

EUDEM (Mar del Plata).

# Adelantos de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Slavin, Pablo y García, Lila.

Cita:

Slavin, Pablo y García, Lila (2017). *Adelantos de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Mar del Plata: EUDEM.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/jornadasinvestigadoresybecarios/3>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pwqq/ZZx>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.  
Para ver una copia de esta licencia, visite  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

*Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.*

2017

*Instituto de  
Investigación Jurídicas  
“Doctor Carlos  
Santiago Nino” y  
Centro de  
Investigación y  
Docencia en Derechos  
Humanos “Alicia  
Moreau”. Facultad de  
Derecho. UNMdP*

SLAVIN, Pablo  
Eduardo y GARCÍA,  
Lila (compiladores)

## **[ADELANTOS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES]**

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata, 14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata,  
14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

**XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**14 al 16 de septiembre de 2017**

## INDICE

<b>COMISIÓN 1. SUJETOS Y ESCENARIOS ACTUALES EN DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>7</b>
EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS CON RELACIÓN A LA PERSONA NO HUMANA	
<i>Pérez, Florencia Estela</i> .....	7
NUEVA PENSIÓN UNIVERSAL PARA EL ADULTO MAYOR: UN RETROCESO AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD (1RA. PARTE)	
<i>Iraola, Marcela Verónica y Giménez Iraola, Sofía Victoria</i> .....	15
ADULTOS MAYORES, DERECHO Y ESTADO: ALGUNOS REPLANTEOS NECESARIOS DE CARA AL FUTURO INMEDIATO ...	
<i>Pelle, Walter David</i> .....	27
EL DERECHO A LA CONFORMACIÓN FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL	
<i>Maicá, Juan José – Marmeto, Esteban</i> .....	36
LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR EN EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2017. UNA LECTURA DESDE LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	
<i>Ormar, Camila A.</i> .....	51
EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA INMIGRACIÓN	
<i>Musmarra, Federico Adrián</i> .....	66
EL ARRESTO DOMICILIARIO COMO HERRAMIENTA PREVENTIVA DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES PRESAS	
<i>Azcue, Ludmila</i> .....	78
LA COMPLEJIDAD DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL	
<i>Ciani, Mariela y Arrubia, Eduardo J.</i> .....	89
<b>COMISIÓN 2. DERECHO A LA CIUDAD Y TERRITORIO LOCAL .....</b>	<b>101</b>
EL DEBATE SOBRE REFORMA Y REVOLUCIÓN: ALGUNAS IMPLICANCIAS EN LA LUCHA POR EL DERECHO A LA CIUDAD	
<i>Slavin, Pablo Eduardo</i> .....	101
EL D.N.I.: ELEMENTO INDISPENSABLE PARA ACCEDER AL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL MARCO DEL 'DERECHO A LA CIUDAD' (1° PARTE)	
<i>Iraola, Marcela Verónica</i> .....	117

LAS LEYES DE LA BASURA” BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA NORMATIVA VIGENTE DE RESIDUOS URBANOS EN ARGENTINA (1º PARTE)	
<i>Giménez Iraola, Sofía Victoria</i> .....	133
VILLA EVITA, ZONA DE PROMESAS	
<i>Galaverna, Agustina</i> .....	147
EL ENCUENTRO NACIONAL DE MUJERES COMO ESPACIO DE CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA CIUDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO	
<i>Aladro, Almendra</i> .....	165
REALIDAD SOCIAL Y DERECHO: EL ESPÍRITU INCLUSIVO DEL CCYCN ANTE LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA UNIPERSONAL	
<i>Rodríguez Villanustre, Eugenia Cecilia</i> .....	177
SINDICALISMO Y RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO. UN ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DE LA MUNICIPALIDAD DE AZUL	
<i>Rimoli, Federico; Islas, Nicolás Gustavo; Salituri, Pablo</i> .....	185
INFANCIA, ADOLESCENCIA Y DERECHO A LA CIUDAD	
<i>Martinez, María Agustina</i> .....	197
EL GOBIERNO DE LA INFANCIA EN EL APOGEO DE LOS DERECHOS. ASPECTOS CONCEPTUALES RELEVANTES	
<i>Magistris, Gabriela</i> .....	205
<b>COMISION 3. AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES</b> .....	<b>222</b>
EL DESARROLLO SUSTENTABLE ALCANZA A LAS BALLENAS	
<i>Farinella, Favio</i> .....	222
RELACIÓN ENTRE CONTAMINACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y DESIGUALDAD SOCIAL EN EL MARCO DEL DERECHO A LA CIUDAD	
<i>Giménez Iraola, Yanina Florencia</i> .....	239
EL DIFÍCIL ENTRAMADO DE LA FUTURA GOBERNANZA GLOBAL DE LAS ÁREAS MARINAS FUERA DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL	
<i>Villanueva, Ana Victoria</i> .....	251
LA CUESTION DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES. LA RESERVA NATURAL DEL PUERTO DE MAR DEL PLATA	
<i>Pérez, Florencia E.</i> .....	261

FUNCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA Y RESARCITORIA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA	
<i>Verneti, Ana Maria</i> .....	271
<b>COMISIÓN 4. TEORÍA Y PRAXIS DE LA PROFESIÓN.....</b>	<b>280</b>
MARX Y LA LUCHA DE CLASES...EN ARGENTINA	
<i>Slavin, Luis Pablo</i> .....	280
MODERNIDAD DE TOMÁS LUTERO: CONCEPTOS QUE PREFIGURAN LA CONSTITUCIÓN DEL PENSAMIENTO LIBERAL BURGUÉS	
<i>Lanza, Daniel Alejandro</i> .....	285
JUSTICIA PARA VULPINOS. ANÁLISIS CRÍTICO Y ANTÍTESIS DE LA OBRA DE RONALD DWORIN “JUSTICE FOR HEDGEHOGS”	
<i>Muñoz Rossi, Marco Yago</i> .....	295
LAS PRÁCTICAS DEMOCRÁTICAS EN LA ESCUELA SECUNDARIA	
<i>Martin, Mariel Cecilia</i> .....	303
LO INTERDISCIPLINARIO: ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.	
<i>Wöhler, Otto Axel</i> .....	316
EL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.	
<i>Fraschina, Andrea Verónica</i> .....	330
DE LA ELECCIÓN INDIVIDUAL A LA ELECCIÓN SOCIAL Y LOS CONTRATOS	
<i>Carro Paz, Roberto</i> .....	345
DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL CONTRATO. PERPLEJIDADES DE LA CONTRATACIÓN COMPULSIVA COMO POSIBLE REMEDIO TUITIVO DE LA PARTE AFECTADA.	
<i>Valicenti, Ezequiel</i> .....	359
LA CAUSALIDAD Y LA FUNCION PREVENTIVA. UN DESAFÍO DE CREATIVIDAD EN LA LABOR DEL ABOGADO	
<i>Oviedo, Claudia Lujan</i> .....	372
DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE. IMPLICANCIAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA JUDICIAL. PROPUESTA LEGISLATIVA	
<i>Orellano, Veronica y Dominoni, Juan Facundo</i> .....	383



## COMISIÓN 1. SUJETOS Y ESCENARIOS ACTUALES EN DERECHOS HUMANOS

### EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS CON RELACIÓN A LA PERSONA NO HUMANA

**Pérez, Florencia Estela**

*Sumario: 1.- De que hablamos cuando hablamos de Persona no humana: el porqué de este término.2.-Implicancias filosóficas, bioéticas y jurídicas.3.-Derechos que se pretenden proteger: situación actual y antecedentes jurisprudenciales.-*

#### **1.- De qué hablamos cuando hablamos de Persona no humana**

Nuevos paradigmas se abren en estos momentos no solo en nuestro país sino a nivel mundial, movilizados por las diferentes sentencias judiciales en donde se ha reconocido derechos a los animales tales como simios, orangutanes, destacando que los casos judiciales resueltos en Argentina, han sido tomados a nivel internacional.

La idea de otorgar derechos a los animales tiene a su vez toda una vertiente filosófica bioética y no sólo jurídica. Se distinguen en la actualidad dos posibles miradas en torno a esta cuestión, una en donde se reconocen derechos a todo animal por su capacidad de sentir, y otra que tiene su fundamente en la necesidad de otorgar derechos a quienes tienen capacidad cognitiva.

Quien fue pionero en el reconocimiento de los derechos de los animales fue Steven Wise<sup>1</sup> nacido en 1952 en Boston quien manifestó “Los animales son tratados por la ley como cosa”. En innumerables oportunidades se indica su pensamiento así por ejemplo

---

<sup>1</sup> Abogado Norteamericano Steven Wise, presidente de la ONG, NhRP (Nonhuman Rigths Project)

cuando se lo consultó sobre su pasión por la defensa de los chimpancés, contestando, -  
2“...porqué Chimpancés, animales con capacidades cognitivas comprobadamente  
avanzadas, detentores de sentimientos, culturas, recordaciones y siendo seres muy  
sociables; continúan siendo vistos como objetos, desde el punto de vista legal? Ésta  
inquietud, según Wise, le hizo perder el sueño durante 30 años; por eso, decidió estudiar el  
camino para derrumbar las “injusticias”, de las barreras que separan animales y hombres.  
Evaluar la manera como los Chimpancés y otros animales son tratados legalmente es un  
deber moral....Para montar las acciones en nombre de los Chimpancés que viven  
prisioneros (principalmente, los enjaulados en laboratorios de pesquisas médicas), el  
abogado buscó jurisprudencias en la Historia y cita el caso del esclavo James Somerset;  
Inglaterra siglo XVIII; que tuvo el derecho de Habeas Corpus, primeramente concedido y  
que abrió muchas puertas para la abolición de la esclavitud en el mundo.”

En principio cuando nos referimos a los derechos de la persona no humana, nos  
referimos al derecho a la vida, a la libertad y al no maltrato, de todas maneras lo primero  
consiste en determinar **a quienes** incluimos dentro de esta categoría, para luego establecer  
de qué manera otorgaremos la protección a estos derechos, lo que sin lugar a dudas  
generará varias opiniones congruentes y otras encontradas.

Para quienes sostienen la protección de aquellos animales que tienen cierta  
capacidad cognitiva desarrollada, se focalizarían en principio en animales tales como  
orangutanes, chimpancés, gorilas, perros, gatos, delfines, loros, bonobús, elefantes. De  
todas maneras la calificación de estas cualidades queda en manos del hombre, con las  
propias limitaciones de la ciencia para un momento y lugar determinado. Por lo que de mi  
parte apoyo la concepción que otorga protección al animal por tratarse de un ser sintiente, y  
el hombre por ser racional no debería vulnerar los derechos cuya protección se busca en la  
actualidad.

---

2 <http://www.projetogap.org.br/es/noticia/lo-que-nos-revela-la-palabra-de-steven-wise-sobre-los-derechos-de-los-chimpances/> pagina consultada 14/06/17.-

Lo cierto es que con el tiempo la filosofía y la ciencia se retractó en torno a la afirmación que los animales no humanos estaban para el disfrute y servicio del hombre pero las leyes aún no lo han hecho.

Rescato algunas conclusiones y conceptos surgidos a partir del análisis en la publicación de una entrevista realizada por la 3Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo, donde se destacaron conceptos que son interesantes tener presentes y de esta manera situarnos de mejor en el contexto de la temática, remarcando las diferentes miradas a saber .-: 1.- Defensa o Liberación Animal. 2.- Diferencia en Veganismo y Bienestarismo. 3.-Relación entre el Derecho Ambiental y el Derecho Animal 4.- Proyecto Gran Simio

Por su parte la liberación animal es un concepto más amplio y se vincula con la no explotación comercialización esclavitud de los animales reconociendo completamente los derechos que los mismos tendrían, ya sea su no utilización para consumo, o con fines comerciales. Por otro lado el bienestarismo alude más precisamente a la regulación de la explotación o comercialización a diferencia del veganismo que busca el rechazo total o abolición a todo acto consistente en explotación de los animales, por el simple hecho que los mismos tienen capacidad de sentir. El derecho ambiental se caracteriza por la protección de los animales con una mirada consistente en su implicancia como recurso natural, mientras que el Derecho Animal tiene otra postura consistente en una posición moral y de respeto hacia la persona no humana. El Proyecto Gran Simio (The Great Ape Project) tiene como objetivo la protección de los grandes simios (chimpancés, gorilas, bonobos y orangutanes) y uno de sus principales argumentos es que debe reconocérseles sus derechos a la vida, a la libertad y a no ser torturados en experimentos en tanto personas no humanas. En el marco de ese Proyecto, se presentaron cuatro hábeas corpus en distintas jurisdicciones

---

3 Boletín especial, conferencia y entrevista Entrevista realizada por la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Palermo en Diciembre de 2015

de la Argentina para que se otorgue a los chimpancés en cautiverio la categoría jurídica de "persona" (no humana).

De todas maneras considero arbitrario como ya indiqué otorgar protección en función del grado de inteligencia alcanzado, siendo el fundamento que sustento el de tratarse de seres sintientes y de ahí la obligación moral y social de reconocerles y otorgarles la protección legal. Por otro lado comparto la opinión de <sup>4</sup>Pablo Suarez, quien afirma. “Si abogamos por una mirada extensiva del término persona, o del término habitante (quien vive habitualmente en un lugar), la cuestión deja de ser puramente filosófica y se convierte en una herramienta de lucha y cambio: el artículo 16 de la Constitución Nacional dice que “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento... todos sus habitantes son iguales ante la ley.”

## **2.- Implicancias filosóficas, bioética y jurídica**

Siendo que el Derecho Animal emerge como consecuencia de esa nueva mirada que realiza la filosofía y bioética, resulta interesante y polémica por cierto la elaboración que realiza <sup>5</sup> Juan Manuel Burgos en un artículo de su autoría <sup>6</sup>¿Todas las personas son humanas?, se aclara que el autor de referencia cuestiona y critica la estrategia argumentativa que sostienen los filósofos que alude en su trabajo.

Al respecto indica que existen diferentes corrientes de pensamiento, algunas consideran que podría haber personas no humanas, y por otro lado humanos no personas,

---

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Juan Manuel Burgos Velasco. Filósofo personalista español, doctor en física y doctor en filosofía. Es fundador y presidente de la Asociación Española de Personalismo y de la Asociación Iberoamericana de Personalismo.

<sup>6</sup> <http://www.personalismo.org/burgos-j-m-todos-los-seres-humanos-son-personas-acerca-de-la-distincion-en-bioetica-entre-persona-y-ser-humano/> página consultada 10/06/17.-

siendo por ejemplo para Singer lo determinante la capacidad de sentir, y en tal medida el reconocimiento a partir de ello del carácter de persona.

Por lo tanto habría personas humanas capaces de sentir, personas no humanas como los animales con ésta capacidad, y otros entes no personas para este filósofo, como el feto y el embrión, por lo que considera el término persona aquellas que son autoconscientes de su existencia, y son seres racionales, reconociendo en tal categoría a la persona humana, y otras **personas no humanas** como los mamíferos. Por otro lado reconoce que hay humanos que no serían personas siendo para el mismo el feto, el embrión y niños en su fase inicial.

Finalmente concluye que no tiene importancia que un animal no humano sea en definitiva persona o no, sino que lo concluyente es que pueden sentir y percibir el dolor y sufrimiento por lo tanto éste sería el fundamento de la protección, y no de que sean o no personas. Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico para reconocer protección de estos derechos (libertad, vida y no maltrato) necesitaría reconocerlo como persona.

Otra postura como Hugo Tristram Engelhardt se refiere a la posibilidad de ser racional o poder decidir y tener autonomía, con características de autorreflexión racionalidad y sentido moral, “capaces de dar permiso” por lo tanto no todos los animales estarían incluidos sino algunos y podríamos tener humanos que por perder o carecer de racionalidad dejaría de ser personas. Reconociendo por lo tanto a personas humanas, personas no humanas, que serían otros entes pero no los animales y otros entes que son humanos pero no personas, para estos últimos decide reconocer determinados derechos a los humanos no personas en la medida en que en algún momento haya tenido capacidad racional y por lo tanto hayan adquirido el carácter de persona, y en función que resulta estar justificado socialmente.

Aclarando que todas estas posturas son sumamente cuestionadas y criticadas.

### **3.-Derechos que se pretenden proteger: situación actual y antecedentes jurisprudenciales**

#### *Derecho de propiedad vs. derecho animal*

Como consecuencia de un fallo de diciembre de 2014 que creó un precedente a nivel mundial, reviste suma consideración e importancia el tema siendo que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal le otorgó a los animales el carácter de titulares de derechos. Fue por medio de la sentencia dictada en la causa “Orangutana Sandra s/ Habeas Corpus”, donde el Máximo Tribunal penal, con votos de los jueces Alejandro Slokar, Ángela Ledesma y Pedro David, decidieron que la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires le de tratamiento a una acción de hábeas corpus, presentada por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA).

Por otro lado en octubre de 2014, 7Diario Judicial publicó el caso de “Toti”, un chimpancé que se encontraba “privado ilegítima y arbitrariamente de su libertad ambulatoria sin orden de autoridad competente, en el zoológico privado de Bubalcó, en Guerrico, localidad de Allen, provincia de Río Negro”, según lo manifestado por la misma organización que logró el fallo de Sandra. Habiendo tramitado el caso, por el expediente “Presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales – A.F.A.D.A.- F/Presentación S/Habeas Corpus” llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicha oportunidad, el Máximo Tribunal, con los votos de los ministros Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt y Elena Highton<sup>8</sup> (que rechazaron el recurso por el incumplimiento de la Acordada 4/2007) y el propio Raúl Zaffaroni (por la ausencia de opinión del Tribunal Superior de Justicia de Río Negro para abrir la instancia extraordinaria), decidió no tomar el caso. Con lo cual se puede observar la disparidad de tratamiento y la necesidad de dar fundamento con normativa a la tutela al derecho animal a

---

7 <http://www.diariojudicial.com/nota/71792>, página consultada 08/06/17.-

8 <http://thomsonreuterslatam.com/2016/02/doctrina-del-dia-los-animales-ante-la-ley-de-objetos-y-sujetos-autor-carlos-m-muniz/> página consultada 09/06/17.-

fin de consolidar el camino jurisprudencial que le ha dado origen. Habiendo indicado el Procurador General de la Nación que el derecho de constitución de libertad no resulta ser de aplicación para personas no humanas.

El 3 de noviembre de 2016, el Tercer Juzgado de Garantías del Estado argentino de Mendoza, ha dictado Sentencia<sup>9</sup> concediendo el habeas corpus en favor de la chimpancé Cecilia. Se trata de un fallo histórico y de especial trascendencia en el reconocimiento de los derechos de los animales y de estos como sujetos de derecho. En dicho fallo se hizo referencia a la necesidad de preservar el ambiente natural aludiendo a la causa Riachuelo Mendoza, y con fundamenta en la protección de un bien o valor colectivo. argumenta la magistrada , pertenece al patrimonio ambiental. “El derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural y el derecho a la calidad de vida forman parte del “derecho al ambiente” (Art. 41 CN), constituyen “derechos de incidencia colectiva” y están esencialmente conectados con el interés general de la sociedad”. El valor colectivo encarnado en el bienestar de Cecilia es el patrimonio natural y cultural de la comunidad humana e integra la calidad de vida de la misma. En la medida que protegemos el patrimonio natural y cultural, protegemos y mejoramos nuestra calidad de vida. Estos son valores protegidos constitucionalmente.

#### **4.-Conclusiones:**

- 1.-Lo cierto es que este nuevo paradigma lentamente se abre camino
- 2.-El reconocimiento judicial al derecho de los animales es una rama nueva que comienza a expandirse, determinándose la necesidad no solo del reconocimiento sino además de su protección, mediante políticas y normativas que acompañen al mismo.
- 3.-En un primer momento se aludía a la propiedad cuando se hablaba de derecho animal por lo que hoy nos encontramos con una realidad diferente.

---

<sup>9</sup> <http://www.derechoanimal.info/images/pdf/Cecilia.pdf> página consultada 01/06/17.-

4.-Reconocer la vulnerabilidad del animal y la imposibilidad para reclamar por sus derechos, lleva a maximizar su protección por lo que se hace necesario una legislación que acompañe los antecedentes jurisprudenciales que han innovado en el tema a nivel mundial.

5.-Sin lugar a dudas que este reconocimiento en cuanto al derecho que se busca formular debe ser reconocido en primer lugar por el Código Civil y Comercial, a la par que deberían realizarse las modificaciones respectivas en cuanto al tratamiento que el mismo realiza cuando se refiere a los animales como cosa riesgosa o peligrosa.

Lo cierto es que el ser humano como ser racional ya no puede negar que los animales son seres sintientes, y siendo ello así se transforma en una obligación moral el reconocimiento de sus derechos fundamentales, y consecuentemente la protección de los mismos. Este camino que hoy se inicia, será el que se continuará, para lograr el reconocimiento resulta imperiosa la incorporación de estos derechos de las personas no humanas en el Código Civil, a la par que deberá tomar y hacer lo propio el derecho pena l desde su estructura jurídica.

## NUEVA PENSIÓN UNIVERSAL PARA EL ADULTO MAYOR: UN RETROCESO AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD (1RA. PARTE)

**Iraola, Marcela Verónica y Giménez Iraola, Sofía Victoria.**

*“...el Coronel Aureliano Buendía apenas si comprendió que el secreto de una buena vejez no es otra cosa que un pacto honrado con la soledad.”*

Gabriel García Márquez<sup>1</sup>

### **Consideraciones preliminares**

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar que la promulgación de la Ley 27.260, denominada Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, significa un retroceso en la disposición del artículo 2.1, denominado Principio de Progresividad y no Regresividad, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del artículo 26, también llamado Desarrollo Progresivo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos Tratados firmados y ratificados por nuestro país, habiendo sido incorporados a la Constitución Nacional, con jerarquía constitucional en el año 1994; por otro lado, otorgarle relevancia a la necesidad social de contar con un Sistema Previsional Nacional que continúe garantizando todos los derechos a los ciudadanos argentinos; por último interiorizar a los lectores a cerca de la evolución de nuestro Sistema Previsional a través de la historia. Para ello acudiremos al relevamiento de datos de interés para el campo en análisis, como la variación en la concepción del Sistema Previsional Argentino a través del tiempo. Seguiremos un recorrido por las herramientas actuales que brinda la legislación argentina y su relación con respecto a los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional,

---

<sup>1</sup> Gabriel García Márquez, *“Cien años de soledad”*, pp. 242 y 243. Ed. Sudamericana. Año 1967.

haremos una mención a los antecedentes jurisprudenciales más relevantes y a los avances desde la educación y la formación de institutos especializados en la temática.

Corresponde destacar que, por lo expuesto anteriormente, el propósito de este artículo será el abordaje del tema desde una perspectiva crítica basada en el delineamiento del panorama actual de nuestro ordenamiento jurídico.

Es necesario advertir que para emprender este recorrido será menester desprenderse de conceptos que se sostienen como universalmente válidos desde una determinada autoridad, y que responden a la conformación de cierto modelo de prejuicios que obstaculizan el tratamiento de esta y otras temáticas relegadas en el tiempo por la agenda jurídica.

Resultando incoherente aceptar construcciones intelectuales que se perpetúan en el tiempo, por su reiteración mecánica, como verdades incuestionables o absolutas. Un ejemplo de esto es que, se sostiene que quienes no han hecho aportes al Sistema Previsional Argentino no tienen derecho a una jubilación, pero no se toma en cuenta que muchas de esas personas, en su mayoría mujeres, han realizado trabajo informal durante toda su vida, sin que sus empleadores hayan hecho los aportes patronales obligatorios a las respectivas cajas de previsión social.

### **Breve reseña de la evolución del Sistema Previsional Argentino**

#### *a. Albores de la historia previsional argentina*

Los primeros pasos de esta evolución histórica datan de 1877, con la creación de la Ley 870 que implementó un sistema de jubilaciones para jueces federales. En 1884, la Ley 1420 De Educación Común, introduce al ordenamiento, una jubilación para maestros preceptores. La generación de recursos para el sostenimiento de estos sistemas provenía del Estado. Estas leyes fueron promulgadas a nivel nacional, pero a pesar de ello, no se ha logrado establecer algún registro que confirme que algún beneficiario haya utilizado este derecho.

*b. Creación de los primeros sindicatos*

A fines del siglo XIX, los primeros sindicatos que se crearon fueron impulsores de intensas luchas obreras y sociales, y en ese marco, se creó la primera legislación que reguló el trabajo de mujeres y niños, el descanso dominical y la reducción de la jornada laboral, entre otros beneficios.

La Ley Nacional número 4349, promulgada en 1904, creó la primera Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles, esta Ley le dio el beneficio jubilatorio a los funcionarios, empleados y agentes civiles del Estado; a los del Consejo Nacional de Educación y de los Bancos Nación e Hipotecario; a los magistrados judiciales, ministros del Poder Ejecutivo, a quienes ocupaban cargos electivos; y en 1905 este beneficio se hizo extensivo al personal de los Ferrocarriles Nacionales. En este último caso la ley, por un lado, creaba un fondo de pensiones para los trabajadores ferroviarios, y por otro, fijaba que todo trabajador que fuera despedido a causa de huelga perdería su derecho a jubilarse y sus aportes. Esta Ley estableció una política tendiente a desarticular las acciones de lucha de los trabajadores, pero es así que, bajo estas pautas, se crea el primer sistema contributivo argentino, es decir que cada uno de los trabajadores contribuía con una parte de su sueldo a solventar el sistema de jubilación.

Las cajas de jubilación se regían por la lógica de la capitalización individual: los aportes y contribuciones se destinaban a engrosar un fondo que financiaría las prestaciones una vez efectuado el retiro del trabajador de su vida activa (Isuani, 2008).

Uno de los grandes impulsores del sistema de jubilación para los trabajadores fue quien llegó a ser el primer diputado socialista de América, don Alfredo Palacios. Sin embargo, fueron los sindicatos quienes se organizaron para generar las Cajas de jubilaciones.

*c. Primer Peronismo*

Entre 1944 y 1955, con el impulso político que se llevó adelante en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), y la reforma de la Constitución Nacional del año 1949 -que luego fue derogada y resumida en el artículo 14 bis de la actual Constitución-, se proyectó un clima para que aquellos sectores, donde los trabajadores se encontraban en situación regularizada, lograsen la mayor cobertura jubilatoria de la historia. Siendo primeros los empleados de comercio, ya que en el año 1944 se produjo la creación de las cajas de empleados de comercio, en segundo término, solo dos años después, fueron los trabajadores de la industria, los que consiguieron la cobertura, luego los trabajadores rurales e independientes, profesionales y empresarios y trabajadores del servicio doméstico hacia el año 1955, según datos consignados por Arceo, González y Mendizábal (2009) en el informe realizado para CIFRA (p. 05).

“En 1954, se sanciona la ley 14.370, con la cual se adopta el sistema de reparto, utilizando los fondos acumulados y los que ingresaban para pagar las jubilaciones que se estaban produciendo, dejando atrás la lógica de capitalización individual. De esta forma, los trabajadores en actividad debían sostener a los que se retiraron del mercado de trabajo por vejez, invalidez o a las familias de los trabajadores fallecidos”. (Arceo, González y Mendizábal, 2009, p. 05).

Lo que nos explica la cita precedente es que se comienzan a pagar las jubilaciones, tanto de los trabajadores retirados, como de sus conyugues supérstites, y esto se realizaba con el dinero que iba ingresando de los trabajadores en actividad que estaban pagando su futura jubilación. Este nuevo sistema reemplazaba al viejo, el cual era llamado de “Sistema de Capitalización Individual”, que consistía en que los aportes y contribuciones se destinaban a engrosar un fondo que financiaría las prestaciones una vez efectuado el retiro del trabajador de su vida activa.

#### *d. Etapa de inestabilidad entre gobiernos civiles y militares*

Luego del Golpe de Estado a Perón, el 23 de septiembre de 1955, los militares asumen la presidencia por las fuerza, en lo que ostentosa y falsamente se denominó la “Revolución Libertadora” (paradójicamente, llamaron de esta manera a un golpe

institucional generado por la fuerza, en manos de militares que venían a liberar al pueblo de un tirano elegido democráticamente). Sus políticas se basaron en ir eliminando el desempeño de los sindicatos y dejando sin efecto la mayoría de los beneficios sociales que se habían concedido durante el peronismo. Las leyes jubilatorias, en esta etapa no fueron modificadas, pero sí se derogó la Constitución Nacional de 1949 y se comprimieron todos los DESC reconocidos en el artículo 14 bis.

En los gobiernos siguientes se produjeron algunas legislaciones que causaron un retroceso en el Sistema Previsional Argentino, uno de ellos se produjo en el año 1958, durante el gobierno de Frondizi, con la sanción de la Ley 14.499, la cual estableció que el monto la jubilación sería equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual asignada al cargo, oficio o función del afiliado (Isuani, 2008), otra causa que generó un retroceso al Sistema Previsional Nacional, quizás la más nefasta y violatoria al Principio de Progresividad y No Regresividad, se produjo en el año 1969, durante el gobierno de facto de Onganía, donde se sancionaron las Leyes 18.037 y 18.038. Estas leyes generaron una reforma altamente negativa en cuanto al derecho al retiro de los trabajadores, dado que unificaron las diversas cajas jubilatorias existentes, a solo tres, elevaron la edad de acceso a los beneficios, establecieron que los haberes jubilatorios estarían asociados con la historia individual laboral de cada trabajador, elevaron la cantidad de años de aportes (de diez a treinta), entre otras modificaciones restrictivas de derechos adquiridos.

De 1969 a 1976, no se han registrado datos relevantes con respecto a reformas importantes en el Sistema Previsional Argentino, pero a continuación, con el Golpe de Estado Institucional del 24 de marzo del año 1976, se dio el retroceso más importante en los Derechos ganados por los jubilados hasta ese momento. La dictadura militar que tomó el gobierno, llevó adelante un plan llamado “Proceso de Reorganización Nacional” que provocó una profunda represión sobre la clase trabajadora, desarticulando a los sindicatos como intermediarios sociales del sistema de previsión y salud (Rulli, 2008).

Durante el año 1980 se realizó una reforma sobre el sistema previsional, donde se produjo una transferencia de recursos de los sectores medios y bajos a los más

concentrados, mediante la eliminación de las contribuciones patronales y su reemplazo por la ampliación del Impuesto al Valor Agregado (IVA), lo que significó un retroceso en la organización estructural del régimen jubilatorio existente hasta el momento:

“...el congelamiento de los salarios fijado por la dictadura en un contexto de alta inflación impulsó una fuerte caída en el poder adquisitivo de los salarios y de las jubilaciones en tanto éstas últimas se encontraban asociadas directamente a los primeros, por la movilidad jubilatoria existente desde años antes. De esta forma, con el estancamiento del salario nominal, la dictadura consiguió provocar una fuerte redistribución del ingreso en favor de los sectores más privilegiados y en detrimento de los trabajadores (activos e inactivos). Entre 1975 y 1976, el valor real de los beneficios cayó un 45% y la posición relativa de los jubilados en la distribución del ingreso empeoró en una magnitud sin precedentes (Arza, 2009)”. (Arceo, González y Mendizábal, 2009, p. 08).

#### *e. Retorno a la democracia*

Hacia mediados de los ochenta, luego de la vuelta a la democracia, comenzaron a reestablecerse las contribuciones patronales, pero el desequilibrio del sistema previsional argentino era tan grande que ya no era posible que se autofinanciara.

Desde mediados de los sesenta el régimen jubilatorio venía presentando problemas de sustentabilidad, la crisis del sistema se fue profundizando con la regresividad de las reformas previsionales, el trabajo en negro, la evasión impositiva y el envejecimiento de la población, hasta alcanzar su máximo punto crítico a mediados de los años ochenta, donde el sistema previsional público dejó entrever su incapacidad para cumplir con la cobertura, lo que trajo aparejado la pérdida de credibilidad en el régimen jubilatorio estatal.

En este contexto, ganó la reforma previsional de 1994 (Ley 24.241), que instauró un régimen de carácter mixto, ya que combinaba dos sistemas, uno administrado por el Estado y otro por las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) y las Compañías de Seguro de Retiro (CSR), en su mayoría privadas y vinculadas entre sí.

Se trata de un sistema de capitalización individual, junto con el de reparto, pero siendo favorecido claramente al sistema de capitalización individual. Este sistema prometía un retiro del trabajador solventado por sus propios fondos administrados por las AFJP durante todo el tiempo de su vida laboral. Para ello las administradoras cobrarían una comisión como incentivo para mantener actualizados los fondos acumulados.

A través de los años se ha demostrado que este sistema individualista, no sirvió para mantener a todos los beneficiarios y que los argumentos que se utilizaban para imponerlo, eran en su mayoría falsos, como lo indica el Documento de Trabajo N° 2: “La evolución del Sistema Previsional Argentino” (Arceo, González y Mendizábal, 2009, p. 12):

“En principio, basta con advertir que, lejos de propulsar el crecimiento económico y el mejoramiento de los haberes de los jubilados, las consecuencias de la reforma fueron muy negativas para los ingresos del Estado y regresivas para la clase trabajadora en su conjunto. No implicó lo mismo para el sector financiero y el capital concentrado local e internacional, que se vieron altamente beneficiados por la proliferación de negocios asegurados a partir del flujo de fondos captados por las AFJP. De esta manera, el Estado terminó pidiendo prestado a las AFJP recursos que, tiempo antes, mediante la reforma, les transfirió mediante la privatización del sistema.” (p. 12).

Luego de la crisis y de la regresividad que produjo el sistema previsional de capitalización y ahorro creado en el año 1995 en el régimen jubilatorio nacional, hacia fines del año 2008, es que se tomó la decisión política de re-estatizar este último, eliminar de una vez por todas el sistema de capitalización administrado por las AFJP y unificar el sistema previsional en un único régimen público de reparto. La re-estatización del Sistema Previsional Nacional logró que el sistema jubilatorio volviese a quedar en manos del Estado nacional. La reconciliación del gobierno nacional con las políticas públicas generó que la re-estatización del sistema de jubilaciones y pensiones, sea considerada la medida más relevante en términos previsionales de los últimos tiempos. Ya que en las últimas tres

décadas del siglo pasado, los gobernantes de turno, tomaron medidas que generaron una ruptura total con las políticas públicas, tal como lo relata el Dr. Slavin en su artículo “Argentina: Políticas Públicas y Derechos Humanos”. Introducción.

“...la crisis del Estado de Bienestar en la década de 1970, y luego el derrumbe del mal llamado Socialismo Real, trajeron la consolidación de un modelo neoliberal, que hizo del Estado y las políticas públicas sus principales enemigos”. (SALVIN, 2016, p. 01).

Junto con esta medida re-estatizadora del sistema previsional, también ha adquirido importancia, la Ley de Movilidad Jubilatoria sancionada en 2008, lo que representa un avance para los trabajadores, esto significó que los aumentos de los ingresos de la clase pasiva no dependa más de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo de turno.

Dentro de la legislación progresista de la época, se sanciona el decreto presidencial 897/2007, que introduce la creación y Fines del Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS) del Régimen Previsional Público de Reparto, a los efectos de preservar y garantizar la sustentabilidad futura del Régimen Previsional Público, en su artículo 4 establece que los recursos del fondo podrán ser invertidos entre otros instrumentos financieros, en este marco, los aportes realizados por los trabajadores en actividad, se invirtieron y se logró arribar hacia fines del año 2015 a una cifra aproximada a los cincuenta mil millones de dólares estadounidenses para resguardo de seis millones de trabajadores pasivos, es decir, casi el doble de lo que había en las reservas del tesoro nacional del Banco Central de la República Argentina, en la misma fecha, para resguardo de cuarenta millones de ciudadanos argentinos.

Con este FGS, entre otras cosas, se financiaron obras, se creó el “Plan Pro.Cre.Ar”<sup>2</sup> que generó el acceso a créditos para la vivienda a más de doscientas mil familias de sectores bajos y clase trabajadora (más que los que otorgó el Banco Hipotecario desde la restauración de la democracia en el año 1983, a la actualidad); se creó la Asignación Universal por Hijo, que le otorga un beneficio a los niños de familias de clase baja cuyos

---

<sup>2</sup> Programa Crédito Argentino, ver detalles en el siguiente link: <http://www.procrear.anses.gov.ar/>

padres no cuentan con un trabajo regulado en la economía formal; se financió el plan Pro.Gre.Sar., que les concede una especie de beca a aquellos adolescentes y jóvenes de entre dieciocho y veinticinco años, que hayan decidido continuar sus estudios; se lanzaron dos moratorias previsionales, con el fin de que las personas en edad jubilatoria que carecían de aportes o no alcanzaban a cubrir la cantidad de años que el sistema prevé, logran jubilarse de todas maneras y pudieran abonar dicha deuda con posterioridad y en sesenta cuotas, etc., etc., etc., entre tantas otras cosas. Como lo establece el periódico “Página 12”, del día 12 de marzo de 2016, en la Sección de economía, bajo el título: “Ya no habrá moratoria para sumar jubilados”:

La última moratoria previsional fue lanzada a mediados de 2014 y desde ese momento pudieron incorporarse al sistema más de 500 mil trabajadores en edad de jubilarse que no contaban con los aportes suficientes. De esa forma la cobertura del sistema llegó al noventa y siete por ciento (97%), lo que implica prácticamente una universalización previsional. Antes de la primera moratoria lanzada en 2005, la cobertura era de apenas el sesenta y cinco por ciento (65%). (p. 06).

Con estos datos, es posible apreciar que lo que hoy se trata de llamar “La ley de reparación histórica a jubilados y pensionados” es un título muy ostentoso, ya que la única “Reparación Histórica” que se les dio a los jubilados y pensionados, fue plasmada en los hechos en el período 2005-2014 y no en la actualidad, violando así el principio de progresividad y no regresividad establecido en el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### **Conclusión**

Hasta aquí se ha incursionado en una breve reseña histórica sobre el progreso, y en algunos casos, el retroceso de las leyes que constituyen el sistema previsional de nuestro país. Se ha visto como los diferentes gobiernos de turno, han mejorado sustancialmente los derechos de los jubilados argentinos y como otros gobernantes de ideologías políticas opuestas han retrotraído y vulnerado esos derechos.

Como se ha dicho en el párrafo precedente y se ha demostrado a lo largo del artículo, lo que hoy se ha dado en llamar “Ley de reparación histórica a jubilados y pensionados” es un título demasiado ostentoso, porque la única “Reparación Histórica” que existió para los jubilados y pensionados, se llevó a cabo en el período 2005-2014, donde se le permitió acceder a millones de personas que habían trabajado en el sector informal, y que nunca recibieron un aporte por la parte patronal, a una jubilación digna. La llamada “Pensión Universal a la vejez”, con la que se trata de conformar a personas que han sido víctimas de la informalidad laboral y que no llegan a cumplir los treinta años de aportes, es violatoria al principio de progresividad y no regresividad establecido en el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### **Bibliografía**

- Alonso, G. (1997) “Estado, Política y Actores Sociales en la reforma de la seguridad social en la Argentina”, Tesis Doctoral, FLACSO, México.
- Arceo, Nicolás, González, Mariana y Mendizábal, Nuria, (2009), “Historia sintética sobre el Sistema Previsional Argentino”, CIFRA - Centro de Investigación y Formación de la República Argentina, Coordinador: Eduardo Basualdo. DOCUMENTO DE TRABAJO N° 2: La evolución del Sistema Previsional Argentino.
- Isuani, Ernesto A. (2008) “*La política social argentina en perspectiva*”, en Cruces, G., D. Ringold y R. Rofman (eds), Los programas sociales en Argentina hacia el Bicentenario. Visiones y perspectivas, World Bank, Buenos Aires.
- Kessler, Gabriel y Di Virgilio, María Mercedes (2008): “*La nueva pobreza urbana: dinámica global, regional y argentina en las últimas dos décadas*”. “Revista de la CEPAL”. Directores: Altamir, Oscar y Bajraj, Reynaldo, Santiago de Chile, N° 95, a disposición de los lectores en la siguiente página web: <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37428/RVE95\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37428/RVE95_es.pdf?sequence=1)>

- Rulli, Mariana (2008) *“Procesos de reforma de previsión social. Actores, Mercado y Sociedad en Argentina, Chile y Uruguay”*. (Directora) Cortés, Rosalía - Doctorado en Ciencias Sociales, FLACSO, Sede Argentina.
- Sección de economía del diario “Página 12”, (12 de marzo de 2016), pág. 06. *“Ya no habrá moratoria para sumar jubilados”*.
- Sección de economía del diario “Clarín”, (01 de junio de 2016), pág. 02.
- Slavin, Pablo (2016): *“Argentina: Políticas Públicas y Derechos Humanos”*. Introducción.



## **ADULTOS MAYORES, DERECHO Y ESTADO: ALGUNOS REPLANTEOS NECESARIOS DE CARA AL FUTURO INMEDIATO**

**Pelle, Walter David**

### SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL Y ALGUNAS DE SUS  
CONSECUENCIAS.

III. LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA  
PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS  
MAYORES.

IV. LOS LITIGIOS PREVISIONALES Y LA JUSTICIA.

V. CONCLUSIÓN.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Es sabido que durante las últimas décadas se ha producido, a nivel mundial, un envejecimiento de la población; ello –básicamente- por dos factores: disminución del índice de natalidad<sup>1</sup> y mayor expectativa de vida<sup>2</sup>.

---

1 El fenómeno no es nuevo: entre 1914 y 1947 la tasa global de fecundidad pasó de 5,3 a 3,2 hijos por mujer (Fuente: "Algunas cifras sobre el envejecimiento poblacional", [www.buenosaires.gob.ar](http://www.buenosaires.gob.ar)). En la actualidad, en los principales centros urbanos de la Argentina la tasa de natalidad se encuentra por debajo de 2,1 hijos por mujer (Fuente: "Argentina, camino a un envejecimiento poblacional paulatino", <http://argentinainvestiga.edu.ar>).

2 En nuestro país, la esperanza de vida al nacimiento entre los años 1995/2000 rondaba los 70 años de edad, mientras que se proyecta que será de 75,3 años para el período 2020/2025 y de 78,9 años para los años 2045/2050; de conformidad a datos suministrados por la CEPAL, citados por Tisnés, Adela y Salazar Acosta, Luisa María; "Envejecimiento poblacional en la Argentina: ¿Qué es ser un adulto mayor en la Argentina? Una aproximación desde el enfoque de la vulnerabilidad social", [www.scielo.org.mx](http://www.scielo.org.mx), junio de 2016.

Si bien en Latinoamérica la situación no alcanzó los índices europeos, es claro que la realidad actual dista mucho de la de principios del siglo XX, y las perspectivas hacia el futuro nos permiten avizorar un destino similar al del viejo continente.

En efecto, yendo a nuestro país, cabe mencionar que –junto a Cuba, Chile y Uruguay- se encuentra entre los más envejecidos de América Latina, y se calcula que en el año 2050 uno de cada cinco argentinos tendrá más de 65 años. Según el Censo 2010 un 10,2% de nuestra población es mayor a dicha edad, mientras que en el año 1914 ese porcentaje era de sólo 2,3%<sup>3</sup>.

El índice de envejecimiento (cociente entre adultos mayores de 65 años y niños menores de 15 años) era del 23,8 cada 100 jóvenes en el año 1970, mientras que en el 2010 ascendió a 40,2<sup>4</sup>.

Por ende, cabe preguntarse qué implicancias tiene socialmente esta tendencia, y qué acciones debe protagonizar el Estado para afrontarla.

La finalidad de este trabajo es analizar sólo parcialmente algunos aspectos de esta realidad, para alertar acerca de la importancia que tienen las acciones del Estado para contener a los adultos mayores teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad, para señalar las deficiencias que tales acciones han tenido durante las últimas décadas, y para proponer una mayor toma de conciencia ante las políticas públicas que deberán llevarse a cabo hacia el futuro.

## **II. EL ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS.**

---

3 Fuente: “Algunas cifras sobre el envejecimiento poblacional”, [www.buenosaires.gob.ar](http://www.buenosaires.gob.ar).

4 Fuente: Tisnés – Salazar Acosta, op. cit.

Son numerosas las consecuencias de lo antedicho, y algunas de ellas ya son una realidad tangible.

Como ejemplos, pueden mencionarse las dificultades económicas para solventar los sistemas de salud y los regímenes previsionales y de asistencia social, la necesidad de generar mayor inclusión social activa de los adultos mayores, la atención y contención de este grupo poblacional debido a su alta vulnerabilidad, la delicada relación entre la población envejecida y sus cuidadores potenciales, la falta de contención afectiva de la que los adultos mayores suelen ser víctimas, etc.

En la actualidad, uno de los temas instalados en los medios de comunicación es – precisamente- la problemática del financiamiento de los sistemas previsionales y de asistencia social. Si bien la “salida aritmética fácil” de este inconveniente es aumentar la edad jubilatoria, ello conllevaría –por parte del Estado- soltarles la mano a quienes se encuentran en una situación de alta vulnerabilidad, e incluso desoír las obligaciones jurídicas asumidas (como ya veremos); por lo que hacen falta políticas más complejas y responsables para afrontar el tema (por ejemplo, reducir sensiblemente el gran porcentaje de trabajo informal existente en nuestro país, lo cual aumentaría los recursos económicos del sistema previsional).

### **III. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES.**

En mayo de 2017 nuestro país ratificó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA, 2015).

El art. 2 de la citada Convención define a la “Persona mayor” como aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que ésta no sea superior a los 65 años.

Si bien resulta razonable preguntarse si –ante el envejecimiento poblacional global y el aumento en las expectativas de vida de las personas- no cabría revisar -actualmente o en un futuro no muy lejano- la edad que se toma como punto de partida del concepto “persona mayor” o “persona adulta mayor” (algunos sostienen que debería partir desde 15 años antes de la edad que se tenga como expectativa de vida promedio), lo cierto es que nuestro país debe regirse por la norma mencionada, por ser parte de dicha Convención y haberla ratificado recientemente.

Por otra parte, es oportuno recordar los deberes estatales que surgen del art 75 inc. 23 de nuestra Constitución Nacional.

La referida Convención tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad (art. 1). Para ello, los Estados Parte deben adoptar todo tipo de medidas desde sus diferentes Poderes, enumeradas en el extenso art. 4.

Algunos de los derechos protegidos expresamente por la Convención son: igualdad y no discriminación por razón de la edad (art. 5), a la vida y la dignidad en la vejez (art. 6), a la independencia y autonomía (art. 7), a la participación e integración comunitaria (art. 8), a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9), a no ser sometido a tortura ni a penal o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11), a la libertad personal (art. 13), a la libertad de expresión y al acceso a la información (art. 14), a la privacidad y a la intimidad (art. 16), a la seguridad social (art. 17), al trabajo (art. 18), a la salud (art. 19), a la educación (art. 20), a la cultura (art. 21), a la recreación, esparcimiento y deporte (art. 22), a la propiedad (art. 23), a la vivienda (art. 24), etc.

Obviamente, cada uno de ellos podría ser objeto de un trabajo de investigación y análisis.

Sólo como ejemplo, y a modo de disparador, a continuación se examinarán algunos datos referidos a la situación previsional de nuestros adultos mayores, teniendo en cuenta la difusión que el tema tiene en nuestro país durante los últimos meses.

#### **IV. EL SISTEMA PREVISIONAL, LOS LITIGIOS Y LA JUSTICIA.**

Como es de público conocimiento, existen en nuestro país numerosos reclamos judiciales previsionales, como consecuencia de que no se cumplen los preceptos legales admitidos por nuestro más alto tribunal a la hora de liquidar y abonar los haberes previsionales.

Por ello, se saturaron los juzgados y cámaras de apelaciones, y el Estado Nacional propició el llamado régimen de la “Reparación histórica” para tratar de descongestionar al Poder Judicial.

Analizado objetivamente, el sistema es perverso: el Estado (a través de ANSeS) incumple sus deberes al liquidar los haberes previsionales, genera miles de reclamos, y los atiende desde el Poder Judicial sin que éste cuente con los recursos físicos y humanos necesarios para que los pleitos sean resueltos con celeridad.

Para ilustrar localmente la cuestión, informes recabados del sistema informático del Poder Judicial Federal de la jurisdicción de la Cámara Federal de Mar del Plata, arrojan los siguientes resultados a la fecha de la presentación de este trabajo: Expedientes previsionales en el Juzgado de Primera Instancia de Azul: 2.885; de Dolores: 1.173; de Necochea: 2.463; del Juzgado n° 2 de Mar del Plata: 4.862; del Juzgado n° 4 de Mar del Plata: 3.163; de la Cámara departamental: 5.419, todo lo cual arroja un total de 19.965 causas; computándose además más de 9.000 acuerdos por la Reparación histórica.

Por otra parte, se estima que la duración aproximada de un juicio previsional (si no tiene complicaciones extras) es de seis años<sup>5</sup>; lo cual es demasiado en cualquier condición, pero aún es más grave si se tiene en cuenta la avanzada edad de los actores. A pesar de las

---

5 Fuente: [www.econoblog.com.ar](http://www.econoblog.com.ar), 10/07/2015; [www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar), 16/09/2013.

promesas estatales de no recurrir las decisiones judiciales de las instancias inferiores, siguen sucediéndose los recursos de apelación y los extraordinarios, lo que conspira contra la celeridad de los procesos.

Si cruzamos esos datos con los contenidos de la Convención antes referida, con encontramos con graves incumplimientos de sus postulados.

En efecto, uno de los deberes de los Estados Parte es adoptar y fortalecer todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos (art. 4, inc. c)]; mientras que el art. 31 establece, en su parte pertinente, que

“La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor (...).”

Por otra parte, el art. 17 reza, en su parte pertinente: “Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social (...).”

Es evidente que ya hace muchos años el Estado incumple sus deberes no sólo desde la omisión (pues no están dadas las condiciones para efectivizar la celeridad ordenada en la Convención, y con ello el debido y adecuado acceso a la justicia), sino también desde la comisión (genera pleitos abonando los haberes previsionales por debajo de lo legalmente establecido). Y, para establecer reformas a futuro, debe tener presente los deberes jurídicos asumidos constitucional e infraconstitucionalmente, para no profundizar aún más sus incumplimientos, y para tratar de mejorar la situación actual.

Muy probablemente, si analizamos cada uno de los derechos consagrados en la Convención, nos encontraríamos con un escenario similar. Por lo tanto, es necesario que se preste la debida atención y se extremen las medidas –desde todos los Poderes del Estado– para que se garanticen los derechos de los adultos mayores. Mucho más aún si tenemos en cuenta que –progresivamente– el porcentaje de la población avejentada aumenta año a año.

## **V. CONCLUSIONES**

El creciente envejecimiento poblacional genera nuevos desafíos a la sociedad, y el Estado cumple un rol esencial en la tutela y efectivización de los derechos de los adultos mayores, especialmente vulnerables.

Por ello, deben diseñarse e implementarse políticas públicas adecuadas y sostenibles, que permitan mejorar la situación actual, sumida en numerosos incumplimientos por parte del Estado.

Específicamente en el campo previsional, las condiciones actuales son de extrema gravedad, ya que los incumplimientos se suceden a la hora de liquidar los haberes, de tramitar los reclamos administrativos, de canalizar y resolver los pleitos judiciales.

El escenario es aún más preocupante ante el aumento de la población adulta mayor, pues –si no se toman las medidas necesarias– cada vez serán más los excluidos de un tratamiento digno y justo, en una etapa de su vida que los convierte naturalmente en más vulnerables.

Considero oportuna esta reflexión en tiempos en los que se está anticipando un posible cambio en el régimen previsional argentino.

Habrá que pensar en políticas públicas que formen un entramado de contención y no de exclusión, para lo cual será necesario un manejo responsable y honesto de los recursos, un sistema impositivo más equitativo y menos recesivo, y una concientización y sensibilidad especial de los funcionarios y -por qué no- de la sociedad en general.



## **EL DERECHO A LA CONFORMACIÓN FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL**

**Maicá, Juan José<sup>1</sup> – Marmeto, Esteban<sup>2</sup>**

### **I. Introducción**

En la presente ponencia intentaremos esbozar los lineamientos que giran en torno al engranaje del derecho a la conformación familiar de las personas con diversidad funcional. Para ello, primeramente desarrollaremos los distintos modelos que se han suscitado respecto a este colectivo. Seguidamente vincularemos la discapacidad con los derechos humanos, finalizando con un análisis de los distintos tipos de familias y su vinculación con aquellos sujetos vulnerables.

### **II. Las personas con discapacidad como sujetos de derecho**

Las personas con diversidad funcional han sido excluidas, denostadas y hasta mutiladas a lo largo de la historia; generalmente son apartadas de la sociedad, negándoles todos los derechos fundamentales que gozan las personas que responden a los cánones sociales de la “normalidad”. Su lectura en clave de derechos humanos permitió el paso de una concepción médico rehabilitadora —la cual, como se verá seguidamente, atañe principalmente al binomio patología/discapacidad— hacia un modelo social, que no pone el acento en la persona sino en las barreras físicas y sociales que obstruyen su personalización<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. Ayudante alumno en la cátedra de Derecho de familia y sucesiones de la misma facultad. Becario en investigación del programa Becas en Entrenamiento en la Investigación (BEI). Correo electrónico: juan.maica@hotmail.com

<sup>2</sup>Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. Ayudante alumno de la cátedra de Derecho de familia y sucesiones de la misma facultad. Becario del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN). Correo electrónico: estebanmarmeto@hotmail.com

<sup>3</sup>BROGNA, PATRICIA; “*Visiones y revisiones de la discapacidad*”; Fondo de Cultura Económica; México; 2009; página 12

Como enseña Palacios<sup>4</sup>, a lo largo de la historia se han suscitado diversos modelos en relación al tratamiento de las personas con discapacidad; cada uno de ellos responde a un contexto histórico, social y cultural en particular que caracteriza y sedimenta a una época determinada. El primer modelo que se ha observado en la historia es el denominado “*de prescindencia*”, propio de la Edad Antigua y la Edad Media. Aquí se sostuvieron dos postulados. El primero se anclaba sobre un axioma de tipo religioso, al considerar que la deficiencia provenía de una venganza de los dioses hacia la persona por algún acto incorrecto que habían realizado en otra vida. El segundo consideraba que las personas con discapacidad eran seres improductivos que constituían una carga no sólo para sus progenitores sino para con la sociedad. Posteriormente se desarrolló el “*modelo rehabilitador*” que, a diferencia del anterior, la causa de la discapacidad no se construyó sobre una base religiosa sino que la misma se erigió en el elemento médico.

El fundamento de este modelo se caracterizó en considerar a la persona con diversidad funcional ya no como un ser improductivo, sino como un sujeto que podía —y debía— ser rehabilitado. Para ello, los profesionales se valieron de los diferentes avances científicos para intentar rehabilitar a aquellas personas que “padeían” una deficiencia; el lugar más ameno para llevar a cabo aquel cometido eran los mal llamados “manicomios”, construyéndose así un largo —y lamentable— período de institucionalización de las personas con discapacidad. De esta forma se producía un doble beneficio social dado que, por un lado, se intentaba “curar” a la persona que “padeía una locura” y, por el otro, se escondía a los improductivos y molestos de la sociedad a través del encierro en un manicomio.

En la actualidad, se ha desarrollado un tercer modelo a través del cual se considera que las causas que generan la discapacidad de la persona ya no residen en el elemento religioso, ni científicos sino en las barreras o límites que desde la sociedad se le imponen a éstos. Éste ha sido denominado como “*modelo social*”. Las soluciones que se brindan desde esta nueva concepción van dirigidas a rehabilitar y normalizar al conjunto de personas que

---

<sup>4</sup>PALACIOS, AGUSTINA – BARIFFI, FRANCISCO; “*La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”; Ediciones Cinca; 2007

viven en sociedad. Sin embargo, y como señala Palacios<sup>5</sup>, la discapacidad debe observarse desde un enfoque holístico partiendo de la premisa de que la inclusión no debe restringirse únicamente a la oportunidad de generar empleo, sino también en la posibilidad de acceder a todas las actividades culturales, deportivas, recreativas, etc.

El cambio de paradigma de este nuevo modelo provino de la lucha de diversos movimientos sociales que se desarrollaron en Estados Unidos e Inglaterra<sup>6</sup>. Estos reclamos comenzaron a desplegarse en la década del 70 basados en la despatologización y desinstitucionalización de las personas con discapacidad, canalizados en la exigencia de que los miembros que integran la sociedad las incluyan mediante la adaptación del ambiente en el que se desenvuelven. Si bien esto último tiene fundamental importancia entre adultos, respecto a Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante NNA) cobra mayor relevancia dado que, siendo sujetos doblemente vulnerables, requieren de un mayor esfuerzo de integración y vinculación con la sociedad toda. Desde esta óptica, se ha criticado la búsqueda de normalización de este colectivo a través de la creación de escuelas especiales a través de las cuales se excluye a los NNA con discapacidad de los que gozan cánones de normalidad social<sup>7</sup>. En virtud de ello, consideramos que si desde un modelo social —que es sobre el cual se sedimenta la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Código Civil y Comercial de la Nación— se busca romper las barreras sociales que el entorno genera, cuán importante sería comenzar a implementarlo desde algo tan básico y elemental como la educación. En definitiva, será allí el lugar idóneo para que pueda comenzar a desarrollarse una mayor inclusión y que ello haga metástasis en el resto de la sociedad.

Autores como Romañach ensayan sobre el surgimiento de un cuarto modelo que se enlaza con el modelo analizado en el párrafo anterior: el de la “*diversidad*”. Tanto éste como el modelo social, tienen como puntos de contacto su edificación en claves de

---

<sup>5</sup>PALACIOS, AGUSTINA; “*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”; Ediciones Cinca; Madrid; 2008; página 105

<sup>6</sup> Para una lectura más profunda de los diversos movimientos, se recomienda leer PALACIOS, AGUSTINA; “*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, página 106

<sup>7</sup>Idem, página 129.

derechos humanos, considerando que la desmanicomialización y la desobjetivación de las personas con diversidad funcional atenta contra los derechos básicos y fundamentales de ellas. Sin embargo, quienes bregan por la existencia de un nuevo molde sobre la discapacidad, sostienen que el modelo social resulta incompleto a la hora de realizar un enfoque holístico de la dignidad del ser humano<sup>8</sup>. Es por ello que desde el modelo de la diversidad, se intenta erradicar el eje teórico de la capacidad —sobre el cual se edifica el social— para la aproximación al ser humano para convertirlo en una cuestión de dignidad<sup>9</sup>; de este modo, se plantea un cambio terminológico adoptando el término “personas con diversidad funcional” por sobre “personas con discapacidad”. Desde el modelo de la diversidad, se considera que todas las personas deben tener garantizada su plena dignidad, entendida ésta tanto desde una faz intrínseca o moral como extrínseca o jurídica. Para garantizar la primera, la vida de todos los seres humanos debería ser valorada como iguales; la segunda, se garantizará siempre que todas las personas tengan los mismos derechos y las mismas oportunidades. De esta forma, el modelo en análisis plantea la necesidad de utilizar dos campos de debate dialéctico y conceptual: la bioética y el derecho, a fin de conseguir la plena dignidad de las personas con diversidad funcional y, por consiguiente, de la sociedad<sup>10</sup>.

Como se verá más adelante, la línea sobre la que se construye el modelo social —y su evolución, el modelo de la diversidad— servirá fundamentalmente, y en lo que atañe a este ensayo, como base para la exigibilidad de un trato igualitario respecto a las personas con discapacidad en lo atinente a la posibilidad de conformar y constituir una familia —entendida no solo como celebración de nupcias sino como derecho a una planificación familiar—. Sin embargo, y antes de analizar el tema aludido, consideramos importante

---

8 PALACIOS, AGUSTINA - ROMAÑACH, JAVIER – “El modelo de la diversidad. La bioética y los Derechos Humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional”; Ediciones Diversitas- AIES; Madrid; 2006; página 192

9 ROMAÑACH CABRERO, JAVIER; “Derechos humanos y bioética: capacidad, consentimiento y consentimiento informado” en PALACIOS, AGUSTINA - BARRIFFI, FRANCISCO; “Capacidad jurídica, discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; Ediar; Buenos Aires; 2012; página 603

10 ROMAÑACH CABRERO, JAVIER – “Bioética al otro lado del espejo: la visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos”; Diversitas Ediciones; Santiago de Compostela; 2009

hacer referencia al análisis de la protección que gozan las personas con discapacidad en el ámbito de los Derechos Humanos tanto a nivel regional como universal.

### **III. Diversidad funcional y Derechos Humanos. Hacia una plasmación del modelo social.**

La proliferación que los derechos humanos han tenido a lo largo del siglo XX ha servido de base para la materialización de las reclamaciones que diversos sectores sociales venían realizando desde hacía mucho tiempo respecto de las personas con diversidad funcional. Las constantes luchas por parte de las organizaciones de los derechos de este colectivo se plasmaron normativamente, en el ámbito regional, en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>11</sup> — ratificada por Argentina a través de la ley 25.280—. No obstante los diversos principios emanados de la Organización de las Naciones Unidas<sup>12</sup>, a nivel universal existían carencias normativas respecto a la recepción, regulación y respeto de los derechos de las personas que poseen diversidad funcional. Recién hacia principios del siglo XXI fue sancionada la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>13</sup>—en adelante, CDPD—. Este instrumento, ratificado por nuestro país mediante ley 26.378, tiene en miras la promoción y protección de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, propendiendo a paliar la profunda desventaja social de las personas con diversidad funcional. Dentro de esta lógica jurídica, la Convención intenta promover su participación en los ámbitos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en igualdad de oportunidades, tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo<sup>14</sup>.

El corpus iuris interamericano tuvo desde sus inicios una insistente preocupación por los derechos que respectan a las personas con diversidad funcional. En este orden de ideas, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano brindó, en su artículo XVI, una protección de este colectivo. Sin embargo, en la Convención

---

11 Adoptada el 6 de julio de 1999. En vigor desde el 14 de setiembre de 2001

12 Estos principios constituyen *softlaw*.

13 Suscripto en 2006. En vigor desde el 3 de mayo de 2008

14 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, preámbulo, inciso Y.

Americana sobre Derechos Humanos —principal instrumento a nivel regional— no existe referencia alguna acerca de la protección de las personas con discapacidad; sólo el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales —conocido como Protocolo de San Salvador— posee en su artículo 18, aunque con una terminología arto criticable, una disposición que tiende a proteger a estas personas. El articulado, que debe analizarse a la luz de los artículos 6 y 13 del protocolo antes mencionado, refleja en forma clara la adopción del modelo médico-rehabilitador. Sin embargo, la ausencia de disposiciones específicas en la CADH no ha servido como excusa para socavar los derechos de este colectivo dado que, a través de una aplicación transversal y armónica del articulado establecido en este instrumento, se ha brindado una protección a las personas con diversidad funcional. Ello puede ser visibilizado en el caso “Víctor Rosario Congo v. Ecuador”<sup>15</sup>, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CIDH— estableció la responsabilidad del Estado ecuatoriano por la muerte de una persona con discapacidad mental en un centro de reclusión. En lo que interesa respecto al tema en análisis, la CIDH se enroló fundamentalmente en la violación al artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual fue interpretado a la luz de los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”<sup>16</sup>. Ya en el ámbito jurisdiccional, resulta interesante hacer referencia al caso “Ximenes Lopes versus República Federativa de Brasil”<sup>17</sup> a través del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CorteIDH— condenó al Estado brasileño por la muerte de una persona con discapacidad, basándose en la violación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este precedente judicial es de suma importancia para el ámbito regional de los Derechos Humanos dado que constituye un *leading case* respecto al reconocimiento de los derechos de las personas con diversidad funcional.

---

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999

16 Estos principios —que actualmente constituyen *softlaw*— fueron considerados, al momento del dictado del informe, el estándar más completo sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental a nivel internacional.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso XimenesLopes vs. Brasil. 4 de julio de 2006

Por fuera de la normativa antes señalada, existen en el ámbito regional otros tratados que amplían el corpus iuris interamericano sobre discapacidad. En este sentido, la “Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer”<sup>18</sup> —conocida como Convención de Belém Do Pará— contiene en su artículo 9 una protección especial de la mujer con discapacidad, cuestión sumamente importante dado que son sujetos que poseen una doble vulnerabilidad. Más cercanas en el tiempo se encuentran la “Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia” y la “Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”. En lo que respecta a las personas con diversidad funcional, esta última es la que posee mayor relevancia dado que reconoce a la discapacidad como supuesto de discriminación<sup>19</sup>. Además, lo relevante de este instrumento reside en brindar una definición de discapacidad indirecta y múltiple, algo que resulta a todas luces novedoso en esta temática.

Como se señaló anteriormente, la sanción de la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” constituyó un precedente normativo sumamente importante para el ámbito regional, siendo el primer instrumento vinculante que abordó de manera específica y global las situaciones de las personas con diversidad funcional<sup>20</sup>. Sin embargo, este instrumento internacional no está exento de críticas dado que no sólo no recepta en forma cabal el modelo social de discapacidad —se ha considerado que la Convención posiciona a la discapacidad en el individuo a partir de su deficiencia <sup>21</sup>—, sino que además carece de un enfoque pleno de derechos, debido a que “desde su lenguaje parece expresar más bien una serie de consejos sobre políticas de desarrollo social”<sup>22</sup>. A pesar de ello, la Corte Interamericana sobre

---

18 Adoptado el 9 de junio de 1994. En vigor desde el 5 de marzo de 1995

19 BREGAGLIO, RENATA; “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención”, en *Derechos humanos de los grupos vulnerables, Red Derechos Humanos y Educación Superior*, 2014, página 116

20 PALACIOS, AGUSTINA; “La salud mental en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; AP/DOC/1092/2016; página 5

21 BREGAGLIO, RENATA; “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano...” Op. Cit. página 118

22 PALACIOS, AGUSTINA; “La salud mental en el Sistema...” página 5

Derechos Humanos ha señalado, a fin de unificar estándares, que el instrumento regional recepta en su articulado el modelo social<sup>23</sup>.

Como se ha dicho, el corpus iuris internacional en materia de diversidad funcional se encuentra constituido por múltiples instrumentos que intentan brindar una adecuada protección de aquel colectivo. Pero, sin lugar a dudas, el principal instrumento que aborda de manera integral la problemática que aqueja a las personas con diversidad funcional es la CDPD. Tal como se señaló, su marco tuitivo reposa sobre una concepción social de la discapacidad en la que se busca que se respeten tanto sus derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales. Es que desde este plexo normativo se intenta otorga una mayor visibilidad a este grupo que histórica y socialmente ha sido desplazado y discriminado, procurándole un lugar en la agenda política y social.

La sanción de la convención generó un fuerte impacto en el sistema regional sobre derechos humanos dado que el régimen convencional interamericano debió ser interpretado a la luz de los nuevos estándares universales. El primer caso que llegó a la CorteIDH fue el de “Furlan y Familiares vs Argentina”<sup>24</sup>. Allí, se condenó al Estado argentino por la violación de diversas normas de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos vinculadas, fundamentalmente, a la excesiva demora por parte de los órganos estatales para la resolución de un litigio en el que Sebastián Furlan sufrió una grave lesión —que le provocó una discapacidad mental— en un inmueble perteneciente al Estado Nacional. Esta sentencia reviste suma importancia dado que es aquí donde por primera vez se utilizan los principios que sedimentan a la CDPD como fundamento para el establecimiento de responsabilidad internacional estatal por la violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica”<sup>25</sup> la Corte condenó al Estado costarricense por la decisión de prohibir la realización de técnicas

---

23 Corte Interamericana sobre Derechos Humanos – Furlan y Familiares contra Argentina. 31 de agosto de 2012, párrafo 133. Ver comentario de BREGAGLIO, RENATA; “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano...” página 118

24 Caso Furlan y Familiares vs Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012

25 Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012

de reproducción humana asistida en su país. Aquí el tribunal reafirmó que tanto la CIADDIS como la CDPD se suscriben sobre los cánones del modelo social de discapacidad<sup>26</sup>, continuando con la posición afirmada en Furlan. Sin embargo, el punto más relevante de este fallo consiste en que la Corte IDH consideró que la imposibilidad de tener hijos en forma biológica es una enfermedad<sup>27</sup>, motivo por el cual esta cuestión debe ser observada y resuelta teniendo en miras las disposiciones sobre la discapacidad. Esta afirmación ha sido criticada con acierto por un sector de la doctrina<sup>28</sup>; si el sistema interamericano de derechos humanos se enrola en el modelo social de discapacidad —afirmado, como se señaló, por la Corte IDH en varias oportunidades—, considerar a la infertilidad como enfermedad es, a todas luces, un claro retroceso hacia el paradigma del modelo rehabilitador.

Otro de los casos interesantes en el sistema internacional respecto a las personas con discapacidad es “Gonzales Lluy y Otros c. Ecuador”<sup>29</sup>. Aquí la Corte condenó al país ecuatoriano por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gonzáles Lluy cuando tenía tres años de edad. Lo peculiar que tiene ese fallo respecto al tema en análisis es la vinculación que realiza el Tribunal entre el VIH/SIDA y la discapacidad. Para éste órgano, la histórica —y constante— discriminación que sufren las personas que poseen HIV hace que se torne necesaria la aplicación del modelo social que propugna la CDPD, dada las constantes barreras que impone la sociedad para no permitirles el libre goce y disfrute de sus derechos<sup>30</sup>. No obstante lo señalado anteriormente, la Corte IDH reafirma que convivir con VIH/SIDA no es per se una situación de discapacidad, sino que se transforma en tal cuando su situación genera una exclusión o un detrimento en la vinculación para con la sociedad<sup>31</sup>.

#### **IV. Derecho a la conformación familiar**

---

26 Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica, párrafo 291

27 Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica, párrafo 293

28 BREGAGLIO, RENATA; “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano...” op. Cit. página 129.

29 Caso Gonzales Lluy y Otros vs Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015

30 Caso Gonzales Lluy y Otros vs Ecuador, párrafo 236

31 Caso Gonzales Lluy y Otros vs Ecuador, párrafo 238

El ordenamiento jurídico contemporáneo se ha caracterizado por la diversidad de conformaciones familiares. La constitucionalización del derecho privado —y por consiguiente del derecho de las familias— y la constante permeabilidad del sistema jurídico con el entorno, ha permitido vislumbrar un presente más inclusivo a través del cual las personas ya no deben ceñirse a un único modelo familiar, sino que tienen la posibilidad de elegir el molde que mayor se ajuste a su realidad. De esta forma, el multiformismo permite dejar de lado al matrimonio como única forma por antonomasia de estar en familia.

El fundamental desarrollo de los derechos humanos en el último siglo ha permitido un fuerte cambio de paradigma en la forma de observar y proteger las diversas relaciones intrafamiliares; ya no es la institución familiar el eje de protección de los instrumentos internacionales sino las personas que integran los diversos entramados familiares<sup>32</sup>. De esta manera, se intenta proteger a los sujetos que la conforman máxime cuando quienes la integran son personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad —por ejemplo, las constituidas por personas con diversidad funcional—. Ello se complejiza aún más cuando esta construcción social se encuentra conformada por sujetos que posee una doble vulnerabilidad —por ejemplo, una mujer con discapacidad—. Será allí donde el Estado deberá aunar sus esfuerzos con la finalidad evitar distinciones discriminatorias que entorpezcan el libre ejercicio de sus derechos fundamentales. En este sentido, la Corte IDH sostuvo en la Opinión Consultiva 18 que la no discriminación —junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas— son elementos constitutivos del principio de protección de los derechos humanos<sup>33</sup>.

Estas acciones deberán ser leídas e interpretadas a la luz de las disposiciones establecidas en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. De esta manera, corresponde al Congreso de la Nación “*legislar y promover medidas de acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”. Siguiendo lo enseñado por Bidart Campos respecto a este

---

32 LLOVERAS, NORA – SALOMÓN, MARCELO – “El derecho de familia desde la Constitución Nacional”; Editorial Universidad; Buenos Aires; 2009; página 41

33 Opinión Consultiva OC-18/03, párrafo 83

artículo, el Poder Legislativo posee una doble competencia: legislar y promover. Ambos verbos implican que este órgano tiene obligaciones de hacer, las que deben vehiculizarse mediante la legislación y promoción de medidas de acciones positivas<sup>34</sup>.

Si bien la reforma constitucional de 1994 permitió el paso de un Estado de derecho constitucional a un Estado de derecho constitucional-convencional, el plexo normativo interno —o secundario— establecía sus propias reglas con total indiferencia a la Constitución, considerando que los códigos que de él surgían funcionaban como un límite fronterizo del ordenamiento jurídico<sup>35</sup>. Este particular fenómeno generó que autores como Bidart Campos debieran afirmar que la ley no era el techo del ordenamiento jurídico<sup>36</sup>, como un intento de paliar la bifurcación existente entre éstos dos campos. Sin embargo, y no obstante el cambio jurisprudencial y doctrinario desarrollado durante el último decenio, la comisión reformadora consideró conveniente que el Código Civil y Comercial de la Nación establezca, en su novedoso título preliminar, un sistema de interpretación y aplicación anclado en el paradigma constitucional-convencional. De esta manera, los tres primeros artículos de la nueva normativa incluyen a la “Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte”<sup>37</sup> como fuentes y pautas hermenéuticas hacia las que se deben ponderar, estableciéndose relaciones de heterarquía entre ambos instrumentos.

En este orden de ideas, y atento al fenómeno antes descrito, el derecho de familias contemporáneo no puede —ni debe— ceñirse únicamente a lo establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación, sino que debe ser integrado por los diversos instrumentos internacionales en derechos humanos y la ley fundamental. Ello, además, debe ser retroalimentado por lo prescripto por la jurisprudencia emanada de los órganos

---

34 BIDART CAMPOS, GERMÁN J.; “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”; Tomo VI; Ediar; Buenos Aires; 1997; página 378

35 GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS; “*El Estado constitucional y convencional del Código Civil y Comercial*”; Ediar; Buenos Aires; 2015; página 11

36 BIDART CAMPOS, GERMÁN J.; “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (una muy buena sentencia de adopción)”; AR/DOC/15203/2001

37 Para algunos autores como CiuroCaldani, los dos primeros párrafos del artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación son técnicamente innecesarios pero ideológicamente adecuados. (CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL; “Despliegues tácticos de Teoría General del Derecho de la Constitución de 1853 y su reforma de 1860 y de los Códigos Civiles de 1869 y 2014”. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org/lyD/lyD496.pdf>, página 134).

jurisdiccionales locales e internacionales. De esta manera, y atento a lo establecido en los diversos ordenamientos, se conforma un nuevo orden familiar anclado en la democratización de las relaciones familiares, la igualdad de quienes la integran y la horizontalidad en la toma de las decisiones. Este modo de estar en familia ha sido denominado por un sector de la doctrina como “derecho de las familias”<sup>38</sup>. La nueva conceptualización procura la recepción de los múltiples modos de planificación familiar, superando al arcaico trinomio heterosexual-nuclear-matrimonializado que rigió durante muchos años en Argentina.

Sin embargo, consideramos propicio remarcar que la pluralidad de familias que se desprende a partir de la constitucionalización y convencionalización del derecho privado debe ser entendida desde una doble significación: por un lado, como aquella posibilidad de elegir el molde o modelo que mejor se adecue a su realidad familiar; y, por otro lado, como aquel derecho igualitario que tienen todas las personas de vivir y conformar una familia independientemente de sus cualidades personales. Este último derecho es el que desde antaño se le ha menoscabado a las personas con diversidad funcional, edificándose sobre ellas un estigma acerca de su imposibilidad de ejercer roles parentales y de planificación familiar. Tal como señala María Elena Villa Abrille, los medios todavía muestran a las personas con discapacidad como asexuados, como si fueran eternos niñas/os o ángeles a quienes la sexualidad les resulta ajena e imposible de alcanzar<sup>39</sup>.

Como se ha señalado, los sujetos con diversidad funcional han sido históricamente excluidos en lo que respecta al ejercicio del derecho a la conformación familiar; la patologización de su capacidad jurídica ha sido uno de los tantos motivos que han sido utilizados para vedarles el libre y pleno goce de sus derechos. Por esta razón, la CDPD se vio en la imperiosa necesidad de establecer en su articulado una disposición relativa a la vida familiar, comprometiéndose el Estado a adoptar “medidas efectivas y pertinentes” tendientes a ponerle fin a la discriminación en las que se ven inmersas las personas con

---

38 HERRERA, MARISA; “La enseñanza del derecho de las familias: del singular al plural, algo más que una letra de diferencia”; AP/DOC/39/2016

39 ESSES, JOSÉ; “No tan distintos. Historia de gente con discapacidad mental”; Capital Intelectual; 2012; página 45.

diversidad funcional<sup>40</sup>. Ello debe ser analizado a la luz del preámbulo del mismo instrumento el cual, según lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, constituye una pauta interpretativa a tener en cuenta al igual que su texto y anexos.

En consonancia con lo antes señalado, la Corte IDH se ha pronunciado sobre la noción de familia que suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la interpretación a la que debe arribarse desde una lectura sistémica de su articulado. Así la Corte IDH en el fallo “AtalaRiffo y Niñas c. Chile” sostuvo que “la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”<sup>41</sup>. Esta mirada amplia es desde la que se debe observar e interpretar la CDPD, permitiendo que aquellos sujetos que poseen diversidad funcional puedan conformar, en igualdad de condiciones, cualquiera de los tipos de familias regulados y previstos por el ordenamiento jurídico interno.

## V. Conclusión

El modelo social de discapacidad ha permitido un cambio radical del paradigma médico-rehabilitador. Las transformaciones socioculturales han posibilitado la ineludible y trascendente necesidad de que se les reconozcan derechos a este colectivo. El profundo cambio de concepción ha sido captado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, constituyendo una bisagra fundamental en el abordaje de la temática.

---

40 Artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

41 Caso “AtalaRiffo y niñas vs. Chile”, párrafo 142

En lo que respecta a las relaciones familiares, consideramos propicio remarcar que desde la pluralidad de familias que se desprende, a partir de la convencionalización y constitucionalización del derecho privado, esta institución debe ser entendida desde una doble significación: por un lado, como aquella posibilidad de elegir el molde o modelo que mejor se adecue a su realidad familiar; y, por otro lado, como aquel derecho igualitario que tienen todas las personas de vivir y conformar una familia independientemente de sus cualidades personales.

Desde aquí propugnamos a que se respete la libre conformación familiar sin discriminación alguna, acorde al deseo y plan de vida que cada persona considere conveniente.



## LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR EN EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2017. UNA LECTURA DESDE LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Ormar, Camila A.**

### **Aproximaciones iniciales**

Aun cuando los movimientos migratorios constituyen una parte esencial de la historia,<sup>1</sup> las personas migrantes enfrentan constantes situaciones de discriminación y negación de sus derechos.<sup>2</sup> Al respecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha expresado su preocupación “por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”.<sup>3</sup> En efecto, en la actualidad, la vulneración de los derechos de las personas migrantes ha adquirido mayor visibilidad que en el pasado, llegando a sostenerse que la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI conforman la “era de la migración”.<sup>4</sup>

En efecto, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó, en el año 1985, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Si bien dicho instrumento ha pasado algo desapercibido<sup>5</sup> es a partir de él que, desde 1990, “los debates migratorios en el seno de la Asamblea General giraron casi exclusivamente en torno a la Convención de Trabajadores Migratorios”.<sup>6</sup> Asimismo, existen órganos dentro del sistema universal que procuran la protección de los derechos de

---

<sup>1</sup>CASTLES, S. & MILLER, M. (2004) *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*. Zacatecas, Porrúa-SEBOG-INM.

<sup>2</sup>CORTE IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

<sup>3</sup>ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Protección de los migrantes, Resolución aprobada sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/54/605/Add.2), A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000.

<sup>4</sup>CASTLES, S. & MILLER, M. (2004) *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*. Zacatecas, Porrúa-SEBOG-INM.

<sup>5</sup>INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS & ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. (2016). *Migración, derechos humanos y política migratoria*. Buenos Aires: IPPDH.

<sup>6</sup>GARCÍA, L. (2013). *Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través del poder judicial*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho, UBA.

las personas migrantes, a saber, la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, inaugurada en 1999, y el mandato del Relator para la expulsión de las personas extranjeras, creado en el año 2004. Sumado a lo anterior, se ha destacado la entrada en vigor de la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en 2003. Dicho instrumento no solo incorporó un catálogo de derechos de los tratados generales de derechos humanos sino que también detalló la obligaciones específicas de los Estados Parte en favor de las personas migrantes.

Junto con el trabajo en materia de protección, respeto y promoción de los derechos humanos en el ámbito de Naciones Unidas, es posible registrar avances en el plano regional. En el caso del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos -SIPDH- la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- impulsó, en el año 1996, la creación de la Relatoría sobre los derechos de los migrantes.<sup>7</sup> Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- ha entendido sobre presuntas violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH- de personas migrantes, al mismo tiempo que ha emitido importantes opiniones consultivas.<sup>8</sup>

En este contexto se propone, como objetivo, examinar la política migratoria de nuestro Estado a la luz de los estándares desarrollados en el marco del SIPDH. Para ello, se procurará identificar los avances y retrocesos que se han producido en los últimos tiempos, con especial énfasis, en la reunificación familiar de las personas migrantes a partir del Decreto de Necesidad y Urgencia -DNU- 70/2017. Asimismo, se hará referencia al impacto actual que ha generado la entrada en vigencia del DNU en cuestión, tanto en el plano interno, así como también en el ámbito regional y universal. Finalmente, se presentarán las principales reflexiones alcanzadas.

---

<sup>7</sup>Extraído de <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/mandato/mandato.asp>

<sup>8</sup>Entre ellas: Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21; Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

**La sanción de la Ley 25.871. Derecho humano a migrar y reunificación familiar.**

Actualmente, el régimen de migraciones en el Estado argentino se encuentra contenido en la Ley 25.871 sancionada el 20 de enero del año 2004. Dicha normativa derogó a la Ley 22.439, llamada Ley General de Migraciones -habitualmente conocida como “Ley Videla”- sancionada en 1981 durante la dictadura militar argentina. Vale la pena recordar que la sanción de la Ley 25.871 fue posible, entre otros factores, gracias al acuerdo de solución amistosa alcanzado por Argentina y los peticionarios ante la CIDH en el marco del caso Juan Carlos de la Torre. En efecto, en el informe No. 85/11 la CIDH destacó que

El proceso iniciado contribuyó de manera decisiva a la derogación de la Ley de migraciones por entonces vigente, conocida como “Ley Videla”, y a su sustitución por la Ley 25.871, sancionada el 20 de enero de 2004; a la implementación de un mecanismo de consultas con distintas organizaciones a efectos del dictado de la reglamentación de la nueva norma; a la adopción de las medidas necesarias para la aprobación y posterior ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus familias.<sup>9</sup>

Asimismo, la adopción de la Ley 25.871 fue celebrada por diversos órganos de las Naciones Unidas -ONU-, entre ellos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial -CERD- (CERD/C/ARG/CO/21-23). En efecto, la redacción originaria de la Ley 25.871 garantizaba, en su artículo 4, el derecho a migrar en los siguientes términos “El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Al mismo tiempo, la legislación consagró la reunificación familiar no solo como un objetivo, conforme al inciso d) del artículo 3, sino también, como una obligación del Estado de conformidad con el artículo 10 de la misma. De esta manera, el reconocimiento de la unificación familiar

---

<sup>9</sup>CIDH. Informe No. 85/11. Petición 12.306. Solución amistosa. Juan Carlos de la Torre. Argentina. 21 de julio de 2011.

procuró asegurar a las personas migrantes la posibilidad de no separarse de su familia, por ejemplo, por irregularidades administrativas.

Sin embargo, la última reforma de dicha ley, llevada a cabo por el DNU 70/2017 del 30 de enero de 2017, ha sido objeto de fuertes críticas

En primer lugar, se sostuvo que el decreto es inconstitucional porque: 1) crea una necesidad y una urgencia que no son tales, ofreciendo una lectura estadística del sistema penal sesgada y tendenciosa, pues la población migrante presa en el país representa sólo el 6% de la población carcelaria total y, en términos absolutos, ese porcentaje equivale a un universo de 4.449 de personas sobre casi 2 millones de personas migrantes que viven en el país (4.5% de la población total); 2) se dirige supuestamente a la población migrante involucrada en causas penales y, según nuestra Constitución, el derecho penal es una materia legislativa vedada al Ejecutivo; 3) afecta integralmente la Ley de Migraciones 25.871, creando un nuevo y regresivo sistema de ingreso, permanencia, cancelación de residencias y expulsión; 4) avanza sobre la consolidada Ley 346, que regula el derecho de ciudadanía y nacionalidad, una tarea que fuera específicamente delegada al Congreso.<sup>10</sup>

### **Retrocesos en las políticas migratorias argentinas: el Decreto 70/2017. Una Lectura desde el SIPDH**

En este orden de ideas, una de las principales modificaciones que surgen del DNU 70/2017 es la protección al derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio. Para comprender ello, es necesario señalar que, dentro del régimen argentino, existen dos grandes sistemas de dispensas. En palabras de García,

---

<sup>10</sup>Diario Clarín, La política migratoria, no por decreto, 28/02/2017. Disponible en: <http://www.uba.ar/noticiasuba/nota.php?id=17173>.

hay dos grandes regímenes: una para personas que solicitan su residencia (art. 29) y otra para residentes (art. 62); la regla para las primeras es que una causal impeditiva implica denegación del ingreso salvo excepciones por razones humanitarias o de reunificación familiar, mientras que para las segundas, la regla es la no cancelación de residencia si se trata de una persona con familia (art. 62 anteúltimo párrafo) o arraigo (último párrafo) en el país y sólo excepcionalmente podrá hacerse lugar a su expulsión. (...) Para todas las dispensas existe el derecho a la reunificación familiar.<sup>11</sup>

En este sentido, si bien el DNU 70/2017 mantuvo la reunificación familiar como un supuesto de dispensa, lo cierto es que estableció requisitos más gravosos para obtener la misma. En efecto, el Decreto dispuso que, para que la dispensa por reunificación familiar proceda debe acreditarse la “convivencia” del grupo familiar.<sup>12</sup> Al respecto, se destaca la dificultad de acreditar dicho requisito “tratándose justamente de una solicitud de ingreso o residencia de una persona que no vive en Argentina pero también, porque estamos hablando de personas en movimiento donde las familias suelen ser transnacionales”.<sup>13</sup> En efecto,

En los casos de expulsión, si antes la reunificación familiar era una condición para evitar la expulsión ahora es una excepción (...). Fuera de los supuestos expresamente regulados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa.<sup>14</sup>

Asimismo, la redacción original de la 25.871 contenía un régimen de dispensa facultativo y uno obligatorio, aunque el DNU 70/2017 eliminó las dispensas obligatorias al transformarlas en facultativas. Al mismo tiempo que, según el artículo 62 bis, “el otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente ley será una

---

<sup>11</sup>GARCÍA, L. (2017). “Decreto 70/2017, Ley de migraciones y Poder Judicial”. Disponible en: [https://www.academia.edu/32398094/Decreto\\_70\\_2017\\_Ley\\_de\\_migraciones\\_y\\_Poder\\_Judicial](https://www.academia.edu/32398094/Decreto_70_2017_Ley_de_migraciones_y_Poder_Judicial).

<sup>12</sup>De esta forma, el DNU 70/2017 modifica los artículos 29 y 62 de la Ley 25.871.

<sup>13</sup>GARCÍA, L. (2017). “Decreto 70/2017, Ley de migraciones y Poder Judicial”. Disponible en: [https://www.academia.edu/32398094/Decreto\\_70\\_2017\\_Ley\\_de\\_migraciones\\_y\\_Poder\\_Judicial](https://www.academia.edu/32398094/Decreto_70_2017_Ley_de_migraciones_y_Poder_Judicial).

<sup>14</sup>Al respecto, ver: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/02/Migraciones-QyA-1.pdf>

facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones -DNM- no pudiendo ser otorgada judicialmente”. Al respecto,

El ejercicio del derecho a la reunificación o a la unidad familiar dependerá de la discrecionalidad de las autoridades administrativas y es aún más grave que el DNU también haya restringido el control judicial de las decisiones de la autoridad administrativa. Es decir que en un eventual planteo judicial con relación a una decisión administrativa de expulsión los jueces no podrán evaluar de qué manera se consideraron los criterios de unidad familiar o arraigo.<sup>15</sup>

En efecto, resulta interesante realizar una lectura del DNU 70/2017 a la luz de los estándares elaborados por la Corte IDH. En primer lugar, el Tribunal ha advertido que aquellos órganos administrativos o judiciales encargados de decidir acerca de la separación familiar, por expulsión motivada por la condición migratoria de los progenitores, deben observar las circunstancias del caso concreto.<sup>16</sup> En este orden de ideas, la Corte IDH ha brindado una serie de criterios no exhaustivos a tomar en cuenta

el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o

---

<sup>15</sup>Disponible en:

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCAT%2FCSS%2FARG%2F26995&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCAT%2FCSS%2FARG%2F26995&Lang=en)

<sup>16</sup>CORTE IDH. “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño.<sup>17</sup>

En este sentido, si bien el DNU 70/2017 previó la reunificación familiar como un supuesto para otorgar la dispensa, es necesario aclarar que el organismo facultado para otorgarla, esto es, la DNM, no se encuentra obligado a contemplarla. En consecuencia, se trata de una potestad que, como tal, puede ser ejercida o no. Ello deja un margen para la arbitrariedad de las autoridades, toda vez que no se les exige explicar los motivos por los cuales decide no otorgar la dispensa, de modo que resulta difícil advertir la forma en que se aplicarán dichos requisitos en las solicitudes que se reciban.

En segundo lugar, la Corte IDH ha consagrado, a lo largo de su jurisprudencia, que la protección de la familia, consagrada en el artículo 17 de la CADH, obliga al Estado a disponer y ejecutar medidas de protección de los niños, y a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.<sup>18</sup> Al respecto, es válido destacar que, el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia. Por el contrario, la Corte IDH, ha establecido que “el concepto de vida familiar debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”, rechazando así, “una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia”.<sup>19</sup> No obstante, el DNU restringe el concepto de familia a pocos supuestos, al punto de prever en el caso de sentencia condenatoria firme que la “DNM podrá dispensar la cancelación de la residencia si el extranjero invocare reunificación familiar respecto de progenitor, hijo o cónyuge ciudadano argentino”, quedando excluidos, entonces, familiares como los hermanos/as o los/as abuelos/as.

---

<sup>17</sup>CORTE IDH. “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

<sup>18</sup>CORTE IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

<sup>19</sup>CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

En tercer lugar, resulta fundamental destacar que la Corte IDH ha señalado que “los Estados, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes”.<sup>20</sup> Sin embargo, como señala Muñoz,

“la aplicación de los arts. 7 y 8 del DNU, tal y como se pretende, puede vulnerar también el principio de igualdad y no discriminación, pues en casos de expulsión no se podrá sujetar a revisión judicial la decisión de separación de un niño o niña de su grupo familiar, como sí se realiza en otros casos. Por ejemplo, cuando un niño/a es separado/a de su grupo familiar por haber sido víctima de violencia, el organismo administrativo de protección que adopta tal medida debe sujetarla a un control de legalidad por ante un Juez civil y establecer, en principio, un lapso temporal para tal medida”.<sup>21</sup>

Por su parte, la CIDH ha sostenido en forma contundente que “una prueba de equilibrio es el único mecanismo que se puede utilizar para lograr una decisión justa que contemple tanto los derechos humanos del individuo como las necesidades fijadas por el Estado”.<sup>22</sup> En otras palabras, los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en que tal medida supondría un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada, así como de los miembros de su familia.<sup>23</sup> En efecto, en los casos en que la expulsión de uno o ambos progenitores afecte el interés o los derechos de un niño, niña o adolescente, la CIDH ha considerado que los Estados deben considerar el derecho a una vida familiar.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup>CORTE IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

<sup>21</sup>MUÑOZ, R. (2017) *La potestad de dispensa por razones de índole familiar, como facultad discrecional – exclusiva– de la Dirección Nacional de Migraciones*. Ministerio Público de la Defensa. Estudios de Jurisprudencia.

<sup>22</sup>CIDH, Caso “Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)”. Caso 12.562. 12 de julio de 2010.

<sup>23</sup>CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015.

<sup>24</sup>CIDH, Caso “Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)”. Caso 12.562. 12 de julio de 2010.

### **Impacto nacional e internacional de Decreto 70/2017**

Ante la entrada en vigencia del DNU 70/2017, varias organizaciones de la sociedad civil alzaron su voz con la intención de advertir los graves retrocesos en materia de derechos humanos. En este contexto, es posible mencionar los informes elaborados, entre otros, por el Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS-<sup>25</sup> los comunicados emitidos por la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes -CAREF-<sup>26</sup> o, incluso, por Amnistía Internacional.<sup>27</sup> Asimismo, resulta importante recordar que día el 13 de febrero de 2017 se inició el expediente Nro. 3061/2017, ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°1, Secretaría N°1, caratulado “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros C/ EN S/Amparo LEY 16.986”. La demanda que dio inicio al proceso buscó discutir, no solo la validez formal del DNU 70/2017, sino también la constitucionalidad de muchos de sus artículos.

En igual sentido, en el ámbito internacional, es posible registrar el impacto que ha tenido el Decreto ante diversos órganos de derechos humanos, tanto en el plano regional, como en el ámbito universal. Por un lado, dentro del SIPDH, el CELS junto con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional -CEJIL- presentaron una denuncia ante la CIDH en la que señalaron que la entrada en vigencia del DNU 70/2017 implicó el incumplimiento del acuerdo de solución amistosa al que habían llegado los peticionarios y el Estado argentino en el caso De la Torre en el año 2003. Ante ello, la CIDH decidió convocar a una audiencia celebrada el 20 de marzo de 2017,<sup>28</sup> en la cual se solicitó la derogación del DNU 70/2017. Por otro lado, en el ámbito de Naciones Unidas, el Comité contra la Tortura emitió, en el mes de mayo de 2017, sus observaciones finales luego de examinar el quinto y

---

<sup>25</sup> Disponible en:  
[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCAT%2FCSS%2FARG%2F26995&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCAT%2FCSS%2FARG%2F26995&Lang=en)

<sup>26</sup> Disponible en: <http://norbertoliwski.com.ar/wp-content/uploads/2017/02/Comunicado-de-CAREF-en-repudio-al-Decreto-70.pdf>

<sup>27</sup> Disponible en: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/02/Migraciones-QyA-1.pdf>

<sup>28</sup> Ver Informe sobre el 161 Período de Sesiones de la CIDH. Disponible en:  
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/035A.asp>

sexto informe periódico de la Argentina<sup>29</sup> en sus sesiones 1517<sup>a</sup> y 1520<sup>a</sup> y allí, instó al Estado a derogar el Decreto 70/2017 en los siguientes términos

- b) Derogar o enmendar las disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017 con el fin de que las personas sujetas a expulsión puedan disponer del tiempo suficiente para recurrir la misma a nivel administrativo y judicial y accedan a asistencia jurídica gratuita inmediata durante el proceso de expulsión en todas las instancias.<sup>30</sup>

Este posicionamiento concuerda con la postura expresada por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la discriminación racial y la xenofobia, Mutuma Ruteere, quien presentó un informe sobre su visita a nuestro país, ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU durante su 35° período de sesiones llevado a cabo durante el mes de junio de 2017. Allí, el experto invitó al gobierno argentino a que “reconsidere la adopción de este Decreto que debilita los derechos de los migrantes”<sup>31</sup> al mismo tiempo que destacó su preocupación por el aumento de la criminalización y estigmatización de las personas migrantes.

### **Conclusiones**

El presente trabajo tuvo como objetivo reflexionar en torno a la política migratoria desarrollada en nuestro Estado -en el marco de la Ley 25.871- a la luz de los estándares elaborados en el SIPDH. Para ello, se procuró hacer hincapié en la reunificación familiar de las personas migrantes a partir del DNU 70/2017. Luego del estudio de la doctrina relevante y de la jurisprudencia más destacada del Tribunal Interamericano en dicha temática, se llega a las siguientes conclusiones:

---

<sup>29</sup>Ver:

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FARG%2F5-6&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FARG%2F5-6&Lang=es)

<sup>30</sup>COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina, aprobadas en su 1537<sup>a</sup> sesión, celebrada el 10 de mayo de 2017.

<sup>31</sup>Ver: <http://www.cels.org.ar/web/2017/06/la-onu-insiste-en-la-necesidad-de-derogar-el-dnu-de-migrantes/>

Por un lado, los Estados Parte de la CADH están obligados a garantizar el goce de los derechos convencionales sin distinción alguna, entre otros, por motivos de nacionalidad, de conformidad con el artículo 1.1 CADH. En este sentido, la Corte IDH ha sido enfática en señalar que los derechos humanos representan un límite a la soberanía estatal, de modo que, las distinciones que los Estados establezcan en sus políticas migratorias deben resultar objetivas, proporcionales y razonables, en respeto a los derechos humanos.

Por otro lado, el DNU 70/2017 no permite advertir la forma en la que la DNM decidirá otorgar la dispensa por reunificación familiar. Asimismo, resulta difícil sostener que el decreto en cuestión permita asegurar el respeto por el derecho a la protección de la familia, en los términos que la Corte IDH lo ha interpretado.

También es cuestionable la diferenciación que realiza el DNU 70/2017 en cuanto a que, la separación familiar en casos de proceso de expulsión es decidida por la DNM, mientras que, en supuestos relativos, por ejemplo, a violencia doméstica, es una autoridad judicial quien decide debiendo fundar su decisión.

Para finalizar, es importante recordar que, los esfuerzos que realice la Corte IDH por consolidar estándares para la protección de las personas migrantes no sustituyen el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Miembro de la CADH. En este sentido, el presente trabajo sostuvo que la entrada en vigencia del DNU 70/2017 representó un claro retroceso en materia de políticas migratorias para nuestro Estado. Resulta imperioso, entonces, revisar la actual redacción de la normativa a los efectos de garantizar su compatibilidad con los actuales estándares en materia de derechos humanos de las personas migrantes y así cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino.

Como sostuvo el ex-comisionado de la CIDH y ex-relator sobre los Derechos de los Migrantes, Felipe González en la Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos realizada en 2013 por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en Chile, “el desafío primordial, entonces, consiste en la creación y consolidación de

instituciones y mecanismos fuertes y confiables de protección de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados”.

## **Bibliografía**

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Algunas consideraciones sobre la modificación de la Ley de Migraciones (Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017). Disponible en: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/02/Migraciones-QyA-1.pdf>.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Protección de los migrantes, Resolución aprobada sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/54/605/Add.2), A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000.

CASTLES, S. & MILLER, M. (2004) La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno. Zacatecas, Porrúa-SEBOG-INM.

CELS et all, Evaluación sobre el cumplimiento de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en relación a los derechos de las personas migrantes en el marco de la presentación del Quinto y Sexto informe periódico de la Argentina. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCAT%2FCSS%2FARG%2F26995&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCAT%2FCSS%2FARG%2F26995&Lang=en).

Centro de Estudios Legales y Sociales “La ONU insiste en la necesidad de derogar el DNU de migrantes”, 21 de junio de 2017.

CIDH, Caso “Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)”. Caso 12.562. 12 de julio de 2010.

CIDH, Comunicado de prensa No. No. 035A/17 sobre el 161 Período de Sesiones  
de la CIDH. Disponible en:  
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/035A.asp>.

CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de  
personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de  
Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015.

CIDH. Informe No. 85/11. Petición 12.306. Solución amistosa. Juan Carlos de la  
Torre. Argentina. 21 de julio de 2011.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Examen de los informes presentados por los  
Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención con arreglo al procedimiento  
facultativo de presentación de informes, CAT/C/ARG/5-6, 13 de enero de 2016.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observaciones finales sobre el quinto y sexto  
informe conjunto periódico de Argentina, aprobadas en su 1537ª sesión, celebrada el 10 de  
mayo de 2017.

COMITÉ DE TRABAJADORES MIGRATORIOS, Observación general N° 1,  
sobre los trabajadores domésticos migratorios, 2011.

COMITÉ DE TRABAJADORES MIGRATORIOS, Observación general N° 2 sobre  
los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, 2013.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL,  
Observaciones finales sobre los informes periódicos 21° a 23° combinados de la Argentina  
(CERD/C/ARG/CO/21-23), 11 de enero de 2017.

CORTE IDH, Caso Blake Vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998,  
Serie C No. 36.

CORTE IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

CORTE IDH. “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

CORTE IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

CORTE IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

CORTE IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Diario Clarín, La política migratoria, no por decreto, 28/02/2017. Disponible en: <http://www.uba.ar/noticiasuba/nota.php?id=17173>.

GARCÍA, L. (2013). Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través del poder judicial. Tesis doctoral. Facultad de Derecho, UBA.

GARCÍA, L. (2017). “Decreto 70/2017, Ley de migraciones y Poder Judicial”. Disponible en:

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata,  
14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

[https://www.academia.edu/32398094/Decreto\\_70\\_2017\\_Ley\\_de\\_migraciones\\_y\\_Poder\\_Judicial](https://www.academia.edu/32398094/Decreto_70_2017_Ley_de_migraciones_y_Poder_Judicial).

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS &  
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. (2016).  
Migración, derechos humanos y política migratoria. Buenos Aires: IPPDH.

MUÑOZ, R. (2017) La potestad de dispensa por razones de índole familiar, como  
facultad discrecional – exclusiva– de la Dirección Nacional de Migraciones. Ministerio  
Público de la Defensa. Estudios de Jurisprudencia.

## EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA INMIGRACIÓN

**Musmarra, Federico Adrián**

“Declaran la huelga, hay hambre en la casa, es mucho el trabajo y poco el jornal”

Carlos Gardel.

### **I.- Introducción**

Este artículo, se encuentra enmarcado en el Proyecto de Investigación “*El derecho Penal como instrumento de control de la miseria social*” llevado adelante por el Grupo de Investigación *Grupo Cátedra* perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, y bajo la dirección del Dr. Mario Alberto Pórtela.

A partir de las ideas de la llamada generación del '37, en especial referencia a Domingo Faustino Sarmiento y Juan Bautista Alberdi, en nuestro país afloró una política inmigratoria que permitió que millones de extranjeros ingresen a nuestro país en consonancia con lo expuesto en el preámbulo de nuestro texto fundamental suscripto en 1853 que reza: “...para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...”.

En relación con el objeto del presente trabajo, cabe afirmar que según el autor Roberto Cortés Conde, entre los años 1901 y 1910 ingresó la cifra record de 1.700.000 habitantes a nuestro país <sup>1</sup>. Nuestra historia nos muestra que casi la totalidad de los inmigrantes eran italianos y españoles. Pertenecían a sectores populares que desempeñaban el oficio de campesinos, eran obreros o venían a trabajar en los puertos; y esto distaba bastante de las expectativas inmigratorias del poder político. Desarrollando la idea de existencia de clases entre los inmigrantes.

---

<sup>1</sup> Cortés Conde, Roberto “Problemas del crecimiento industrial, (1870-1914)”, p. 62, en Argentina, sociedad de masas, Torcuato S. Di Tella, Gino Germani, Jorge Graciarena, editorial Eudeba, Buenos Aires, 1966.

Ello conllevó a los sectores dominantes a enfrentar el desafío de arbitrar los mecanismos necesarios a los efectos de gobernar al “*colectivo peligroso*”; destacando que el mismo no solo se componía de inmigrantes, sino también de obreros y anarquistas frente a los cuales el sector dominante debía dar una respuesta que satisfaga la vigencia de los “valores culturales” y “el orden social imperante”.-

En este sentido, los inmigrantes pisaron nuestro suelo para mejorar su situación económica y ejercer el derecho a trabajar en nuestro país (Art. 14 C.N); sin embargo se encontraron frente a un grupo poderoso que tenía planes diametralmente opuestos.

Los sectores concentrados económicamente, comenzaron a utilizar al grupo descrito como mano de obra útil y funcional, puesto que se “necesitaba” abaratar sus costos empleando personas de gran movilidad para construir la infraestructura económica, aprovechar transitoriamente las tierras, realizar tareas agrícolas estacionales y lograr la prosperidad económica.-

El trabajo realizado era remunerado con escasos salarios, largas jornadas de trabajo y poco/ casi nulo tiempo para el descanso.- Esto trajo como consecuencia con el paulatino paso del tiempo el descontento de la clase trabajadora y las primeras movilizaciones en señales de protesta al sistema laboral de la época.

## **II.- BREVE RESUMEN DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES**

La gran oleada inmigratoria del último cuarto del siglo XIX en la Argentina llegó de la mano de anarquistas, y socialistas que mediante la **organización sindical** comenzaron la lucha por la conquista de derechos de carácter jusfundamentales en el marco del “Derecho del Trabajo” reclamando por condiciones de trabajo dignas y por una remuneración acorde al trabajo prestado. La lucha obrera se plasmó mediante el ejercicio del derecho constitucional de **huelga** amparadose en la normativa constitucional.-

Siguiendo al autor Alejandro Andreassí<sup>2</sup>, “El movimiento huelguista se inicia en la Argentina en 1878 con una huelga convocada por los tipógrafos con el fin de impedir el deterioro de sus salarios, así como reivindicar la reducción de la jornada laboral y la supresión del trabajo infantil en el ramo”. El ejercicio del Derecho de huelga durante las últimas dos décadas del siglo XIX fue el medio de lucha para que la clase obrera se agrupe en pos de la consecución de un objetivo común. <sup>3</sup>

A inicios del siglo XX, el ejercicio del este derecho que emerge del texto fundamental por parte de los obreros se transformó en moneda corriente, alcanzando su hito histórico organizativo en el año 1901 cuando se crea la FOA (Federación Obrera Argentina). Esta organización potenció a las sociedades obreras, organizándose las primeras huelgas generales y esbozándose progresivamente sus lineamientos ideológicos característicos. En virtud de ello, los movimientos esporádicos anteriores a 1901 se convirtieron en acciones sindicales mejor coordinadas y organizadas, declarándose las primeras huelgas generales siendo la primera de ellas a fines del año 1902.

A principios de Noviembre de 1902 se produce la primera huelga general en nuestro país que abarcó a estibadores, obreros de la carne, papeleros y trabajadores del mercado de frutos que exigían disminución en las horas de trabajo, la abolición del trabajo a destajo, aumento de los magros sueldos y mejores condiciones de trabajo.- La organización del sector trabajador –compuesto principalmente por aquellos inmigrantes que habían venido décadas atrás a nuestra tierra en busca de un futuro mejor- opusieron fuerte resistencia a las aspiraciones del sector dominante que pretendía que el mismo “colectivo peligroso” siga sometido a aquellas penosas condiciones laborales.

De la mano del presidente Julio A. Roca, hubo que barajar y dar de nuevo, con el objetivo de encontrar una respuesta que ponga fin al descontento de los sectores oligarcas

---

<sup>2</sup> Andreassí Cieri, Alejandro. Inmigración y huelga Argentina, 1900-1920. Ayer, (4) 117-145. Publicado <http://www.aacademica.org/alejandro.andreassi.cieri/8>, 1991

<sup>3</sup> Para ver in extenso el desarrollo del Derecho Constitucional de Huelga en nuestro país durante fines de siglo xix y principios de siglo xx ver Andreassí Cieri, Alejandro ; obra citada.

Argentinos.- En una palabra, **teniendo en consideración que eran un grupo numeroso, se articularon medidas tendientes a efectivizar control sobre los mismos.-**

## **LA LEY DE RESIDENCIA**

A partir de la plataforma fáctica narrada y teniendo como antecedente inmediato el proyecto de ley presentado al presidente por Miguel Cané en el año 1899, se gesta la “Ley de Residencia”.

Los orígenes de la Ley pueden rastrearse al momento en que el legislador nombrado presentó un proyecto sobre la deportación de extranjeros que alteraran el orden y la seguridad nacional. Desde 1889, como cónsul en España, Cané sostenía la necesidad de una legislación que diferenciara la calidad de inmigración que llegaba a la Argentina, porque allí se encontraba la raíz de los conflictos sociales. En el debate en la Cámara de Senadores, Cané planteaba que:

“Junto a los hombres de buena voluntad, que llamaban para cultivar el suelo, ejercer las artes y plantear industrias, vinieron enemigos de todo orden social, que llegaron a cometer crímenes salvajes, en pos de un ideal caótico, por decirlo así, que deja absorta la inteligencia y que enfría el corazón”<sup>4</sup>

Luego de mencionar tal antecedente, el día 22 de Noviembre de 1902 se presentó en el Congreso de la Nación Argentina la llamada “Ley de Residencia” aprobada por ley 4.144 el mismo día en que el presidente la presentó en el congreso.-

En el marco del presente trabajo, se pretende analizar la ley aludida para desde un nuevo enfoque, brindar los argumentos en pos de manifestar la inconstitucionalidad de esta norma, puesto que suprimía derechos civiles y políticos de los inmigrantes.-

## **LEY N| 4.144**

El Senado y la Cámara de Diputados sancionan con fuerza de ley:

---

4 Diario de sesiones. Cámara de Senadores, Congreso Nacional, República Argentina, 1899, 8 de junio, página 135.

ARTÍCULO 1° - El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida del territorio de la Nación a todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes.

ARTÍCULO 2° - El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida de todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público.

ARTÍCULO 3° - El Poder Ejecutivo podrá impedir la entrada al territorio de la República a todo extranjero cuyos antecedentes autoricen a incluirlo entre aquellos a que se refieren los artículos anteriores.

ARTÍCULO 4° - El extranjero contra quien se haya decretado la expulsión tendrá tres días para salir del país, pudiendo el Poder Ejecutivo, como medida de seguridad pública, ordenar su detención hasta el momento del embarque.

ARTÍCULO 5° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Es objetivo del presente trabajo intentar plasmar que en cada uno de los 4 artículos que poseía esta breve pero lesiva ley se hallaban violaciones de derechos de carácter jusfundamental que tenía por único e inmediato efecto el control de la inmigración.

En lo que respecta al **primer artículo** de la normativa aludida, le brindaba al Poder Ejecutivo Nacional la posibilidad de escoger/ seleccionar quienes son los extranjeros que podrán ingresar a nuestro país. Tal disposición violaba abiertamente lo normado por los arts. 14 y 20 de la Constitución Nacional y por ello era claramente inconstitucional. Sabemos que las normas se estructuran mediante jerarquías y que *“si la contradicción entre normas acaece entre dos niveles jerárquicos diversos habrá de predominar la norma ubicada en la escala más elevada”*. 5

---

5 Portela, Mario Alberto , “Ensayos sobre Teoría General del Derecho” ; pág 49, Volumen 2, Mar del Plata, Editorial Suarez, año 2002.-

En el caso sub- exámine, la ley de Congreso N° 4144 era manifiestamente contraria a la Constitución Nacional y teniendo en consideración su jerarquía inferior al texto fundamental era inconstitucional.-

Respecto al **segundo artículo** de la normativa citada, es dable señalar que al legislarse la norma se introdujeron conceptos valorativos como “orden público” y “perturbación de la seguridad nacional”. Es interesante el análisis de este supuesto puesto que “se trata de conceptos normativos, que necesitan de complemento valorativo... Su indeterminación no deriva de la imprecisión de su contenido descriptivo, sino de que su aplicación presupone una valoración de **cosas o hechos**” (el destacado me pertenece.). 6

En este supuesto se concedía al poder ejecutivo la función de valorar las “cosas” o “hechos”; que en puridad se trataba aquellas conductas que motivaron al ejecutivo a presentar en el Congreso Nacional el proyecto de ley en estudio.

Se requería personas dóciles que sean funcionales y trabajen para los intereses de una minoría poderosa logrando mediante el dictado de esta norma poder frenar la oleada de huelgas y paros de los trabajadores. Los derechos laborales no eran prioridad para el poder ejecutivo nacional.-

Respecto a lo normado por el **tercer artículo** de la ley 4.144 me remito a lo expuesto en los comentarios de los artículos precedentes.

Por último, el último artículo de la ley 4.144 traía aparejada una pena cruel y degradante para el inmigrante. Se expulsaba solamente al inmigrante “condenado” por el Poder Ejecutivo Nacional dejando a su esposa y a sus hijos en nuestro país; de esta forma solapada, se alejaba al inmigrante de la posibilidad de formar parte del Sindicalismo para evitar que lo separen de su familia.

Mediante la entrada en vigencia de la ley comentada, el Ejecutivo – funcional a los intereses de unos pocos adinerados- logró la expulsión de cientos de anarquistas españoles,

---

6 Portela, Mario Alberto Ob. Cit; pág.56 , año 2002.

italianos y hasta argentinos. Solamente en la primera semana, luego de la sanción de la ley, fueron quinientos los deportados<sup>7</sup>. Esta lamentable ley tuvo vigencia durante 56 años hasta que el por aquel entonces presidente Arturo Frondizi la derogó en el año 1958.-

### **TODO ES IGUAL, NADA ES MEJOR: LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DE DEFENSA SOCIAL.**

Luego de la entrada en vigencia de la ley “*Cané*”, se sucedieron en nuestro país años de permanente conflicto, lucha y declaración de estado de sitio (Art. 23 C.N). La realidad mostraba que pese a la entrada en vigencia de la ley 4.144 “*Ley Patronal*” no era suficiente, el sector político dictó en el año 1910 la “Ley de Defensa Social” cuya inconstitucionalidad era palmaria.-

Siguiendo a la autora Gabriela Anahí Costanzo<sup>8</sup>:

“El transcurso de tiempo que va desde una ley a la otra estuvo marcado por el estado de sitio, las deportaciones a anarquistas, la censura a la prensa, los cierres de centros culturales y sociedades de resistencia... Las huelgas comenzaron luego de terminado el estado de sitio de 1903. Los festejos, movilizaciones y huelgas de los 1º de mayo siguieron teniendo la centralidad de siempre. Y a pesar de momentos de menor agitación, el movimiento anarquista continuó en la escena política. Pero la amenaza de la aplicación de la ley estaba latente. Ocurrieron hechos centrales como la huelga de Inquilinos en 1907, la masacre, luego de la manifestación de Plaza Lorea en 1909, y el asesinato del coronel Ramón Falcón...”

Distaba mucho la situación actual para los sectores dominantes en relación a sus “*años de progeso*”. Bajo las ideas comunistas y socialistas, los trabajadores se agrupaban y continuaban su lucha por condiciones de trabajo digno.- **La cuestión laboral fue el epicentro de los conflictos de inicio del siglo XX.**

---

<sup>7</sup> Costanzo, Gabriela Anahí “Lo inadmisible hecho historia. La Ley de Residencia de 1902 y la Ley de Defensa Social de 1910” publicado en [www.sociales.uba.ar](http://www.sociales.uba.ar).

<sup>8</sup> Costanzo, Gabriela Anahí; obra citada; publicada en [www.sociales.uba.ar](http://www.sociales.uba.ar).

Todo lo narrado y sumado a la explosión de una bomba el día 26/07/1910 en el Teatro Colón -lugar histórico y distintivo de los sectores dominantes- generó la plataforma fáctica para que el Congreso de la Nación dicte bajo el N° 7029 la “*Ley de Defensa Social*” constituyendo esta una herramienta que conjunta a la ley 4.144 sirvió para presionar, silenciar perseguir y expulsar a “los peligrosos”.

De este modo, se construyó la categoría de enemigo, es decir una figura indeseable frente a la cual se podía descargar todos los males que había que extirpar de la Nación – como si fuera un virus- para que esta pueda lograr su desarrollo; así, se encontró en el extranjero participante de la lucha obrera aquel sujeto sobre el cual el Estado pudo descargar toda sus miserias y de ese modo tergiversar la verdadera causa del conflicto imperante en la época que fue el reclamo por un trabajo que respete la dignidad humana.-

En este contexto, y dentro de los límites de extensión del presente trabajo pretendo brevemente analizar algunas disposiciones de la “*Ley de Defensa Social*”<sup>9</sup> cristalizando sus puntos oscuros de vulneración a derechos constitucionales.

En el primer capítulo de la norma aludida compuesta por 610 artículos se establecía que esta norma se aplicaba “*sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Inmigración*” la cual fue valorada por el suscripto en el apartado anterior declarando su palmaria inconstitucionalidad. En este capítulo, y a partir de los supuestos enumerados en el art.1 – que en rigor de verdad se le suman los “anarquistas” a los supuestos del art. 1 de la ley 4.144; se prohíbe la entrada al país de aquellas personas, e incluso, se dispone que en caso de reingreso al país de una persona “*non grata*” se le impondrá pena de prisión de 3 a 6 años, y una vez vencida aquella, se producirá su deportación a su país de origen.

Del mismo modo, este capítulo se preveía multa económica o bien pena de prisión hasta un año para aquellos transportistas que sean los encargados de transportar a los extranjeros aludidos.

---

9 Ver <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.07029.Debate.Defensa.Social.pdf> que trata el debate parlamentario en torno a la ley citada.

10 Para la lectura de la ley 7029 ver: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.07029.Debate.Defensa.Social.pdf>

En el marco del segundo capítulo, la ley 7.029 vedaba la posibilidad de asociación o reunión de personas que tengan por objeto la *propagación de las doctrinas anarquistas* o la preparación e instigación de cometer hechos reprimidos por las leyes de la Nación estableciendo como sanción su disolución y el impedimento para realizar reuniones.

De este modo, si las personas querían celebrar una reunión para tratar los temas que los aquejen debían solicitar autorización previa a la “autoridad local” quien estaba facultada para impedirla si se daban algún supuesto del Art. 7. Siguiendo con el derrotero de inconstitucionalidades, en este capítulo se estipulaba también que si los asociados practicaban una reunión la cual se encontraba autorizada pero, sin embargo se produjesen alguno de los hechos que hubiesen motivado su prohibición, la misma será disuelta pudiendo fijarse pena de arresto de 6 meses hasta 1 año.

Lo llamativo de este capítulo es que el Art. 11 fija la posibilidad de que los afectados por la resolución administrativa ocurran ante el juez federal quien actuaría como una suerte de alzada confirmando o revocando la prohibición.

Por último, en el tercer capítulo de la norma sub-examine (compuesto por 22 artículos) se nota con meridiana claridad la influencia que tuvo el evento del 26/06/1910 cuando –según comentara ut.supra- explotó una bomba en el Teatro Colón. Este capítulo estaba destinado a la apología de los delitos estipulados por dicha ley, de un hecho o autor por medio escrito, verbal o impreso. Incluía la intención, fabricación o tenencia de tipos de explosivos con el objetivo de infundir miedo o suscitar tumultos o desordenes públicos, con la pena de tres a seis años. Se tipificaban delitos que en función de los daños que se cometieran variaba el quantum de la pena. Aunque se encuentre olvidado en el tiempo, esta norma preveía la pena de muerte sin distinción de hombres y mujeres a excepción de los menores de 18 años los cuales no eran alcanzados por esta sanción penal.

Concomitantemente se estipulaba la pérdida de derechos políticos para los argentinos y el retiro de la ciudadanía para los naturalizados.

*Resumiendo:* La ley de Residencia Social vino a complementar las disposiciones de la ley 4.144 y su contenido era tan inconstitucional como aquella. En primer lugar, porque perseguía políticamente a los anarquistas y todo aquel que participara en reuniones que podían afectar el “orden público”. En segundo término, porque supeditó el ejercicio de un derecho constitucional (Derecho de reunión. Art. 15 C.N) a que su contenido no afecte la moral ni los intereses del ejecutivo y sus allegados. Por último, introdujo sanciones desproporcionadas para los delitos que desde el Estado Nacional se pretendían perseguir.

### **EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL FRENTE A LA INEFICACIA ESTATAL.**

Si entendemos que el concepto de pena implica la privación de un bien jurídico como consecuencia de una conducta que merece reproche por el sistema penal, en la tónica de lo expuesto en el presente trabajo entiendo menester destacar que existen casos donde el poder punitivo es aplicado incluso cuando no existen delitos.-

Como manifiesta Eugenio Raúl Zaffaroni “*se supone que las penas se aplican a quienes cometieron delitos y por el delito cometido. Pero el poder punitivo no tiene límites, y por ende quiso ir más allá y aplicarlas también a personas molestas, aunque no hubiesen cometido ningún delito o que el delito cometido ya hubiera sido penado*” 11

Todo lo examinado en el marco del presente trabajo nos muestra que durante el lapso de tiempo .analizado mediante la sanción de la ley 4.144 y 7.209 el poder público criminalizó diversas conductas que no implicaban infracción a norma penal alguna. Simplemente el Estado dictó normas jurídicas – inconstitucionales- que fueron funcionales a los intereses de una minoría económicamente poderosa que se encontró frente a obreros que mediante la organización sindical lucharon por condiciones de trabajo dignas.-

---

11 Zaffaroni, Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal Parte General”, página 51, EDIAR; 2014.

Así, se creyó (de forma errónea) que todos los males de nuestro país se acabarían con el anarquismo y el socialismo. *Puesto que “tratándose de un extranjero, respecto del cual el Poder Ejecutivo..., sabe que empieza su propaganda anarquista, disolvente o criminal, sin haber cometido aún acto criminal de ninguna clase ni aún cuasi delito puede ser expulsado; cortándose así el mal de raíz, y al principio...”*<sup>12</sup>

El tratamiento del inmigrante como una subjetividad a controlar, en rigor de verdad, encapsula un objetivo de mayor envergadura que fue como tratar el problema de la cuestión obrera. Como se manifestó al inicio del presente trabajo, el hecho de que los obreros – en su mayoría inmigrantes, anarquistas y socialistas- hayan decidido organizarse para petitionar por condiciones de trabajo dignas valiéndose como medio de lucha del ejercicio del derecho constitucional de huelga, produjo el descontento del poder ejecutivo y el dictado de leyes que no soportaban el test de constitucionalidad.

**En lugar de atender el reclamo justo de los obreros en pos de condiciones de trabajo dignas y dictar normativa que respete los derechos del trabajador, lo que se realizó fue diametralmente opuesto, fue la persecución del trabajador construyendo en la figura del inmigrante al enemigo.-**

El enemigo intentó ser abolido mediante el dictado de las leyes de Residencia (1902) y de Defensa Social (1910) caracterizándose ambas por conformar un cocktail de medidas atentatorias de los derechos civiles y sociales de los individuos, y concomitantemente delineaba el carácter del nuevo Estado: perseguir e intentar eliminar del plano político a todo aquel que podía entorpecer mediante la protesta y la reunión los derechos de la clase dominante.

En esta inteligencia, solamente podremos llegar al conocimiento de lo sucedido - si entendemos –en clave Foucaultiana- que *13 Solamente en esas relaciones de lucha y poder, en la manera como las cosas entre sí se oponen, en la manera como se odian entre sí los*

---

<sup>12</sup> Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, Congreso Nacional, República Argentina, 1902, página.. 665.

<sup>13</sup> Michael Foucault (1980) La verdad y las formas jurídicas; página 11 Editorial GEDISA; 1980.

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata,  
14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

*hombres, luchan, procuran dominarse uno a otros, quieren ejercer relaciones de poder uno sobre otros, entendemos en que consiste el conocimiento.*

## **EL ARRESTO DOMICILIARIO COMO HERRAMIENTA PREVENTIVA DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES PRESAS**

**Azcue, Ludmila**

### **1) Liminar introductorio**

Existe una suerte de consenso en el campo jurídico penal en punto a que las cárceles son espacios en los cuales no sólo se priva a una persona de su libertad ambulatoria o locomotiva para que cumpla una condena o espere una eventual condena sino también escenarios de violencias contra los cuerpos y las subjetividades de las personas allí detenidas. Ocurre que estas violencias que desbordan el castigo punitivo se sobredimensionan cuando las personas encarceladas son mujeres.

Los dispositivos carcelarios históricamente se han mostrado reticentes en la inclusión de la dimensión de género al proporcionarles a las mujeres un trato equivalente al otorgado a los varones y, por lo tanto, desconocedor de las especificidades genéricas. Las cárceles fueron imaginadas y construidas para los varones y, en este camino, no recogieron los requerimientos y/o necesidades particulares de las mujeres. Este tratamiento penitenciario desaprensivo de los requerimientos y/o necesidades particulares de las mujeres encarceladas es un suplemento del castigo punitivo.

Distintas situaciones problemáticas evidencian que aún hoy las cárceles continuán manifestándose reticentes en la incorporación de la perspectiva de género: instalaciones que no son funcionales a las necesidades femeninas, obstáculos en el acceso a elementos de higiene específicos, cárceles inadecuadas para la cohabitación con sus hijos/as pequeños/as, irregularidades en el acceso a atención médica especializada, no contemplación de la situación particular de la mujer embarazada o lactante, encarlamiento en unidades penales distantes del grupo familiar y afectivo continente, requisas personales (exhibición de cavidad bucal, vaginal y anal) como pimera medida aplicada por agentes penitenciarios,

entre una extensa lista de tratos crueles, inhumanos y degradantes específicamente dirigidos a las mujeres presas conculcatorios de sus derechos fundamentales.

Los informes anuales de organismos públicos dan cuenta de que la inmensa mayoría de las mujeres detenidas bajo la órbita del Servicio Penitenciario Federal son madres, encabezan familias monoparentales y tienen a su cargo entre dos y tres hijos/as menores de dieciocho años de edad (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2012). De ello se deriva que los efectos del encarcelamiento femenino no se estanquen en las mujeres detenidas sino que se trasladen sobre su grupo familiar y, específicamente, sobre sus hijos/as. Cuando la mujer es detenida sus hijos/as generalmente quedarán al cuidado de otra mujer (abuela, hermana, amiga), posiblemente sus hijos/as sean separados para ser cuidados por diferentes personas e incluso, en el peor de los casos, institucionalizados.

De esta manera, el encarcelamiento femenino no sólo resquebraja el vínculo maternofilial sino también los vínculos fraternales. Todo este cuadro es conocido por la mujer presa, alterando su estabilidad emocional y, en definitiva, profundizando las consecuencias del encierro.

Con un sistema carcelario no receptivo de la dimensión de género al no contemplar las necesidades y/o requerimientos particulares de las mujeres presas, gestante de padecimientos que se adicionan a la privación de la libertad ambulatoria transformándose así estos en castigos extrapunitivos, se torna necesario buscar herramientas que permitan prevenir estas violencias específicamente dirigidas hacia las mujeres presas.

Así las cosas, mediante este trabajo inscripto en el proyecto del grupo de investigación “Crítica Penal” denominado “Monitoreando la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en la Argentina: normativa, instituciones, prácticas” (UNMDP, 2015/2016), se propondrá el arresto domiciliario como herramienta preventiva de los padecimientos que se adicionan al encarcelamiento femenino. En este tren, se analizará la normativa específica en materia de ejecución de la penal estudiándose críticamente la fundamentación exteriorizada por el legislador para contemplar las situaciones de las presas embarazadas, madres de niños/as pequeños/as o encargadas de

personas con discapacidad como excepcionales supuestos de procedencia de la detención domiciliaria; y luego se individualizarán las diferentes dificultades constatadas en el acceso a la prisión domiciliaria por parte de mujeres que, aún cumpliendo con las condiciones legales pertinentes, continúan cumpliendo con la pena intramuros.

## **2) La prisión domiciliaria como herramienta preventora de las afecciones extrapunitivas padecidas por las mujeres presas**

Surge del artículo 32, apartados “e” y “f”, de la Ley Nacional n° 24.660 de Ejecución de la Pena, según la modificación operada mediante la Ley n° 26.472 (B.O. 20/01/2009), que la autoridad judicial competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria a la mujer que esté embarazada así como también a la mujer que sea madre de un niño/a menor de cinco años de edad o que éste a cargo del cuidado de una persona con discapacidad. Del dispositivo legal reseñado se desprende entonces que el juez a cuya disposición la mujer se encuentre detenida puede decidir que la pena privativa de libertad se cumpla no en el espacio carcelario sino en el interior de su domicilio, ello siempre y cuando la mujer cumpla con las exigencias legales (embarazada, madre de niño/a menor de cinco años, encargada de persona con discapacidad).

En orden al impacto diferencial que el encarcelamiento tiene sobre las mujeres y, particularmente, sobre las mujeres madres sumado a que la realidad social da cuenta de que las mujeres son las principales encargadas del cuidado de otros/as y, especialmente, de los más pequeños/as de las familias, nuestro legislador concibió a favor de estas mujeres la sustitución del encierro carcelario por el encierro domiciliario como una alternativa menos lesiva de derechos. De esta manera, se imagina al arresto domiciliario no como el cese o la suspensión de la privación de la libertad de las mujeres madres sino como la sustitución del espacio físico en el cual cumplen la pena privativa de libertad que les fuera oportunamente impuesta.

Las razones invocadas por el legislador para fundamentar la inclusión de este especial supuesto de procedencia del arresto domiciliario pueden ser esquematizadas de la siguiente manera:

> Las cárceles no son los espacios adecuados para las especiales atenciones y cuidados requeridos por las mujeres embarazadas y/o con hijas/os pequeños/as.

> Para la no infracción a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se requiere de la implementación de un régimen especial.

> El principio de intrascendencia de la pena sumado al interés superior del niño demandan la búsqueda de soluciones alternativas a la cárcel (**Defensoría General de la Nación**, 2015:8).

Cabe poner de relieve que si bien la ley nacional en materia de ejecución de la pena sitúa en una posición más favorable a las mujeres que a los varones, en orden a posibilitarles a acceder a un instituto más beneficioso que el encierro riguroso en supuestos no invocables por ellos, lo hace en función del rol socialmente asignado a las mujeres: madre y/o cuidadora de otro/a. De esta manera, cuando el legislador reconoce y aborda la afectación diferencial que las mujeres sufren, refuerza y reproduce paradójicamente los estereotipos de género que generan esa afectación diferencial (**Defensoría General de la Nación**, 2015:62-63).

Los feminismos han expuesto que el derecho es androcéntrico para significar que, al partir de lo que los hombres son y necesitan y lo que, según los hombres, las mujeres son y necesitan, las leyes no reflejan las necesidades, potenciales y características de las mujeres y, por consiguiente, generan y perpetúan las desigualdades de género. En ese sentido, afirma **Alda Facio** (2009:221): *“El androcentrismo que permea todas nuestras instituciones ha redundado en que todas las disposiciones legales tengan como parámetro, modelo o prototipo al hombre/varón de la especie humana, de la misma manera en que el estudio de anatomía humana toma como modelo al cuerpo masculino y de la misma manera en que el concepto de ser humano se reduce al concepto de hombre/varón”*. Para luego agregar la autora de mención: *“En un patriarcado androcéntrico no es de extrañar que el o la legisladora, el o la jurista y el o la jueza tengan en mente al hombre / varón cuando elaboran, promulgan, utilizan y aplican las leyes o cuando elaboran teorías, doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación y aplicación”*.

Estas consideraciones críticas las podemos trasvasar directamente a la normativa que regula la ejecución de la pena. Tal como liminarmente se anotó, las cárceles no han sido imaginadas ni construidas para albergar mujeres en su interior pero, aún así, se las encierra en ellas. Un sistema carcelario reticente en la inclusión de la perspectiva de género engendra una serie de prácticas que desbordan el castigo penal importando la gestación de una doble penalidad para las mujeres presas<sup>1</sup>.

Se advierten como prácticas endurecedoras del encarcelamiento femenino, en tanto prácticas violentas que se adicionan a la pena privativa de libertad, el debilitamiento o incluso la pérdida de los vínculos familiares y/o afectivos como consecuencia del encarcelamiento en dispositivos de encierro alejados de su lugar de residencia o el de su círculo social<sup>2</sup>; la obstrucción del acceso a los canales tradicionales de comunicación (teléfonos, cartas); la existencia de requisas a quienes pretenden visitarlas tras las rejas; la lesión a su integridad física, psicológica y sexual a partir de prácticas violentas reglamentadas por el propio servicio penitenciario (requisas personales y de pabellón, aislamiento aplicado como sanción, y traslados) sin considerar las específicas necesidades femeninas; la permisión de convivir con sus hijas/os (avalando los estereotipos genéricos) pero la obstaculización de cumplir cabalmente con su rol de madre a partir de la

---

<sup>1</sup> Vale aclarar que en la mayoría de los casos no hablaremos de suplementos de la pena privativa de libertad sino de adelantamiento de la eventual pena toda vez que la mayoría de las mujeres detenidas en cárceles federales argentinas no se encuentra condenadas sino procesadas. En este sentido, informa la **Procuración Penitenciaria de la Nación** (2015) que en el año 2000, de un total de 718 mujeres detenidas, 238 estaban condenadas y 470 procesadas; en el año 2001, de un total de 836 detenidas, 247 estaban condenadas y 578 procesadas; en el 2002 se pasó a un total 862, siendo 306 condenadas y 546 procesadas; en el año 2003 el total aumentó a 930, siendo 380 el número de condenadas y 542 el de procesadas; en el 2004 se llegó a un total de 1007 presas de las cuales 398 estaban condenadas mientras que 597 procesadas; en el 2005 había 1104 mujeres detenidas, siendo 355 las condenadas y 739 las procesadas; en el año 2006 se alcanzó un total de 1106 mujeres, habiendo 389 condenadas y 712 procesadas; en el 2007 se encontraban encarceladas un total de 1039 mujeres, de las cuales 428 estaban condenadas y 608 procesadas; en el 2008 descendió a 1019, siendo 398 el total de condenadas y 619 el de procesadas; en el año 2009 se pasó a un total de 828, con 350 condenadas y 472 procesadas; en el 2010 bajó a 780, siendo 300 las condenadas y 478 las procesadas; en 2011, un total de 870, con 283 condenadas y 585 procesadas; en 2012, de un total de 917, había 323 condenadas y 594 procesadas; en 2013, con 905 detenidas, siendo 345 condenadas y 560 procesadas; en 2013, el total de mujeres detenidas era de 735, encontrándose 258 de ellas condenadas y 477 procesadas; y en el año 2015, el total de mujeres presas en cárceles federales es de 741, de las cuales 246 están condenadas mientras que 495 están procesadas.

<sup>2</sup> En tanto la población femenina es sensiblemente menor a la masculina, la cantidad de cárceles femeninas también es menor y se las aglutina en ellas.

inexistencia de infraestructura adaptada para la vida de los infantes intramuros; y la deficitaria atención de las necesidades médicas e higiénicas femeninas<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de la existencia de múltiples castigos desbordantes de la pena específicamente dirigidos a las mujeres presas con independencia de su calidad de madres y aún evidenciándose que el sistema carcelario resulta incapaz de atender los requerimientos y/o necesidades propios del género femenino, lo cierto es que el legislador sólo imaginó el arresto domiciliario para aquellos casos de mujeres que se ven imposibilitadas de cumplir intramuros el rol que socialmente les es impuesto. De esta manera, la concesión legal reproduce los roles estereotipados de género.

No obstante lo hasta aquí expuesto, se advierte que en la medida que el dispositivo legal citado preceptúa que el magistrado “podrá” disponer que la pena se cumpla en el domicilio de la mujer, se entiende que ordenar el arresto domiciliario de la mujer es una facultad potestativa para aquél -es decir, que puede o no ser ordenada- derivándose de ello diferentes dificultades en el acceso al instituto bajo estudio por parte de las mujeres encarceladas (**Procuración Penitenciaria de la Nación**, 2012:406). Es decir, que cabe la posibilidad de que la mujer deba cumplir la pena en la cárcel aún encontrándose embarazada, siendo madre de un niño/a pequeño/a o encargándose de una persona discapacitada.

Esto se compadece con los datos estadísticos existentes en punto a la composición de la población femenina encarcelada bajo la órbita del Servicio Penitenciario Federal. En este sentido, informa la **Procuración Penitenciaria de la Nación** (2015:454) que, al 31 de diciembre de 2015, aún cuarenta y siete (47) mujeres embarazadas y/o con hijos/as menores de cuatro años de edad se encontraban alojadas en cárceles federales de nuestro país, lo cual representa poco más del seis (06) por ciento de las mujeres detenidas en la esfera del Servicio Penitenciario Federal.

---

<sup>3</sup> Ver: Azcue, Ludmila (2016). *La situación de vulnerabilidad de las mujeres presas en la República Argentina: Análisis con perspectiva de género de la violencia institucional ejercida en los espacios carcelarios de nuestro país en "Nuevos debates en filosofía y ciencia política. Compilación de trabajos de la XVI Jornadas de Filosofía y Ciencias Políticas"*. Luis Pablo Slavin (Director). Universidad Nacional de Mar del Plata.

Analicemos cada una de las dificultades constatadas para que las mujeres accedan a la prisión domiciliaria.

En un primer orden, se observan casos de mujeres detenidas que han solicitado expresamente la sustitución del encierro carcelario por el domiciliario y, aún cumpliendo con las exigencias legales, sus peticiones han sido rechazadas por los correspondientes órganos jurisdiccionales. Como razones de tal negativa judicial han sido individualizados las siguientes:

> La residencia anterior al encarcelamiento en “zonas de riesgo” que no cumplirían con los estándares socioambientales exigidos por los jueces para la procedencia de la medida.

> La negativa de las familias de recibirlas.

> El familiar con el que conviviría la mujer no podría demostrar ingresos regulares y suficientes para el mantenimiento del hogar.

> El mérito aislado de la “gravedad del delito cometido” o la “magnitud de la pena impuesta” (**Procuración Penitenciaria de la Nación**, 2012:405).

En un segundo orden, se advierte que existen casos de mujeres encarceladas que, aún sabiéndose cumplidoras de las condiciones legales para acceder a la prisión domiciliaria, siquiera han peticionado a la autoridad judicial competente su detención domiciliaria, ello en función de las siguientes situaciones problemáticas:

> La falta de comunicación con sus defensores.

> No contar con domicilio propio ni familiar que pueda recibirlas.

> Ser extranjeras y no tener referente/s en el país.

> Necesitar del trabajo al que pueden acceder en el marco del encierro carcelario para mantener a sus familias en el exterior.

> Haber sido concedido en anterior oportunidad y no haber cumplido con las exigencias impuestas, obedeciendo ello, en la gran mayoría de los casos, a no haber sido encontradas por las trabajadoras sociales en el interior de sus domicilios por actividades vinculadas al cuidado de sus hijos/as, tales como llevarlos al hospital (**Procuración Penitenciaria de la Nación**, 2012: 405).

Vale anotar que todas estas circunstancias problemáticas, que se erigen como valladares obstaculizantes de la morigeración de los efectos del encarcelamiento riguroso en términos de arresto domiciliario, han sido sistematizadas de la siguiente manera:

> Barreras vinculadas con la solicitud del instituto: Aquellas que condicionan la procedencia del arresto por la interpretación de los supuestos y requisitos comprendidos en la norma.

> Barreras vinculadas con la concesión del beneficio: Aquellas que condicionan la procedencia de arresto a ciertas circunstancias estructurales.

> Barreras vinculadas con su efectivo cumplimiento: En ellas se evidencia la falta de recursos sociales, materiales y legales para cumplir con la restricción de libertad y alcanzar la finalidad resocializadora de la pena pregonada por la Ley Fundamental (**Defensoría General de la Nación**, 2015:10).

Para dar fin a este apartado, es dable apuntar que si bien la expresa inclusión de estos particulares supuestos de excepcional procedencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad en el domicilio pone de relieve la sensibilidad del legislador en punto a una especial necesidad de (algunas) mujeres presas, se ha entendido arbitrario el límite fijado en cinco años de edad de los hijos/as para acceder al instituto que permitiría disminuir las afecciones extrapunitivas.

En este sentido, sostiene la **Defensoría General de la Nación** (2015:56) “...que no existe una diferencia sustancial entre la desprotección y potencial pérdida de vínculos que podría sufrir un niño o niña menor de cinco años respecto de otro de más edad, dado que estas circunstancias no se vinculan necesaria ni únicamente con ese factor, sino con otros motivos, tales como la situación familiar, la económica, las condiciones de salud y la inserción social en las que se encuentran la madre y el niño o niña”. En virtud de estas consideraciones, se advierte que la edad máxima establecida en el dispositivo legal no puede ser interpretada como un límite rígido sino que, por el contrario, debe ser entendida como pauta orientadora que habrá de ser exceptuada en aquellos casos que sea necesario extender el plazo previsto para conceder el arresto domiciliario.

Los efectos del encarcelamiento de las mujeres madres se extienden a sus hijos/as menores de edad mayores de cinco años de edad. En esta dirección, tiene identificado el **Centro de Estudios Legales y Sociales** (2011:199) como graves problemas que el encierro de las mujeres madres puede acarrear para sus hijos/as menores de edad, no sólo la pérdida de convivencia con la progenitora sino también la separación de los hermanos; el peregrinaje por diferentes hogares donde algunas veces son maltratados; la institucionalización o el cuidado de familias sustitutas; la pérdida de total o parcial contacto con la madre y otros familiares; el incremento de la vulnerabilidad económica; el abandono de los estudios o la aparición de dificultades de aprendizaje; la situación de explotación laboral infantil; la depresión; problemas de salud; la asunción de responsabilidades de cuidado de hermanos menores; los intentos de suicidio, entre otras consecuencias.

### **3) Colofón final**

En aras de prevenir las violencias específicamente dirigidas hacia las mujeres presas, en el marco de un orden social patriarcal que, por un lado, define a la mujer en función de su capacidad de ser madre y que le asigna el rol de ser la principal encargada del cuidado de los miembros del grupo familiar y que, por el otro, obtura la inclusión de la dimensión de género en la institución carcelaria, se encuentra en la sustitución del encierro carcelario por el encierro domiciliario una herramienta con idoneidad para paliar tales violencias.

Ocurre que el legislador sólo ha concebido el arresto domiciliario para aquellos casos de mujeres que están embarazadas, son madres de hijos/as menores de cinco años de edad o están a cargo de una persona con discapacidad. De ello se desprende que la detención domiciliaria sólo permitirá prevenir las violencias que afectan específicamente a un subgrupo de mujeres presas. El legislador está inserto en un orden social patriarcal y, en ese contexto, elabora dispositivos legales en materia de ejecución de la pena que reproducen los roles estereotipados de género.

Si bien hay una noble intención de incluir la perspectiva de género en la normativa de ejecución de la pena, sólo se reconoce la prisión domiciliaria a la mujer en función del

rol socialmente asignado y, en este camino, se omite dar tratamiento preventivo a todas aquellas violencias específicamente dirigidas a la mujer con independencia de su condición de madre (tales como la deficiente atención ginecológica, la escasez de los elementos de higiene específicos y la ostensible distancia del domicilio de su grupo afectivo continente).

Esta reticencia del legislador en punto a los supuestos de procedencia de detención domiciliaria de las mujeres para paliar las consecuencias adicionales al castigo penal, se traslada al juez cuando debe resolver la procedencia del instituto en el caso concreto. En este trabajo se han individualizado diferentes fundamentos que han conducido a las autoridades judiciales a rechazar el pedido de arresto domiciliario de mujeres que cumplieran con las exigencias legales pertinentes empero también se evidenció la situación de mujeres que no solicitaban la detención domiciliaria aún cumpliendo con los requerimientos normativos. Sin perjuicio de la expresa disposición normativa, aún asumiendo expresamente que las cárceles no son espacios en los que puedan ser atendidas las necesidades y cuidados requeridos por mujeres embarazadas y/o niños/as pequeños/as, la realidad da cuenta de que continúan tras las rejas.

Se observó también que la edad máxima del hijo/a para que la mujer acceda al arresto domiciliario no debe ser interpretada estrictamente. Es decir, que no sólo la madre de un/a niño/a menor de cinco años de edad podría acceder al arresto domiciliario sino que también podría hacerlo la madre de un/a niño/a mayor de dicha edad. Si una de las finalidades del instituto es evitar que las consecuencias del encarcelamiento de las mujeres se proyecten sobre los hijos/as menores de éstas, no debiera circunscribirse en función de un extremo la edad de los/as niños/as. Sin embargo, en atención a los diferentes obstáculos que encuentran las mujeres para acceder a la prisión domiciliaria aún cuando cumplen con las exigencias legales, resulta difícil imaginar la adopción judicial de esta interpretación elástica del dispositivo legal imbricado.

### **Referencias bibliográficas**

- Centro de Estudios Legales y Sociales (2011). "Mujeres en prisión: los alcances del castigo". Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires.

- Ministerio Público de la Defensa (2013). "Mujeres en prisión en Argentina: causas, condiciones y consecuencias". Disponible en formato digital en el sitio web <http://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf>

- Defensoría General de la Nación (2009). "Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad". Disponible en formato digital en el sitio web <http://www.unicef.org/argentina/spanish/mujeres-presas.pdf>

- Defensoría General de la Nación (2015). "Punición & Maternidad: acceso al arresto domiciliario". Disponible en formato digital en el sitio web <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Genero%20Arresto%20con%20tapa%20e%20isbn.pdf>

- Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal (2014). Informe Anual 2014 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Disponible en formato digital en el sitio web [http://www.jus.gob.ar/media/3074134/informe\\_sneep\\_argentina\\_2014.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/3074134/informe_sneep_argentina_2014.pdf)

- Facio, Alda (2009). Facio, Alda (2009). *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal* en "El género en el derecho. Ensayos críticos". Ecuador, Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Procuración Penitenciaria de la Nación (2009). "Cuerpos castigados. Malos tratos físicos y tortura en cárceles federales". Editores del Puerto. Buenos Aires.

- Procuración Penitenciaria de la Nación (2012). "La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina". Informe Anual 2012. Disponible en formato digital en el sitio web <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anua%202012%20completo.pdf>

- Procuración Penitenciaria de la Nación (2015). "La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina". Informe Anual 2015. Disponible en formato digital en el sitio web [http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015\\_0.pdf](http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015_0.pdf)

## LA COMPLEJIDAD DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL

Ciani<sup>1</sup>, Mariela y Arrubia, Eduardo J.<sup>2</sup>

*“Quiero vivir, quiero gritar,  
quiero sentir el universo sobre mí  
Quiero correr en libertad,  
quiero encontrar mi sitio...”*  
Amaral – El universo sobre mí  
(El resaltado nos pertenece)

### 1. Introducción

Tradicionalmente, la violencia de género ha sido instalada como un concepto que desde el sentido común puede entenderse como una suerte de coacción física inmediata fundada en móviles psicológicos de odio o menoscabo hacia la mujer. Sin embargo, a través de una revisión conceptual y normativa puede advertirse que esta noción es abarcativa de una serie de situaciones fácticas en las que además de la violencia física, se incluyen otras modalidades. En este sentido, en el contexto de una cultura patriarcal heteronormativa afloran prejuicios y estigmas que en una dimensión cotidiana producen situaciones violentas que menoscaban el pleno goce de los derechos humanos. Especialmente, a los efectos de este trabajo, se lesionan así derechos vinculados a la diversidad sexual.

---

<sup>1</sup> Abogada. Diplomada Universitaria Superior en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (UNICEN). Miembro del programa de extensión sobre prevención de la violencia en niños, niñas y adolescentes de la Facultad de Derecho (Unicen). Abogada en violencia de género del consultorio jurídico gratuito perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro. Bolívar 481, Azul (C.P. 7300) mail: mariciani@gmail.com

<sup>2</sup> Abogado. Becario de Investigación doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Docente en la cátedra de Filosofía del Derecho y Ética de la Abogacía (Facultad de Derecho – UNICEN). Doctorando en Derecho (UBA). Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH-UNICEN). Bolívar 481, Azul (C.P. 7300) E-mail: earrubia@gmail.com

Por consiguiente, en primer término nos referiremos a la elaboración conceptual en torno a la noción de violencia de género. En segundo orden, exploraremos cómo se construyen representaciones culturales que disparan estereotipos acerca de los roles sociales en relación al género. En tercer lugar, referiremos la normativa internacional y nacional definitoria y aplicable a esta materia. Finalmente, exploraremos de qué manera estas representaciones patriarcales y heteronormativas condicionan los derechos humanos de mujeres lesbianas en las dimensiones más comunes de la vida cotidiana.

## **2. Violencias en plural: una introducción conceptual**

Es de reconocimiento mundial, tanto por los innumerables hechos históricos como por las esquilas y pensamientos de antaño que aún sobreviven y causan implosiones en el presente, que los grupos vulnerables (niños, mujeres, ancianos, personas con discapacidad, personas LGBTI) han sido sujetos receptores de distintas situaciones de violencia por parte de sus pares, nada más ni nada menos que otros seres humanos, quienes paradójicamente muchas veces tenemos escasos rasgos de humanidad.

En primer lugar, es interesante traer a colación el término de “violencia” como lo recepta la Organización Mundial de la Salud, es decir, *“el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte”*<sup>3</sup>. Este concepto nos permite abrir el grifo de tal manera que podríamos describir un sinnúmero de ejemplos y distintas clasificaciones de violencia –en tanto modalidades que existen, ámbitos donde se lleva a cabo, si es autoinfligida, colectiva, interpersonal, etc.-. A los fines que interesan aquí haremos hincapié en que la violencia puede producirse por acción, tal como puede ser el maltrato físico; o por omisión, causada a partir de la falta de cuidados o acciones negligentes que ocasionan un perjuicio en la persona, por ejemplo, cuando se deja a un niño de corta edad solo en su hogar expuesto a infinitas situaciones de peligro que pueden ocasionar un daño físico.

---

<sup>3</sup> OMS, Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud. 2002, Ginebra. Consultado en [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67411/1/a77102\\_spa.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67411/1/a77102_spa.pdf?ua=1)

Ahora bien, en este recorte fragmentado de la realidad que pretendemos esbozar, analizaremos la violencia de género perpetrada a niñas, adolescentes mujeres y lesbianas, procurando el análisis no solo teórico, sino además factico, normativo y jurisprudencial, que nos permita vislumbrar la constante y permanente asiduidad con la que ellas viven en un mundo de prácticas propias del patriarcado.

### **3. La violencia de género en el marco de representaciones culturales**

Tradicionalmente las niñas, adolescentes, mujeres adultas y ancianas sufren lo que se ha denominado como desigualdad de género. Podemos definir al género como “*construcción social y cultural que define las diferentes características emocionales, afectivas, intelectuales, así como los comportamientos que cada sociedad asigna como propios y naturales de hombres o de mujeres.*”<sup>4</sup>. De manera análoga, siguiendo a Lamas, puede sostenerse que el género se articula en tres instancias diferenciadas. Así, podemos individualizar la asignación de género que se produce cuando la persona nace a partir de la apariencia externa de sus genitales; la identidad de género, que se establece aproximadamente a la edad en que el infante adquiere el lenguaje y es previa a su conocimiento de la diferencia anatómica entre los sexos; y el papel de género, que está referido a las normas y prescripciones determinadas socioculturalmente sobre la conducta femenina o masculina<sup>5</sup>. Con ello la historia ha demostrado que las distinciones entre mujeres y hombres son socialmente construidas y no biológicas. En este sentido, pueden enunciarse algunos ejemplos que demarcan esta estructura: las niñas juegan a las muñecas, los niños a la pelota; a las mujeres se les asignan el rol de la limpieza de la casa, mientras que al hombre se lo asocia solo con la limpieza del vehículo del hogar; las mujeres pasaban de ser las hijas de papá, a las esposas *del* marido, mientras que el hombre pasa a ser un adulto en construcción que se prepara para el mundo laboral fuera del hogar.

Aunque pueda pensarse que estas ejemplificaciones son lejanas a este lado del mundo y que ello ha cambiado significativamente, lo cierto es que existen casos actuales

---

4 Berbel, Sara, *Sobre género, sexo y mujeres*, en Servicio de la mujer; Mujeres en red, periódico feminista 2015, p. 10

5 Lamas, Marta, *Cuerpo: diferencia sexual y género*, Taurus-Pensamiento, México, 2002, p. 35

que demuestran la continua estructura machista que demarca a la sociedad, y evidencia cómo los medios de comunicación lo reflejan. En consecuencia, invocamos el caso sucedido en el año 2016 de Marina Menegazzo y María José Coni, las mochileras argentinas asesinadas en Ecuador. Dado que los medios de comunicación enfatizaron su atención en este caso, puede leerse en las noticias y en el propio relato de personas que las conocían en el país que recorrían que las chicas iban *solas*. A modo de ejemplo citaremos dos extractos: “*Las jóvenes turistas se embarcaron en este viaje desde el 10 de enero junto a otras 2 amigas, hasta el 13 de febrero después de visitar destinos en Quito y Baños. A partir de ahí, Menegazzo y Coni **continuaron** *solas* hacia Montañita...”<sup>6</sup> (El resaltado nos pertenece). Aún peor, una joven chilena que las acompañó en el último trayecto de su viaje, al declarar en los medios argentinos manifestó que “*Estaban en una situación vulnerable al estar tantos días allá con bajo presupuesto y **solas**.*”<sup>7</sup> (El resaltado nos pertenece). Luego, a raíz de estas construcciones realizadas en los medios, que reflejan nuestra idiosincrasia, se hizo viral una carta de una estudiante de Ciencias de la Comunicación de Asunción en los medios de comunicación y en las redes sociales que se titulaba “Ayer me mataron”<sup>8</sup>, y que refleja el dolor y la desigualdad que existe en este tipo de situaciones entre hombres y mujeres, por viajar sin compañía masculina.*

De esta manera, abundan los ejemplos de representaciones culturales que disminuyen a la mujer desconociendo su libertad para opinar libremente, elegir su vestimenta, donde trabajar, acceder o no a la procreación, participar activamente de la vida política de un país, etc. Como bien dice Hendel pareciera que las mujeres son ciudadanas de segunda o de baja calidad, que han sido sometidas en la construcción de “*la historia patriarcal sin mujeres y la utilización del lenguaje excluyente y expulsivo*”<sup>9</sup>.

#### **4. La violencia de género en la normativa internacional de los Derechos Humanos**

---

6 <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/quienes-eran-marina-menegazzo-y-maria-jose-coni>

7 <http://www.infobae.com/2016/03/09/1795948-las-tenian-identificadas-y-las-raptaron-la-fuerza-dijo-una-chilena-que-conocio-las-mendocinas-ecuador/>

8 <https://www.youtube.com/watch?v=gkZ1betW27g>

9 Hendel, Liliana. *Violencias de género, las mentiras del patriarcado*; 2017, Paidós, Buenos Aires, pp. 38-

Existen diversos tratados de Derechos Humanos que reconocen el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al disfrute más alto posible de salud física y mental, etc. En este marco, la violencia de género ha sido definida por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y luego ampliada por el Comité de aplicación de dicha convención en términos de *“la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no”*<sup>10</sup>.

De forma similar la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer, primer instrumento internacional de derechos humanos dedicado exclusivamente a la violencia de género, que la ha receptado como *“... todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”*<sup>11</sup>

Además, dos instrumentos internacionales que siguieron este corolario y son dignos de resaltar son la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –más conocida como Convención Belém do Pará-, y el Estatuto de Roma. Así, la primera, aprobada por la OEA el 9 de junio de 1994<sup>12</sup> es esencial ya que manifiesta la importancia de que una mujer sea educada libre de patrones estereotipados de comportamiento o prácticas sociales, e impone a los Estados modificar los patrones

---

10 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General nº 19 sobre violencia contra la mujer. Párr. 6 [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CEDAW/00\\_4\\_obs\\_grales\\_CEDAW.html#GEN19](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN19)

11 ONU. Declaración de sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer. 1993. Art. 1. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>

12 Ratificada por Argentina 5 de julio de 1996, y convertida en Ley Nacional No. 24.632. Disponible en

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo. Además determina con mayor desarrollo el rol de los Estados Partes para hacer frente al tema que nos ocupa y asistir a quienes la sufren. En este orden de ideas, los sujetos de derecho internacional deben abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer; prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos<sup>13</sup>.

El segundo instrumento, aprobado en julio de 1998, al instituir la Corte Penal Internacional estableció la competencia para tomar posición frente a crímenes de trascendencia, entre los que incluye los hechos de violencia de género. De esta manera, considera crímenes de lesa humanidad a aquellos perpetrados por esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos de género<sup>14</sup>.

Por otro lado, en el marco nacional encontramos la Ley de Protección Integral de las Mujeres, N°26.485<sup>15</sup> que según la postura de Medina, constituye un avance en cuanto a la recepción del concepto de “género” y la transversalidad en el abordaje de la temática para su prevención y tratamiento<sup>16</sup>. Receta a la violencia de forma amplia definiéndola como *“toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.”* Agrega el concepto de violencia indirecta como aquellas conductas, acciones o prácticas que **pongan a la mujer en desventada con respecto al varón**. Además, con buen criterio, se establece la tipificación de las violencias, la obligatoriedad de su aplicación, detalle de las políticas públicas necesarias para el

---

13 OEA. Convención Belem do Para. Art. 7, 8 y 9.

14 Cfr. Estatuto de Roma. DOC A/CONF. 183/9. 17 de Julio de 1998. Art. 7, 1 g) y h) [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Estatuto\\_Roma.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_Roma.pdf)

15 Promulgada el 1 de Abril de 2009.

16 Medina, G.; Gonzalez Magaña, I.; Yuba, G. *Violencia de Género y Violencia Doméstica. Responsabilidad por daños*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2013, p. 736

cumplimiento, la gratuidad del asesoramiento y actuaciones judiciales, así como también la recepción de figuras especiales como la de violación en el matrimonio.

## **5. La orientación sexual de mujeres lesbianas a través del estigma y la discriminación**

Dentro del contexto teórico hasta aquí expuesto, asumimos que la categoría género adquiere dimensiones de complejidad al referirse no sólo a la mujer oprimida por un orden social patriarcal. Es decir, el patriarcado oprime además en función de la orientación sexual y la identidad de género. Por ello, consideramos necesario abordar la realidad del funcionamiento de prejuicios y estereotipos que se traducen en términos de violencia en relación a mujeres lesbianas.

En consecuencia, varias son las categorías por las cuales una mujer o un cuerpo feminizado pueden ser violentados, entre ellas, la edad, la raza, la religión, entre otras. En relación a la diversidad sexual aparecen tres motivos de discriminación latentes, esto es, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género. Así, la primera está referida a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas<sup>17</sup>. Cuando esta orientación sexual contradice los estereotipos condicionantes de la sociedad patriarcal y heteronormativa, el estigma y el prejuicio hallan su cauce como una modalidad de violencia. Es por ello que el lesbianismo como teoría política dentro del feminismo fue transformado desde una práctica sexual a una reivindicación política que puso en tela de juicio la supremacía masculina y la institución de la heterosexualidad<sup>18</sup>.

En relación a la identidad de género, la misma es definida por la ley 26.743 como *la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia*

---

<sup>17</sup> CIDH. Orientación sexual, identidad de género y Expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. 2012. Párr. 16

<sup>18</sup> Jeffreys, S. La herejía lesbiana: una perspectiva feminista de la revolución sexual lesbiana. Feminismos, Universitat de Valencia. 1996. Madrid, p. 11

*personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.* En este punto, y conforme con esta definición, la mujer es susceptible de ser estigmatizada en dos situaciones. Por un lado, en los casos en que una persona definida geníticamente como hombre decida asumir el género femenino, y por otro, el caso en el que una persona definida biológicamente como mujer decida asumir el género masculino, y más aún, si esta vivencia aparece asociada a rasgos característicos de la masculinidad. Por último, la expresión de género es un concepto que se presenta como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”<sup>19</sup>. De esta manera, corresponde aclarar que una mujer puede evidenciar una expresión de género asociada a las conductas culturalmente establecidas como masculinas, pero a su vez, mantener una orientación heterosexual. Es decir, la expresión de género no necesariamente determina a la orientación sexual de la persona.

Adicionalmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha evolucionado de manera favorable a la protección de los derechos de la diversidad sexual, evidenciándose que el primer caso en esta materia que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos estaba vinculado a la situación familiar de una mujer lesbiana. Ésta había sido despojada de la convivencia con sus hijas menores de edad como consecuencia de una acción judicial incoada por el padre de las niñas argumentando que la cohabitación de la madre con su pareja mujer lesbiana era perjudicial. Además, el escándalo mediático local dentro de una sociedad conservadora generó que la misma fuera apartada de sus funciones laborales como jueza. Frente a este panorama la corte IDH entendió que se trataba de un caso de discriminación pura y exclusivamente basada en motivos de orientación sexual. Así, el estado chileno fue condenado a responsabilidad internacional, y por otra parte, se entendió que tanto la orientación sexual como la identidad de género integraban la expresión literal “otra condición social” como motivos prohibidos

---

19 CIDH. Op. cit. Párr. 21

de discriminación del texto del art. 1.1 de la Convención Americana Sobre Derecho Humanos<sup>20</sup>.

En el mismo orden de ideas, puede advertirse respecto de las mujeres lesbianas cómo operan de manera violenta los estereotipos construidos culturalmente en el ámbito sanitario. Esto puede detectarse en relación a la consulta ginecológica que aparece atravesada por un enfoque médico hegemónico fundado en la idea del sexo-reproducción. Al mismo tiempo, las políticas públicas sanitarias en la materia están orientadas por este mismo esquema biologicista. Así, Brown y Pecheny sostienen que desde el discurso médico se propicia

Un control vinculado con la creciente medicalización y vigilancia de los cuerpos femeninos ligado a su vez a la idea de salud sexual y reproductiva, al menos tal y como se traduce en la legislación y las políticas públicas: es decir, la salud sexual es pensada en términos de planificación familiar. Se enfatiza el aspecto reproductivo y los cuidados necesarios del cuerpo femenino y su aparato génito mamario; y, en esa línea la ginecología apunta a proveer anticoncepción para que la maternidad llegue en el momento que el saber experto considera más apropiado así como para permitir los espaciamientos adecuados de los embarazos<sup>21</sup>.

En este marco, los autores citados describen de qué manera los estereotipos y preconceptos en materia de sexualidad devienen en la vulneración de los derechos humanos emergentes de la categoría de orientación sexual. Por ello, en vinculación con la consulta ginecológica, afirman

En la primera consulta, la indagatoria de rutina se rige por la presunción heterosexista; es decir, que las mujeres tienen relaciones sexuales exclusivamente con varones y que son exclusivamente coitales vaginales. “[S]e presume que todo el mundo es heterosexual, salvo que declare lo contrario”. Se

---

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párr. 91

21 Brown, J. Pecheny, M. et. Al. (2014) Atención ginecológica de lesbianas y bisexuales: notas sobre el estado de situación en Argentina. Interface. Comunicação, Saúde, Educação. vol. 18, núm. 51 P.677

presume, además, que la sexualidad es exclusivamente genital penetrativa. Dos preguntas clave son formuladas en el primer contacto profesional – paciente: “¿Tenés relaciones sexuales?” y en caso afirmativo se pregunta seguidamente – casi en una línea de continuidad- “¿cómo te cuidas?”. El interrogante tiene un referente específico: se asocia a métodos de cuidado anticonceptivo en el marco de relaciones heterosexuales. Por ello, podría ser formulada de la siguiente manera: “¿qué método anticonceptivo usás para cuidarte?” Tal interrogatorio rutinario no se ajusta a las experiencias sexuales de las mujeres que tienen sexo con mujeres<sup>22</sup>.

Asimismo, se puede observar situaciones fácticas de violencia en torno a mujeres lesbianas en el marco del ejercicio del derecho a formar una familia. De esta manera, el Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido una nueva fuente filiatoria a partir de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida a través del consentimiento medicalizado y protocolizado que exteriorice la voluntad procreacional<sup>23</sup>. Por lo tanto, desde el plano normativo se produce un robustecimiento del antedicho derecho humano a formar una familia ya que se añade la posibilidad jurídica de la fertilización, además del recurso preexistente a la adopción, a los efectos de concretar un proyecto parental en caso de parejas de mujeres lesbianas. No obstante, la realidad social pone en evidencia ciertos obstáculos y límites que se presentan a la hora de poner estos derechos en práctica. En este sentido, en 2015 en la ciudad de Azul se dio el primer caso de una pareja de mujeres lesbianas cuya obra social les denegó la cobertura del tratamiento necesario para llevar adelante la técnica de reproducción asistida denominada FIV/icsi con la utilización de esperma de dador anónimo<sup>24</sup>. Tal como surge de la sentencia judicial, la obra social IOMA sostuvo esta negativa alegando que no existía un supuesto de infertilidad que justificara la prestación de cobertura. Así, el juez remarcó que un argumento semejante resulta arbitrario e ilegítimo ya que el derecho a asumir un proyecto parental por parte de las mujeres homosexuales está desprendido de la idea biologicista del sexo-reproducción. Por lo tanto,

---

<sup>22</sup> Ibidem. P. 678

<sup>23</sup> Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M.; Lloveras, N. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 464

<sup>24</sup> C. C. c/ IOMA s/ amparo. Expte. 3737. Sentencia. 13/11/2015. Voto unipersonal Dr Carlos Paulino Pagliere (h). Tribunal Oral en lo Criminal n°2 de Azul.

la situación fisiológica de fertilidad o no de las mujeres, en nada tiene que ver según nuestro derecho con la posibilidad de acceder a este tratamiento como mecanismo para canalizar la voluntad procreacional. Aquí, podemos advertir cómo a pesar de los avances legislativos favorables en la materia, se presentan límites en la materialidad de los hechos que se concatenan al hilo de prejuicios y estigmas. Por consiguiente, en el plano de la realidad se produce una situación de violencia evidenciada por los tiempos de espera y por la conducta negativa de la prestadora de salud.

## **6. Conclusión**

En suma, el argumento central de este texto ha girado en torno a la idea de que la violencia de género se encuentra atravesada por un complejo entramado social y jurídico. Esto nos ha permitido abordarla en términos de violencias en plural. Es decir, hemos entendido desde las distintas definiciones de instrumentos internacionales y nacionales en la materia que la violencia opera de manera atómica en prácticas corrientes y cotidianas. Para ello ha sido útil develar la inserción de la cultura patriarcal heteronormativa en situaciones socio-jurídicas vinculadas a los derechos humanos de la diversidad sexual. Así, pudo señalarse también que el concepto de género no se reduce únicamente a la idea de mujer, sino que abarca otros aspectos y expresiones como las experiencias y autopercepciones que cada persona tiene de su propio cuerpo.

## **Referencias Bibliográficas**

- Berbel, S. (2015). *Sobre género, sexo y mujeres*, en Servicio de la mujer; Mujeres en red, periódico feminista.
- Brown, J. Pecheny, M. et. Al. (2014) Atención ginecológica de lesbianas y bisexuales: notas sobre el estado de situación en Argentina. *Interface. Comunicação ,Saúde, Educação*. vol. 18, núm. 51, octubre-diciembre pp. 673-684.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Orientación sexual, identidad de género y Expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. Año 2012
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

Hendel, L. (2017). *Violencias de género, las mentiras del patriarcado*. Paidós, Buenos Aires.

Jeffreys, S. (1996) *La herejía lesbiana: una perspectiva feminista de la revolución sexual lesbiana*. Feminismos, Universitat de Valencia, Madrid

Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M.; Lloveras, N. (2014). *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Lamas, M. (2002). *Cuerpo: diferencia sexual y género*, Taurus-Pensamiento, México.

Medina, G.; Gonzalez Magaña, I.; Yuba, G. (2013) *Violencia de Género y Violencia Doméstica. Responsabilidad por daños*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

**COMISIÓN 2. DERECHO A LA CIUDAD Y TERRITORIO LOCAL**  
**EL DEBATE SOBRE REFORMA Y REVOLUCIÓN: ALGUNAS**  
**IMPLICANCIAS EN LA LUCHA POR EL DERECHO A LA CIUDAD**

**Slavin, Pablo Eduardo<sup>1</sup>**

*Me gustaría ver grupos de derecho a la ciudad y otros académicos, investigando posibilidades y soluciones, y no solamente como grupos de apoyo a movimientos que han luchado contra los procesos de gentrificación. Los movimientos de resistencia no son suficientes, se necesitan proposiciones viables y dinámicas. La academia ha volcado todos sus esfuerzos a la documentación de la gentrificación y se ha centrado demasiado en las batallas perdidas. Todos esos esfuerzos podrían dirigirse a explorar alternativas de lucha, las mismas que pueden hacer frente a la gentrificación.*

David Harvey (Entrevista brindada en julio de 2016)

*Avergonzada, deshonrada, nadando en sangre y chorreando mugre: así vemos a la sociedad capitalista. No como la vemos siempre, desempeñando papeles de paz y rectitud, orden, filosofía, ética, sino como bestia vociferante, orgía de anarquía, vaho pestilente, devastadora de la cultura y la humanidad: así se nos aparece en toda su horrorosa crudeza.*

Rosa Luxemburgo (*Folleto Junius*, 1915)

### **Introducción**

En el año 1968, en una obra de referencia que lleva por título *El Derecho a la Ciudad*, el pensador francés Henri Lefebvre señalaba el papel central que había adquirido la ciudad como escenario de la *lucha de clases*. Un escenario que muchos de sus compañeros

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (UNMdP); Magister en Ciencia y Filosofía Política (UNMdP); Profesor Titular Ordinario Exclusivo de Derecho Político; Director del CIDDH Alicia Moreau, Facultad de Derecho (UNMdP); Director del Grupo de Investigación Pensamiento Crítico.

de ‘izquierda’ parecían dejar de lado, centrándose tan sólo en la ‘fábrica’ y la actividad sindical.

El planteo de Lefebvre va acompañado de otra cuestión clave en el debate de la izquierda ‘marxista’, como es la supuesta contradicción entre *Reforma* y *Revolución*. Un debate iniciado a fines del siglo XIX, y que marcaría una divisoria de aguas en el seno de la socialdemocracia a partir de entonces.

Con estos ejes como guía, intentaremos analizar críticamente la vigencia de este debate, y la importancia de visualizar la lucha por el Derecho a la Ciudad - simultáneamente- como un *medio* y como un *fin* para la transformación de la sociedad capitalista actual, planteando en todo momento algunas estrategias concretas.

#### Sobre Reforma y Revolución:

En una serie de artículos publicados entre 1896 y 1898 en el periódico *Die Neue Zeit*<sup>2</sup>, el albacea testamentario de Engels y destacado líder de la *II Internacional Socialista*, Eduard Bernstein, planteó la necesidad de ‘revisar’ algunos elementos de la teoría marxista que consideraba ‘superados por la realidad’. Sus cuestionamientos avanzaban sobre aspectos centrales del pensamiento de Marx y Engels, entre los que incluía la vigencia de la teoría del valor-trabajo, la validez del método dialéctico, y hasta la tesis sobre la inevitabilidad del ‘derrumbe’ de la estructura capitalista de producción. Bernstein sostenía que la socialdemocracia debía concentrar sus esfuerzos en la lucha por reformar el sistema capitalista para mejorar la vida de los trabajadores, y olvidar por un rato la utopía de la ‘revolución’ que supuestamente, en un lejano futuro, conduciría a un mundo socialista.

Sus palabras desataron un polémico debate en el que la defensa del ‘marxismo ortodoxo’ fue asumida por líderes de la talla de Karl Kautsky y Rosa Luxemburgo.

---

<sup>2</sup> Este periódico, fundado en 1883 por Kautsky, fue uno de los más importantes medios de divulgación de la teoría socialista. Considerado la revista oficial del SPD, en él escribían los referentes del socialismo de la época, como Paul Lafargue, Franz Mehring, Rosa Luxemburgo, August Bebel, Karl Liebknecht, y otros. Dejó de publicarse en agosto de 1923.

Vale recordar que en el período en que Marx y Engels elaboraron la mayoría de sus obras (entre las décadas de 1840 y 1880), la clase trabajadora no contaba con *derechos políticos*, era perseguida y debía luchar desde la clandestinidad. En sus trabajos ellos describían una estructura económico-social que se iba desarrollando *dialécticamente*, llevando en sí el *germen de su propia destrucción*, que se agotaría y finalmente *derrumbaría* para dar paso a una sociedad nueva. En ese contexto, los trabajadores debían estar listos para encargarse de la última fase, la *expropiación de los expropiadores*, la toma del poder político gracias a lo cual los *medios de producción* pasarían a cumplir una función social, y el *Estado de clase*, como tal, desaparecería.

Era obvio que en esas condiciones, el único medio posible para llegar al *poder* fuera una *revolución política*; la ruptura del orden institucional establecido por la burguesía, lo cual se presumía sólo podía realizarse con *violencia*. ¿De qué otro modo, si no, podían los obreros alcanzar el poder en un Estado monopolizado por la burguesía, y en el que carecían de derechos políticos?

Pero a fines del siglo XIX la situación había comenzado a cambiar; en muchos países la clase trabajadora contaba con el derecho al sufragio, los partidos socialistas poseían reconocimiento estatal, y representantes obreros tenían la posibilidad de ingresar y participar en los Parlamentos europeos.

Bernstein sostiene entonces que “...la conquista del poder político por el proletariado (se puede) concebir de distintas formas: por el camino de la lucha parlamentaria, mediante el aprovechamiento y la utilización de todos los otros recursos legales, o por el camino de la fuerza mediante una revolución.”<sup>3</sup> Identifica – equivocadamente- revolución con violencia. Siguiendo la línea sustentada por la II Internacional, aboga por una transición pacífica y por la vía democrática hacia el socialismo, lo que para él implicaba seguir el camino de la reforma y abandonar la vía revolucionaria.

---

3 Bernstein, Eduardo (1899); *Socialismo Teórico y Socialismo Práctico: Las premisas del socialismo y la misión de la social democracia*. [trad.] E. Díaz-Reta. Buenos Aires : Editorial Claridad, 1966; Pág. 198.

La democracia es considerada como *medio y fin* para la realización del socialismo. Constituyendo los trabajadores mayoría de la población, el *sufragio universal* les brinda la posibilidad de conformar un *gobierno obrero*. Consecuentemente, se vuelve más real la *chance* de adoptar medidas concretas para mejorar la situación del proletariado por medios *legales* y sin necesidad de violencia alguna. Para muchos socialistas de la época, desplazar la *vía revolucionaria* del centro de la escena significaba una *traición*. Para Bernstein, por el contrario, optar por la *vía reformista* implicaba una forma más lenta pero segura de avanzar hacia el socialismo.

¿Por qué ‘*abandonar*’ –como él lo afirma- a la clase obrera y dejar su suerte librada a una hipótesis de probable pero muy lejano cumplimiento? ¿No es acaso *el deber* de la socialdemocracia preocuparse por mejorar la situación presente de los trabajadores?

Aceptamos la interpretación de que el *sufrimiento obrero* no es una *condición necesaria* para alcanzar el socialismo. El problema es que Bernstein analiza la *democracia* como si se tratase de un *modelo de gobierno eterno*, atemporal, a diferencia de Rosa Luxemburgo, quien le señala que se trata de una noción *histórica*. Es la **democracia capitalista** a la que Bernstein se estaba refiriendo.

Compartiendo el pensamiento de Rosa Luxemburgo, nos preguntamos: ¿Aceptará, pacíficamente, la clase dueña de los medios de producción, una reforma constitucional que establezca el reemplazo de la propiedad privada por una propiedad social? ¿Qué ha sucedido cuando un gobierno ha intentado llevar adelante programas sociales que afectan negativamente la cuota de ganancia de las clases dominantes? ¿Cómo han reaccionado esas clases cuando vieron peligrar sus privilegios por el avance del proletariado?

Según Luxemburgo, el error de Bernstein es no comprender que el capitalismo es un *proceso*; su falta de análisis dialéctico lo lleva a ver como opuestos e irreconciliables el *movimiento* y el *objetivo final*. Con el abandono del *objetivo final*, con el desconocimiento de su importancia, Bernstein le estaba quitando sentido a la lucha proletaria. El partido

socialdemócrata, que pronto iría adoptando el ‘*revisionismo*’ de Bernstein, terminaría por desdibujarse como tal y transformarse en un partido burgués más.

Luxemburgo muestra su comprensión dialéctica explicando que

*Para la socialdemocracia, la reforma social y la revolución social forman un todo inseparable, por cuanto, según su opinión, el camino ha de ser la lucha por la reforma, y la revolución social, el fin.*<sup>4</sup>

Es interesante prestar atención al planteo de Rosa Luxemburgo, por cuanto el mismo nos enseña las profundas diferencias que se fueron abriendo entre los intérpretes del marxismo. La autora no reniega de la política de reformas ni del modelo democrático. Por el contrario, aspira a llevar adelante todas aquellas medidas que puedan mejorar la situación del pueblo trabajador. Pero al mismo tiempo es consciente que las contradicciones propias del sistema capitalista conducirán finalmente a su autodestrucción, a su *derrumbe*, momento en que el que la revolución social tendrá lugar, y el *objetivo final* se habrá alcanzado.

Y esto es lo que cobra particular relevancia al momento de analizar la lucha concreta por el *Derecho a la Ciudad*: ¿Quién debe realizarla? ¿Puede ser dejada en manos del ‘Estado’? ¿Es posible la realización del derecho a la ciudad en el capitalismo?

Su clara concepción *dialéctica* le permitió a Luxemburgo comprender que *reforma* y *revolución* no constituyen dos polos opuestos, sino que están *interrelacionados*. Los cambios *cuantitativos* terminan provocando transformaciones de carácter *cualitativo*. **Las reformas conducen a una revolución.**

¿Y qué papel cumple el Estado en este proceso?

Rosa Luxemburgo supo *leer* correctamente el rumbo que iba tomando el capitalismo, sin dejarse atrapar por análisis de coyuntura. Por eso sostuvo que

---

<sup>4</sup> Luxemburgo, Rosa (1900); *Reforma o Revolución*; Buenos Aires, Argentina, 1969. Pág. 23. El resaltado es nuestro.

*...es un lugar común afirmar que el Estado imperante es un Estado clasista. A esto, al igual que a todo lo que se refiere a la sociedad capitalista, no hay que entenderlo de manera rigurosa y absoluta sino dialécticamente.*

*El Estado se volvió capitalista con el triunfo de la burguesía. El desarrollo capitalista modifica esencialmente la naturaleza del Estado, ampliando su esfera de acción, imponiéndole nuevas funciones constantemente (sobre todo en lo que afecta la vida económica), haciendo cada vez más necesaria su intervención y control de la sociedad. En este sentido, el desarrollo capitalista prepara poco a poco la fusión futura del Estado y la sociedad. Prepara, por así decirlo, la devolución de la función del Estado a la sociedad. (...)*

*Pero, por otra parte, el mismo desarrollo capitalista efectúa otra transformación en la naturaleza del Estado. El Estado existente es, ante todo, una organización de la clase dominante. Asume funciones que favorecen específicamente el desarrollo de la sociedad porque dichos intereses y el desarrollo de la sociedad coinciden, de manera general, con los intereses de la clase dominante y en la medida que esto es así. (...) Pero esta armonía impera sólo hasta cierto momento del desarrollo capitalista. Cuando este ha llegado a cierto nivel, los intereses de clase de la burguesía y las necesidades del avance económico empiezan a chocar, inclusive en el sentido capitalista. Creemos que esta fase ya ha comenzado.<sup>5</sup>*

Luxemburgo reconocía la importancia que para los objetivos de la socialdemocracia tenía participar y ganar elecciones, y merced a ello lograr que sus representantes asuman posiciones en el gobierno. Sin intervenir en el poder del Estado las *reformas* (económicas, legales, políticas) que permitan mejorar la vida de los trabajadores y el pueblo en general son mucho más difíciles. Pero al mismo tiempo, ella era consciente de los límites que esas reformas tienen en el marco de un Estado capitalista.

En el mismo sentido se había expresado años antes el propio Engels, cuando en una serie de trabajos, precisamente sobre el problema de la vivienda, afirmaba que

---

<sup>5</sup> Luxemburgo, Rosa (1900); *Reforma o Revolución*; Buenos Aires, Argentina, 1969; tomado de la edición de Editorial Pluma, T.1, pág. 68. El resaltado es nuestro.

*Es claro como la luz del día que el Estado actual no puede ni quiere remediar la plaga de la vivienda. El Estado no es otra cosa que el poder organizado del conjunto de las clases poseedoras, de los terratenientes y de los capitalistas, dirigido contra las clases explotadas, los campesinos y los obreros. Lo que los capitalistas (y sólo de éstos se trata aquí, pues los terratenientes que también participan en este asunto aparecen ante todo como capitalistas) tomados individualmente no quieren, su Estado no lo quiere tampoco. Sí, pues, los capitalistas aislados deploran la miseria de la vivienda, pero apenas hacen nada para paliar aunque sea superficialmente sus consecuencias más espantosas, el capitalista conjunto, el Estado, no hará mucho más. El Estado se preocupará todo lo más de conseguir que las medidas de uso corriente, con las que se obtiene un paliativo superficial, sean aplicadas en todas partes de manera uniforme y ya hemos visto efectivamente es así.<sup>6</sup>*

Conforme la concepción materialista histórica, a la que adherimos, el desarrollo de las fuerzas productivas que el capitalismo posee en su seno producirán inevitablemente un quiebre entre las relaciones de producción dominantes y las nuevas relaciones que surgirán, todo lo cual llevará a la destrucción del modo de producción capitalista, a su ‘colapso’. Esas ‘condiciones objetivas’ (grado de las fuerzas productivas) pueden –o no- ir de la mano con la maduración y consolidación de las ‘condiciones subjetivas’ (el desarrollo de una verdadera conciencia de clase en el proletariado, el convencimiento de la necesidad de una revolución política y la toma del poder del Estado). Las condiciones ‘subjetivas’ no aparecen ni pueden cumplir sus objetivos si el desarrollo del capitalismo no está lo suficientemente avanzado y maduro. Prueba de ello han sido las frustradas experiencias del –mal llamado- *socialismo real* durante el siglo XX.

Pero que no se haya llegado aún al agotamiento del modo de producción capitalista, no exime a quienes realmente creen y quieren su superación, de luchar por todas las *reformas* que mejoren las condiciones de vida de aquellos que diariamente son expulsados y excluidos por el sistema.

---

<sup>6</sup> Engels, Federico (1872); *Contribución al problema de la vivienda*; Editorial Progreso, URSS, 1980; pág. 75. El resaltado es nuestro.

El choque entre el grado de desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas capitalistas en la actualidad, y las relaciones de producción, es cada vez más profundo. El desempleo es cada vez mayor, y las *crisis* del sistema son cada vez más profundas y con menos distancia en el tiempo.

Las crisis capitalistas y el Derecho a la Ciudad

En su obra de 1968, Lefebvre afirma que

*El **derecho a la ciudad** se manifiesta como forma superior de los derechos: el derecho a la libertad, a la individualización en la socialización, al hábitat y al habitar. El derecho a la **obra** (a la actividad participante) y el derecho a la **apropiación** (muy diferente del derecho a la propiedad) están imbricados en el derecho a la ciudad.*"<sup>7</sup>

El **derecho a la ciudad** es hoy considerado un **derecho humano emergente**. Constituye un espacio físico donde los hombres habitan y conviven, y en el que pueden alcanzar su '**plena realización política, económica, social, cultural y ecológica**'. Es por ello que se lo asocia fuertemente con el **derecho a la ciudadanía**, y a un tipo especial de ciudadanía: liberadora, igualitaria, inclusiva, creadora de nuevos derechos, transformadora.

En la línea de Lefebvre, el profesor catalán Jordi Borja explica que

*El '**derecho a la ciudad**' integra derechos relativos al **entorno físico** como la vivienda, el espacio público, el transporte, el ambiente, etc., que condicionan derechos individuales y colectivos de carácter social o político, es decir, la efectividad del estatuto del ciudadano. Pero también se integran en el derecho a la ciudad **derechos políticos y sociales** que a su vez condicionan la inserción de la ciudad, como la igualdad político-jurídica, la identidad personal y colectiva de las minorías, el salario ciudadano o renta básica, la formación continuada, etc. **El derecho a la ciudad, pues, es un conjunto de derechos formales y materiales que configuran la ciudadanía.***

*En nuestras sociedades altamente urbanizadas hay una estrecha relación entre **derecho a la ciudad y derechos ciudadanos.***<sup>8</sup>

---

7 Lefebvre, Henri (1968); *El Derecho a la Ciudad*; pág. 159. El resaltado es nuestro.

8 Borja, Jordi (2013); *Revolución urbana y derechos ciudadanos*; Editorial Café de las Ciudades; Argentina, 2014; pág. 159. El resaltado es nuestro.

Es entonces en el espacio físico de la ciudad donde los seres humanos disfrutarán (o no) su calidad de ciudadanos. Donde tendrán mejores chances de controlar a las autoridades mediante el ejercicio de una verdadera *democracia participativa*. Claro que eso no será producto de una ‘concesión de los gobernantes’ o una ‘dádiva del Estado’, sino que sólo podrá ser resultado de una lucha férrea y constante.

Pese a vivir los ‘años felices’ del Estado de Bienestar, en el cual la clase obrera mejoró sus condiciones de vida y el Estado parecía ser su ‘aliado’, Lefebvre era consciente que el *derecho a la ciudad* no podía ser, en el seno de una sociedad capitalista, más que una ‘aspiración’, un ‘objetivo’ por el cual luchar. Y como buen intérprete del marxismo, sabía que esa lucha no podía ser dejada en manos del Estado (capitalista).

El tiempo no tardó en darle la razón.

Lefebvre escribe en momentos en los cuales el modo de producción capitalista comenzaba a sufrir una nueva crisis, la que haría eclosión en 1973 arrastrando con ella el modelo democrático del *Estado de Bienestar*, y dando lugar a la instalación del *Neoliberalismo*, el que gracias a la propia *lógica* del capital (tendencia a la concentración, al monopolio) pronto se transformó en un discurso hegemónico: el ‘*pensamiento único*’.

En este sentido, el geógrafo norteamericano David Harvey afirma que el neoliberalismo constituyó un proyecto político y económico cuyo objetivo era (y es) restaurar la dominación de clase de los sectores más ricos, los que habían visto su poder amenazado por el ascenso al poder de partidos socialdemócratas y sus políticas de ‘redistribución del ingreso’.

El nuevo modelo se basó en la defensa irrestricta de la propiedad privada, la liberalización de los mercados de bienes, servicios y financieros, y sobre todo en intentar el vaciamiento del Estado a través de la ‘*privatización de lo público*’. Sectores y bienes que hasta entonces se encontraban a cargo del Estado, tal los casos de educación, salud, seguridad, redes viales, sistema jubilatorio; servicios como la luz, el agua y el gas, etc. pasan a ser regulados por el ‘mercado’ y son ‘*privatizados*’. Frente a la caída tendencial de

la tasa de ganancia, la doctrina neoliberal hizo de la *ciudad* uno de sus ‘espacios de acumulación’ preferidos.

Harvey se refiere al modelo neoliberal como de *acumulación por desposesión*. Se trataría de una variante moderna de lo que Marx llamaba la ‘*acumulación primitiva*’. Nuevos espacios, antes reservados para el uso y goce público, son ahora empleados por las clases altas para extraer ganancias a expensas de los sectores medios y bajos.

*Todas esas prácticas forman un nudo colectivo en el que la política de **acumulación por desposesión** se convierte en medio primordial para la extracción de renta y de riqueza de las poblaciones vulnerables, incluida la clase obrera (se defina ésta como se defina).*

*La supresión de derechos duramente adquiridos (como las pensiones de jubilación, la sanidad, la educación gratuita y los servicios adecuados que forman parte de un salario social satisfactorio) se ha convertido bajo el neoliberalismo en una forma descarada de desposesión racionalizada, que ahora se ve reforzada mediante la política de austeridad administrada en nombre del equilibrio fiscal. La organización de la resistencia contra esa *acumulación por desposesión* (el fortalecimiento del movimiento contra la austeridad, por ejemplo) y las reivindicaciones de alojamientos más baratos y más confortables, de enseñanza, sanidad y servicios sociales son, por lo tanto, tan importantes para la lucha de clases como lo es la lucha contra la explotación en el mercado laboral y en el lugar de trabajo.<sup>9</sup>*

En las últimas décadas la ciudad comenzó a sentir, en forma dramática, las consecuencias de estas políticas. Es notorio el aumento exponencial de la pobreza ‘urbana’; de la exclusión de amplios sectores, o lo que en algunos países de Europa y en USA llaman procesos de *gentrificación*, es decir, la expulsión de grupos y comunidades locales por parte de quienes cuentan con mayores recursos; la construcción de ‘barrios privados’ y exclusivos ‘centros comerciales’ donde acuden las clases sociales más adineradas, junto a *villas miserias* (‘favelas’, ‘chabolas’, ‘barrios carenciados’, etc.) en las que sus habitantes

---

<sup>9</sup> Harvey, David (2014); *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*; Editorial IAEN; Ecuador; pág. 78; disponible en versión on-line.

no cuentan con los más elementales recursos para gozar de una vida ‘digna’. El común denominador de estos *tugurios* (según los denomina la ONU) es la ausencia de servicios esenciales como redes de agua potable, alumbrado público, gas, recolección de residuos, seguridad; viviendas precarias y/o en pésimo estado de conservación; centros de salud y de educación sin las condiciones mínimas para su eficaz funcionamiento; falta de espacios verdes; calles intransitables; etc.

Se fue consolidando así el fenómeno de una ciudad ‘*dual*’, ‘*fragmentada*’, ‘*excluyente*’, donde conviven pobres con ricos -aunque estos últimos intenten poner la mayor cantidad de barreras posibles para evitar el *encuentro*-.

El *modelo neoliberal*, que se presentaba a sí mismo como la panacea que venía a ‘mejorar la calidad de vida’ de la población en general, y a poner fin a la ‘caída de la tasa de ganancia’ y a las crisis capitalistas, lejos estuvo de siquiera acercarse a cumplir con sus promesas. Muy por el contrario, los efectos de sus políticas han sido devastadores.

En primer lugar para la mayor parte de la población, la que vio mermar su calidad de vida y su participación en la distribución del ingreso de manera notable. Algunas cifras dan cuenta de ello: más del 50% de la riqueza se encuentra hoy en poder del 1% de la población. Tan sólo ocho personas<sup>10</sup> (hombres en realidad) poseen la misma riqueza que la mitad más pobre de la población mundial, 3.600 millones de personas -Informe de *OXFAM Internacional* para enero de 2017-. Según su directora ejecutiva Winnie Byanyima:

- 
- 10 Las ocho personas más ricas del mundo son (en orden, según su fortuna neta conforme la lista *Forbes*):
1. Bill Gates: Fundador de la empresa estadounidense Microsoft (75.000 millones de dólares).
  2. Amancio Ortega: Fundador de Inditex, propietario de la cadena de tiendas de moda española Zara (67.000 millones de dólares).
  3. Warren Buffett: Director ejecutivo y principal accionista de la empresa estadounidense Berkshire Hathaway (60.800 millones de dólares).
  4. Carlos Slim Helu: Propietario del mexicano Grupo Carso (50.000 millones de dólares).
  5. Jeff Bezos: Fundador y director ejecutivo de la empresa estadounidense Amazon (45.200 millones de dólares).
  6. Mark Zuckerberg: Presidente, director ejecutivo y cofundador de la empresa estadounidense Facebook (44.600 millones de dólares).
  7. Larry Ellison: Cofundador y director ejecutivo de la empresa estadounidense Oracle (43.600 millones de dólares).
  8. Michael Bloomberg: Fundador propietario y director ejecutivo de la empresa estadounidense Bloomberg LP (40.000 millones de dólares).

*Cuando una de cada diez personas en el mundo sobrevive con menos de dos dólares al día, la inmensa riqueza que acumulan tan sólo unos pocos resulta obscena. La desigualdad está sumiendo a cientos de millones de personas en la pobreza, fracturando nuestras sociedades y debilitando la democracia. (...)*

*En todo el mundo, muchas personas están siendo dejadas de lado. Sus salarios se estancan mientras las remuneraciones de los presidentes y altos directivos de grandes empresas se disparan; se recorta la inversión en servicios básicos como la sanidad o la educación mientras grandes corporaciones y grandes fortunas logran reducir al mínimo su contribución fiscal; y los Gobiernos ignoran sus voces mientras escuchan embelesados las de las grandes empresas y las élites millonarias.*

A esta situación debemos agregar otro componente que agrava el problema: más del 50% de la población mundial vive en ciudades; y dicha cifra se eleva al 92% en el caso de Argentina.

Pero el *neoliberalismo* tampoco ha servido para mejorar o hacer más eficiente el desenvolvimiento del capitalismo. Como bien lo explica el profesor colombiano Emilio Pradilla Cobos, poniendo el centro de atención en nuestra región:

*Luego de tres décadas de aplicación abrupta, más o menos autoritaria y acelerada del patrón neoliberal en los países de América Latina y el Caribe, el balance es muy desalentador: no ha logrado sostener el crecimiento económico –la acumulación de capital–, el cual se ha movido entre repetidas recesiones y fuertes desaceleraciones, con una tasa de crecimiento anual promedio del PBI de sólo un 2,4% entre 1981 y 2009, mientras que entre 1951 y 1980 había crecido a un 5,5% en promedio al año; por su parte, el PBI por habitante cuyo crecimiento promedio fue de 2,7% entre 1951 y 1980, entre 1981 y 2009 sólo creció al 0,7%; y se ha perdido el dinamismo de la creación de empleo **formal**, cediendo su lugar al precario e **informal**; la pobreza y la desigualdad social crecen a pesar de los gigantescos gastos para combatirla, pero ahora se ubica mayoritariamente en las ciudades, otrora símbolos de la integración y la modernidad.<sup>11</sup>*

---

<sup>11</sup> Pradilla Cobos, Emilio (2013); *Empresarios, gobiernos y ciudadanos en la disputa por la ciudad*, en Ana Clara Torres Ribeiro y otros, 2013, 'Política gubernamental y acción social del espacio', ANPUR, Río de Janeiro, Brasil. El resaltado es del autor.

En este contexto, la lucha por el *derecho a la ciudad* no sólo abarca el derecho a una *vida digna*, a la *ciudadanía*, y al uso y goce de todos los beneficios que eso conlleva; es por sobre todo un grito de rebelión y de esperanza. Es un movimiento revolucionario que se enfrenta ante un modo de producción capitalista cuya *lógica* es cada día más excluyente y elitista.

Socialismo o Barbarie:

Nos encontramos en un punto de quiebre.

El modo de producción capitalista se encuentra en una fase muy avanzada de desarrollo, en la cual sus contradicciones internas parecieran estar por hacer eclosión en cualquier momento.

Los avances alcanzados en áreas como la tecnología, el transporte, las comunicaciones, la medicina, la producción de bienes de todo tipo, etc., son asombrosos; hoy se cuenta con la capacidad y la logística para terminar con el hambre y la desnutrición mundial. Simultáneamente el capitalismo ha alcanzado prácticamente todos los espacios disponibles en el planeta. Ya no quedan lugares que no estén bajo su control.

Sin embargo, al lado de tanta abundancia vemos crecer y agudizarse una enorme pobreza. La situación a la que se ven sometidos millones de personas que habitan en ‘tugurios’ es francamente inhumana, y constituye un muy peligroso caldo de cultivo para el estallido de todo tipo de violencia. Generaciones enteras han sido *expulsadas* de la ‘*ciudad formal*’; se encuentran sin trabajo o con trabajos precarios y de bajos ingresos, fuera del sistema fiscal y de la seguridad social, con viviendas precarias, sin los más elementales servicios. La única posibilidad de subsistencia es justamente en la ‘*informalidad*’, trabajando en actividades como la venta callejera, artesanías, ‘changas’, dedicándose a la mendicidad, o directamente por fuera de la ley, como la venta de artículos robados, la prostitución, la trata de personas y el tráfico de estupefacientes). Es ese ‘lumpen’ del que

hablaba Marx, pero llevado a extremos entonces inimaginables. No se trata de ‘desempleados’, sino de excluidos del sistema que viven en la *marginalidad* y deben criar a sus hijos en esas condiciones. Ese condicionamiento social en el que se encuentran es cada vez más difícil de revertir.

Con gran preocupación vemos que la respuesta político-económica adoptada desde los centros del poder económico mundial va en el camino de profundizar esta brecha. Desde hace décadas organismos como el FMI y el Banco Mundial promueven las recetas del ajuste fiscal, la rebaja de las pensiones y de los servicios de la seguridad social, así como el achicamiento del Estado Social. Las redes de contención elaboradas bajo el período de predominio del Estado de Bienestar se han ido desmantelando. Y esto golpea de forma mucho más dura sobre los países del tercer mundo.

¿Qué hacer entonces?

Hace un siglo, en el *Folleto Junius*, Rosa Luxemburgo planteaba un *dilema* que, ante el grado de desarrollo alcanzado por el capitalismo, cobra plena actualidad:

*El socialismo es el primer movimiento popular del mundo que se ha impuesto una meta y ha puesto en la vida social del hombre un pensamiento consciente, un plan elaborado, la libre voluntad de la humanidad. Por eso Federico Engels llama a la victoria final del proletariado el salto de la humanidad del reino animal al reino de la libertad. Este paso también está ligado por leyes históricas inalterables a los miles de peldaños de la escalera del pasado, con su avance lento y tortuoso. Pero jamás se logrará si la chispa de la voluntad consciente de las masas no surge de las circunstancias materiales que son fruto del desarrollo anterior. El socialismo no caerá como maná del cielo. Sólo se lo ganará en una larga cadena de poderosas luchas...*

*Federico Engels dijo una vez: ‘La sociedad capitalista se halla ante un dilema: avance al socialismo o regresión a la barbarie’.*<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Luxemburgo, Rosa (1915); *El folleto Junius: La crisis de la socialdemocracia alemana*. En: Rosa Luxemburgo - *Obras Escogidas*. Vol. II, pág. 63.

Como expresábamos, la respuesta *neoconservadora* (falsamente autodenominada *neoliberal*) no hace más que conducirnos en el camino de la *barbarie* señalado por Luxemburgo: guerras, terrorismo, narcotráfico, hambrunas...

Los mayores gastos del Estado son hoy destinados a la *seguridad*, a la *represión* de las protestas y los movimientos sociales. La pobreza es estigmatizada e identificada con delincuencia; las cárceles son una triste prueba de ello.

Si no queremos que esta '*regresión a la barbarie*' continúe debemos adoptar una lucha sin cuartel por el *socialismo*.

¿Y qué significa '*socialismo*' en las condiciones actuales?

Una propuesta final:

En escritos anteriores venimos delineando lo que entendemos es una *propuesta* de reforma/revolución con el objetivo de contribuir en *hacer ciudad*.

Entendemos que la misma debe ser llevada adelante desde varios planos en forma simultánea y concurrente, a saber:

1) *Vía legal*: amparados en la normativa internacional de los Derechos Humanos, receptada e incorporada por nuestro país con rango constitucional (art 75 inc. 22), planteamos llevar el reclamo por el derecho a la ciudad al ámbito administrativo y finalmente el judicial. Recursos como el *amparo*, pero sobre todo el *litigio estratégico* en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), constituyen herramientas idóneas para exigir a los poderes públicos la adopción de medidas políticas en el camino deseado.

2) *Protesta y lucha social*: es central el involucramiento y la participación de los afectados directos, así como la instalación de sus reclamos en la opinión pública y los medios. Desde allí se buscará crear consciencia en la población en general; primero mostrando la situación de *marginalidad* en que se encuentran quienes habitan en los '*tugurios*' que hoy crecen en nuestras ciudades; luego mostrando las consecuencias que

dicha situación genera, no sólo en los propios ‘excluidos’, sino en todos los habitantes de la ciudad; y por último, explicando cuáles pueden ser las medidas requeridas para cambiar –en forma definitiva- esa situación, y cómo esas medidas impactarán –nuevamente- no sólo en quienes hoy sobreviven en *tugurios*, sino en el resto de los ciudadanos, que ya no deberán preocuparse –e invertir enormes sumas- por temas como la inseguridad, el narcomenudeo, la trata de personas, etc.

3) *Poder político estatal*: Como hemos expuesto, es poco probable que el Estado capitalista, por sí solo, decida llevar adelante reformas como las que estamos promoviendo, las que indudablemente generarán ‘*gastos extras*’ para los sectores económicamente más concentrados y afectarán su cuota de ganancia. Por ello es importante lograr que estas políticas encuentren el respaldo de partidos políticos con representación parlamentaria (en todos los niveles), que estén dispuestos a llevarlas adelante a través de medidas concretas.

Con esas bases, se debe lograr la implementación inmediata en cada una de nuestras ciudades, de un plan maestro de *urbanización integral*, que con la participación activa de los interesados, reemplace los tugurios por lugares en los cuales de *placer vivir*. Con viviendas dignas ubicadas en un medio ambiente sano; calles transitables y espacios verdes; lugares de esparcimiento, deporte y recreación; centros de salud y educación -en todos los niveles-; servicios de transporte que permitan a los residentes un fácil y rápido acceso a sus lugares de trabajo; etc..

Por eso utilizamos la expresión *hacer ciudad*, en el sentido que es una tarea colectiva, necesariamente democrática y participativa, de construcción de ciudadanía. Que recupere la ciudad para *todos* sus habitantes, sin exclusiones de ningún tipo.

Sólo un partido que asuma y luche firmemente por estas banderas, puede hoy ser considerado SOCIALISTA.

## **EL D.N.I.: ELEMENTO INDISPENSABLE PARA ACCEDER AL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL MARCO DEL ‘DERECHO A LA CIUDAD’ (1° PARTE)**

**Iraola, Marcela Verónica**

“...A mí me ha derrotado esta sociedad corrupta que todo lo controla (...) sociedad del privilegio, donde unos pocos gozan hasta el hartazgo, mientras la mayoría vive en la miseria y la desesperación.”

René Favaloro (2000), “Última carta antes de su fallecimiento”<sup>1</sup>

### **Introducción**

En artículos anteriores que abordan el mismo tema, se ha detallado la barrera administrativa a la cual son sometidos aquellos que no cuentan con la inscripción en el Registro Nacional de las Personas (ReNaPer) al momento de nacer, y se ha explicado cuales son los procedimientos que se deben realizar una vez vencidos los plazos que establece la ley para la correspondiente inscripción, denominada “Inscripción tardía”.

También se ha detallado cuales son los elementos que ofrece el Estado para paliar la situación, los cuales no son muchos, ya que estos se encuentran en constante pugna con las políticas públicas de los gobiernos de turno y consignando que las políticas neoliberales actuales, no se llevan muy bien con las políticas públicas y sociales, el tema de la inscripción tardía de personas indocumentadas, que no cuentan ni siquiera con la partida de nacimiento, se hace cada vez más complicado:

“...la crisis del Estado de Bienestar en la década de 1970, y luego el derrumbe del mal llamado Socialismo Real, trajeron la consolidación de un modelo neoliberal, que hizo del Estado y las políticas públicas sus principales enemigos”. (SALVIN, 2016, p. 01).

---

<sup>1</sup> Disponible en el siguiente sitio web: <http://www.infobae.com/2013/10/09/1514794-la-ultima-carta-favaloro-antes-morir/>

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, y es necesario para poder beneficiarse de los otros derechos fundamentales.

“En Argentina, la cantidad de indocumentados es alarmante. Según una nota publicada en los medios, se estima que medio millón de personas no tiene DNI<sup>2</sup>. La nota dice también que ‘un trabajo conjunto emprendido por el Registro y la Dirección de Educación bonaerenses reveló que en las escuelas primarias de la Provincia hay unos 70.000 chicos de más de 5 años que ni siquiera tienen partida de nacimiento’<sup>3</sup>. El problema reviste suma gravedad.

Si esta situación continúa, 70.000 personas serán indocumentadas y, por lo tanto, 70.000 personas no podrán acceder a un programa de salud, estarán desocupadas, correrán riesgos inútiles, en síntesis será difícil que reviertan esta situación.” (EMANUELE Y PEREIRO PALMA, 2008, p. 08)

Cabe apreciar que en el informe realizado por los docentes e investigadores Germán Emanuele y Fany Pereiro Palma, cuando hablan de medio millón de indocumentados, ellos estarían incluyendo a las personas que cuentan con la partida de nacimiento, pero no poseen DNI, es decir que estos casos, estarían inscriptos en el Registro Nacional de las Personas (Renaper). En el presente, es decir, para nuestro artículo, sólo nos vamos a concentrar en las personas que no han sido inscriptas en el Renaper, es por ello que no figuran en ningún registro público, ya que no cuentan con la partida de nacimiento.

En la misma fuente se advierte que según un informe del año 2008, eran alrededor de setenta mil los niños, niñas y adolescentes que no figuraban en ningún registro, esto, sin contar a las personas adultas en la misma situación. Por lo que se puede apreciar que se estaría hablando de una porción de la población que no podrá nunca acceder a los derechos elementales que consagra nuestra Carta magna, y con ello vemos aparejada una serie de problemas, que como bien lo expresa el Dr. Slavin en sus “Apuntes para la (re)construcción

---

<sup>2</sup> Camps Sibila, “Estiman que medio millón de argentinos nunca tuvo su DNI”, Diario Clarín, nota publicada en [www.clarin.com](http://www.clarin.com), 25 de agosto de 2008.

<sup>3</sup> Ídem nota 3.

del 'Derecho a la ciudad'", acarrear mayor violencia e inseguridad, en personas que han sido excluidas de las políticas públicas del Estado:

“...el problema del acceso a una vivienda digna es uno de los dramas sociales más graves, otra de las causas que profundizan la exclusión social, y con ello el aumento de la criminalidad, la violencia y la inseguridad. Esto nos obliga a analizar no sólo la situación de la vivienda en sí (de las unidades habitacionales), sino la del hábitat (condiciones y servicios del entorno), y por sobre todo la de la ciudad en su integralidad.” (SLAVIN, 2016, p. 04)

El análisis en consecuencia, es mucho más amplio, porque tratamos de referirnos al derecho a la ciudad como un derecho humano emergente, sin '*Derecho a la Ciudad*', no se puede pensar en un individuo integral, en una persona que tenga cubierta las necesidades básicas de alimento, salud y abrigo, porque la vivienda y el '*hábitat*' son esenciales para la salud y el abrigo. Por lo tanto coincidimos en afirmar que el DNI es un elemento indispensable para acceder al '*Derecho a la Ciudad*'.

Ahora bien, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de '*Derecho a la Ciudad*' como derecho humano emergente? Como bien lo explica La Pareja Morte en el libro "El Derecho a la Ciudad" que es la publicación número siete de una serie de libros de Derechos Humanos Emergentes, el '*Derecho a la Ciudad*' es un derecho novedoso, ya que era impensado reclamarlo en las generaciones de principios del siglo pasado, donde ni siquiera se establecían como posibles, los derechos económicos, sociales y culturales:

“...el concepto derechos humanos emergentes se refiere a aquellos nuevos derechos que surgen de la evolución de nuestras sociedades, dando respuesta a nuevas situaciones que habrían sido inimaginables en el 1948, y a derechos que, a pesar de estar reconocidos formalmente en el sistema internacional de derechos humanos, se les da un nuevo impulso ampliando su alcance y/o extendiéndolos a colectivos que anteriormente no habían sido contemplados.” (LA PAREJA MORTE, 2011, p. 09).

Para comprender la síntesis descriptiva de La Pareja Morte, primero es menester conocer el concepto de derechos humanos emergentes, y para ello nos ha parecido que Aida

Guillén Lanzarote en su artículo publicado en la serie siete de derechos humanos emergentes, da una definición clara:

“Entendemos por derechos humanos emergentes las reivindicaciones legítimas, en virtud de necesidades o preocupaciones sociales actuales, dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos individuales y colectivos en el plano nacional o internacional. De esta manera, los derechos humanos emergentes están basados, tal y como apunta Jaume Saura, en el dinamismo de la sociedad internacional y del derecho internacional y en la elasticidad del concepto de dignidad humana. Así, los derechos humanos emergentes no son sólo aquellos derechos nuevos que surgen debido a la evolución de las sociedades, sino también son aquellos que, aún encontrarse positivizados en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, han quedado olvidados o su contenido se ha ampliado y concretado.

Además, otra característica de los derechos humanos emergentes es su aplicación a colectivos que anteriormente no disfrutaban de un derecho concreto.” (GUILLÉN LANZAROTE, 2011, p. 23).

Hasta aquí una breve introducción sobre la relación conceptual entre la necesidad que tienen las personas de contar con el Documento Nacional de Identidad para poder acceder a todos los derechos consagrados constitucionalmente, pero fundamentalmente al *‘Derecho a la Ciudad’*, que es materia de este artículo.

### **Situación real del conflicto**

Dijimos anteriormente que el derecho a la identidad es un derecho humano fundamental, consagrado en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a partir de la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Desde el momento en el que nacen, los niños y las niñas tienen que establecer su propia identidad. Esto conlleva a que el primer paso que se debe dar con todo recién nacido,

es inscribir su nacimiento en los registros públicos y de esa forma contar con un nombre y una nacionalidad. La inscripción en el registro civil universal es la base para que todos los seres humanos accedan a los derechos consagrados local, nacional e internacionalmente. Esto implica que los registros sean elementos esenciales en la planificación nacional, porque ofrece datos importantes sobre los cuales diseñar las políticas públicas.

En nuestro país, la inscripción de los recién nacidos en el registro civil está garantizada en forma gratuita para todos los niños y niñas. Un dato extraído del informe de UNICEF – CEPAL (2011): “El derecho a la identidad: Los registros de nacimiento en América Latina y el Caribe”, nos explica que sólo nueve de cada diez nacimientos son inscriptos en los registros civiles correspondientes:

“Si bien no hay propiamente datos oficiales específicos al respecto, tomando en cuenta los nacimientos registrados y su anotación posterior en el registro civil, se puede estimar que el 90.7% de los niños y niñas recién nacidos son registrados, hecho que implica el paso previo para obtener un documento de identidad. De vital importancia es la reglamentación de la Ley de Protección Integral a los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que reconoció la obligatoriedad y gratuidad del primer documento nacional de identidad para todos los niños, niñas y adolescentes”.

La inscripción si bien es amplia, aún no llega a ser universal, especialmente en algunas áreas abarcadas por provincias que cuentan con índices sociales más desfavorables. A pesar de no contar con datos concluyentes, estas zonas, se considera que pueden existir muchos niños y niñas aún indocumentados. En este sentido, el desarrollo de los sistemas locales de protección de derechos, junto con las acciones de reforma legislativa que están siendo impulsadas por el Ministerio Interior y Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, plantean nuevas oportunidades para lograr la efectiva universalidad del registro oportuno y gratuito para todos los niños y niñas.

En el artículo de Castillo Diez, publicado en el libro “El derecho a la identidad como derecho humano”, explica cuáles son los principales obstáculos que se le presentan a la población a la hora de inscribirse en el registro:

“Principales obstáculos al registro universal, gratuito y oportuno

Barreras políticas:

- La falta de suficiente compromiso político y de valoración de la importancia del registro de nacimiento conduce a la asignación de financiamientos inapropiados, contratación de personal insuficiente y/o poco capacitado, oficinas mal equipadas y carencia de materiales para extender certificaciones.

- En algunas ocasiones, los hijos de padres extranjeros, refugiados o inmigrantes tienen dificultades en inscribir el nacimiento de sus hijos, quedando excluidos del disfrute de sus derechos ciudadanos.

- En otros casos, por motivos de prioridades, los entes registrales dan preferencia a actividades electorales de documentación, descuidando el registro de nacimiento y asignándole recursos desproporcionadamente menores.

Barreras geográficas

- La ubicación, la precariedad de las carreteras o vías de transporte y el difícil acceso al transporte público, constituyen problemas de tiempo y costo a la hora de cubrir las distancias que separan las oficinas de registro de las familias de áreas remotas, rurales o aisladas, muchas veces indígenas y afrodescendientes.

- Igualmente, a menudo se viola el derecho a la identidad en zonas fronterizas o de conflicto armado, donde los niños hijos de trabajadores migrantes o de personas que buscan asilo rara vez son inscritos.

Barreras económicas

- Las asignaciones presupuestarias insuficientes, escasos y limitados recursos asignados, e irregulares, recursos no permanentes, ocasionales y dependientes de la voluntad política de cada gobierno, a nivel central y local

constituyen significativos obstáculos al efectivo funcionamiento de los sistemas registrales.

- Para las familias en situación de pobreza o vulnerabilidad el gasto de tiempo y dinero que implica el registro de nacimiento constituyen elementos disuasorios para inscribir a sus hijos. En numerosos países, como Paraguay, donde el salario mínimo es de aproximadamente 7 dólares al día, se cobra un arancel de registro o expedición del certificado de nacimiento de entre 2 y 15 dólares, y el costo del transporte a la oficina del registro civil puede costar hasta 13 dólares. Asimismo, en ciertos países el registro tardío supone multas, aranceles e incluso procedimientos judiciales causando que los padres opten finalmente por el no registro en lugar del registro tardío.

#### Barreras legislativas y administrativas

- Algunos países no tienen leyes específicas de registro, sino normas incluidas en el Código Civil u otras leyes. En Nicaragua, por ejemplo, el Código Civil de 1904 todavía regula la inscripción de nacimientos.

- Otros países cuentan con leyes extremadamente centralizadas, complicadas o inflexibles que se reflejan administrativamente en trabas burocráticas que complican los trámites de registro de nacimiento y reproducen la exclusión social.

- En otros casos, la falta de publicidad y sensibilización de la sociedad y de los registrados respecto a las leyes registrales convierten la ejecución de las leyes en algo complejo y costoso.

- Los bajos sueldos, la ausencia de personal capacitado, el desabastecimiento y la escasez de recursos, los horarios poco cómodos e irregulares en las oficinas de registro son factores que disminuyen la eficacia a la hora de atender la inscripción especialmente para las personas que viajan desde comunidades remotas.

#### Barreras sociales y culturales

- Una de las principales causas de negación del derecho a la identidad, especialmente en zonas rurales y remotas, es la discriminación debido a la condición de los padres, particularmente cuando estos no tienen documentos de

identidad, reproduciéndose de esta forma un círculo vicioso que se reproduce generación tras generación<sup>6</sup>.

- Los niños y niñas, nacidos sin acceso a servicios sociales básicos desde su nacimiento, tienen mayores probabilidades de no ser registrados. En Guyana, por ejemplo, el 15 por ciento de los niños nacidos sin atención calificada no son inscritos, en contraste con un 5 por ciento entre aquellos nacidos con esta. En Colombia, la disparidad es aún más grande: 35 por ciento de los niños nacidos sin atención calificada no son inscritos, en contraste con un 4 por ciento de aquellos nacidos con dicha atención.

- Igualmente se viola el derecho a la identidad cuando no se permite a la población indígena inscribir a sus hijos con los nombres tradicionales en la lengua de origen y se les imponen nombres ajenos a su lengua y su cultura.

- Por otra parte, la exclusión social de estas poblaciones ha ocasionado otras barreras culturales, como la poca valoración del registro de nacimiento o la falta de conciencia respecto a los beneficios de este en los niños y niñas.

- Además, algunas tradiciones de pueblos indígenas permanecen en conflicto con el registro oportuno, por ejemplo la de no registrar a los hijos antes de los dos años, o después del primer corte de pelo o el cambio de nombre en diferentes momentos de la vida.” (CASTILLO DIEZ, 2011, p. 20)

A todo lo mencionado por este autor, se le agregaría que una persona en situación de máxima vulnerabilidad social, como lo es el caso de quienes viven en condiciones de pobreza, no pueden ni siquiera pensar en hacer un trámite legal, más allá de que no tengan dinero para afrontarlo, porque la prioridad es suministrarse lo mínimo indispensable para la supervivencia y esto implica que deban ocupar todo su tiempo en pensar como procurarse el alimento para sobrevivir. Una persona que carece de los recursos mínimos indispensables para la supervivencia, como lo es el alimento y el abrigo, no puede ocupar parte de su tiempo realizando un trámite engorroso para la obtención de un documento.

Cuando hay ausencia del Estado, todo resulta más complejo para aquellos que se encuentran en situación de máxima vulnerabilidad, la pobreza y la exclusión social son

moneda corriente, a continuación citaremos a un autor que nos expresa con un alto grado de claridad la consecuencia de las políticas neoliberales de fines de siglo pasado y que actualmente se han vuelto a insertar en nuestra sociedad:

“¿Qué oportunidades estamos ofreciendo a las y los jóvenes si el 85% de los nuevos empleos a nivel global se crean en el llamado sector informal de la economía? A la vez, el carecer de un lugar donde vivir, un domicilio reconocido y comprobable, afecta seriamente y en muchos casos incluso impide el pleno disfrute de otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (derecho a voto, a la participación, a la salud, la educación, el trabajo, entre muchos otros). ¿Qué clase de ciudadanos y de democracia están produciendo estas macro políticas y sus consecuencias territoriales? La ciudad-negocio para unos pocos vale más que la ciudad-derecho para tod@s. El apartheid, en sus varias dimensiones, sigue visiblemente vigente entre nosotros.” (ZÁRATE, 2011, p. 56)

Las políticas neoliberales, divorciadas, distanciadas y totalmente alejadas de las políticas públicas, constituyen un retroceso en materia de derechos humanos y derechos económicos sociales y culturales. Una vuelta atrás que representa una violación al principio de progresividad y no regresividad amparado en Tratados Internacionales con Jerarquía constitucional.

Se debe tener en cuenta a la hora de pensar en la reincorporación de políticas neoliberales, que se mantendrá una distancia de las políticas sociales, porque lo que impone el neoliberalismo es el premio a la meritocracia. El hombre neoliberal, muy conservador en algunos aspectos, cree que el individuo “es” en función de lo que hace para ser quien es, por ello se fomentan frases como “...el Estado no está para mantener vagos...”, “...hay que esforzarse más para sacar el país adelante...”, “...hay que trabajar hasta los domingos...”, entre otras. Para el neoliberal, la persona carenciada, se encuentra en ese estado, porque quiere, no porque está en situación de vulnerabilidad social.

“El derecho a la ciudad representa un proyecto sumamente anti-neoliberal: poner la ciudad al servicio del habitante y no esté al servicio de una ciudad dominada por intereses capitalistas (PURCELL, 2009). En 1969, Lefebvre introduce esta exigencia ética del derecho a la ciudad como una bandera susceptible de unir expertos en urbanismo y grupos políticos a la clase obrera, sin embargo ésta constituye el mayor actor y beneficiario de este conquista de la ciudad contra el capital.” (JOUFFE, 2010, p. 45)

A lo cual se le agregaría, siguiendo la línea de pensamiento de Purcell, que la lucha por cada uno de los derechos adquiridos por las clases más desfavorecidas, representa un proyecto sumamente anti-neoliberal. Por lo tanto, es menester realizar con celeridad un cambio estratégico en las políticas públicas, porque la fuerza con la que se producen las crisis del capitalismo no pide permiso y arrasa generalmente con los más vulnerables.

El director de nuestro proyecto de investigación “Derecho a la Ciudad”, el Dr. Pablo Slavin, nos relata en su artículo “Apuntes para la (re)construcción del 'Derecho a la ciudad’”, la forma cíclica con la que se producen las mencionadas crisis del sistema capitalista y nos deja una breve reflexión acerca del tema:

“Pero que las crisis sean *inevitables*, que la *tendencia* del capitalismo sea ir hacia su autodestrucción y su *derrumbe*, de ningún modo significa que debamos permanecer *sentados e inactivos* esperando que ese *derrumbe* se produzca. Es nuestra obligación luchar diariamente por mejorar las condiciones de vida actuales y tratar de, reiterando las palabras de Marx, ‘*diminuir los dolores del parto*’.

Porque insistimos, las crisis del sistema son inevitables, pero la forma de atravesarlas será muy distinta según las políticas económicas que se lleven adelante.” (SLAVIN, 2016, p. 03).

Volviendo a la cuestión de aquellos que actualmente, no cuentan con su DNI, porque que aún no han sido inscriptas en el Registro Nacional de las Personas, debemos tener en cuenta, que el “derecho a la identidad” es un derecho personal e inalienable inherente a todo ser humano, por lo tanto es el Estado quien debe hacerse cargo de proveer

de ese derecho a todos los individuos, si la persona, no tiene los medios o los recursos para hacer el trámite, el Estado debe llevarle esa solución hasta el lugar a donde se encuentre esa persona desamparada...

“...dentro de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (...) se encuentra el artículo 7 dedicado al derecho a la democracia participativa, de la siguiente manera: *“El derecho en la ciudad, que asegura que todos los seres humanos y toda la comunidad encuentran en la ciudad las condiciones para su realización política, económica, social, cultural y ecológica”*. (ESTEL LA PAREJA MORTE, 2011, p. 10).

Estamos ante la presencia de un derecho nuevo, un derecho que ampare a los más carenciados para que puedan cumplir con lo estipulado en la Constitución Nacional y en los Tratados internacionales de Jerarquía Constitucional.

Todo individuo debe tener a partir del “Derecho a la Ciudad”, el derecho a realizarse como persona y entre ellos, el derecho a contar con una identidad, alimento, salud, trabajo y ambiente sano para su desarrollo. El derecho a poder encontrarse lo suficientemente amparado para poder afrontar una crisis, de las tantas crisis cíclicas a las que nos tiene acostumbrados el sistema capitalista.

El Estado es un monstruo de leyes y burocracia administrativa, creada al solo efecto de su funcionamiento, no puede ser el individuo el obligado a una inscripción, cuando es el Estado mismo quien crea los mecanismos para ello. Si el estado crea los mecanismos, debe además articular los medios para paliar las falencias de su propio mal funcionamiento.

### **Conclusión**

En el marco de ésta investigación se puede observar que las diferentes políticas sociales, la garantía de nuevos derechos, como lo es el ‘Derecho a la ciudad’, la implementación de nuevos organismos estatales creados en los últimos años han servido de

incentivo a muchas personas para la regularización de su situación documental en el Registro Nacional de las Personas. Pero el problema se suscita con los niños, niñas y adolescentes mayores de doce años, cuyo procedimiento de inscripción está judicializado, y en la mayor parte de los casos requiere de interminables trámites, los cuales para quienes tienen como prioridad solventar los recursos indispensables para la subsistencia familiar, resultan sumamente engorrosos y angustiantes.

A través de lo investigado, entendemos que para estos casos es necesaria la creación de un *programa excepcional* para regularizar la situación de todos los indocumentados, cuyo trámite no demore más de sesenta o noventa días, y que permita la realización de todas las pruebas pertinentes en un mismo lugar y de una sola vez mediante un sistema informatizado que abarque la información de todo el país.

Para aquellos que actualmente no cuentan con su DNI, porque que aún no han sido inscriptos en el Registro Nacional de las Personas, debemos tener en cuenta, que el “derecho a la identidad” es un derecho personal e inalienable inherente a todo ser humano, por lo tanto es el Estado quien debe hacerse cargo de proveer de ese derecho a todos los individuos, si la persona, no tiene los medios o los recursos para hacer el trámite, el Estado debe llevarle esa solución hasta el lugar a donde se encuentre esa persona desamparada y no pretender que la persona en estado de vulnerabilidad social sea quien se tenga que acercar a las dependencias públicas a realizar trámites interminables, donde los mismo empleados, no cuentan con la preparación suficiente para afrontar los requerimientos que demanda la gente. De lo contrario es imposible que las personas no registradas puedan gozar de los derechos adquiridos.

### **Bibliografía**

BORJA, J; JOUFFE, YVES; MARCUSE, PETER y OTROS (2010): “Ciudades para tod@s: Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias”. Editado por Ana Sugranyes y Charlotte Mathivet - Habitat International Coalition (HIC). Primera edición- Santiago de Chile, 2010. ISBN: 978-956-208-090-3.

BOULLY, ORTALE, REBÓN y TEDESCHI (2015): Estudio sobre la institucionalidad del Sistema de Promoción y Protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Prov de Bs. As. Consejo Nacional de Niñez y adolescencia de la Prov. de Bs. As. y UNICEF. Ed. Grupo de investigación Pharos.

CASTILLO DIEZ, M. Y OTROS (2011): El derecho a la identidad como derecho humano. Primera edición. Secretaría de Gobernación de México.

“CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO”, (1989).

“CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS” suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32). San José, Costa Rica, noviembre de 1969.

DECRETO LEY N° 406/15, “Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas”. (2015).

EMANUELE, G. y PEREIRO PALMA, F (2008): EL D.N.I. COMO INSTRUMENTO DE INCLUSION SOCIAL: Hacia un Ejercicio Efectivo de los Derechos. Ed. Poder Ciudadano, Bs. As.

FAINSOD, P.; GORSKY, S.; ORTMAN, C. (2015): Trata de personas y explotación en la provincia de Bs. As., realizada con el apoyo de UNICEF en Argentina y el equipo de investigación de Grupo Pharos/Centro Interdisciplinario para el Desarrollo/Asociación Civil.

FALLOS DE LA CIDDHH: “Niñas Yean y Bosico contra Rep. Dominicana” (2008). <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_156\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf)> y “Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. Rep. Dominicana” (2008): <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)>.

GUILLÉN LANZAROTE, AIDA (2011): “El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”, Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El Derecho a la Ciudad, Barcelona, ISSN: 2013-7249, octubre del 2011.

HENRI LEFEBVRE (1974): *La producción del espacio*. Artículo publicado en: Papers: revista de sociología, Año: 1974 Núm.: 3 (p. 219-229).

LA PAREJA MORTE, ESTEL, Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El Derecho a la Ciudad, Barcelona, ISSN: 2013-7249, octubre del 2011.

GUILLÉN LANZAROTE, AIDA y OTROS (2011): “El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”, Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El Derecho a la Ciudad, Barcelona, ISSN: 2013-7249, octubre del 2011.

LEY 26.413 “Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas”. Promulgada en 2008.

LEY 26.061, “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, promulgada en 2006.

LEY 24.560 “Régimen de Identificación de los Recién Nacidos”. Promulgada en 1995.

LUBERTINO, M. Y OTROS (2008): CIUDADES LIBRES DE DISCRIMINACIÓN I: Conceptualización acerca de la discriminación en el ámbito local. Imprenta Grafik.

MJT/UNICEF/OEA/Plan (2007): “Primera Conferencia Regional Latinoamericana sobre Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimiento”. Paraguay. Documento Conceptual Final.

SARDÁ, LAURA (2014): Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la república argentina. Relevamiento nacional. Investigadores: Alonso, Vito, Cabriada, Giglio y otros. Ministerio de Desarrollo Social, Presidencia de la Nación y UNICEF.

SLAVIN, PABLO (2016): “Apuntes para la (re)construcción del 'Derecho a la ciudad’”.

SLAVIN, PABLO (2016): “Argentina: Políticas Públicas y Derechos Humanos”. Introducción.

TORREJÓN, ANGELES (2005): “Registro de Nacimientos e infancia”. Informe UNICEF/México.

UCA/IADEP (2012): “Los indocumentados en la Argentina. La cara invisible de la pobreza”. Observatorio de la deuda social argentina.

UNICEF (2007): Cuadernillo de protección ante la Trata. Edición, diseño y diagramación: Área de Comunicación y Prensa, Secretaría de DD.HH., Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Nación.

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata, 14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

UNICEF – CEPAL (2011): “El derecho a la identidad: Los registros de nacimiento en América Latina y el Caribe”. Desafíos: Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. N° 13, noviembre de 2011. ISSN 1816-7535.

UNICEF, Oficina Regional para América Latina y El Caribe (2011): “Registro de nacimientos en América Latina y El Caribe”. Boletín No. 1.

UNICEF (2015): “Derecho a una identidad”, disponible en el siguiente sitio web: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/children\\_11139.htm](http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11139.htm)



# LAS LEYES DE LA BASURA” BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA NORMATIVA VIGENTE DE RESIDUOS URBANOS EN ARGENTINA (1º PARTE).

**Giménez Iraola, Sofía Victoria**

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo representa un avance de uno de los puntos de investigación del trabajo “Residuos Urbanos: su impacto ambiental y social en el marco del derecho a la ciudad”.

Cuando hablamos de los residuos sólidos urbanos, lo que comúnmente denominamos “basura”, nos referimos aquello que desechamos porque ya no es de nuestra utilidad. Ahora bien, al momento de deshacernos de *algo* debemos preguntarnos: “¿cómo nos deshacemos? Y ¿dónde nos deshacemos de *algo*?”, y esto es porque hay miles de productos que son desechables y solo algunos de ellos pueden ser reciclados -residuos-.

Otro de los motivos por los cuales debemos tomar consciencia a la hora de deshacernos de algo, es porque en la actualidad nos encontramos en una etapa de “gestión integral”. En esta época, lo que se está buscando es lograr disminuir la cantidad de *basura* y *aprovechar al máximo los residuos*<sup>1</sup>. De esta forma, en esta nueva era donde todo es descartable, se puede reducir el nivel de contaminación ambiental si entre todos aportamos y actuamos en favor del eco-sistema.

Una de las formas de colaborar es trabajar en conjunto con la comunidad para eliminar los llamados “micro-basurales”, que son aquellos “basurales clandestinos”<sup>2</sup> formados en terrenos baldíos, donde los mismos vecinos del lugar, o incluso ajenos al barrio, arrojan sus desechos, logrando que se contamine un suelo que no se

---

<sup>1</sup> En un trabajo anterior se ha desarrollado la diferencia entre “basura” y “residuo” (“EL TRABAJO DE LA BASURA” *El impacto ambiental, social y cultural que significa la basura en el área laboral*).

<sup>2</sup> En un artículo anterior desarrollo con amplitud el concepto de “basurales clandestinos”. “LOS LUGARES DE LA BASURA: *El impacto ambiental que significan los basurales clandestinos en nuestra Ciudad*”, “XX Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales”: Realizada en la Facultad de Derecho UNMDP, coordinadas por el Dr. Pablo Slavin.

encuentra preparado para ello, generando una situación de vulnerabilidad a los vecinos, no solo por las enfermedades que trae aparejado el mal tratamiento de residuos, sino por la violación al derecho a la ciudad del que gozan.

El presente avance de investigación tiene como objetivo realizar un análisis crítico de la normativa legal sobre los residuos urbanos en Argentina, y para ello, de forma didáctica, se seguirá un orden de jerarquía normativa, comenzando con la Constitución Nacional y tratados internacionales con jerarquía constitucional -o sin ella-. En trabajos posteriores se analizarán las leyes nacionales, hasta llegar a la normativa municipal, ya que sería de cumplimiento imposible abordar la temática en un solo artículo.

Es posible que el presente trabajo no aborde toda la normativa legal existente en nuestro país, ya que el punto de análisis es solamente “los residuos urbanos”, aunque quizás se haga mención a alguna otra norma, dejando como investigación a futuro dichos campos.

Por último, lo que se busca demostrar en este avance de investigación es que: *“La falta de normativa eficaz vigente provoca el nulo conocimiento y cuidado sobre los temas vinculados al medio-ambiente y cuidado del habitad”*<sup>3</sup>.

## **II. CONSIDERACIONES PREVIAS**

### ***i. Derecho a la ciudad***

*“El derecho a la ciudad, en consecuencia, para Lefebvre significa el derecho a vivir en una sociedad donde todas las personas tienen la misma libertad para satisfacer sus propios deseos y donde todos reciben apoyo para hacerlo”. (Marcuse, Peter, 201, p. 92)*

Siguiendo a Harvey, el Derecho a la Ciudad es un derecho colectivo, porque para llegar a la urbanización se depende de la ayuda colectiva. Y además, afirma que “el derecho

---

<sup>3</sup> Hipótesis de trabajo particular N° 2, del trabajo investigación “Residuos urbanos: su impacto ambiental y social en el marco del derecho a la ciudad”. Beca obtenida por OCA 3330

a la ciudad es uno de los *uno de los más preciosos pero más descuidados de nuestros DDHH*<sup>4</sup>.

De la opinión de estos autores se observa que el Derecho a la ciudad es un derecho que debe ser fundamental para el ciudadano, sobre todo para aquellos que sufren de alguna carencia, por ejemplo: falta de agua potable, falta de transporte público, etc. Es decir, es un derecho fundamental para aquellos que sufren la ausencia del Estado en su centro de vida, logrando una marginalidad y como consecuencia un desarrollo de vida en condiciones no dignas.

Es por ello que el Estado debe intervenir con políticas públicas para mejorar el habitat, el lugar que es centro de vida de los ciudadanos. Ya que si nos encontramos en un barrio donde existe micro-basurales, estaremos en presencia de varias problemáticas que colocan al ciudadano en una *situación de vulnerabilidad*<sup>5</sup> compleja, que debe ser revertida para que todos los habitantes puedan gozar de un medio-ambiente sano y limpio, pudiendo de esa forma llevar una vida plena, sin preocuparse por la desvalorización de sus terrenos y, aún más importante, por las *enfermedades* que acarrea *convivir con basura*.

***ii. La importancia preservar el medio ambiente y del conocimiento las normas que lo -y nos- protege***

Debemos tener presente que convivir con *basura* nos afecta directamente a nuestra calidad de vida. Es por ello que resulta fundamental trabajar en conjunto para mantener un medio ambiente sano, lo que nos permitiría lograr llevar adelante una vida más saludable, es decir, de esa forma (actuando en conjunto para cuidar el medio-ambiente), se pueden prever enfermedades, malos olores, calles intransitables, falta de recolección de residuos, aparición de insectos, roedores, etc.

La palabra “medio ambiente” comprende todo lo que nos rodea, y es ese “todo” lo que se debe preservar, porque todos los habitantes gozamos del derecho a un ambiente

---

<sup>4</sup>Harvey, David (2012); Ciudades Rebeldes. Del Derecho de la ciudad a la revolución urbana; Akal; Argentina, 2014.

<sup>5</sup> Punto desarrollado en un trabajo anterior llamado: “LOS LUGARES DE LA BASURA” El impacto ambiental que significan los basurales clandestinos en nuestra ciudad.

sano. ¿Pero cómo hace un ciudadano para solicitar el cumplimiento de su derecho, si desconoce cuáles son las herramientas legales que lo protegen? Un ejemplo muy claro de esto se da cuando estamos frente a una situación donde un vecino poda árboles, y los retira de su hogar para depositarlos en la esquina. En ese caso se presentan dos problemáticas: a) la poda molesta en la propiedad de otro vecino, b) provoca un micro-basural. Claramente, ese vecino desconoce que en la normativa municipal del partido de General Pueyrredón, existe un sistema de recolección de residuos para podas gratuito, donde se debe dejar la misma en la puerta de su propiedad y *llamar por teléfono* para que recolecten su poda, y de esa forma la retiran del lugar.

Al encontrarse regulado en nuestro sistema el Derecho al ambiente, todo habitante de la republica debería conocer cuáles son sus herramientas legales para hacerlo valer, y quizás es allí donde el Estado debería hacer especial hincapié, ya que el derecho ambiental hoy en día es considerado como un derecho fundamental para las personas.

En este sentido, el Doctor Favio Farinella dice:

“El derecho al ambiente es hoy considerado en los documentos internacionales como inherente a la persona. En ellos se afirma el derecho humano fundamental a gozar de un ambiente apto para la salud y bienestar de la persona humana. La Constitución Argentina lo ha incorporado en su última reforma (art. 41 CN)<sup>7</sup>”.

### **III. MARCO LEGAL**

#### ***i. Constitución Nacional***

El 5 de julio de 1993, en nuestro país, se firma un Pacto Federal Ambiental, donde todas las provincias, junto con el Estado Nacional, se comprometían a promover políticas ambientales *teniendo como referencia el “Programa 21” aprobado en la CONFERENCIA*

---

6 Número de contacto en la ciudad de Mar del Plata: 0223 465 2530, interno 7759. Se retiran todo tipo de residuos (ejemplo: ramas, heladeras, sillones, termotanques, bolsas de pasto, etc.)

7Farinella Fabio: “Capítulo 2. La dimensión normativa: principios básicos para avanzar hacia la integración de racionalidades”; pág. 04.

*DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO (CNUMAD' 92)*<sup>8</sup>. Con esto se observa que nuestro país, con anterioridad a la reforma de 1994, ya venía reconociendo el Derecho Ambiental en diversos tratados internacionales.

A su vez en el Pacto Federal mencionado, en el apartado 3° se acordó reconocer un Consejo Federal del medio ambiente, para unificar y coordinar una política ambiental en común con todas las provincias.

Es recién en el año 1994 que se incorpora el Derecho Ambiental en la Constitución Nacional, a raíz de la reforma de la misma. Pero resulta destacable mencionar, que un año antes el Estado Argentino buscaba unificar el principio ambiental (que venía reconociendo en los instrumentos internacionales). Aunque las provincias de Argentina ya venían reconociendo, con anterioridad a la reforma constitucional, el derecho a un ambiente sano.

Entonces actualmente, la Constitución Nacional en su Art. 41, en sintonía con lo que regulaban algunas provincias, los principios que se venían reconociendo en los instrumentos internacionales y lo acordado en el Pacto Federal Ambiental, consagra el Derecho constitucional de un ambiente sano y equilibrado, y el deber de preservarlo a nivel federal.

*i. i. Artículo 41 primer párrafo*

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley...”

En la primera parte del Artículo, la Constitución Nacional, reconoce el Derecho a un ambiente sano y equilibrado, donde se puede entender que para el legislador el ambiente es todo lo que rodea al ciudadano, es decir, el suelo, el aire, la tierra, porque es ahí donde

---

<sup>8</sup> Pacto Federal acuerdo 1°. El pacto federal fue ratificado en el año 2002 en el Art. 25 de la Ley 25.675.

desarrolla su vida diaria. Y a su vez, esta primera parte, determina el deber de preservar ese ambiente que nos rodea, evitando comprometer a generaciones futuras.

Con esto último se observa que se debe hacer especial hincapié en el Derecho Ambiental, ya que si dejamos que se sigan formando micro-basurales y no trabajamos en conjunto para solucionar esa problemática, el daño se irá incrementando hasta llegar al punto en que el suelo donde se forman micro-basurales sea inutilizable, lo que indudablemente compromete a generaciones futuras.

Por último, este primer párrafo regula la obligación de recomponer. Es decir, quien atenta contra el medio ambiente, deberá solucionarlo. En la Municipalidad del partido de General Pueyrredón, existe una ordenanza que sanciona económicamente, al propietario de un terreno baldío que no lo mantenga limpio. El Doctor José Carlos Corbatta, sobre esto opina: *“la primera prioridad será recomponer el daño volviendo a la situación ex ante, lo que suele ser sumamente difícil y casi todas las veces imposible en materia ambiental”* (p. 1. La preservación del ambiente en la constitución nacional. Análisis de las sesiones 13 y 14 de la constituyente de santa fe. Artículo n°41 de la constitución de la nación argentina). Y el observatorio nacional para la gestión de residuos urbanos, en su página web, nos dice que *no es admisible la indemnización económica de los daños ambientales*, sino que las personas –ya sean físicas o jurídicas-, que hayan generado el daño, deben recomponerlo.

*i. ii. Artículo 41 segundo párrafo*

“Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales...”

En este párrafo nos encontramos con que el artículo nos habla de “autoridades”, sin hacer ninguna distinción entre ellas. Esto demuestra que tanto la Nación, las Provincias, como Municipios serán los responsables de proporcionar, mediante políticas públicas, las herramientas necesarias para garantizar el cumplimiento del derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo óptimo de la vida del hombre.

Siendo el mismo artículo quien establece que “las autoridades” deben informar y educar sobre el Derecho ambiental, ya que es la única forma en que una población pueda actuar favorablemente para el cuidado del medio ambiente.

Cabe mencionar que las Provincias conservan, en cuanto a sus recursos naturales, todo el poder no delegado a la Nación. Es decir que cada provincia goza del pleno ejercicio de sus derechos sobre los recursos naturales, por lo tanto pueden adoptar las medidas que consideren necesarias para el tratamiento de los residuos sólidos urbanos.

*i. iii. Artículo 41 tercer y cuarto párrafo*

“Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”

Por último, el tercer párrafo nos da la pauta de que sea la Nación quien dicte normas que contengan presupuestos mínimos de protección, de esta forma se puede obtener una política ambiental unificada entre todas las provincias, y en los casos en que haga falta regular más estrictamente una problemática, estas últimas deberán dictar normas que complementen la “ley general”.

Es necesario destacar la aclaración que hace el observatorio nacional para la gestión de residuos urbanos, en su página web, diciendo que si bien la ley 25.916 (ley de Gestión de residuos domiciliarios. Presupuestos mínimos protección ambiental), no regula la Gestión Integral de los Residuos Domiciliarios, si cuenta con disposiciones técnicas útiles.

Si se debe comentar, además, que la ley 25.916 del año 2004, cumple aspectos técnicos sobre el tratamiento de los residuos, que sirven como base para todas las Provincias.

---

9 La ley 25.916 será analizada en trabajos posteriores cuando se trate el punto de “leyes nacionales”, ya que sería imposible poder desarrollar todo el texto de la norma en el presente avance de investigación.

## *ii. Pactos internacionales*

Adelantábamos que antes de la reforma constitucional del año 94, donde se incorporó en el artículo 41 el Derecho ambiental con jerarquía constitucional, ya se venía tratando, dicho Derecho, en los instrumentos internacionales.

A partir de 1972, fue convocada por la Asamblea de Naciones Unidas y de la Declaración de Estocolmo, la primera reunión internacional en una Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente Humano, comienzan a establecerse diversos principios ambientales, que luego se plasman en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea con jerarquía constitucional -Art. 75 inc. 22-, o sin ella.

De esta forma, en Argentina, se logró regular “presupuestos mínimos para la protección ambiental” de una forma federal.

### *ii. i. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Art. 12*

La ley 23.313, promulgada en Mayo 06 de 1986, acuerda aprobar el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales –entre otros.

El Art. 12 del mencionado pacto internacional establece:

- “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:  
.. b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente;...”

---

10 La ley 23.313 fue sancionada: Abril 17 de 1986 y promulgada: Mayo 06 de 1986, donde se ordenó aprobar los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.

En este artículo nos encontramos con que toda persona, para alcanzar un nivel de salud física y mental *más alto*, debe contar con el apoyo del Estado para asegurar la plena efectividad de ese derecho. Y una de las formas de efectivizar el derecho al disfrute de salud física y mental, es con la protección al medio ambiente.

Esto nos lleva a plantearnos, ¿puede una persona que convive con *basura* alcanzar ese *alto disfrute* que se establece en el pacto internacional? Porque la realidad demuestra que donde existe un micro-basural, surgen varias enfermedades que atentan directamente contra la salud del vecino/ciudadano/*persona*.

Quedará como interrogante para una futura investigación, si ¿el Estado toma medidas necesarias para asegurar el mejoramiento del medio ambiente, eliminando y controlando la creación de micro-basurales?

#### *ii. ii. Principios del Derecho internacional ambiental*

De forma general debemos decir que los principios son el punto de partida para la creación o interpretación de las normas, es decir, son una especie idea general que da una aproximación al tema específico a tratar.

Tanto en la Declaración de Estocolmo, del año 1972, como en la Declaración de Río, de 1992, se codificaron varios principios ambientales, los que dieron lugar a que en las legislaciones de los diversos países se tuvieran en cuenta para poder desarrollar una normativa adecuada, con la finalidad de lograr que los habitantes gocen de un ambiente sano. En este sentido, Lorna Püschel y Osvaldo Urrutia, en un material de estudio denominado Principios del Derecho Internacional Ambiental, dicen:

En el contexto del derecho internacional ambiental, existen dos instrumentos internacionales que cumplen un rol importante en la “codificación” de los principios de derecho internacional: la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (o Declaración de

Estocolmo), de 1972, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el  
Desarrollo (o Declaración de Río), de 1992<sup>11</sup>. (p. 1)

Siguiendo la lectura del Doctor Favio Farinella “Capítulo 2. La dimensión normativa: principios básicos para avanzar hacia la integración de racionalidades”, analizaremos cuatro principios que se vinculan directamente con la problemática que representan los micro-basurales:

1) Principio precautorio y de prevención: dice el Doctor Farinella “*el principio precautorio lo encontramos en el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (1991)*” (p.6). Efectivamente, en el Art. 3.2.c, que si bien habla de las actividades que se realicen en el área del tratado Antártico, se menciona que las actividades deben ser planificadas y realizadas una vez que se cuente con información suficiente, sobre todo para evitar un daño futuro al ecosistema.

Volviendo a los micro-basurales, si tomamos un terreno baldío cualquiera para arrojar nuestros desechos no se estaría planificando sobre el tratamiento adecuado para la disposición final de residuos, se estaría provocando un daño futuro, y además al tomarse un terreno no apto para la disposición de residuos, no se estaría contando con información suficiente.

Por su parte el principio de prevención lo encontramos en Declaración de la Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano. Claramente es el Estado quien debe ofrecer las herramientas necesarias para prevenir cualquier tipo de creación de micro-basurales, y en caso de que ya se encuentren creados, debe aplicar una política de erradicación del mismo. Sobre todo hay que tener en cuenta que, serán los mismos vecinos del micro-basural quienes denuncien la existencia del mismo, es por ello que el Estado debe adoptar una política para la erradicación de los mismos, que sea conocida por todos los habitantes.

---

11 Párrafo completo: “En el contexto del derecho internacional ambiental, existen dos instrumentos internacionales que cumplen un rol importante en la “codificación” de los principios de derecho internacional: la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (o Declaración de Estocolmo), de 1972, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (o Declaración de Río), de 1992. Con algunas diferencias, en ellas se recogen varios de los que pueden identificarse como principios del derecho internacional ambiental”. Lorna Püschel y Osvaldo Urrutia.

2) Control efectivo: al igual que el principio de prevención, será el Estado quien deberá llevar adelante un control efectivo, es decir, que llevará adelante políticas de control, que sean aplicables, y que cumplan el objetivo para las cuales fueron creadas. Sigue diciendo Farinella:

“En tanto la prevención es tarea de todos los actores sociales (públicos y privados), el monitoreo es una función básica de la autoridad pública, intentándose reemplazar el control sancionatorio por el control preventivo”. (p.

7)

Este principio también se encuentra en el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (art. 3.2.e).

3) Nivel adecuado de actuación y subsidiariedad: Como su nombre lo indica, el Estado es responsable de actuar debidamente frente a una problemática ambiental, de acuerdo a las Leyes municipales, Provinciales, Nacionales e Internacionales. Y a su vez, en caso de que las partes no actúen, es el mismo Estado quien, subsidiariamente, debe intervenir para solucionar el problema, porque es quien cuenta con las herramientas más eficientes para hacerlo. Este principio se encuentra receptado en el Tratado de Roma.

Sobre este principio, dice Farinella, “...la Autoridad más próxima al problema es quien mejor conoce sus causas y consecuentemente, puede aplicar de forma más eficiente las soluciones previstas...” (p.7).

4) Quien contamina debe pagar los daños: este principio fue incorporado a la Declaración de Río (p.16) y a la Agenda 21. También lo encontramos presente en Art. 41 de la Constitución Nacional.

Sobre este principio quedara como interrogante para investigar a futuro, el caso puntual de una persona que arroja sus desechos en un terreno, ¿cómo se hace para multarla? Porque nuestra Constitución establece que se debe retrotraer a como estaba con anterioridad, es decir, se le exigiría que retire sus desechos del lugar, ¿qué sucede si no lo cumple?

#### IV. CONCLUSIÓN

Al existir micro-basurales, vemos que se viola el derecho constitucional de contar con un “ambiente sano y equilibrado”. Partiendo de allí, nos encontramos que también se ve violado el derecho a gozar al disfrute más alto de salud física y mental posible, consagrado en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Si bien todavía no se ha analizado toda la normativa vigente sobre residuos urbanos, y el presente avance es solo la punta de la pirámide legal, nos encontramos que resulta imposible que el ciudadano conozca todos los derechos que están siendo violados, por el Estado, al no aplicar políticas públicas más estrictas sobre el control y eliminación de micro-basurales.

Podemos concluir, aun reconociendo que falta normativa para analizar, que si bien el ciudadano común debería actuar favorablemente en la construcción de un ambiente sano, saludable y equilibrado, no se le puede exigir ese proceder, ya que no conoce cuál es la normativa legal con la que cuenta para hacer efectivo el derecho a una ciudad limpia y saludable.

Es aquí donde el Estado debe hacer especial hincapié, porque si le brindan herramientas legales a los ciudadanos, ellos mismos trabajarán en conjunto para mantener un ambiente sano y saludable.

#### V. BIBLIOGRAFIA

- **Constitución Nacional:** Art. 41.
- **Farinella, Favio:** “Capítulo 2. La dimensión normativa: principios básicos para avanzar hacia la integración de racionalidades”
- **Corbatta, José Carlos:** *La preservación del ambiente en la constitución nacional.* Análisis de las sesiones 13 y 14 de la constituyente de santa fe. Artículo n°41 de la constitución de la nación argentina.
- **Harvey, David** (2012); *Ciudades Rebeldes. Del Derecho de la ciudad a la revolución urbana;* Akal; Argentina, 2014.

- **Lorna Püschel y Osvaldo Urrutia** (2011): *Principios del Derecho Internacional Ambiental*. Curso de Derecho Internacional Ambiental 2011 – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- **Marcuse, Peter** (2010): “¿Los derechos en las ciudades y el derecho a la ciudad?”. Ana Sugranyes y Charlotte Mathivet Editoras (primera edición, 2010): “Ciudades para todos. Por el Derecho a la ciudad, propuestas y experiencias”. ISBN: 978-956-208-090-3.
- **Pacto Federal Ambiental**: de 5 julio de 1993.
- **Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales**.
- **Página web**: de la Municipalidad de Gral. Pueyrredón: <http://appsb.mardelplata.gob.ar/Consultas/nGuiaTramites/Frontend/TramiteDetalle.aspx?id=239>. Consultada el 18/5/2017.
- **Página Web**: observatorio nacional de residuos sólidos urbanos:  
<http://observatoriorsu.ambiente.gob.ar/informacion/4/marco-legal-de-los-residuos-en-argentina>. Consultada el 19/5/2017.
- **Página web**: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>. Consultada el 19/05/2017.



## VILLA EVITA, ZONA DE PROMESAS

**Galaverna, Agustina<sup>1</sup>**

### **Introducción**

Éste trabajo comunica un avance de mi proyecto de investigación, denominado “Análisis crítico del Programa de urbanización, regularización dominial, mejoramiento habitacional y desarrollo social del asentamiento denominado Villa Evita”, en el que presento el marco conceptual con el cual trabajaré. Con dicha investigación pretendo analizar el grado de cumplimiento del Programa de Urbanización de “Villa Evita”, realizando una descripción detallada de las medidas que promueve el decreto municipal y su adecuación a las leyes superiores de nuestro ordenamiento interno y a las recomendaciones de los organismos internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho a la ciudad. Para ello es imprescindible conceptualizar tanto el derecho a la ciudad como señalar cuáles son las normas que protegen el derecho a la vivienda, el derecho al hábitat.

Villa Evita es un asentamiento precario en la ciudad de Mar del Plata, que forma parte del Barrio Fortunato de la Plaza<sup>2</sup>, ésta se encuentra comprendida entre las calles Magnasco, Vertiz, Udine Y Soler. Se trata de una urbanización informal ubicada en terrenos fiscales y privados, comuna edificación dispar que posee tanto viviendas que cuentan con los servicios públicos básicos, construidas a base de cemento y ladrillo; viviendas que cumplen con las condiciones mínimas de habitabilidad pero en su estructura no poseen uniformidad por estar construidas a base de madera, cemento, chapa, vidrio, lona, etc; y con viviendas precarias, construidas con materiales que los vecinos reciclan, donde no se cumplen las condiciones mínimas de habitabilidad y las conexiones de

---

<sup>1</sup> Estudiante de Abogacía. Becaria en investigación por “Beca Estudiante Avanzado” otorgada por la UNMDP en el Centro de Investigaciones en DDHH Alicia Moreau. Ayudante de segunda en la materia ‘Derecho Político’. Integrante del Grupo de Investigación “Pensamiento Crítico”. Miembro del Proyecto “El Derecho a la Ciudad como un Derecho Humano: Su análisis a la luz de la conformación de un espacio de Resistencia para el Empoderamiento Ciudadano y la (Re)construcción de una sociedad más inclusiva” dirigido por el Dr. Pablo Slavin. Facultad de Derecho (UNMDP).

<sup>2</sup> El mismo se encuentra delimitado por las avenidas Polonia, Fortunato de la Plaza, Peralta Ramos y Vertiz

servicios pueden ser precarias y/o clandestinas o directamente no existir. En octubre de 2010 el por entonces intendente del partido de General Pueyrredon, Gustavo Pulti, promulgó la ordenanza N° 19.994, que semanas antes había sido aprobada por el Concejo Deliberante, donde se estableció la urbanización, la regularización dominial, el mejoramiento habitacional y el desarrollo social de Villa Evita. La urbanización busca elevar las condiciones de vida del barrio, conservando el arraigo de los vecinos y dotando de cloacas, agua potable y un ambiente limpio y accesible a sus habitantes. Así mismo busca ampliar el acceso a la salud y la educación y restablecer el derecho a la ciudad vulnerado, adecuándose a los estándares internacionales sobre la materia y a las leyes y tratados que suscribe nuestro país. Sin embargo, han transcurrido siete años de publicada la norma y las mejoras nunca se han concretado.

### **1. Derecho a la ciudad. Conceptualización**

Para introducir la problemática de Villa Evita es preciso, primero, delimitar el Derecho a la ciudad. Para ello partimos de la definición que da el sociólogo marxista francés Henri Lefebvre, uno de los autores clásicos en la temática:

“El derecho a la ciudad se manifiesta como forma superior de los derechos: el derecho a la libertad, a la individualización en la socialización, al hábitat y al habitar. El derecho a la obra (a la actividad participante) y el derecho a la apropiación (muy diferente del derecho a la propiedad) están imbricados en el derecho a la ciudad.” (Lefebvre, Henri, 1968. p 159)

La caracterización que ofrece Jordi Borja nos ofrece una pintura más clara de qué derechos comprende el derecho a la ciudad:

El derecho a la ciudad integra derechos relativos al entorno físico como la vivienda, el espacio público, el transporte, el ambiente, etc., que condicionan derechos individuales y colectivos de carácter social o político, es decir, la efectividad del estatuto del ciudadano. Pero también se integran en el derecho a la ciudad derechos políticos y sociales que a su vez condicionan la inserción de la ciudad, como la igualdad político- jurídica, la identidad personal y colectiva de las minorías, el salario ciudadano o renta básica, la formación continuada,

etc. El derecho a la ciudad, pues, es un conjunto de derechos formales y materiales que configuran la ciudadanía. En nuestras sociedades altamente urbanizadas hay una estrecha relación entre derecho a la ciudad y derechos ciudadanos.’ (Borja, Jordi, 2013. p 159.)

En las últimas décadas, el derecho a la ciudad ha comenzado a extenderse y convertirse en lo que hoy se conoce como un derecho humano emergente. Los derechos humanos emergentes comprenden una serie de derechos humanos que aún no han logrado su reconocimiento jurídico concreto a través de normas internacionales.

Entendemos por derechos humanos emergentes las reivindicaciones legítimas, en virtud de necesidades o preocupaciones sociales actuales, dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos individuales y colectivos en el plano nacional e internacional. De esta manera, los derechos humanos emergentes están basados, tal y como apunta Jaume Saura, en el dinamismo de la sociedad internacional y del derecho internacional y en la elasticidad del concepto de dignidad humana. Así, los derechos humanos emergentes no son sólo aquellos que, aún encontrándose positivizados en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, han quedado olvidados o su contenido se ha ampliado y concretado (Aida Guillen Lanzarote y otros, 2011. P 23)

Entendemos al derecho a la ciudad como la herramienta fundamental que tienen todos los seres humanos y la comunidad, para asegurar que en la ciudad se encuentren las condiciones para su realización política, económica, social, cultural y ecológica. Tal como lo describe la Declaración Universal de los Derechos humanos emergentes, en su Artículo 7 sobre Derecho a la democracia participativa.

Jordi Borja (2016; p 269 y ss) al referirse al Derecho a la Ciudad no se limita a atribuir elementos básicos como vivienda, espacio público y equipamientos de igual calidad, centralidad, movilidad, visibilidad, integración en el tejido urbano, a residir en el lugar que se ha elegido y a mantenerse en él, calidad ambiental, etc.; sino que también incluye derechos de naturaleza cultural, socioeconómicos o políticos que hacen efectivos a los anteriores, como la igualdad jurídico-política, la identidad personal y colectiva de las

minorías, el salario ciudadano, la formación continuada, que condicionan la inserción en la ciudad. Se trata de un conjunto de derechos formales y materiales que configuran la ciudadanía y la posibilidad de construir una ciudad en la que se pueda vivir dignamente, reconocerse como parte de ella, y donde existe una distribución equitativa de los recursos.

En nuestro país el Derecho a la ciudad aún no se encuentra positivizado. Sin embargo, engloba una serie de derechos que sí se encuentran receptados por nuestro ordenamiento interno y por los pactos internacionales a los que suscribe nuestra nación. De este modo podemos elaborar una lista de los principales derechos humanos que conforman el Derecho a la Ciudad, los cuales se coinciden con la línea de pensamiento antes expuesta de Borja:

- 1) A la vivienda;
- 2) Al trabajo, y en condiciones justas;
- 3) A la Seguridad Social por vejez, desocupación e incapacidad;
- 4) A un medio ambiente sano;
- 5) A la educación;
- 6) A la cultura;
- 7) A un nivel de vida adecuado (que incluye los derechos a la alimentación, vestido, vivienda, protección contra el hambre y salud, entre otros)
- 8) A la protección de la familia;
- 9) A la protección de las personas adultos mayores;
- 10) A la protección especial de las personas con discapacidad;
- 11) A la protección de los niños;
- 12) Al descanso y al aprovechamiento del tiempo libre;
- 13) A la libre circulación;
- 14) Al ejercicio de los derechos políticos;
- 15) Al ejercicio de la libertad en todas sus formas y manifestaciones;
- 16) A la no discriminación;
- 17) Al agua;
- 18) Otros.

## **2. Marco normativo**

A diferencia de nuestro país, en el año 1988 la Constitución de Brasil logró la inclusión, por primera vez en la historia, de un capítulo especial dedicado a la política urbana, el que debe ser tomado como referencia. Esto se complementó con la sanción en el año 2001 de la Ley 10.257, conocida como Estatuto de la Ciudad, que tiene por objetivo ordenar el pleno desenvolvimiento de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad urbana. Allí el derecho a la ciudad es definido como el “derecho a la tierra urbana, a la vivienda, al saneamiento ambiental, a la infraestructura urbana, al transporte y a los servicios públicos, al trabajo y al esparcimiento, para las generaciones presentes y futuras”.

La misma línea es afirmada en la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad (2004), fruto del trabajo conjunto de asociaciones y foros Latinoamericanos, al considerar que: El derecho a la ciudad se define como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad y justicia social. Se entiende como un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos empobrecidos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere la legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a un patrón de vida adecuado (Slavin, 2017, p 4).

### **Derecho a la vivienda**

Entre los derechos que incluye el Derecho a la ciudad, es de vital importancia el Derecho a la Vivienda digna.

El derecho a la vivienda es algo más que el acceso a una vivienda en un bloque de hormigón ubicado en una ciudad dormitorio en la periferia de la ciudad. (Estel La pareja Morte, 2011. P 10)

Los primeros debates en torno al derecho a la vivienda se remontan a la eclosión de la cuestión social, y con ella, de la cuestión urbana, en el último tercio del siglo XIX. El desplazamiento de amplios contingentes de trabajadores a las grandes ciudades provocó una intensa lucha en torno a las condiciones laborales imperantes en las fábricas y otros centros de producción. Esta lucha se vinculó muy pronto a la disputa en torno a las condiciones de habitabilidad de

los barrios y zonas populares. Durante el desarrollo del capitalismo liberal, la provisión de vivienda se realizaba básicamente a través del mercado. La propiedad y el uso del suelo, por su parte, se veían inmersos en frecuentes procesos de especulación que expulsaban a los sectores populares de las zonas más prósperas de las ciudades. Todo esto contribuyó notablemente a la degradación de las condiciones de vida de las familias trabajadoras y a la extensión de fenómenos como la infra-vivienda, los alquileres inaccesibles o la insalubridad. (Gerardo Pisarello, 2011. P 30).

De acuerdo al Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante DESC), en su Observación General n° 4 de 1991”...el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones.

En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, ‘la dignidad inherente a la persona humana’, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.

En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: ‘el concepto de <vivienda adecuada> significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable’ El derecho a la vivienda, según esta conceptualización, involucra mucho más que el espacio físico,

contar con un techo para guarecerse, e incluso que la casa en sí. La vivienda es aquí entendida como la célula a partir de la cual cada ser humano estará en condiciones de edificarse su futuro con autonomía. El derecho a la vivienda es de este modo asimilado con el”...derecho a viviré en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.” De este modo es que el Comité fija el contenido del derecho a la vivienda adecuada y establece cuáles son sus elementos. 3

El problema del acceso a una vivienda digna es uno de los dramas sociales más graves, otra de las causas que profundizan la exclusión social, y con ello el aumento de la criminalidad, la violencia y la inseguridad. Esto nos obliga a analizar no sólo la situación de la vivienda en sí (de las unidades habitacionales), sino la del hábitat (condiciones y servicios del entorno), y por sobre todo la de la ciudad en su integralidad. Todo ello se ve plasmado en la recepción expresa del Derecho a la Vivienda en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “PIDESC”); en el artículo 5 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el artículo 14 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; en el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño; en el artículo XI de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; y en el artículo 26 a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; entre otros.

Estos tratados internacionales mencionados integran nuestro ordenamiento jurídico por lo normado en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, el cual establece que los pactos y/o tratados internacionales con jerarquía constitucional y sus consideraciones son obligatorios para el Estado Nacional como para los Estados Provinciales.

Otra forma de consagrar y proteger el Derecho a la vivienda fue la que surgió expresamente de nuestro ordenamiento interno. La reforma constitucional de 1949 fue derogada por la Convención Constituyente en 1957, que se limitó a incluir el artículo 67inc.

---

3 Seguridad jurídica de la tenencia; Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura;  
Habitabilidad; Asequibilidad; Lugar; Adecuación cultural.

11 de la Constitución Nacional (en el que se incluyó entre los códigos que puede dictar el Congreso al “Código del Trabajo y de la Seguridad Social), y a incluir el artículo 14 bis en el que se consagraron una serie de derechos laborales, sindicales y sociales, e incluye al derecho a la vivienda. De este modo, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional afirma que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) el acceso a una vivienda digna”. No obstante lo expuesto, es importante aclarar que, la ley que por manda constitucional debería determinar el contenido del derecho a la vivienda, nunca fue dictada.

Ahora bien, el derecho a la vivienda no sólo está receptado y regulado en el orden nacional, sino que también encuentra expresa recepción en el ordenamiento jurídico de la Provincia de Buenos Aires. En efecto, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone en el artículo 36, inciso 7 que “la Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: (...) 7. A la Vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y desocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos. Una ley especial reglamentará las condiciones de ejercicio de la garantía consagrada en esta norma”.

Resulta indudable que las limitaciones establecidas en el artículo 36 inc. 7 de la Constitución Provincial resultan injustificadas si tenemos en cuenta que el 80% de la población de la Provincia de Buenos Aires vive en municipios con mayor cantidad de habitantes.

### **Derecho al Hábitat**

En enero de 2013, en la Provincia de Buenos Aires, se promulgó la Ley de Acceso Justo al Hábitat, 14.449. La finalidad que la misma persigue es lograr una *urbanización Inclusiva* de la ciudad; pero no se dirige solo a la urbanización de villas y asentamientos

precarios, también incluye el mejoramiento de barrios, la búsqueda de suelo, su dotación con recursos genuinos y la adjudicación de esos terrenos, regulando también sobre cuestiones de tenencia de tierras.

Es una ley esencialmente inclusiva. Al tiempo que aborda la prevención, no deja de lado el problema habitacional, describiendo los conceptos de: ‘déficit habitacional’ ‘derecho a la vivienda’ ‘villas de emergencia’ ‘asentamientos precarios’ ‘producción social del hábitat’, estableciendo mecanismos e instrumentos de actuación para resolver los problemas, y evitar su empeoramiento en el futuro. La norma impulsa tanto programas de construcción o reparación de viviendas, como créditos para aquellas familias impedidas de acceder a crédito bancario, mediante un Fondo Fiduciario (sección 3, art, 37) y 9).

En términos generales, busca intervenir directamente en las condiciones urbano habitacionales deficitarias, mejorándolas gradualmente. Prevé la integración socio-urbana, el fomento del crédito para la mejora del hábitat, como también considera los procesos de producción y crecimiento de las ciudades, donde intervienen organismos estatales y no gubernamentales, generando condiciones estructurales para el desarrollo de las políticas de vivienda y hábitat, la promoción de procesos de producción social del hábitat y de urbanizaciones planificadas, las zonas de promoción del hábitat social, el acceso al suelo para la promoción del hábitat y la participación en las valorizaciones inmobiliarias generadas por la acción urbanística y los consorcios urbanísticos.

Los principales destinatarios de esta ley son las personas que se encuentran en situación de pobreza. Siguiendo a Denis Merklen (2005), entendemos a ‘la pobreza’ como una superposición simultánea de exclusiones de tipo estructural y de tipo coyuntural que tienden a convertirse en estructurales. Estas exclusiones implican la no satisfacción de necesidades, la idea de expulsión social. Son una clara manifestación de la segregación urbana, donde los individuos quedan localizados en áreas periféricas del territorio.

Aunque el legislador ha enfatizado una política pública habitacional universal e inclusiva, lo primordial de la ley 14449 son las familias en situación de pobreza crítica y

con necesidades especiales insatisfechas. Su principal fin es generar inclusión e igualdad no solo ante la ley, sino de acceso y oportunidades. Ello conforme a la normativa nacional (Art. 11 – 14bis CN y 36 inc 7 CP), como internacional, equilibrando así la balanza de la igualdad social.

PIDSEC: “Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no debe ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás (...) las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica”.

También la Carta Mundial de la Ciudad, ha sido un antecedente fundamental para la legislación actual, en tanto establece:

Art. 4.1 Protección especial de Grupos y Personas en situación de Desigualdad tienen derecho a medidas especiales de protección e integración, de distribución de los recursos, de acceso a los servicios esenciales y de no-discriminación. A los 5 efectos de esta Carta se consideran vulnerables a: personas y grupos en situación de pobreza, en riesgo ambiental (amenazados por desastres naturales), víctimas de violencia, con discapacidad, migrantes forzados, refugiados y todo grupo que, según la realidad de cada ciudad, esté en situación de desventaja respecto al resto de los habitantes. En estos grupos, serán objeto prioritario de atención las personas mayores, las mujeres, en especial las jefas de hogar, y los(as) niños(as). 4.2 Las ciudades, mediante políticas de afirmación positiva de los grupos vulnerables, deben suprimir los obstáculos de orden político, económico, social y cultural que limiten la libertad, equidad e igualdad de los(as) ciudadanos(as) e impidan el pleno desarrollo de la persona humana y su efectiva participación.

A pesar de que la normativa es clara, sigue existiendo un fuerte déficit habitacional, donde las familias de los sectores más bajos no pueden acceder de manera formal a una vivienda en condiciones adecuadas, teniendo que optar por vivir en villas-asentamientos precarios, en suelos no aptos ambientalmente, sin regulación de tenencia, ni satisfacción de necesidades básicas. Quedando olvidados en un proceso de desintegración social

### **El caso de Villa Evita**

Tomando como referencia las definiciones de “Villa” y “Asentamiento precario” que da la Ley Provincial 14.449 “Ley de acceso justo al hábitat” en la sección II artículo 27, consideramos que Villa Evita contiene las características que dicha ley explicita.

Se considera Villa a las urbanizaciones o auto urbanizaciones informales producto de ocupaciones de tierra urbana vacante o de la afectación de tierras fiscales por el Estado para asentar las familias provisoriamente. Sus características son que: producen tramas urbanas irregulares, no son barrios amanzanados sino organizados en intrincados pasillos, las viviendas son construidas con materiales precarios o de desecho, cuentan con alta densidad poblacional y con escaso o nulo espacio verde o infraestructura auto provista.

Se caracteriza como Asentamientos precarios a los barrios informales en los que sus trazados urbanos tienden a ser regulares y planificados, son generalmente decididos y organizados colectivamente, están ubicados en su mayoría sobre tierra degradada, los ocupantes buscan legitimarse como propietarios, las viviendas tienen algún nivel de firmeza, se han reservado espacios públicos para plazas y otros equipamientos y se han ido formalizando paulatinamente las redes de servicios públicos.

Según esta definición, y teniendo en cuenta el carácter de terrenos fiscales y privados donde Villa Evita está ubicada, posee características de una villa.

El 28 de octubre de 2010 Gustavo Pulti (ex intendente del partido de Gral. Pueyrredón) promulgó la ordenanza N° 19.994. El gobierno municipal, por vía de dicha ordenanza, se comprometió a cumplir con la norma que estableció la *urbanización, regularización dominial, mejoramiento habitacional y desarrollo social* de Villa Evita,

asentamiento comprendido entre las calles San Salvador, Magnasco, Soler y Udine, de la ciudad de Mar del Plata. Allí centenares de familias viven en total precariedad, sin lo mínimo e indispensable. En total, según los últimos números oficiales dados a conocer hace algunos años, viven 300 familias. Los vecinos dicen que son alrededor de 800 y que constantemente sigue llegando gente.

“El Departamento Ejecutivo adoptará los mecanismos administrativos conducentes a realizar el plan integral de relevamiento, diagnóstico y empadronamiento de la ocupación actual del asentamiento”, según dispone en el segundo artículo de la ordenanza municipal. Además, “con el objeto de ejecutar las tareas”, se requirió una autorización a la Secretaría de Planeamiento Urbano, por intermedio del Departamento de Promoción Social y de la Secretaría de Desarrollo Social, para que confeccionen “a la brevedad” el registro pormenorizado y definitivo de los poseedores y núcleo familiar de cada uno, que sería base para la posterior regularización dominial. El objetivo principal era trabajar para que los asentamientos precarios empezaran a tener las mismas condiciones de vida que el resto de los barrios urbanizados. De esta manera, se estaría propiciando la inclusión social e integración de los vecinos con el resto de la comunidad.

El Plan de Urbanización de Villa Evita fue aprobado por el Concejo Deliberante durante el año 2010, en el que debía convocarse a una Mesa Ejecutora para coordinar entre Gobierno y los habitantes de la Villa cómo y en qué términos se iba a urbanizar. Pero esa Ordenanza fue dejada de lado por los Funcionarios responsables durante años, y los vecinos y vecinas tuvieron que organizarse para reflotar ese proyecto que mejoraría sustancialmente sus vidas.

En el año 2014 el Concejo Deliberante votó una nueva ordenanza obligando al Poder Ejecutivo a conformar la Mesa Ejecutora. Esta ordenanza se votó el 16 de Octubre de ese año y hasta la fecha fue convocada e inmediatamente suspendida en reiteradas ocasiones, violando el texto de la ordenanza que fijaba un plazo no mayor de 10 días para su conformación. Fue pensada para diseñar los lineamientos generales de un programa integral de urbanización y transformación definitiva de Villa Evita.

La misma contempla, la realización de un relevamiento integral que describa las condiciones poblacionales de los barrios afectados, la regulación legal de la posesión de tierra y vivienda de los habitantes de la villa, generar una *urbanización integral*, que contemple la incorporación del asentamiento al tejido social, urbano y cultural de la ciudad, que se realiza mediante la apertura de calles, el desarrollo de infraestructura de servicios, la regularización parcelaria, la creación de planes de vivienda social; iniciar el fortalecimiento de la infraestructura de servicios y la recuperación de las áreas urbanas adyacentes, (es decir, dotar de servicios al territorio y dar uso a parte del suelo urbano no desarrollado). En esa misma línea de integración socio-urbana, plantea desarrollar políticas sociales activas e integrales y el equipamiento social, sanitario, educacional y deportivo, generando además una planificación participativa presupuestaria de los recursos que se determinen como necesarios para la ejecución de dichos programas; además plantea la labor conjunta a través de la incorporación de los pobladores afectados al proceso de diagramación, administración y ejecución del programa.

La Ley Provincial de Acceso Justo al Hábitat declara que los planes, estrategias, programas, operatorias, proyectos y normas que conforman las políticas de vivienda y hábitat deben “fomentar la participación permanente de la población y de las asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad tanto en las etapas de formulación y de ejecución, como en las de evaluación y seguimiento”. Creemos indispensable asegurar la participación de los vecinos de Villa Evita tanto de forma individual como colectiva en cada proceso relacionado a la Urbanización de su territorio. Es por lo expuesto que se argumenta que el artículo 2 de la Ordenanza debería explicitar que se contemple la participación de una mayoría compuesta por los vecinos de la comunidad. Ya que, según dicho artículo, se detalla la conformación de la Mesa de Gestión y se dispone su integración por representantes del Departamento Ejecutivo(es decir, aquellos funcionarios del Gobierno Municipal, Provincial o Nacional que tengan responsabilidad directa e inmediata en la aplicación de las políticas de emergencia habitacional y social), representantes del Honorable Concejo Deliberante de General

Pueyrredón, representantes de asociaciones civiles, representantes de la Universidad Nacional de Mar del Plata, y representantes de colegios técnicos y/o profesionales.

El proceso de urbanización que atraviesa Villa Evita, a partir de la sanción de las Ordenanzas Municipales es de suma importancia para los habitantes de dicho territorio. La relevancia de la urbanización radica en la reivindicación de derechos que en la actualidad están siendo vulnerados, como lo son el derecho a la ciudad y a la vivienda. Nestor Jeifetz (2002), plantea que la ciudad es un espacio político que facilita la expresión de voluntades colectivas: es un espacio de solidaridad y también de conflicto. El derecho a la ciudad es la oportunidad de llamar a reconstruir una ciudad en la que se pueda vivir bien, reconocerse como parte de ella y en donde se posibilite la distribución equitativa de recursos tanto tangibles como simbólicos. Urbanizar dicho asentamiento es una necesidad de justicia espacial, la manifestación concreta en el espacio urbano del concepto de justicia social.

La ley de Acceso Justo al Habitat entiende al Estado (art. 5) como sujeto obligado a prevenir y solucionar el déficit habitacional de forma ‘progresiva’ y según los ‘medios disponibles’, lo que no significa una mera forma de reducir los esfuerzos del estado, sino todo lo contrario, éste deberá demostrar que maximiza los recursos y que se esfuerza por mejorar la situación.

Aunque la Ordenanza para la regularización dominial de Villa Evita, persigue una idea de integración urbana y de generar ciudad, es muy poco lo que se ha hecho para conseguirlo.

El problema no es simplemente de vivienda, sino uno de mayor complejidad, que abarca multiplicidad de factores. Las dificultades de los habitantes de villas y asentamientos, para trascender de la ‘ciudad informal’ y alcanzar la inclusión en la ‘formal’, demuestran que las políticas de vivienda ignorantes de miradas completas sobre el hábitat y la integración social, no tendrán grandes resultados. el Estado es un actor principal y obligado a la elaboración de políticas públicas para corregir el problema del hábitat.

Entendemos que el problema no es meramente técnico sino político y demanda participación activa de la comunidad.

La Relatoría Especial de las Naciones Unidas señala que los Estados tienen al menos tres deberes: procurar por todos los medios posibles que todas las personas tengan acceso a recursos habitacionales adecuados; facilitar a quien carezca de hogar la interposición de reclamos y adoptar, en un tiempo razonablemente breve, medidas que al menos indiquen el reconocimiento político y normativo de los elementos constitutivos del derecho a la vivienda. (Pisarello, 2003) En este orden de ideas, revaloriza el papel de los Municipios, como entidades cercanas a la ciudadanía y gestores de la política urbana. Las autoridades locales tienen la posibilidad de cambiar el paisaje de la desigualdad en sus ciudades. Esto les representa una enorme responsabilidad y desafíos. Con mayor autonomía y niveles de democracia pueden confeccionar sus propias leyes que les permitan controlar los parámetros de la urbanización y el desarrollo para asegurar una prosperidad más compartida. A fin de fortalecer sus capacidades, pueden vincular la política local de equidad con la jurisdicción del territorio, mediante programas que permitan transferir recursos entre las ciudades y al interior de ellas. De esta manera se adapta la política a la realidad y no la realidad a la política. Organización (ONU Hábitat, sf.).

“El derecho a la ciudad no es un simple derecho de retorno hacia las ciudades tradicionales. Es el derecho a la vida urbana, transformada, renovada. (...) Restituir el; “ocio”; a la vida cotidiana. (...) se manifiesta como forma superior de los derechos: el derecho a la libertad, a la individualización en la socialización, al hábitat y al habitar” Es por ello que construye una propuesta política en donde la gente vuelve a ser dueña de la ciudad “no es simplemente el derecho a lo que ya está, sino el derecho a transformar la ciudad en algo radicalmente distinto”. (Henri Lefebvre, 1974).

Creemos que el derecho a la ciudad es mucho más que un derecho individual, es la herramienta fundamental para cambiar y reinventar las ciudades de acuerdo a las necesidades de sus habitantes. La reinención de la ciudad depende de todos sus actores. Sin la participación de los grupos más vulnerables, los expulsados de la ciudad formal, el derecho a la ciudad se hace pobre y la meta de lograr una ciudad inclusiva se aleja cada vez

más. La libertad de rearmar las ciudades es un derecho colectivo, de los más importantes y de los más descuidados, por eso consideramos de suma importancia para lograr una ciudad 'para todos', inclusiva, que todos puedan reclamar su derecho a la ciudad.

### **Bibliografía**

**Barreto, Miguel A. y otros**(2014) Hacia una Política Integral de Hábitat: Aportes para un observatorio de política habitacional en Argentina. Editorial Red EPHA. ISBN: 978-987- 3627-01- 9 2015;

**Barreto, Miguel Ángel**(2008) El concepto de Vivienda en el marco de una Política Habitacional Integral; Univ. Nac. Del Nordeste, Secretaria General de Ciencia y Técnica, CABA.

**Bascary, Lourdes y otros** (2015) Una perspectiva de derechos sobre las políticas de desarrollo y de acceso justo al Hábitat. Informe CELS;

**Bazán, Adriana** (2010), Efectos de la Descentralización en la política de vivienda del Part.Gral. Puey. **Borja, Jordi** (2014); Revolución Urbana y Derechos Ciudadanos; Café de las Ciudades; CABA 2014.

**Borja, Jordi y otros** (2016) Ciudades para cambiar la vida; Café de las Ciudades; CABA 2016.

**Belil, Mireia** (2012) Ciudades, una ecuación imposible; Café de las Ciudades; CABA 2016; CEPAL (2015) Panorama Social de ALC 2015 <http://www.cepal.org/es/publicaciones>;

**Cravino M. Cristina** (2012) Construyendo Barrios. Transformaciones socio-territoriales a partir de los Programas Federales de Vivienda en el Área Metropolitana de Bs As (2004-2009); Univ.Nac.Gral. Sarmiento; Argentina;

**Cohen Michael** y otros (2016) Hábitat endeuda. Veinte años de políticas urbanas en América Latina; Editorial Café de las Ciudades, Argentina.

**Corti, Marcelo** (2015) La ciudad Posible; Café de las Ciudades; CABA 2015.;

**Harvey, David** (1977); Urbanismo y Desigualdad Social; Siglo XXI Ed.; España, 1989.

**Harvey, David** (2012); Ciudades Rebeldes. Del Derecho de la ciudad a la Rev.urbana; Akal; Arg, 2014;

**Harvey David** (2013), *Ciudades rebeldes Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*. Ediciones Aka!, S. A.

**Harvey, David** (2008) *Breve historia del Neoliberalismo*. Madrid: Aka;

**Janoschka, Michael** (2011) *Geografías urbanas en la era del neoliberalismo. Una conceptualización de la resistencia local a través de la participación y la ciudadanía urbana*. Editorial: Invest. Geog no.76 México dic. 2011 versión On-line ISSN 2448-7279 versión impresa ISSN 0188-4611; Janoschka;

**Lefebvre, Henri** (1969) *El Derecho a la Ciudad*; Ed. Península, Barcelona, 1978.

**Mathivet, Charlotte** (2009) *El derecho a la ciudad: claves para entender la propuesta de crear “Otra ciudad posible”*;

**Slavin, Pablo**(2015b) *Argentina: Políticas Públicas y Derechos Humanos*;

**Aida Guillén Lanzarote** (2011) *El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente*. En: Institut de Drets Humans de Catalunya *Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El derecho a la ciudad*, Barcelona;

**Gerardo Pisarello**(2011) *El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente*. En: Institut de Drets Humans de Catalunya *Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El derecho a la ciudad*, Barcelona.



## **EL ENCUENTRO NACIONAL DE MUJERES COMO ESPACIO DE CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA CIUDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

**Aladro, Almendra**<sup>1</sup>

### **Introducción**

El Encuentro Nacional de Mujeres (en adelante, ENM) es un evento autoconvocado y autogestionado que se desarrolla de forma anual ininterrumpidamente desde hace 31 años en la República Argentina. Este evento congrega las mujeres masivamente (se estima que al último ENM realizado en Rosario concurrieron alrededor de 60.000 participantes), independientemente de la pertenencia política o partidaria, para la problematización democrática, horizontal y consensuada los temas principales de la agenda feminista nacional.

En este marco se realizan actividades en formato taller, los cuales incluyen diferentes tópicos vinculados a la realidad de las mujeres, que finalizan con la redacción conjunta de las conclusiones a las cuales han arribado las participantes en un documento. Esos documentos constituyen una síntesis acabada de las luchas y preocupaciones enarboladas el movimiento feminista, con independencia de la vertiente política a la que pertenecen las agrupaciones que llevan adelante la agenda, y se plantean desde los distintos lugares de inserción de trabajo o de estudio que las mujeres participantes ocupan.

No obstante la organización ininterrumpida de los ENM, las temáticas abordadas en los talleres han evolucionado a lo largo del tiempo, aumentándose la cantidad de talleres conforme el devenir de las demandas y necesidades de las mujeres.

---

<sup>1</sup> Abogada (UNMDP). Becaria Interna Doctoral en Temas Estratégicos (CONICET). Investigadora Asociada PIA-SISUR (Primera cohorte). Integrante del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos Alicia Moreau, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (almendraaladro@gmail.com)

El presente artículo se propuso abordar al fenómeno del ENM desde las categorías esgrimidas por Múnera y Sánchez Mazo (2012) respecto del nuevo enfoque de desarrollo, a los fines de determinar la importancia de ese evento como espacio de construcción de la Ciudad como Derecho desde la perspectiva de género, entendiendo que durante el transcurso del mismo se produce una ruptura de la lógica clásica de reproducción del capital relacionada al destino de la mujer al ámbito privado, deparando el espacio público exclusivamente a los varones.

### **El Derecho a la Ciudad desde la perspectiva de género**

Siendo un derecho colectivo de todas las personas (Buckingham, 2010), el Derecho a la Ciudad se compone de tres elementos fundamentales: 1) el derecho al lugar (elemento físico), 2) el derecho al proyecto de vida (elemento individual) y 3) el derecho a la participación (elemento colectivo) (Montoya Ruiz, 2013).

Desde la perspectiva de género, Montoya Ruiz (2013) sostiene que el Derecho a la Ciudad como macro derecho colectivo, surge para las mujeres como grupo social ante la identificación de necesidades específicas, de índole práctico y estratégico, y con el objetivo de la superación de los límites en el goce de una “vida urbana renovada” (p.119).

Siguiendo este orden de ideas, adhiere a la postura que plantea diferentes facetas en la conceptualización de este derecho, a saber:

- 1) Usufructo equitativo de los bienes y oportunidades ofrecidos por la ciudad.
- 2) Participación activa en la construcción colectiva de los asuntos de la ciudad.
- 3) Efectivo goce de los Derechos Humanos en el marco urbano.

Buckingham (2010) plantea que “el Derecho a la Ciudad supone no solamente el derecho a usar lo que ya existe en los espacios urbanos”, sino que además incluye la posibilidad de “definir y crear lo que debería existir con el fin de satisfacer la necesidad humana de llevar una vida decente en los ambientes urbanos” (p. 66). Tomando como punto de partida esta concepción, Buckingham entiende la necesidad del enfoque de género como consecuencia del origen social del espacio, lo cual impide su abstracción respecto de

la dicotomía “mujer-espacio privado / hombre-espacio publico”, lo que nos obliga a negar el carácter neutral de la ciudad a los fines de analizar la existencia de desigualdades y necesidades diferenciales en el acceso y goce efectivo de Derechos Humanos y, en particular, del Derecho a la Ciudad.

Desde esta perspectiva Buckingham (2010) encuentra cinco puntos interconectados a considerar para la accesibilidad y goce del Derecho a la Ciudad por parte de las mujeres, entendiendo que “ninguno de estos puntos puede hacer realidad completamente si no se incorpora a los otros de manera simultánea” (p. 66): 1) seguridad en ambientes urbanos; 2) infraestructura y transporte públicos; 3) proximidad entre viviendas, servicios y empleo; 4) ruptura de la dicotomía “público-privado”; y 5) participación en la toma de decisiones, gobernanza y planificación.

Montoya Ruiz (2013) concuerda plenamente con los puntos establecidos por Buckingham (2010) y los considera fundamentales a la hora de elaborar recomendaciones de política pública para desarrollar garantías para la seguridad de las mujeres en la ciudad desde la perspectiva de la “seguridad humana” esgrimida por el PNUD (1994), programa superador de la “seguridad ciudadana” ya que parte del presupuesto de considerar a la inseguridad como un fenómeno producto de la insatisfacción de las necesidades básicas de los individuos y se propone un cambio de paradigma sobre las definiciones y acciones que generan esta problemática social a los fines de garantizar la seguridad de los habitantes.

Entendiendo la importancia de la participación de las mujeres en la toma de decisiones, gestión y planificación de la ciudad como Derecho Humano, sostenemos que el Encuentro Nacional de Mujeres es un espacio de construcción de la ciudadanía único en América Latina por congrega a miles de mujeres al debate de sus problemáticas diarias con independencia de su preferencia político-partidaria, lo cual la constituye como experiencia de interés fundamental para el estudio de la Ciudad desde una perspectiva de género.

### **El Encuentro Nacional de Mujeres y el enfoque de desarrollo**

En este apartado abordaremos al Encuentro Nacional de Mujeres desde el enfoque de desarrollo propuesto por Múnera (2007), entendido como “construcción socio cultural múltiple, histórica y territorialmente determinada (p.108).

Esta construcción teórica constituye una epistemología contrahegemónica que busca separarse de la lógica capitalista aplicada al estudio de los grupos sociales y sus componentes. El discurso de mercado aplicado a los procesos de desarrollo de las comunidades posee, según Múnera y Sánchez Mazo (2012, p.82) las siguientes características:

1. La acumulación de un cuerpo conceptual y teórico compuesto por modelos, estilos y estrategias de desarrollo para cualquier país, teniendo como denominador común y principal indicador, el crecimiento económico.
2. El respaldo por instituciones de poder económico, político y académico que validan, legitiman y hacen operativas las teorías construidas.
3. Los imaginarios que se instalan en la cultura sobre lo que significa “desarrollo”, “subdesarrollo”, “proceso de desarrollo”, o cualquier otra denominación, que no solamente justifican las políticas desarrollistas contribuyentes al crecimiento económico, sino que moldean el comportamiento cotidiano de los seres humanos.

En oposición a este modelo, el nuevo enfoque de desarrollo propuesto por Múnera (2007), propone un espacio de construcción que cambia el fin hacia el cual se encaminan los procesos sociales, pasando a ser dicho objetivo las finalidades que cada grupo social establece de manera significativa, fundamentadas en sentidos de vida que se construyen colectivamente, a partir de dinámicas de subjetivación, entendiendo éstas como procesos de toma de conciencia individual y colectiva (Múnera y Sánchez Mazo (2012).

Hechas estas aclaraciones, seguiremos con el análisis del Encuentro Nacional de Mujeres como espacio de construcción tomando como esquema estructurante las

características que enumeran Múnera y Sánchez Mazo (2012) como propias del nuevo enfoque de desarrollo.

Sostenemos que este abordaje es fundamental para contemplar la relevancia de los Encuentros como espacios de construcción social relevantes a la hora de analizar la accesibilidad al Derecho a la Ciudad por parte de las mujeres.

### *Humano*

Enseñan las autoras que “(e)l ser humano se considera sujeto de desarrollo cuando puede ponerse en el centro de su propio mundo” (p.83), construyendo su propia identidad a través de la interpretación de la propia historia, de los vínculos con otros significados, y de la búsqueda de un horizonte de vida (Múnera y Sánchez Mazo, 2012).

En este orden de ideas, las mujeres autoconvocadas año a año en el ENM indican el impacto que este evento tiene en sus vidas y en sus luchas<sup>2</sup>, siendo una de sus singularidades, conforme los testimonios de las participantes, que “sólo hablamos de nosotras, entre nosotras y para nosotras”<sup>3</sup>, “somos protagonistas de nuestra historia y sabemos quiénes somos y cuánto valemós.”<sup>4</sup>

Así podemos ver cómo las mujeres, como grupo humano, se perciben individualmente como sujetos de manera integral, “como un ser que está relacionado con un entorno que tiene capacidad de memoria, de conocimiento, de relación, de disfrute y de sufrimiento” (Múnera y Sánchez Mazo, 2012, p.83).

### *Dotado de sentido*

Múnera y Sánchez Mazo (2012) sostienen que “(...) a partir de la toma de conciencia de su propia existencia, el sujeto puede dotarla de sentido y marcar objetivos para ella (...) se plantea la creación de imaginarios que conceden direccionamientos a sus actuaciones” (p.83).

---

2 Taller 1, XXVIII Encuentro Nacional de Mujeres, San Juan, 2013.

3 Taller 1, XXVI Encuentro Nacional de Mujeres, Bariloche, 2011.

4 Carta de Bienvenida, XXVII Encuentro Nacional de Mujeres, Posadas, 2012.

En el XXIV Encuentro Nacional de Mujeres se sostuvo que: Cada Encuentro es diferente y cambia, porque cada año refleja la situación política y social y lo que viven las mujeres. Los talleres son la caja de resonancia de los sufrimientos y las luchas de las mujeres. Estas características los hacen masivos y únicos en el mundo.<sup>5</sup>

Este espíritu se encuentra sintetizado en el fraterno saludo que la Comisión Organizadora del XXIX Encuentro Nacional de Mujeres elaboró para dar la bienvenida a las participantes, expresando: “bienvenidas las que vienen a gritar sus luchas, a volcar sus sufrimientos y a ser protagonistas del debate para recobrar fuerzas y seguir transitando el camino que hace exactamente 29 años nos marcaron nuestras queridas fundadoras.”<sup>6</sup>

Al mismo tiempo que se reconocen como compañeras en una misma lucha, las mujeres identifican a los detractores de su propio bienestar:

Muchos sectores, entre ellos sectores reaccionarios de la Iglesia que cobijan a curas pedófilos y genocidas, trabajan para que las mujeres nos mantengamos dentro del rol que cultural y socialmente se nos asigna: objetos sexuales, madres, esposas de, amas de casa. Quiere reducirse a las mujeres al lugar de productos, de reproductoras de este sistema, subordinadas a las instituciones del Estado, sin derecho a decidir sobre nuestros cuerpos y nuestras vidas.<sup>7</sup>

Las mujeres, tomando conciencia de su existencia y rol sociocultural, logran identificar objetivos en común hacia los cuales mancomunar sus acciones de lucha.

*Se construye a partir de la base social*

Las autoras consideran que el proceso de configuración como sujetos incluye el establecimiento de relaciones con otros, posibilitando la construcción de proyectos comunes.

---

5 Taller 1, XXIV Encuentro Nacional de Mujeres, Tucumán, 2009.

6 Documento de Apertura, XXIX Encuentro Nacional de Mujeres, Salta, 2014.

7 Discurso de Apertura, XXV Encuentro Nacional de Mujeres, Paraná, 2010.

Los ENM se han organizado y desarrollado bajo las frases “el Encuentro somos todas” y “todas decimos presente para el debate, para escuchar a la otra, para consensuar”<sup>8</sup>. En este orden de ideas, las mujeres han expresado que estos Encuentros “demuestran que las mujeres podemos organizarnos, podemos unirnos, podemos escucharnos, tener diferencias y coincidencias, podemos avanzar juntas para resolver lo que cotidianamente nos atraviesa por ser parte del pueblo y ser mujeres.”<sup>9</sup>

La relevancia de la organización de las mujeres como base social se encuentra resumida en las palabras de la XXIX Comisión Organizadora:

Juntas pudimos visualizar y vamos comprendiendo las causas históricas, culturales y políticas de nuestra doble opresión; pudimos organizarnos y luchar contra el patriarcado, unirnos en torno a nuestras necesidades y problemáticas específicas y pudimos avanzar en el reconocimiento de los derechos que a lo largo de estos años hemos conquistado.<sup>10</sup>

El análisis precedente, según nuestro criterio, evidencia que las mujeres han logrado un espacio de organización que les permite profundizar el diálogo y la discusión acerca de las problemáticas que atraviesan como colectivo, lo cual enriquece la lucha por las conquistas en el campo social.

*Se fundamenta en las diferencias culturales y en las relaciones interculturales*

Evaluando el valor de los grupos sociales a través del nuevo enfoque de desarrollo, se considera que “(...)se trata de valorar la multiculturalidad, teniendo presente el principio ecosistémico, que plantea la vulnerabilidad de un sistema vivo inversamente proporcional a la diversidad que contiene” (Múnica y Sánchez Mazo, 2012, p.84).

Reconociendo la heterogeneidad de quienes componen el movimiento de mujeres, se ha expresado:

---

**8** Palabras de Apertura, XXVIII Encuentro Nacional de Mujeres, San Juan, 2013.

**9** Discurso de Apertura, XXV Encuentro Nacional de Mujeres, Paraná, 2010.

**10** Documento de Apertura, XXIX Encuentro Nacional de Mujeres, Salta, 2014.

El cambio real por el que luchamos requiere de decisión política. Este gran desafío nos atraviesa a mujeres de diferentes identidades políticas, étnicas, religiosas e ideológicas, que nos proponemos día a día a contribuir en la construcción de vínculos de equidad y respeto.<sup>11</sup>

En este orden de ideas, la XXIV Comisión Organizadora expresó:

Bienvenidas las mujeres de todas las provincias, de todos los colores, las abrazamos a todas, las que luchamos por nuestros derechos, trabajadoras del campo y la ciudad, estudiantes, piqueteras, campesinas, feministas, lesbianas, mujeres de los pueblos originarios, intelectuales, amas de casa, sindicalistas, docentes (...) Bienvenidas las no creyentes y las creyentes, todas cabemos, debatamos, consensuemos y encontremos nuevas formas de organizarnos y luchar.<sup>12</sup>

Así, los procesos de construcción social encarados por las mujeres se nutren de diferentes experiencias, dotando de formas plurales de interpretar la realidad y de participación ciudadana.

*Democrático; se basa en la libertad y valores de quienes participan en la dinámica de desarrollo; auto-producido, auto-referenciado, auto-dirigido, auto-regulado, auto-propulsado*

Hemos decidido agrupar estas tres características del nuevo enfoque de desarrollo por considerar que se encuentran presentes en los cimientos mismos de la organización de los Encuentros Nacionales de Mujeres.

Afirman Múnera y Sánchez Mazo (2012) que “(l)a democracia, vista desde la dialógica intercultural, requiere la incorporación de nuevos valores en las distintas formas de relación humana, que se construyen en la vida cotidiana y no por normas” (p. 84).

---

<sup>11</sup> Documento de Apertura, XXIX Encuentro Nacional de Mujeres, Salta, 2014.  
<sup>12</sup> Carta de Bienvenida. XXIV Encuentro Nacional de Mujeres, Tucumán, 2009.

Por otra parte, las autoras sostienen que (l)a incorporación de los sujetos en un proceso de desarrollo se da de manera consciente y libre, teniendo cuidado de respetar y promover los valores aceptados mundialmente y aquéllos que están vigentes en las localidades” (p.85).

La experiencia de construcción social vivenciada en los Encuentros Nacionales de Mujeres puede sintetizarse de la siguiente manera:

Año tras año las mujeres de todo el país nos reunimos para lograr que las voces de miles sean escuchadas, a través de una modalidad horizontal, abierta, democrática y participativa. Son la expresión más importante de las luchas que venimos desarrollando desde nuestros lugares de inserción: la fábrica, la casa, los barrios, la ciudad. Allí intercambiamos las experiencias, entre todas las mujeres de un punto a otro del país. Somos miles de mujeres que vamos visualizamos en los Encuentros que la situación de opresión de nuestras vidas cotidianas no es un destino. Y lo hacemos a través de una práctica que contradice la práctica social impuesta a las mujeres y es en los talleres del encuentro donde se recupera la voz de las que no tienen voz (XXIV Comisión Organizadora, 2009).

Respecto a la importancia de la organización del debate en talleres temáticos se destaca que su función es “debatir, discutir, profundizar y consensuar en el marco del diálogo, el respeto, la horizontalidad, la pluralidad de pensamientos y la libertad.”<sup>13</sup>

El mérito de la organización autónoma de los Encuentros Nacionales de Mujeres reside en el valor de la negociación como forma de construcción dialógica de realidades. Así, la XXIX Comisión Organizadora (2013) sostuvo:

Esta Comisión Organizadora, en UNIDAD, ha buscado garantizar que las miles de mujeres en su gran diversidad sean las principales protagonistas del Encuentro y que juntas podamos sostener y dar continuidad al carácter de nuestros Encuentros; que han sido durante estos 29 años:

---

13 Carta de Bienvenida, XXVII Encuentro Nacional de Mujeres, Posadas, 2012.

AUTOCONVOCADOS, AUTOFINACIADOS, DEMOCRÁTICOS,  
PLURALISTAS, HORIZONTALES, AUTÓNOMOS Y FEDERALES.

Estos caracteres en la forma de organización de los Encuentros permite que, en un contexto de libertad, puedan discutirse realidades locales y nacionales, independientemente de las preferencias ideológicas de las participantes y del gobierno de turno.

*Integral, sistémico, sinérgico, emergente*

Múnera y Sánchez Mazo (2012) definen estas dimensiones de la vida humana configuran sistemas que emergen y se retroalimentan, lo que conduce finalmente a la noción de sinergia, pues esos sistemas funcionan de manera simbiótica.

Consideramos que la división de los Encuentros en talleres temáticos simultáneos permite el abordaje de las dimensiones económica, social, cultural, política, ambiental, sin que una prime sobre otra.

*Territorializado y articulador de dinámicas macro y micro sociales*

La selección de diferentes ciudades como sede de los Encuentros y el encargo de la organización a una Comisión de mujeres residentes en esos territorios es la síntesis de un complejo sistema que logra relacionar las dinámicas *macro*, al alentar el debate de la realidad nacional de manera federal, y *micro*, al ponerse de relevancia la realidad local ya sea en el proceso de selección de la sede (generalmente elegida por cuestiones ligadas a la relevancia de las problemáticas que se suceden en ese territorio) como en la posibilidad de que las mujeres relaten sus experiencias personales como habitantes de un espacio específico.

### **Consideraciones finales**

Teniendo en cuenta que la Ciudad es producto de dinámicas de desarrollo entendidas como construcción socio-cultural múltiple, histórica y territorialmente determinadas, tienden a tener menos desequilibrios entre sus componentes, y por lo tanto a ser más armónicos y habitables (Múnera y Sánchez Mazo, 2012, resulta fundamental

considerar los reclamos de las organizaciones sociales de base en la agenda de políticas públicas.

Los registros analizados reivindican a los Encuentros Nacionales de Mujeres como espacio de construcción hacia un desarrollo por fuera de la lógica de mercado, lo cual indica que las demandas vertidas por las mujeres en el contexto dialógico de los talleres que se realizan en su seno surgen frente a experiencias que las han dejado fuera de la diagramación de políticas en torno al hábitat.

De ahí que la agenda de políticas públicas federal deba contemplar las denuncias y reclamos vertidos por las mujeres en estos espacios a los fines de incorporar una perspectiva de género que no resulte meramente enunciativa, interiorizándose de las problemáticas específicas de este colectivo, como así también dándoles participación en la resolución de los problemas actuales.

### **Bibliografía**

Buckingham, S. (2010), Análisis del derecho a la ciudad desde una perspectiva de género. En: Sugranyes, A. & Mathivet, . (eds.), *Ciudades para tod@s. Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias*, Santiago, CIH, pp. 59-64.

Montoya Ruiz, A. M (2013), Seguridad humana para las mujeres en las ciudades: reflexiones para políticas públicas urbanas con enfoque de género. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Online), pp. 115-137.

Múnera, M. C (2007), *Resignificar el desarrollo*. Medellín. Escuela del Hábitat (CEHAP) de la Universidad Nacional de Colombia.

Múnera, M. C y Sánchez Mazo, L. (2012), *Construcción social del hábitat: reflexiones sobre políticas de vivienda en Colombia*. Ecuador. FLACSO.



## **REALIDAD SOCIAL Y DERECHO: EL ESPÍRITU INCLUSIVO DEL CCYC ANTE LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA UNIPERSONAL**

**Rodríguez Villanustre, Eugenia Cecilia**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo se enmarca dentro de la Beca de Investigación clase A de esta UNMDP, titulada “Bien de familia y nuevos modelos de familia: formas de protección de la vivienda familiar en el nuevo régimen instaurado por actual Código Civil y Comercial. Impacto sociológico, económico y jurídico”, comenzada el 1 de abril de 2017. En tal sentido, constituye un primer avance, no sólo con el fin de informar a la comunidad investigativa de esta Facultad de Derecho acerca de la tarea abordada, sino también con el objeto de propiciar el debate respecto de un tema relevante desde el aspecto patrimonial y desde la óptica del derecho de familia.

Es por ello que en el marco del estudio de investigación que estoy realizando, es que quiero esbozar unas pequeñas líneas acerca de esta temática que tanto ha sido reclamada por la sociedad y doctrina y que por fin ha sido receptada en nuestra ley; la protección unipersonal de la vivienda. En este contexto, el propósito de este trabajo consta en resaltar la inconstitucionalidad de la restricción impuesta por la ley 14.394 a la luz del principio de no discriminación y del derecho humano a la vivienda del que resulta titular cualquier persona, independientemente del modo en el que desenvuelva su existencia o forma de vida. Situación que ha sido tratada y receptada en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, captando una protección jurídica de la vivienda en sentido amplio y más inclusivo.

### **2. DESARROLLO**

Según datos recogidos en el censo nacional del año 2010, de una cantidad de 12.171.675 hogares existentes en la Argentina, 2.173.678 son unipersonales. Es decir,

aproximadamente el 18% de las viviendas de nuestro país están habitadas por personas solas.<sup>1</sup>

Las circunstancias o factores sociales, económicos y culturales que han dado lugar al incremento de los hogares unipersonales en las últimas décadas son múltiples y exceden con ampliamente el marco de este trabajo. Basta aquí decir que el proceso de individualización —en especial de las mujeres— iniciado a mediados del siglo pasado se proyecta, entre otros aspectos, en una valoración creciente de la autonomía personal que ha llevado a un incremento de la edad para contraer matrimonio, retrasándose también en consecuencia el proyecto parental, fundamentalmente en las clases medias. Este fenómeno ha provocado que, en la actualidad, la mayoría de los jóvenes prefieran experimentar vivir solos, realizarse profesional e individualmente y, más tarde, compartir su vida con otra persona.

Desde otra perspectiva, los avances tecnológicos y científicos han contribuido a un aumento en la expectativa de vida (envejecimiento de la población) que ha suscitado un incremento en el número de años de prolongación potencial del matrimonio, originando disoluciones más frecuentes por causa de divorcios o viudez.

Todo ello, sumado a quienes eligen el celibato como opción de vida, y a quienes por diversas circunstancias se ven forzados a residir solos, ha ocasionado un crecimiento progresivo de la formación de hogares individuales de personas jóvenes, adultas y adultas mayores.

Esta realidad social, que se viene gestando desde ya varios años, viene a encontrar resguardo legal recién hoy en día a través de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Es esta normativa la que viene a ponerle fin a la ausencia de protección de la vivienda frente al poder de agresión de terceros cuando quienes lo habitan no conforman una familia en los términos de, la ya antigua, ley 14.394, que regulaba el instituto del Bien de Familia.

---

<sup>1</sup> <http://www.indec.gov.ar/censos>

Naturalmente para poder llegar a tal resguardo, fue necesario comenzar por la denominación del instituto de protección. Antiguamente era denominado “Bien de familia”, actualmente con los nuevos modelos de familia incorporados recientemente a la tutela legal, pero de realidad preexistente, hubo que darle un giro al paradigma de protección para que no hubiera lugar a dudas del amparo a estas “personas solas”. Situación un tanto contradictoria si se quisiera decir, puesto que si reconocemos a las personas solas como un “nuevo modelo de familia”, no habría razón para cambiar la denominación tradicional del instituto, “Bien de Familia”, por “Protección de la Vivienda”. Lo cierto es que el legislador opto por la mayor claridad posible, en este punto, a tratar el tema, o por la que fuera la más abarcativa posible. De tal manera se decidió eliminar la definición de familia que traía el art. 36 de ley 14.394, estimo, que justamente para reforzar esta idea de mayor inclusión y no discriminación que merece un instituto de tal envergadura.

Es sabido que el valor que tiene la vivienda para cualquier ser humano es fundamental, tanto para el desarrollo de la persona en su individualidad como dentro de una sociedad a la cual el pertenece.

En palabras de Aida Kemelmajer de Carlucci, “la vivienda tiene para el individuo un gran valor, no sólo patrimonial, sino esencialmente extrapatrimonial: en el plano material, le da amparo a su integridad física, pues lo protege de los peligros de la naturaleza y de las amenazas de los malvivientes; jurídicamente, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad; en el plano moral, es el centro de la esfera de su intimidad, 'el santuario de su vida privada', etcétera”<sup>2</sup>

La valoración que desde antaño el hombre ha asignado a la vivienda se ha traducido en su reconocimiento como un derecho humano en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales del mundo. Cómo era posible que un derecho tan básico y tan importante para el individuo, como lo es su vivienda, su hogar, no se le reconociera a la persona por el simple hecho de haber optado por estar sola o porque simplemente las circunstancias de su

---

2 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Protección jurídica de la vivienda familiar.,cit., p. 29.

vida la llevaron por ese camino. Sumado al creciente incremento de tales situaciones a través de los años.

De hecho, al elaborar el Folleto Informativo Nro. 21 sobre *El derecho humano a una vivienda adecuada*, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas puso de relieve la relación entre vivienda y derechos humanos, al señalar: "A primera vista puede parecer extraño que un tema como la vivienda guarde relación con los derechos humanos. No obstante, si se examinan más de cerca las leyes nacionales e internacionales así como la importancia que tiene un lugar seguro donde vivir para la dignidad humana, la salud física y mental y en general la calidad de vida, es posible apreciar algunas de las relaciones entre la vivienda y los derechos humanos. En todas partes se considera que la vivienda adecuada es una de las necesidades humanas fundamentales"<sup>3</sup>

Nuestro país no resultó ajeno a esta tendencia universal. Así, la Constitución derogada de 1949 rezaba en su artículo 37 que "El Estado formará la unidad económica familiar, de conformidad con lo que una ley especial establezca" y que "El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine". Luego, a partir del año 1957, y tras la incorporación del art. 14 bis a la Constitución Nacional, se reconoce "la defensa del bien de familia" y el "acceso a una vivienda digna"

Esta protección constitucional del derecho a la vivienda, se ha visto renovada a partir de la reforma efectuada en el 1994 con la consagración del famoso modelo de Estado Social y democrático de Derecho y la inclusión de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que refieren en forma expresa a la vivienda. Como ser, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual reza "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, *así como a su familia...* la vivienda..."

Del plexo constitucional surge, entonces, que el derecho a la vivienda es un derecho humano que podría conceptualizarse como fundamental pues corresponde universalmente a

---

<sup>3</sup> Publicado en [http://www.unhcr.ch/spanish/htrnl/menu6/2/fs21\\_sp.htm#quérelaciónexisteentre-lavivienda](http://www.unhcr.ch/spanish/htrnl/menu6/2/fs21_sp.htm#quérelaciónexisteentre-lavivienda).

todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas.<sup>4</sup> Así los derechos fundamentales se destacan del resto especialmente por su carácter de inalienables, indisponibles, inviolables, intransigibles y personalísimos y, como tales, deben ser garantizados a todas las personas más allá de la forma de vida por la que han optado.

En tal sentido, en la Observación General NO 4 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CDESC) del año 1991, se subrayó que “El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. Aun cuando la referencia para sí y su familia' supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupo. Así, el concepto de 'familia' debe entenderse en un sentido lato. Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto, a ninguna forma de discriminación" (consid. 60).<sup>5</sup>

Desde esta perspectiva y en el contexto sociocultural y normativo del SXXI, deviene inconstitucional, violatorio a los derechos humanos y discriminatorio, reconocer un régimen de tutela especial a ciertos tipos de familias y desconocerlos a quienes escapan a estos cánones, sea por que han optado por un modelo distinto de familia, sea por que residen solos. No puede alegarse una razón objetiva que justifique un tratamiento diferenciado en uno u otro caso, si se tiene en cuenta que nuestra Constitución protege en sentido amplio el derecho fundamental a la vivienda de todas las personas. Más aun con la ley de matrimonio igualitario y la incorporación, reciente, de la figura del conviviente a nuestro ordenamiento legal.

---

4 FERRAJOLI, Derechos y garantías. La ley del más débil cit., ps. 37 y ss

5 Publicada en [http://www.escri-net.org/resources\\_more/resources\\_more\\_show.htm?doc\\_id=428687&parent\\_id=425976](http://www.escri-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428687&parent_id=425976),

Po lo tanto, así como existe un derecho constitucional a formar una familia, existe – como contra cara – la posibilidad y libertad de no hacerlo. La ausencia legal de un sistema protectorio para la vivienda de quienes han optado por esta alternativa coaccionaba su derecho de elección en contradicción con la libertad de intimidad consagrada en el art 19 de la nuestra Constitución Nacional. Sin mencionar, la situación de aquellas personas que se ven forzadas a residir solas y ya por libre elección, sino por diversas circunstancias de la vida ajenas a sus deseos. Esta carencia legislativa de tutela, que recientemente en nuestros días hemos superado, se alzaba firmemente discriminatoria, si se considera que el derecho a la vivienda es reconocido constitucionalmente, tanto a nivel nacional como provincial – en la mayoría de los casos – a todos los individuos sin distinción alguna.

Este avance en la tutela de derechos civiles de los individuos ha significado un gran avance y aproximación a una sociedad un poco más justa, menos discriminadora y más humanitaria. Adecuándonos a las realidades que se nos presentan a menudo en lo cotidiano de nuestros días, acercando el derecho a la gente y su realidad. Progresando día a día en intentar lograr un derecho más humano y no tan teórico.

### **3. CONCLUSIÓN**

Como adelante en la presentación del trabajo, la intención de estos párrafos es esbozar una pequeña reseña de uno los grandes cambios que sufrido esta institución en pos de un mayor reconocimiento e inclusión para los individuos, dejando de lado antiguas discriminaciones sin sentido que a mas de violentar un derecho humano fundamental – como lo es este – dejaba sin amparo a justicia a muchos hombres y mujeres.

De esta manera solamente me queda por bosquejar unas últimas consideraciones a como de cierre.

Por discriminación se entiende el trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinad. En efecto, la discriminación consiste en toda conducta u omisión de autoridad pública o de particulares que distinga,

excluya restrinja, menoscabe o prefiera de manera arbitraria por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción, preferencia o menoscabo, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.<sup>6</sup>

Ninguna persona tiene la necesidad ni la obligación de sufrir ningún tipo de discriminación, menos aun cuando está en “tela de juicio” o “juego” un derecho de tal envergadura como lo es el hogar, el techo, la vivienda de una persona – con todo el significado que ella implica y hemos mencionado. Justamente allí esta dilema nunca ese derecho tendría que estar en disputa en pos de su reconocimiento para nadie. Independientemente del estilo, forma de vida o constitución de familia que haya elegido o formado.

Es por todo ello que considero que este reconocimiento ha significado una conquista social en el ámbito del derecho de familia, en miras hacia una sociedad más igualitaria, más inclusiva y más justa. Una batalla más que se gana contra la discriminación y el reconocimiento de derechos humanos vulnerados.

Recuérdese que el hogar es el lugar donde se ejercen las funciones más elementales de la vida humana y, como tal, es el ámbito inicial donde se proyecta la dignidad del hombre y su derecho al desarrollo. Es por ello que merece la protección el Estado frente a las amenazas de terceros a través de los mecanismos y herramientas legales adecuados, sin hacer distinción alguna entre los individuos.

---

6 GIL DONFR4GUEZ, Andrés, La discriminación: una cuestión constitucional, en L. L. 2001-B-897.



## **SINDICALISMO Y RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO. UN ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DE LA MUNICIPALIDAD DE AZUL**

**Rimoli, Federico<sup>7</sup>; Islas, Nicolás Gustavo<sup>8</sup>; Salituri, Pablo<sup>9</sup>**

### **Introducción**

El presente trabajo tiene por objetivo mostrar los avances logrados, por el grupo de becarios BEI de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, en el marco del Proyecto PICT 2015 2902 “Sindicalismo y política en el centro de la provincia de Buenos Aires, Azul 2003-2015” dirigido por el Dr. Santiago Duhalde. Los mismos se desarrollan en tres grandes líneas de investigación, la línea de recolección y análisis de normativa, luego la línea de estudio de la organización municipal y por último la línea de observación de la organización sindical.

### **Las bases del sistema normativo del empleo público nacional**

Desde el punto de vista normativo los diferentes ámbitos nacional, provincial y municipal han sufrido cambios relevantes en las últimas tres décadas.

Comenzado por la legislación nacional, se llevaron a cabo grandes avances tanto en reconocimiento de derechos individuales como colectivos. En lo que respecta a la regulación de alcance individual de las relaciones laborales públicas, fueron regidas por la ley de “Régimen jurídico Básico para la Función Pública” (ley 22.140) desde 1980 a 1999, “el espíritu que le dio origen fue —como su propio nombre lo indica— el de establecer una serie de reglas mínimas, aplicables a la totalidad de los empleados de la Administración

---

<sup>7</sup>Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Becario BEI Facultad de Derecho UNICEN, Proyecto “Sindicalismo y política en el centro de la provincia de Buenos Aires, Azul 2003-2015”.

<sup>8</sup>Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Becario BEI Facultad de Derecho UNICEN, Proyecto “Sindicalismo y política en el centro de la provincia de Buenos Aires, Azul 2003-2015”.

<sup>9</sup>Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Becario BEI Facultad de Derecho UNICEN, Proyecto “Sindicalismo y política en el centro de la provincia de Buenos Aires, Azul 2003-2015”.

Pública Nacional.”<sup>10</sup>. El ámbito de aplicación de la misma comprendía a las personas que en virtud de acto administrativo emanado de autoridad competente, presten servicios remunerados en dependencias del Poder Ejecutivo Nacional, inclusive entidades jurídicamente descentralizadas<sup>11</sup>. Si bien era un sistema que comprendía todas las relaciones laborales en las cuales el estado era empleador, el trascurso del tiempo y el dictado de normas específicas de cada sector hizo que la misma entre en desuso.

La ley mencionada en el anterior párrafo sienta las bases del empleo público, entre ellas establece la idoneidad como requisito para el ingresar (establece ciertas condiciones técnicas y morales mínimas como la exigencia de un estado psico-físico sano, mayoría de edad, entre otras), garantiza la estabilidad en la función pública, entendido esto como el derecho a no ser despedido sin causa legal (si bien la misma se adquiere luego de un año de antigüedad, representa un derecho de gran relevancia en el ordenamiento público).

La gran variedad de relaciones laborales en el ámbito público, origino que el sistema planteado por la ley 22.140 sea insuficiente. A raíz de esto surge en 1999 la “Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional” (ley 25.164). En principio su ámbito de aplicación era solo para el personal civil de la nación (excluyendo claramente al personal de las fuerzas armadas y de seguridad, al clero y a los ministros o funcionario de cargo equivalente).<sup>12</sup> Constituye los derechos y garantías mínimas de los trabajadores de la nación, estableciendo así el orden público laboral; es decir, aquellas condiciones mínimas que no pueden ser desplazadas por negociación individual ni colectiva. Conjuntamente contiene los requisitos para el ingreso, siendo estos más específicos que los de la normativa anterior<sup>13</sup>. Paralelamente establece los deberes del trabajador, junto con las prohibiciones al ejercer el empleo o función. Ante incompatibilidades o incumplimientos del trabajador crea el régimen disciplinario (apercibimiento, suspensión, cesación y exoneración)<sup>14</sup>, además ordena la creación de un fondo permanente de capacitación y recalificación laboral.

---

10Urza Rodríguez, *La Negociación Colectiva en la administración pública en Argentina*, Ginebra, Organización internacional del trabajo, 1990, pág. 25.

11 Así lo establece el Art 1 ley 22.140.

12 Así lo establece el Art 3 ley 25.164.

13 Así lo establece el Art 4 ley 25.164.

14 Así lo establece el Cap. VII ley 25.164.

Con relación a los derechos colectivos desde 1953 la ley 14.250, fue la única en regular las negociaciones y convenciones colectivas del ámbito laboral; pero la ley en su espíritu fue originada para regular el ámbito privado. Debido a esto la ley sufrió varias modificaciones entre ellas la efectuada en 1988 por la ley 23.545, que agregó a la redacción del art 1 lo siguiente: "Sus normas también se aplicarán a aquellas convenciones que celebren las asociaciones profesionales de trabajadores con quien represente a una empresa del Estado, a una sociedad del Estado o a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria o a una entidad financiera estatal o mixta comprendida en la ley de entidades financieras. Las prescripciones de la misma igualmente regirán respecto de las convenciones que celebren las asociaciones representativas de los trabajadores que se desempeñan en la administración pública nacional, con quienes actúen ejerciendo la representación de los órganos o reparticiones de que se trate. Lo dispuesto en los dos párrafos que preceden a éste lleva consigo la obligación, a cargo de los entes enunciados en el primero de ellos, de negociar colectivamente e impone igual carga a los determinados en el segundo que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, hubiese concertado una convención colectiva. Esta obligación no alcanzará a los comprendidos en el segundo de los citados párrafos que, con anterioridad a esa fecha, no hubiesen acordado convención alguna, hasta tanto se sancione a su respecto un régimen específico".<sup>15</sup> Sobre esto Urranza Sostiene "cómo se advierte, en su nueva redacción la propia ley 14.250 declara inaplicables sus disposiciones a aquellos sectores de la Administración Pública que, a la fecha de su sanción, no hubieren acordado una convención colectiva de trabajo, es decir, a toda la administración"<sup>16</sup>.

Recién en 1991 surge la ley 23.929 que regula la negociación colectiva para los docentes de cualquier establecimiento público (universidad, escuela o jardín) así como también define los ámbitos de actuación y los tipos de negociación (sectorial o federal). A raíz de la ley menciona y utilizando varios de sus aciertos se origina la ley 24.185 (1992). La misma es la que actualmente regula las convenciones y negociaciones colectivas en el

---

15Según Ley 23.545.

16Urraza Rodolfo, *La Negociación Colectiva...*,pág. 39.

ámbito público. Contiene las pautas generales a la hora de llevar a cabo una negociación (quienes son los involucrados y sus representantes, donde deben realizarse, etc.) o a la hora de confeccionar una convención (quien debe firmarla, que organismo es el responsable de homologarla, etc.). También dispone que las convenciones suscriptas deben interpretarse según el convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo sobre fomento de la negociación colectiva (ratificado por la Ley 23.544); paralelamente sostiene que no resulta de automática aplicación las disposiciones de la Ley 20.744<sup>17</sup> (Ley de contrato de trabajo en el ámbito privado).

### **Las bases del sistema normativo del empleo público en la Provincia de Buenos Aires**

En lo que respecta a la provincia de Buenos Aires el empleo público encontró su primera regulación en 1974 con la ley 8.303, que establece la regulación para el empleo público dependiente del poder ejecutivo en la provincia de Buenos Aires. Esta ley vio su fin en 1977 por el decreto ley 8721/77 dictado por el gobierno de facto. Con la vuelta de la democracia surge la ley 10.430, derogando el decreto del gobierno militar, y sienta las bases del empleo público en Buenos Aires. La misma toma sus principales características de la ley nacional de “Régimen jurídico Básico para la Función Pública” (22.140); solo efectúa pequeñas adecuaciones propias del ámbito provincial y establece algunas actualizaciones respecto de la edad y de los requisitos necesarios para cumplir con las características de la idoneidad. Si bien contiene varias normas complementarias (estas básicamente agregan bonos en dinero, cambios en algunas licencias, inclusión de licencias e incorporan el consejo de salarios o re categorizan; es decir no la modifican sustancialmente).

Continuando toca ahora analizar cuál es la legislación que regula los derechos colectivos en provincia de Buenos Aires. En un comienzo la provincia se regía por la ley

---

<sup>17</sup>Así lo establece el Art. 19 24.185.

nacional (14.250), luego por dos decretos / ley (Decreto ley 369/1991, Decreto ley 1198/91). Fue con la reforma de la constitución de la provincia en 1994 cuando se consagró este derecho para los empleados públicos provinciales, dado que el art 39 de la carta magna quedó redactado de la siguiente manera “la provincia garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la sustanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquellos a través de un organismo imparcial que determine la ley. Todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo”<sup>18</sup>.

Siguiendo los lineamientos establecidos por la constitución se sanciona en 1995 el Estatuto para el personal de las Municipalidades (Ley 11.757); el mismo establece quienes son los incluidos en el régimen<sup>19</sup>, los requisitos para el ingreso. Además, Contiene lo relativo a las licencias, antigüedad, retribución, plantas y escalafones, como tal El art. 45 respecto de licencias es muy beneficioso<sup>20</sup>. Como es notable esta ley surge en el auge del neoliberalismo en Argentina por lo cual instaló una brutal precarización, legalizando diversas figuras de contratos temporarios.

Aun así, el principal inconveniente que tuvo esta norma se encontraba en el art. 51<sup>21</sup>, que reconocía a la Federación de Sindicatos de Trabajadores Municipales de la Provincia de Buenos Aires y a los Sindicatos a ella afiliados, **como únicos representantes** sindicales de los trabajadores de los municipios bonaerenses. Las asociaciones gremiales contrarias a FSTMPBA, como CICOP sostenía que “la conducción corrupta de la Federación de Trabajadores Municipales, encabezada por Atanasoff, entregó a miles de compañeros a cambio del artículo 51, que le daba el monopolio de la representación

---

18 Así lo establece el Art. 39 Constitución de la provincia de Buenos Aires.

19 Así lo establece el Art. 1 y 2 de la ley 11757.

20 ARTICULO 45º: El agente gozará de licencia por razones particulares, con goce íntegro de haberes, por las siguientes causales y términos: a) Por nacimiento de hijo, o guarda con fines de adopción un (1) día, al personal masculino; b) Examen médico pre-matrimonial hasta dos (2) días hábiles, según horario del agente; c) Por el día de cumpleaños del agente; d) Donación de sangre, el día de la extracción; e) Por motivos de índole particular, el agente podrá inasistir hasta tres (3) días por año, en períodos no mayores de un (1) día, que serán deducidos de la licencia anual; f) El agente gozará de noventa (90) días de licencia, cuando con fines de adopción se le otorgará la guarda de una persona.

21 ARTICULO 51º: El personal tiene derecho a agremiarse y/o asociarse. El presente régimen reconoce a la Federación de Sindicatos de Trabajadores Municipales de la Provincia de Buenos Aires y a los Sindicatos a ella afiliados, como únicos representantes sindicales de los trabajadores de los municipios bonaerenses.

sindical”<sup>22</sup>. Estas fricciones y disconformidades dentro de las asociaciones que representaban a los trabajadores, llevo a varios planteos judiciales de ATE (Asociación de Trabajadores del Estado) y CICOP (Asociación Sindical de Profesionales de la Salud de la Provincia de Buenos Aires) terminando finalmente con el fallo “Urroz, Alejandro Gabriel c/ Municipalidad de San Isidro s/ restablecimiento de cargo”; por el cual la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires declaró inconstitucional el artículo 51 de la Ley 11757, terminando así con el unicato sindical de FSTMPBA (la Federación de Trabajadores Municipales de la Provincia de Buenos Aires).

Finalmente, en diciembre del año 2014 la ley 11.757, luego de varias objeciones, es derogada por la ley 14.656, si bien no hace grandes cambios respecto al reconocimiento de los derechos individuales, dedica toda una sección a la regulación de la negociaciones y convenciones colectivas. Regula tanto los requisitos que deben cumplir las entidades o asociaciones que representan las diferentes partes como así también en donde debe llevarse a cabo y cual son los alcances de los acuerdos celebrados.

### **El análisis particular del centro de la provincia de Buenos Aires: la ciudad de Azul**

La idea de una de las líneas dentro del grupo de trabajo, era ver la evolución de la cantidad de trabajadores municipales de la ciudad de Azul desde el año 1983 o desde lo que se obtuviera hasta 2015 inclusive, de ser aún más posible hasta la actualidad. Actividad que resulto complicada ya que a la hora de que te brinden datos sobre gestiones en curso, se dificultad por relacionarse con “datos sensibles” de la mismas. Acá es donde comenzamos a plantearnos las primeras hipótesis antes de obtener la información: ¿Por que los datos de la gestión publican se convierten en datos sensibles? ¿Qué hace que los mismos sean tan difíciles de conseguir? ¿Acaso no tendrían que tener una base de datos donde se indique la información contable de la municipalidad?

---

<sup>22</sup>Equipo de Comunicación de la Asociación Sindical de Profesionales de la Salud de la Provincia de Buenos Aires (4/9/2014). “CICOP logró un fallo en contra del unicato sindical en Municipios”. <http://www.agenciacta.org/spip.php?article13249> (visitado 24/8/2017).

Una primera impresión surgió de la investigación en curso, es que el empleo público, y más específicamente la planta de trabajadores municipales ha sido utilizada, como forma de ubicar a la ciudadanía. Debido a que la ciudad de Azul no se caracteriza por la industria ni por la demanda de mano de obra en el sector privado, a raíz de esto la misma aparece como referente más directo del estado ante el reclamo de la población de tener un trabajo y termina sosteniendo laboral y económicamente a los ciudadanos necesitados. Surge aquí el siguiente interrogante ¿Hasta qué punto es sustentable que el municipio? Hoy en día un 70% del presupuesto de la municipalidad va destinado a salarios. ¿Cuánto más puede aguantar un sistema donde no se genera ingreso y solamente genera egresos?

En contraste con lo anterior es deducible que si se destina el 70% del presupuesto para empleo público (egreso que no genera productividad), solo queda el 30% para que el municipio lleve a cabo el resto de sus funciones. Esto es una de las cuestiones que explican el deterioro de la ciudad en las últimas décadas.

Se sostiene desde nuestra perspectiva que el empleo otorgado por la municipalidad es utilizado muchas veces como herramienta política, resulta muy interesante, ya que contrastando datos de contratación de personal según los datos de las ordenanzas, con fechas en las que se celebraron de elecciones políticas, se ve claramente que el año previo a una elección, donde el intendente “de turno” ponía en juego su puesto, sube considerablemente el número de trabajadores. En algunos años esto se nota más que en otros, pero es una tendencia que no deja de incrementar con los años.

Lo esgrimido en el párrafo anterior se ve claramente en un trabajo detallado con las elecciones de 2015 en Azul, donde la planta correspondiente al 2013 era de 1597 personas, en el presupuesto de 2015 (el cual se hizo semanas previas a celebrarse la elección) da un número de 2175 personas. Y teniendo en cuenta que no hubo un incremento de población (64000 personas habitan en Azul año 2015) o de necesidad de contratación por parte de la municipalidad, llevando a cabo cálculos estimativos, resulta un 1 trabajador municipal cada 29 ciudadanos, números que superan claramente a otros municipios de la región. Sosteniendo esto vemos claramente que municipalidades con un desarrollo productivo en

como Tandil u Olavarria, cuentan con un trabajador cada 56 habitantes, teniendo en cuenta las diferencias de población y de trabajo administrativo que tiene una ciudad con otra.

Avanzando en nuestro razonamiento es necesario realizar una mirada política Para ilustrar mejor hoy en día la cantidad de población de Azul es de 65000 personas aproximadamente, para poner un estimativo si hay 1875 trabajadores, y cada uno de ellos es el sostén de su familia (con la palabra familia se hace referencia a una cantidad de 4 a 5 personas por grupo), se logra un resultado de 8000 (siendo el 15 % del total de la población) personas que subsisten del empleo municipal. Creemos que dichos datos impactan a la hora de una elección, si bien puede ser mínimo debido a que no todo empleado vota a su empleador, no hay que desconocer que gran parte de los empleados municipales tienen cierto temor a los cambios políticos, ya que está en juego su puesto de trabajo.

Otra línea dentro de la investigación es la relación que hubo con los sindicatos, no hay que desconocer los avances y los derechos que los sindicatos logran para sus afiliados. Además las asociaciones gremiales son un obstáculo muy importante ante el posible abuso del empleador. El siguiente ejemplo sirve para demostrar lo sostenido, el 4 de marzo de 2016 se firmó el Convenio Colectivo de Trabajo entre el Sindicato de Trabajadores Municipales de Azul y el Departamento Ejecutivo Municipal.

### **La situación organizacional de las asociaciones gremiales en la ciudad de Azul**

Ahora nos compete referirnos a las asociaciones que representan a los empleados municipales. En la experiencia que hemos tenido con los mismos nos hace creer que su organización es demasiado precaria o bien su organización se niega a dar información relevante. Luego de concurrir varias veces a la misma sede, un compañero pudo acceder a entrevistar a Pedro Benedicto (secretario de organización del STMA). De este trabajo surgieron datos muy valiosos para nosotros. Entre ellos la historia del STMA (Sindicato de Trabajadores Municipales de Azul), este fue fundado el 8 de noviembre de 1948. De 1983 a

1991 el sindicato fue conducido por Héctor De Rosa; en el año 1991 el sindicato fue intervenido; ante la sospecha de que el secretario general se apropiaba de cuotas sindicales. En las elecciones siguientes el mando quedó a cargo de Oscar Varela, de ahí en adelante la conducción quedó siempre en las manos de las mismas personas o en sus subalternos. Llegando al año 2015 asume el mando Luciano Varela (hijo de Oscar Varela).

En lo que respecta a la cantidad de trabajadores municipales afiliados en este Sindicato fue variando con los años, debido a la precariedad de los datos que hemos obtenido no podemos aseverar que los mismos se han totalmente veraces. En este sentido el STMA, en 1991 se tenía cerca de 230 afiliados, hacia el año 2002 fue creciendo hasta llegar a tener 560 afiliados, luego se dieron repetidas bajas del 2002 al 2010, lo que terminó en un número de afiliados de 215- 220 aproximadamente. Finalmente, luego del 2010 en adelante hasta la actualidad el número de afiliados asciende a 900. La relevancia de este dato es interesante ya que abre nuevos interrogantes en nuestra investigación, principalmente descubrir la causa de las fluctuaciones en la cantidad de afiliados.

Hoy en día estimativamente están afiliados a un gremio cerca del 70% de todos los trabajadores. Lo que nos demuestra que, si hoy hay 1850 trabajadores, cerca de 1295 personas se encuentran afiliadas a algún sindicato. Si el STMA asegura tener 900 afiliados, equivale a un porcentaje de 70%, reduciendo el espectro de actuación de las demás asociaciones gremiales al 30% de los empleados.

### **Conclusión**

Primero podemos establecer que, tanto en el marco normativo nacional como en el provincial, en las últimas décadas, se han generado cambios en pro del reconocimiento de los derechos de los empleados del ámbito público. Continuando, nuestra experiencia con la organización municipal nos demuestra que la misma es reticente a proporcionar datos, relativos a su gestión; ante esto tuvimos que recurrir a datos secundarios (datos periodísticos, entrevistas, entre otros) para completar los datos que surgían de la información pública.

En lo que respecta a las asociaciones gremiales, por el momento pudimos recabar datos solo del STMA, la misma tiene una gran organización y lleva años representando los intereses de los empleados municipales; sin embargo, a la hora de prestar la información que le solicitábamos fueron bastante evasivos y solo conseguimos datos estimativos derivados de varias entrevistas con informantes claves de la asociación.

Si bien este es un primer pantallazo de la investigación que estamos realizando queda mucho por investigar en el sector. Creemos que para los ciudadanos es el más importante, porque es con el que tienen contacto directo todos los días. Por consiguiente, creemos que los próximos pasos a seguir en nuestra investigación son delimitar las bases normativas de la municipalidad de Azul; además determinar cómo están compuestas las asociaciones gremiales restantes.

#### **Bibliografía:**

- Duhalde, S., “La precarización del trabajo en Argentina y la lucha de los empleados estatales en los años 2000”, en Blanco, M. y Barandiarán, L. (comps.) *Las configuraciones de la trama social: políticas públicas, instituciones y actores en la Argentina contemporánea*, Tandil, CIEP Ediciones, 2015.
- Duhalde, S., “Un intercambio político desigual. La relación gobierno-sindicato en el sector público, Azul 2011-2015”, *VIII Congreso Latinoamericano de Estudios del Trabajo*, Asociación Latinoamericana de Estudios del Trabajo (ALAST), Buenos Aires, 2016.
- Equipo de Comunicación de la Asociación Sindical de Profesionales de la Salud de la Provincia de Buenos Aires, “CICOP logró un fallo en contra del unicato sindical en Municipios”, 4/9/2014, en <http://www.agenciacta.org/spip.php?article13249> (visitado 24/8/2017).
- Ghigliani, P. y Schneider, A. (2010) “Dinámica social y protesta laboral en el área metropolitana de Buenos Aires y el Gran La Plata durante la presidencia de Néstor Kirchner (2003-2007)”, *Actas del I Seminário Internacional de História do Trabalho*, Universidade Federal de Santa Catarina.

- Murillo, V. (1997) “La adaptación del sindicalismo argentino a las reformas de mercado en la primera presidencia de Menem”, *Desarrollo Económico*, Vol. 37, N° 147.
- Neiman, G. y Quaranta, G. (2007) “Los estudios de caso en la investigación sociológica”, en Vasilachis de Gialdino, I. (coord.) *Estrategias de investigación cualitativa*, Buenos Aires, Gedisa.
- Pizzorno, A. (1973) “Los sindicatos y la acción política”, en AAVV, *Economía y política en la acción sindical*, Córdoba, Cuadernos de Pasado y Presente.
- Pizzorno, A. (1991) “Intercambio político e identidad colectiva en el conflicto laboral”, en Crouch, C. y Pizzorno, A. (comps.) *El resurgimiento del conflicto de clases en Europa Occidental a partir de 1968*, Vol. II, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Taylor, S. J. y Bogdan, R. (1987) *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Buenos Aires, Paidós
- Urraza, R. (1990) *La Negociación Colectiva en la administración pública en Argentina*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo.
- Womack, J. (2007) *Posición estratégica y fuerza obrera*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.



## **INFANCIA, ADOLESCENCIA Y DERECHO A LA CIUDAD**

**Martínez, María Agustina**

### **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo es un avance de investigación que se enmarca en el Proyecto "El Derecho a la ciudad como un Derecho Humano: su análisis a la luz de la conformación de un espacio de resistencia para el empoderamiento ciudadano y la (re)construcción de una sociedad inclusiva", bajo la dirección del Dr. Pablo Slavin, que se ejecuta en el CIDDH 'Alicia Moreau' de la Facultad de Derecho de la UNMDP.

Dada la gran relevancia que han adquirido las ciudades en los últimos años y tras la sanción de la ley Nacional 23.849 del año 1990, que ratifica en nuestro país la Convención de los Derechos del Niño, nos proponemos a través del presente trabajo, exponer el cambio de paradigma que trajo consigo la convención. Indagaremos en los conceptos de derecho a la ciudad y de infancia ciudadana, para analizar el papel de las desigualdades, en el campo del derecho a la ciudad.

### **EL PROTAGONISMO DE LAS CIUDADES EN EL SIGLO XXI**

Para poder analizar el protagonismo que han adquirido las ciudades en el último tiempo, es indispensable aproximarnos a los conceptos de ciudad, ciudadanía y derecho a la ciudad.

Comenzaremos con el concepto de ciudad: coincidimos con el urbanista Jordi Borja<sup>1</sup> quien afirma que “la ciudad es ante todo un espacio público en el que confluyen todo tipo de flujos, es una realidad histórico-geográfica, sociocultural e incluso política. Es una concentración humana y diversa, dotada de identidad o de pautas comunes y con

---

<sup>1</sup> Jordi Borja Sebastià (Barcelona, 18 de junio de 1941) es un geógrafo urbanista, y político español. Es licenciado en sociología y ciencias políticas, diplomado en Geografía y Máster en Urbanismo. Es profesor en la Universidad Abierta de Cataluña (UOC) donde es responsable del Área de Gestión de la Ciudad y Urbanismo de la UOC y desde el 22 de diciembre de 2012 Presidente del Observatorio DESC -Derechos económicos, sociales y culturales- ubicado en Barcelona.

vocación de autogobierno<sup>2</sup>”. Como vemos la ciudad es más que un espacio físico con personas que lo habitan, es compartir, vivir, interactuar y sobre todo, participar.

La ciudadanía por su parte es en primer lugar, un estatus, es decir, un reconocimiento social y jurídico por el cual una persona tiene derechos y deberes por su pertenencia a una comunidad, en general, de base territorial y cultural<sup>3</sup>. Los “ciudadanos” de un mismo territorio y sometidos a las mismas leyes deben de ser iguales, así lo expresa nuestra propia constitución nacional (art. 16 C.N.).

Ahora bien, dados estos conceptos ¿Qué es el llamado derecho a la ciudad? Lefebvre<sup>4</sup> se refería al ‘derecho a la ciudad’ como uno de los derechos fundamentales del ser humano y de la ciudadanía, un derecho que implica la motivación de la sociedad civil para re-crear la ciudad como parte de una ‘misión’ común y colectiva<sup>5</sup>. Podemos decir entonces, que el derecho a la ciudad es la posibilidad de construir una ciudad en la que se pueda vivir dignamente, reconocerse como parte de ella, y donde se posibilite la distribución equitativa de diferentes tipos de recursos: trabajo, de salud, de educación, de vivienda, participación, acceso a la información, etc.

Sin embargo, es importante aclarar que el derecho a la ciudad no es un derecho más, es el derecho a hacer cumplir los derechos que ya existen formalmente. Por eso el derecho a la ciudad se basa en una dinámica de proceso y de conquista, en el cual los movimientos sociales son el motor para lograr el cumplimiento del derecho a la ciudad y éste es la bandera de lucha aquellos a quienes les han quitado el derecho a tener un espacio digno para desarrollarse.

---

2La Ciudad Conquistada. Jordi Borja (2003), pág. 21.

3Derecho a la ciudad: por una ciudad para todas y todos; Ideas para debatir. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos (Argentina). coordinado por María Cristina Perceval y Jordana Timerman. - 1a ed. - Buenos Aires 2011.

4Henri Lefebvre (Hagetmau, Landas, Francia, 16 de junio de 1901-28 de junio de 1991) fue un filósofo marxista, intelectual, geógrafo, sociólogo y crítico literario francés.

5 Del ‘derecho a la ciudad’ de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna. Revista “urban”. Septiembre 2011. N°502.

Ya adentrados en estos conceptos, podemos hablar de la relevancia que están adquiriendo las ciudades. Estos espacios o realidades adquieren cada día mayor protagonismo, tal es así que, en América Latina, el 80% de la población habita en ciudades.

En la carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, redactada en el 2005, se estimaba que la población urbana mundial será del 65% para el 2050, mientras que en las páginas actuales de UN HABITAT y según las últimas investigaciones realizadas por UNICEF y la OMS en materia del acceso al agua y al saneamiento, estiman que, a mediados del siglo, el 91,4% de la población de los países latinoamericanos vivirá en ciudades, seguido por Europa (90,7%) y América del Norte (90,2%).

Por este motivo decimos que las ciudades son el escenario principal de la ciudadanía, dentro de ella, de los niños, niñas y adolescentes. De ello nos ocuparemos en las siguientes líneas.

### **EL CAMBIO DE PARADIGMA HACIA UNA INFANCIA CIUDADANA**

Resulta indispensable entender que los niños son sujetos de derecho desde que nacen y gozan de los mismos derechos que el resto de los ciudadanos. Esto no siempre fue así, de hecho, con anterioridad a la sanción de la Convención de los Derechos del Niño (1989) el sistema imperante era otro: los niños no eran sujetos de derecho sino un objeto de tutela.

Es interesante este cambio de paradigma, porque llevo a que en la actualidad los niños sean considerados con los mismos derechos que cualquier ciudadano, solo que requieren en ciertas circunstancias mecanismos de protección especiales en virtud de su mayor vulnerabilidad, para poder ejercerlos.

Los niños y adolescentes requieren equipamientos, espacios públicos y servicios específicos, pero no necesariamente separados del resto.

La participación ciudadana requiere de un largo proceso de enseñanza-aprendizaje que se inicia desde pequeños en la familia, en la escuela y el municipio. Además, la participación no es sólo un derecho sino también una oportunidad para el fortalecimiento de los vínculos comunitarios, la mejora de la convivencia y la cohesión social.

En concreto, el objetivo de la participación infantil es dar relevancia a las opiniones de una parte, a menudo olvidada, de la ciudadanía: los niños. Estos no son sólo ciudadanos del mañana; son también ciudadanos hoy y, por lo tanto, pueden aportar ideas para solucionar los problemas actuales de su entorno. Sus opiniones sobre la realidad deben ser escuchadas porque aportan una perspectiva diferente a la de los adultos descubriendo oportunidades en elementos y situaciones que pasan desapercibidas.

Una concepción alternativa de la ciudadanía de la infancia implica una ciudadanía con las siguientes características: social, participativa, cognitiva, íntima... Debe implicar tanto a los adultos como a la infancia: ésta no debe ser nunca considerada como beneficiaria o “cliente” sino como co-participante.

Creemos que se deberían promover iniciativas de formación y de apoyo a las familias y comunidad en general, con competencias y conocimientos que las responsabilicen, para que adquieran estrategias de educación e intervención, concienciando a la comunidad en general sobre la necesidad de apoyar a la infancia en su formación para el ejercicio de la ciudadanía.

También es importante destacar el papel de la educación como formadora de ciudadanos. Las instituciones educativas deben contribuir a la consecución del ejercicio de la ciudadanía mediante tres funciones: educación sobre, en y para la ciudadanía<sup>6</sup>. Educar en la ciudadanía requiere ejercerla en todo momento. Es decir, ofrecer a los niños y niñas experiencias en las que realmente estén realizando actividades que implican movilizar recursos necesarios para ser ciudadanos y ciudadanas. Sin embargo, la aportación de la escuela no es suficiente: se requieren otros contextos educativos cuyas características son más apropiadas para la construcción de algunas de las dimensiones de la ciudadanía. Por

ejemplo, a partir de las actividades barriales, del juego, de la recreación, de los espacios comunes, etc.

## **LA DESIGUALDAD COMO DIFICULTAD DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS**

Ahora bien, las ciudades son también núcleo de desigualdades, de segregaciones y de divisiones, tanto espaciales como sociales.

El fenómeno de gran crecimiento urbano de los últimos 50 años que ha multiplicado por seis el número de ciudades y dado lugar a megaciudades, tiene consecuencias sobre la población. Tres de cada cuatro niños habitan en grandes urbes donde la desigualdad en el acceso al bienestar y a condiciones dignas de desarrollo se intensifica, estando profundamente limitadas por factores como la localización territorial<sup>7</sup>.

Los derechos y deberes de la ciudadanía reclaman instituciones públicas para garantizar su ejercicio o cumplimiento. La igualdad requiere acción pública permanente, las libertades urbanas se ven afectadas por las exclusiones que generan las desigualdades económicas, sociales o culturales. Esta exclusión es producto del neoliberalismo, de la privatización de los espacios urbanos, del uso mercantil de la ciudad, de la predominancia de industrias y de espacios mercantiles.

La desigualdad y sus consecuencias en el desarrollo de las personas en general, presenta mayores consecuencias a futuro cuando nos referimos a la etapa de la infancia y la adolescencia. Consideramos que la vida de las personas cambia profundamente dependiendo de dónde crecen, se educan y socializan.

En Argentina según el último censo realizado en el año 2010<sup>8</sup>, hay 12.333.747 niños, niñas y adolescentes. Esto equivale al 30,7% de la población. El 13,4% de estos doce

---

<sup>7</sup> Un libro de Equidad para la infancia y el Centro de Investigaciones en Políticas Sociales Urbanas (CEIPSU – Universidad Nacional Tres de Febrero, UNTREF, Argentina), editado por EDUNTREF.

<sup>8</sup>Datos de infancia en Argentina. UNICEF 2010.

millones de niños, niñas y adolescentes, se encuentra por debajo de la línea de pobreza y el 3,1% en situación de indigencia.

Si bien las estadísticas muestran una clara disminución de los niveles de pobreza infantil a partir del año 2004 y hasta el año 2010, nos parece que todavía queda mucho por hacer.

Como ya hemos dicho, el derecho a la ciudad garantiza el ejercicio de los demás derechos fundamentales, por lo que estamos convencidos de que el estado debe trabajar para eliminar las desigualdades que frustran el ejercicio en paridad de condiciones de este derecho por parte de los niños, niñas y adolescentes.

Creemos que, a pesar de los avances, la infancia es uno de los puntos débiles del derecho a la ciudad respecto de la cual nuestro Estado está en deuda. Pues como podemos hablar de participación ciudadana, cuando en nuestro país el 14,9% de los niños de entre 5 y 17 años de edad trabaja, ya sea en actividades domésticas intensivas o económicas<sup>9</sup>, y cuando un 11% de los niños de 12 a 17 años no asiste a establecimientos educativos. Claramente el trabajo infantil, la falta de oportunidades para acceder a la educación, y la pobreza, son tres grandes problemas que se encuentran interrelacionados, y que, en nuestra opinión, no permiten el pleno desarrollo de la infancia dentro de la ciudad, como ciudadanos y artífices de su realidad.

## CONCLUSION

Si bien la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y el cambio de paradigma hacia una infancia y adolescencia ciudadana han marcado un gran avance en el derecho a la ciudad de los niños, niñas y adolescentes, creemos que aún hay mucho por hacer, y que es fundamental erradicar o al menos seguir disminuyendo la pobreza y el trabajo infantil, para poder hablar de una infancia participativa.

---

<sup>9</sup> Barómetro de la Deuda Social de la Infancia del Programa del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA, 2013.

Sostenemos la necesidad de un estado amplio, que garantice y resguarde los derechos de la niñez y de la infancia, que las escuche, las proteja, las haga participar, que elimine las desigualdades y que implemente políticas públicas tendientes a posibilitar aun de manera más efectiva, el acceso a la educación, a la salud, a la vivienda digna, a los espacios públicos, al juego y la recreación. Todos ellos, presupuestos necesarios para la realización plena como ciudadanos de nuestros niños, niñas y adolescentes.

### **BIBLIOGRAFIA**

- LA CIUDAD CONQUISTADA. JORDI BORJA (2003).
- CEPAL. CIUDADES E INFANCIA: JUEGO, PARTICIPACION Y DERECHOS CULTURALES EN ROSARIO, ARGENTINA. CRISTINA BLOJ. SERIE POLITICAS SOCIALES (2015).
- UNICEF: DATOS GENERALES SOBRE INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN ARGENTINA (2012).
- BARÓMETRO DE LA DEUDA SOCIAL DE LA INFANCIA DEL PROGRAMA DEL OBSERVATORIO DE LA DEUDA SOCIAL ARGENTINA DE LA UCA (2013).
- CEPAL. DESAFIOS: BOLETIN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA SOBRE EL AVANCE DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO N°16: LOS DERECHOS DE LA INFANCIA URBANA (2013).
- UN LIBRO DE EQUIDAD PARA LA INFANCIA Y EL CENTRO DE INVESTIGACIONES EN POLÍTICAS SOCIALES URBANAS (CEIPSU – UNIVERSIDAD NACIONAL TRES DE FEBRERO, UNTREF, ARGENTINA), EDITADO POR EDUNTREF.
- DERECHO A LA CIUDAD: POR UNA CIUDAD PARA TODAS Y TODOS; IDEAS PARA DEBATIR. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS (ARGENTINA). COORDINADO POR MARÍA CRISTINA PERCEVAL Y JORDANA TIMERMAN. - 1A ED. - BUENOS AIRES 2011.

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata,  
14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

- DEL ‘DERECHO A LA CIUDAD’ DE HENRI LEFEBVRE A LA UNIVERSALIDAD DE LA URBANIZACIÓN MODERNA. REVISTA “URBAN”. SEPTIEMBRE 2011. N°502.
- [WWW.UNICEF.COM.AR](http://WWW.UNICEF.COM.AR)

## **EL GOBIERNO DE LA INFANCIA EN EL APOGEO DE LOS DERECHOS. ASPECTOS CONCEPTUALES RELEVANTES.**

**Magistris, Gabriela**

### **Introducción**

En nuestra tesis de doctorado (Magistris, 2016)<sup>1</sup>, hemos abordado la cuestión del gobierno de la infancia en modo estrecho con la institucionalización de los derechos en el escenario de los nuevos sistemas de protección de los mismos. Parte del desarrollo que reponemos en esta presentación, especialmente en el capítulo 1 de esa tesis, se centró en explorar las características, alcances y debates que suponen reflexionar sobre el gobierno de la infancia en el apogeo de la retórica de derechos.

### **Gobierno y gubernamentalidad. Claves de reflexión sobre la regulación social de la infancia**

Para la investigación mencionada, desplegamos un abordaje plural y diverso del marco conceptual sobre gobierno y gubernamentalidad, desarrollados por Foucault – y continuado, ampliado y resignificado por otras corrientes contemporáneas-, contemplando las características específicas que denota el gobierno de la infancia. Nos encontramos de esta manera con escasa literatura especializada sobre el gobierno de la infancia, al mismo tiempo que abundante bibliografía sobre temáticas vinculadas al gobierno en general, que no siempre se ajustaban estrictamente a nuestras preocupaciones analíticas.

Lo más significativo que recuperamos de las tradiciones que reflexionan a través de la lente de la gubernamentalidad, es el entrecruzamiento dos dimensiones analíticas, que resultan frecuentemente separadas en los planteos teóricos: por un lado, la genealogía de los procesos históricos, de gobierno -a las que Foucault (2006) denomina “racionalidades políticas”-, y por el otro, la “microfísica del poder”, el estudio sobre la producción de

---

<sup>1</sup> Se trató de una tesis de doctorado en ciencias sociales (UBA, 2016), sobre las prácticas de protección y restitución de derechos de niños/as y adolescentes (en dos municipios del conurbano bonaerense) como modo de regulación y gobierno de la infancia en un marco de institucionalización de los derechos.

subjetividades (a las que Foucault llama “tecnologías”)<sup>2</sup>. Dimensiones que, según nuestra postura, actúan imbricada e inseparablemente.

En lo que refiere al concepto de gubernamentalidad, asumimos más que nada un enfoque analítico emparentado (en tanto herramienta heurística) y no la aplicación lisa y llana de aquél<sup>3</sup>. Especialmente porque nuestra inquietud no se centró en hacer un análisis general de las nuevas racionalidades sobre el gobierno de la infancia, que implicarían un estudio de corte histórico más profundo y diacrónico de largo plazo. Nuestra preocupación, por el contrario, se centró más en los procesos microsociales –en el caso aquellos que se dirigen a la protección y restitución de derechos de los niños/as- que se insertan en escenarios políticos, históricos y sociales determinados, en un juego dialógico y de mutua interacción; pero sin alcanzar a realizar un análisis de tal grado de abstracción.

Así es como nos introducimos en la noción de “gobierno”, la cual devino esencial a los fines de dimensionar tanto las prácticas institucionales vinculadas al “gobierno de los derechos”, como aquellas prácticas capilares, cotidianas, vinculadas a trabajadores de este ámbito, que se despliegan tanto para el enderezamiento de conductas y la regulación de las relaciones sociales infantiles como para la significación y categorización de derechos en el escenario de las políticas de protección de derechos de los niños/as.

Tomamos la conceptualización que asume al gobierno como el campo posible de acción sobre los otros (Foucault, 1991) y como patrones de poder y regulación que se forman, guían y gestionan la conducta social (Haney, 2010). Hablamos de gobierno en un sentido amplio en la medida que a partir de esta noción se hace referencia al campo posible de acción sobre los otros (Foucault, 2006) a través de modos más o menos sistematizados y

---

2 Las primeras se refieren al conjunto de principios que regulan, legitiman y guían la acción y responden a la pregunta de ¿Qué debe ser gobernado? ¿Por quién? Se apunta con estos principios a identificar cómo se producen nuevas formas de verdad, creando nuevos espacios de gobierno (Lemke, 2002). Las segundas, remiten a un enfoque de “microfísica del poder”, ya que comprenden los complejos de programas mundanos, técnicas, aparatos, dispositivos, procedimientos, intervenciones.

3 Sin embargo, sí comulgamos con algunas implicancias generales, coherentes con este concepto, en tanto enfoque analítico. Esto es: 1) El carácter contingente de los procesos sociopolíticos, asumiendo que nada está dado de antemano ni existe una verdad acerca de ningún fenómeno *a priori*. 2) el descarte de objetivos basados en buscar “la verdad” de la política sino implicancias para sujetos singulares, situados y concretos y 3).La preocupación por las prácticas mundanas, capilares (Foucault, 1979), en conexión con las prácticas macroestructurales, esto es, las racionalidades. (Musetta, 2010).

regulados de poder en donde ya no priman la metáfora bélica, ya no es blanco el cuerpo sino la acción sobre los otros y en ocasiones, sobre uno/a mismo/a.

Con relación a la particularidad que asume el gobierno de la infancia, no podemos soslayar el trabajo de Donzelot (1979), pionero en este campo, quien logró dar cuenta de la conformación del dispositivo tutelar dirigido a los niños/as y sus familias en Francia, entre los siglos XVIII y XIX, a través de determinada organización institucional, recursos y actores específicos (los profesionales). Mediante este entramado, se comenzó a demarcar el campo de las políticas de infancia, interviniendo respecto de un sector de la población joven (la infancia y familia pobre), articulando disciplinas, saberes y cursos de acción (y clasificación) que se construyen como hegemónicos en torno del gobierno de la infancia.

Este autor describe de un modo muy detallado el pasaje que se produce del *gobierno de las familias* (en el Antiguo Régimen, donde las familias operaban como sujetos políticos) al *gobierno a través de la familia* (o sea, la familia ya no como sujeto sino como objeto de control a la vez que de liberación y/o autonomía). Es en esa instancia que se produce una fuerte conexión entre la asistencia pública y la justicia de menores, así como entre distintos saberes como la medicina, la psiquiatría y más tarde el trabajo social. La familia pasa a convertirse en objeto de gobierno directo, a través de una intervención correctiva y salvadora, postulando la defensa de sus miembros (Donzelot, 1979: 92). Este proceso delimitará dos infancias bien diferenciadas y sometidas a dos tipos de prácticas: para el niño de las familias burguesas se traza un ámbito que delimita su campo de desarrollo con los aportes de la psicopedagogía y bajo una discreta vigilancia (liberación protegida). Para el niño de los sectores populares se aplicará la libertad vigilada con una fuerte preocupación por los “excesos” de libertad y el abandono en la calle, introduciendo a los niños/as en los espacios de mayