en agregados sociales sin fundamento y sin identidad, poblado por individuos co-aislados que conjuran su aburrimiento a través del goce de las más variadas formas de entretenimiento y bestialización, mientras que entregan cada vez más el control de la administración, tanto de sus burbujas existenciales como de la espumahiperconectada que seguimos llamando mundo, a sistemas cibernéticos automatizados. Pero no solo eso está en juego, sino que debe enfrentar el hecho de que la definición misma de lo humano, y de su superviviencia, ha sido puesta en cuestión por el modo en que el desarrollo técnico se ha revelado como capaz de provocar a cada momento catástrofes físicas, biológicas y ambientales.

Si Sloterdijk describe a la hiperpolítica como una continuación de la paleopolítica por otros medios es porque vivimos en lo que califica como “la época de lo monstruoso” en la que la mera repetición de lo humano por obra de los seres humanos no está de ninguna manera asegurada. Los ejercicios de pensamiento problematizante de las cuestiones normativas en general, y de las formas jurídicas en particular, de la coexistencia humana deben hacer el esfuerzo por estar a la altura de la nueva situación epocal.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bibliografía

DELEUZE, GILLES y GUATTARI, FÉLIX (1985). *El Anti-Edipo. Capitalismo y esquizofrenia 1*. Paidós, Barcelona.

DELEUZE, GILLES y GUATTARI, FÉLIX (2002). *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia 2*. Pre-Textos, Madrid.

FOUCAULT, MICHEL (1992). "Nietzsche, la genealogía y la historia". En *Microfísica del poder*. La Piqueta, Madrid.

FOUCAULT, MICHEL (1999). "¿Qué es la Ilustración?". En *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales, Volumen III*. Paidós, Barcelona.

FOUCAULT, MICHEL (2001). "El sujeto y el poder". En Dreyfus, H. L. yRabinow, PÁG.*Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Nueva Visión, Buenos Aires.

FOUCAULT, MICHEL (2002). *Historia de la sexualidad 1: La voluntad de saber.* Siglo XXI, Buenos Aires.

FOUCAULT, MICHEL (2005). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, Buenos Aires.

FOUCAULT, MICHEL (2006). *Seguridad, territorio y población*. FCE, Buenos Aires.

HEIDEGGER, MARTIN (2005) *Ser y tiempo*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile.

SLOTERDIJK, PETER (2008). *En el mismo barco*. Madrid: Siruela.

SLOTERDIJK, PETER (2009). *Esferas III*. Siruela, Madrid.

SLOTERDIJK, PETER (2010a). *En el mundo interior del capital*. Siruela, Madrid.

SLOTERDIJK, PETER (2010b). *Ira y tiempo*. Siruela, Madrid.

SLOTERDIJK, PETER (2011a). *Esferas II*. Siruela, Madrid.

SLOTERDIJK, PETER (2011b). *Sin salvación. Tras las huellas de Heidegger*. Akal, Madrid.

SLOTERDIJK, PETER (2014). *Esferas I*. Siruela, Madrid.

TÖNNIES, FERDINAND (1947). *Comunidad y sociedad*. Losada, Buenos Aires.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Arte de portada:
Marcelo Javier Mosqueira

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comentario sobre la obra "La Corte Caballero". Horacio Etchichury (editor)

Commentary on the work "La Corte Caballero". Horacio Etchichury (editor)

Gonzálo Cortes
Universidad de Buenos Aires. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180

La obra que se comenta corresponde a la segunda entrega de una saga de textos colectivos sobre la tradición judicial argentina, denominada "La Corte y sus presidencias", cuyas directoras son las profesoras Paula Gaido y Laura Clérico.

La periodificación propuesta por dichos textos resulta especialmente novedosa, dado que abandona el usual criterio de designar cada período de la Corte Suprema de Justicia según quien ocupara la Presidencia de la Nación, reemplazándolo por el nombre de cada presidente del máximo tribunal. Tal propuesta supone no sólo una transformación desde la perspectiva de la nomenclatura, sino también una nueva comprensión de la historiografía judicial argentina como un devenir propio y autónomo, pletórico de sucesos de trascendencia interna con relevancia social, jurídica y política, y valioso, por sí mismo, en tanto objeto de estudio.

Esta reconstrucción se realiza bajo el claro influjo de la tradición jurídica norteamericana -estrechamente emparentada con el Derecho Constitucional argentino- ya que, en aquélla, las etapas de la historia judicial coinciden con los períodos en que han servido los diecisiete Chief Justices o

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Jueces Presidentes de la Corte Suprema. Como es sabido, algunos de esos períodos han dejado una especial impronta en la historia norteamericana, como ocurrió, por ejemplo, con las denominadas "era Warren" y "era Rehnquist," entre otras.

En Norteamérica, los períodos de la judicatura, con independencia de las posiciones de los altos magistrados que las presidían, gozan de características propias y engloban decisiones emblemáticas que, en muchos casos, fueron disentidas por quienes encabezaban el máximo tribunal. Por ello, más allá de lo contraintuitivo que podría resultar la asociación de toda una época con el Juez Presidente respectivo, tal uso no constituye una una impronta personalista en la administración de justicia, sino que, por el contrario, sirve para caracterizar, según su espíritu propio, todo un ciclo jurisprudencial, aun cuando éste englobe decisiones contrarias a las posturas del jurista que le dio su denominación.

De esa manera debe comprenderse el volumen en análisis, denominado "La Corte José Severo Caballero", que sistematiza los rasgos esenciales del período que corrió entre 1985 y 1989, en que la Corte Suprema de Justicia estuvo encabezada por el connotado jurista cordobés, en algunas de cuyas decisiones más emblemáticas éste no votó o votó en contra.

La principal preocupación de la Corte Suprema argentina, en el período analizado por el texto -tal como lo expone magistralmente el profesor Horacio Etchichury, en la introducción de la misma- fue colaborar en la consolidación de una democracia recientemente recuperada. Sin embargo, también debió bregar por la restauración de la legitimidad de toda la judicatura, además de obtener apropiado presupuesto para garantizar su funcionamiento.

A la luz del momento histórico en que la ahora denominada "Corte Caballero" debió cumplir sus funciones, los tópicos que ésta abordó en su jurisprudencia giraron sobre cinco ejes: la dictadura y sus secuelas; la crisis económica y los planes para hacerle frente; asuntos competenciales,

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

federalismo y rol de los ciudadanos y partidos políticos; demandas sociales (derechos sociales) en el contexto de la crisis; y autonomía personal.

En general, la jurisprudencia de este período se caracterizó por su deferencia hacia las decisiones adoptadas por los órganos de naturaleza política, respaldando mayormente sus programas y devolviéndoles la responsabilidad en la resolución de los conflictos técnicos y de aquellos con implicancias ideológicas, sin imponer ninguna una agenda propia. Siguiendo a Etchichury, es posible indicar que la moderación de su presidente convirtió a la Corte Suprema en un órgano que privilegió la estabilidad.

La autonomía de los individuos es probablemente el aspecto en que la "Corte Caballero" hizo sus más reconocidos aportes: las sentencias "Bazterrica" y "Sejean", ambas de 1986, de gran nombradía en medios internacionales y trascendental impacto en el foro doméstico, consagraron una renovada y más amplia comprensión de la autonomía individual frente a la intromisión estatal. Ambas aparecen tratadas, tanto en la introducción de la obra como en un notable comentario del profesor Andrés Rossetti.

Tal como se expone en el texto, las decisiones antes mencionadas se hacen muy valorables por su contenido, pero también, por el contexto en el que surgieron. En efecto, tal como destaca el profesor Rossetti, la reafirmación de la autonomía personal resultó crucial para la transición desde el régimen autoritario, en el que la misma fue manipulada o largamente desdeñada, hasta el Estado de Derecho, en el que aquélla resulta una piedra angular.

La primera de las sentencias mencionadas, dictada en el caso "Bazterrica", plantea un conflicto de constitucionalidad, basado en el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina, en relación a la legislación sobre tenencia de estupefacientes para consumo personal. En dicha decisión, la mayoría de la Corte resuelve abandonar el precedente fijado por el caso "Colavini" de 1978 y estima que

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una conducta dañina sólo para el individuo que incurre en ella no puede resultar punible, a la luz de la norma constitucional antes citada. El presidente José Severo Caballero y el ministro Carlos Fayt votan en disidencia, estimando que la punición prevista por la ley se encuentra constitucionalmente justificada.

Por su parte, el fallo "Sejean" examinó la constitucionalidad del artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil, vigente casi ininterrumpidamente desde 1888, que impedía el divorcio vincular pleno y vedaba la posibilidad de que las personas separadas pudieran volver a contraer matrimonio. Los ministros Fayt, Petracchi y Bacqué, en sus respectivos votos concurrentes, aludieron directamente al artículo 19 de la Constitución Nacional y consideraron que la autonomía garantizada por dicho precepto se veía amagada por la existencia de la citada restricción en la legislación matrimonial. El presidente José Severo Caballero, acompañado esta vez por el ministro Belluscio, votó en contra de la decisión de mayoría.

Si bien pudiera resultar paradójico que, en los fallos emblemáticos de la "Corte Caballero", su presidente votara en disidencia de la mayoría, ello sirve más bien para reforzar la idea que la Corte es una institución diferente y separada de sus miembros individualmente considerados.

En efecto, tal como explica el profesor norteamericano Kevin M. Stack, en su artículo "La práctica del disenso en la Corte Suprema" (1996), el hecho de que las decisiones judiciales sean obra de la Corte y no de miembros aislados de la misma, refuerza una visión institucional sobre su labor y conecta su quehacer con el Estado de Derecho. Lo anterior, en tanto la opinión de la Corte Suprema sobre un asunto de derecho no es sólo la opinión de sus jueces como personas, sino la de la judicatura como cuerpo corporativo.

Por lo anterior, el enfoque adoptado por la obra en cuestión viene a cristalizar esa noción institucional sobre la Corte Suprema argentina, al entender la historia judicial como un

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

acontecer autónomo, unitario y diferenciado de la contingencia político partidista.

La evolución de la jurisprudencia del máximo tribunal, mirada desde la perspectiva de su propia periodificación constituye, por tanto, un importante avance no sólo historiográfico sino también teórico-jurídico, desde que sienta las bases para una comprensión de la judicatura como función clave para el recto funcionamiento del Estado de Derecho. Es allí donde reside la enorme valía de la obra comentada.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Poder patriarcal y poder punitivo: diálogos desde la crítica latinoamericana

Patriarchal power and punitive power: dialogues from Latin American criticism

Alba Nájera Stefanía Giovanna[1]
Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180

"Poder patriarcal y poder punitivo: diálogos desde la crítica latinoamericana" no se configura sencillamente como un libro más; no es una mera compilación de contenidos teóricos y estancos sobre el patriarcado y el poder punitivo. Muy por el contrario, esta obra coordinada por Gabriela Gusis y Laura Farb[2], abarca distintas temáticas trascendentales desde una perspectiva de criminología crítica, situada en América Latina, reconocedora de resistencias esenciales en los movimientos colectivos, otorgando un lugar trascendente a los feminismos con el cambio social, cultural y también jurídico.

Tal construcción no es una tarea menor; requiere un vínculo subjetivo del pensar inserto en un conjunto. Como la propia obra advierte, la pretensión es hacerse a un lado de la "academia", aquella conocida por muchas y muchos como rígida y despersonalizada, hacía la búsqueda de una

[1] Docente Derecho Penal I FCJyS UNLP.

[2] *"Poder Patriarcal y Poder Punitivo: diálogos desde la crítica latinoamericana"*, Gusis Gabriela, Farb Laura, EDIAR, 2020.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

confluencia de diálogos que abonen al entramado colectivo; allí donde las experiencias derivan en articulaciones de diversas voces.[3]

Un libro de derecho penal y a la vez de criminología, dedicado a la criminóloga crítica y feminista latinoamericana Carmen Antony, con también trabajos de "Lolita" Aniyar de Castro y Rosa del Olmo, todas ellas mujeres criminólogas que, desde el margen, se animaron a escribir sus discrepancias sobre problemáticas de las mujeres en su vínculo con el sistema penal y el sistema penitenciario, llevando adelante esa tarea con un alto grado de sororidad[4].

El poder patriarcal y el poder punitivo se retroalimentan de manera constante, siendo imposible pensar a los mismos de forma bifurcada. A través del patriarcado el poder operó la primera privatización del control social punitivo, y fue durante la Inquisición la manifestación más orgánica del poder punitivo recién nacido, allá por el siglo XII, con un tanto de historia a sus espaldas.

Desde entonces, delega la subalternización controladora de la mujer en el no tan informal control patriarcal, que es su aliado indispensable: no necesita criminalizar a las mujeres sino servir de puntual a la sociedad jerarquizada para que ella se encargue de tal tarea.[5]

---

[3] La propia obra incorpora "conversaciones". Una de ellas con Pety Piciñam y Cristina Valdez, pertenecientes a comunidades mapuches - pp. 25,35- . Con Georgina Orellano, quien se define como puta peronista actualmente Secretaria General de la Asociación de Mujeres Meretrices Argentinas (AMMAR) a cargo de Ayelén Iglesias y Jimena Lacorazza - pp. 97,131-. Con Taty Almeyda, Madre de Plaza de Mayo Línea Fundadora, llevada adelante por Natalia Armentano y Juan Buigo -pp. 223,234-. Con Rebeca Lane, activista feminista de la cultura Hip Hop -pp. 235,258- .

[4] Neologismo empleado para referirse a la solidaridad entre mujeres.

[5] Zaffaroni E. Raúl, *"El discurso feminista y el poder punitivo"*, Las tampas del poder puntiivo, Biblios, Buenos Aires,2000, pp. 19-30. Incluido en la obra reseñada.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cabe recordar que el primer discurso político criminal estructural del poder punitivo se dirigió principalmente a mujeres denominadas por el discurso decimonónico como "brujas", habiendo sido plasmado en la obra de Heinrich Kramer y Jacob Sprenger "Malleus Maleficarum" o mejor conocido como "El martillo de las brujas", publicado en Alemania en 1487, siendo en esos años el segundo libro más impreso, sólo aventajado por la Biblia, consituyendose en un auténtico *Best Seller*, el cual legitimaba el asesinato de un impresionante número de mujeres.

De todos modos, aún en esos lejanos tiempos, no todas las mujeres eran consideradas brujas. Operaba entonces, desde el nacimiento del propio poder punitivo, su carácter selectivo que aún mantiene incluso más ampliado; ya no es solamente respecto al género femenino, sino que se ha diseminado a las disidencias, las y los políticos corruptos, las y los migrantes, los "pibes chorros", los migrantes, entre otras y otros.

Esto no es más ni menos que servirse de estereotipos para desplegar de mejor manera el funcionamiento de sus agencias; salvaguardando indirectamente a los hombres heterosexuales blancos, dándoles una cuota de tranquilidad.[6]

La primera mujer que infringió la ley fue una mujer. Así lo quiso la Biblia. Eva sucumbió a la tentación de morder la manzana; la cual estaba prohibida, desobedeciendo así al Señor; en definitiva, siempre terminará en la condición de infractora por desobedecer a señores sin mayúscula incluso. Las infractoras entonces, como nos dice la querida Lolita Aniyar, adquieren tal condición por rebelarse al rol social-sexual asignado, Las pecadoras, las brujas, las ebrias; en definitiva, las desobedientes.

[6] Farb Laura, Videla Rodrigo, *"Pluralismo punitivo y poder patriarcal: escrache y deber de compensación"*, Poder Patriarcal y Poder Punitivo: diálogos desde la crítica latinoamericana, Gusis Gabriela,Farb Laura, EDIAR, 2020, pp. 51-76.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Lombroso mismo, como aparente padre fundador de la criminología positivista, explicaba por ejemplo que la delincuente femenina tenía un cráneo viril, con exceso de pelos y con una capacidad cerebral más parecida a la de los hombres; lo que en la escuela psicoanalítica se traduciría en que la mujer delincuente entonces estaría tratando de ser hombre.[7]

La dogmática penal no es descartada: se incorpora un estudio particular de la misma, la cual, tanto en su propio lenguaje, como en la propia ley penal, pareciera servil a los intereses ampliatorios de poder punitivo.

Bajo una supuesta neutralidad, establecida y sostenida por algunas y algunos juristas, utilizan arbitrariamente aquel análisis estratificado propuesto por la ciencia jurídica para reproducir las lógicas del sistema, desatendiendo en vastas ocasiones los particulares contextos de las personas involucradas, generando así sentencias injustas, carentes de perspectivas de género.

Las imputadas terminan por ser, además de aparentes pecadoras, "malas mujeres". Todas aquellas que no cuentan con atribuciones o características para llegar a cumplir con el rol de víctima, a la vez de no responden a expectativas impuestas socialmente.[8]

El caso por ejemplo de las llamadas "malas madres". Mujeres que no cumplen con el ideal materno establecido socialmente; las que interrumpen su propio embarazo[9]; las que

[7] Aniyar de Castro Lola, "El pecado de Eva: las mujeres infractoras. Impacto y amplificación de los efectos de la pena", Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política criminal, Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, capítulo IX. Incluido en la obra reseñada.

[8] Lanzilotta Sofía, "Legítima defensa de mujeres e identidades disidentes en contexto de violencia de género", Poder Patriarcal y Poder Punitivo: diálogos desde la crítica latinoamericana, Gusis Gabriela, EDIAR, 2020, pp. 313, 337.

[9] Célebre progreso de la Ley de Interrupcón Voluntaria del Embarazo, Ley 27.610, modificatoria del artículo 88 del Código Penal donde incluye circunstancias excusables

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no realizan tareas de cuidado de la forma en que la estima correcta. Se trata de la idéntica sociedad que en ocasiones reniega contra el beneficio del cumplimiento de pena en el domicilio para la mujer madre en los casos en que los hijos y/o hijas sean menores de 5 años de edad, evitando así no sólo el derecho de la mujer a ejercer de forma positiva la maternidad, sino privando de tal derecho a los niños y/o niñas.[10]

Mujeres victimarias; aquellas a quienes se les cuestiona sus conductas fácticas introduciendo una cuota de pensamiento mágico suponiendo el comportamiento que debe adoptarse ante hechos de violencia doméstica; justificándose en la preservación de las relaciones familiares y por ende tolerando cualquier tipo de ataque.

Las mujeres víctimas, utilizadas por los medios masivos de comunicación, serviles a escraches y placas televisivas morbosas. Aquellas también quienes, en busca de justicia intentan acceder a la misma, encontrándose con enormes guardianes kafkianos recrudecidos en todo espacio y tiempo.

La inclusión en la obra del caso real de Cristina Vázquez no es menor; como tampoco el triste desenlace de su historia. Es en definitiva la muestra acabada de la imposible relación entre la justicia "justa" y el tiempo; el mejor ejemplo de la parafraseada *"la justicia llega tarde"*. Una criminalización errada y la consecuente ejecución de pena; el cumplimiento de la privación de la libertad bajo inocencia; a causa de un proceso probatorio insuficiente; una condena arbitraria y sin perspectiva de género alguna, mostrando cómo el sistema penal termina por obstruir vidas. De cómo

a la hora de eximir a la mujer que causare su propio aborto luego de la semana 14ava de gestación. Antes de ese término directamente no existe persecución penal alguna.

[10] Hopp Cecilia, "Maternidad, cárcel y pandemia: ¿somos las mujeres humanas", Poder Patriarcal y Poder Punitivo: diálogos desde la crítica latinoamericana, Gusis Gabriela, Farb Laura, EDIAR, 2020, pp. 363, 378.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la perspectiva de género en las sentencias judiciales es una deuda que toma cada vez más reclamo en las sociedades actuales; un reclamo que se traduce en la necesidad de una reforma judicial feminista.[11]

Desde un plano distinto, por los derechos humanos de las mujeres, disidencias, de las y los excluidos; por el derecho al desarrollo, el cual se constituye como principal motivo de lucha en base a nuestro contexto geopolítico.

Una tarea militante que requiere de un posicionamiento desde nuestro margen latinoamericano, fuera de los "jardincitos ordenados que se van desordenando"[12], donde no deberíamos solo detenernos a discutir modelos pertenecientes al plano del deber ser en tanto la realidad nos despierta con masacres, genocidios, e incluso pandemias.

La obra invita a pensarnos y reconocernos como una comunidad resultante de la síntesis de las marginaciones del planeta; situado en un momento de tardo colonialismo, caracterizado por el totalitarismo financiero, destruyendo las economías, a la vez que se ejecuta un genocidio por goteo, con los índices de muertes violentas más altos del mundo.

Termina por ser un libro que, en definitiva, le asigna otra perspectiva a los Derechos Humanos, insertándose en múltiples y diversas tácticas de batalla, resistencia y supervivencia, construyendo así un conocimiento situado, ejerciendo una criminología militante, compartiendo la propia lucha feminista.

---

[11] Gusis Gabriela, "Análisis de la criminalización selectiva de mujeres en función de estereotipos de género. A propósito del caso de Cristina Vázquez", Poder Patriarcal y Poder Punitivo: diálogos desde la crítica latinoamericana, Gusis Gabriela, Farb LauraEDIAR, 2020, pp. 149, 175.

[12] Zaffaroni E. Raúl, *La Palabra de los Muertos*, EDIAR, Buenos Aires, 2011.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SECCIÓN ESPECIAL
APÉNDICE LITERARIO

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Arte de portada:
Marcelo Javier Mosqueira

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

me gusta del mar su corazón obrero
el trabajo de lijar
-porque las playas no nacen de repollos-

raspa la piedra y no se cansa
empuja hacia arriba la marea hechizado por la luna negra
después
se arrepiente del amor y baja
deja la arena desnuda y dolorida
le promete volver -quizás lo haga-
reincide
no se cansa
alimenta los peces y los pulpos
al coral y al cangrejo ermitaño
entra al bosque de las algas las agita
como agita las barcas
también sabe
ser el sudario de los huesos quietos
deshilachados cuerpos que arrojaron
los verdugos aviones
abriga y no se cansa

lo que muestra y también lo que oculta

así lucen los sobrevivientes
no siempre se puede exhibir el pliegue.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Dijo el New York Times que en un día el Amazonas
descarga sobre el Atlántico
la cantidad de agua equivalente
al caudal que necesita Nueva York para 9 años y
sin embargo
el agua es un bien escaso tan escaso
que el mundo matará por las canillas el próximo decenio

dijo la Bolsa de Cereales de Buenos Aires que producimos
27.000.000 de toneladas de trigo por año y eso alcanzaría
para que cada argentino coma este año
348 kilos de pan
o sea 1 kilo por día y
sin embargo
el 45% por ciento
de los niños y las niñas juntan migas como insectos en cunetas

dijo la agencia Reuter que desde las tiendas del Hogar de Vacas Viejas
se ven las luces de Nueva Delhi:
por sus calles 80.000 vacas
sagradas pero infelices vagan
las millones que no dan leche acaban en mataderos musulmanes
o exportadas al vecino Bangladesh y
sin embargo
hay 20.000.000 de tripas chatas
la India es el hogar con más hambrientos del mundo

dijo el Animal Planet que cada otoño
1.000.000.000 de aves como el mirlo
las golondrinas y el vencejo migran siguen su reloj solar
el mapa las empuja al trópico caliente y
sin embargo
no aceptan hospedaje
no se venden por tres granos de alpiste

dijo TN que llevamos 75.000 muertos por COVID y
sin embargo
clandestinos bailamos escupimos al cielo

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dijo el Observatorio Nacional de Pekín que la Vía Láctea suelta
en su espiral de luz
400.000.000.000 de estrellas
la banda brillante se demora 100.000 años en cruzar la galaxia y
sin embargo
aquella noche fue una sola
fugaz
pedí un deseo
uno solo
y se cumplió.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo recordado vive
dijeron los juglares
los griegos tallan a sus dioses
los incas trenzan quipus y el mensaje deambula trescientos kilómetros al día
las historias ruedan de la boca a la boca
ágiles salmones contra la inclinación del tiempo llegan al sitio
para dejar ahí la sucesión

las cosas nos sobreviven y es conmovedor
la ropa guardiana de los huesos disueltos
(a quién amaste a quién)
debajo de la cama al descuido las medias
(una tiene un agujero donde iba el pulgar)
dónde echaste las anclas dónde
clavaste el trofeo
cuelga de la percha el saco
perfume de gaviota en la axila
lo huelo resguardada del viento
(no te evapores)

las cosas nos sobreviven y es conmovedor
ahora
el plazo es una nave que viaja a las estrellas
ya pisamos la luna
nos ponemos el casco para ir a la mente de dios
ahora puedo
oír tu voz antigua en la cajita
un gemido resbala del audio

y si fuera un deseo
un ardiente deseo
hasta podría
acostar tu holograma en las hojas doradas
y abrigarlo.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Una generación nueva,
que se dedica más que la última a temer a la pobreza y a adorar el éxito;
crece para encontrar muertos a todos los dioses,
tiene hechas todas las guerras y debilitadas todas las creencias del hombre".
(F. Scott Fitzgerald, 1925)

no sé si creo en algo después de tu bocabarbijo
ojos de escama los niños
alcohol en el planeta frío de la casa
guantes de no tocar
mascarillas de no besar prohibido dos
lave y tire
lave
tire

los dioses no merecen oraciones
desde el fondo de las cloacas del hambre
veo mendigos que golpean cabezas en los platos vacíos
ellos
los platos
la sombra de quienes fueron
cataclismo del capital

no sé si creo en nosotros
humanos
que acabamos con lenguas y códigos sagrados
y animales silvestres y pequeños cobijos
y las cunas
tal vez ahora despojados sin traje
billete inútil peluquería bingo circo
tal vez ahora desnudos solos súbditos del miedo
improductivos
tal vez ahora pedaleando en el aire
tan fugaces
tal vez ahora.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿hacia dónde es el viaje?
¿hacia qué?
un viejo en la camilla transpira salado
el memorial del mar

corremos tras la nómade sin carpa
(querés andar sobre las aguas
dilatar el espacio entre vos
y vos)

no todo ocurre entre los cuerpos que se mueven

tirate por la canaleta corazón
es tan difícil
    plantar un libro
        tener un árbol
            escribir un hijo.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el viejo saca un boleto de tren
dibuja en la baldosa el riel y las barreras
prueba un monólogo en la astilla del espejo

la nena
corre hasta la pared
vuelve corre hasta la pared vuelve
disminuye el nervio
unos dicen ya pasará resistan
a otros les da por llorar horas y horas

qué ley de gravedad
derriba suave los cuerpos en las camas
somos polvo de estrellas y resulta
que barremos polvo de zócalos
residuos del planeta con arañas y todo
el borde en la cuneta
yeso el cielo nivel del mar la bañadera
quién quiere por paisaje un óleo seco

renuncié a ser abanderada
de los mas optimistas de la plaga
-solo un treinta por ciento morirá-
tengo hambre de espacio
altura distancia ola línea de vuelo
morder la espuma
por favor un ratito fuera del termotanque

levántate y anda
detrás de la ventana yo recuerdo
que llueve sobre el mar / el mar es lluvia quieta
el ala sigue pájaro / ala que fermenta
los ríos no detienen
sobre cantos rodados / las piedras merecen cantar
el roble es púrpura / sangra / el arce tan brillante
hay bichitos de luz / pequeños astros
lobos sagrados rugen

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la órbita del mundo no se inmuta
porque vos estornudes ni una ni cinco veces
el mar se limpia solo se repara
repara el malestar
(el enorme animal lamiémdose la herida)

no resigna
invita /no abandones
justo en la noche la marea vuelve
y alguien tiene que barrer

en realidad quiero decir
la función
puede continuar.
madre pero

albañil pero

machito pero

demócrata pero

cristiano pero

madre pero

albañil pero

machito pero

demócrata pero

cristiano pero

limpito pero

(ningún suspensivo explicó)

pido

pedimos
otro mundo para el mundo

la mujer muere de vieja y arrugada
no hay cuchillo ni nafta que la borre del mapa

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Lohana Anahí Johana Ramallo sin miedo
la niña qom juega en el patio
no hay cadáver que se parezca al amor

George Floyd el negro de
Minneapolis
muerde un hot dog con papas fritas
el cuello lejos de la bota

la boca lejos del asfalto

Trump el pánico del diablo

Bolsonaro un cliché
Macri nunca nació
la yuta un afiche del pasado

la oreja inmensa escucha el eco de los pueblos

que bailan en las calles
las piernas todas pueden a su ritmo

pido pedimos
otro mundo para el mundo

en la mañana
veo acoplarse las opuestas formas de las nubes

pero
se me cae la taza de café

mancho la sábana y la almohada.

DR @ 2021. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata - https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/archive

Escriben en este número:

Afarian, Jorge Rubén
Aguiar, Julia
Alba Nájera, Stefanía
Álvarez, Luciana
Beresñak, Fernando
Berros, M. Valeria
Bohoslavsky, Juan Pablo
Caputo, Roque
Cerruti, Pedro
Cortés, Gonzálo
Da Veiga Dias, Felipe
Dabove, María Isolina
Fuentes, Diego
Gomara, Juan Pablo
Jobim do Amaral, Augusto
Lerussi, Romina
Ludueña Romandini, Fabián
Martinelli, Augusto
Mendieta, Maximiliano
Monasterolo, Natalia
Murano, Gustavo
Neuman, Clarisa
Pahnecke, Oliver
Pereira, Gabriel
Pinho de Oliveira, María Fátima
Sabariego, Jesús
Santos Elesbão, Ana Clara
Scafati, Ezequiel
Vega Quevedo, Michael Juan Ramón

REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN

WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR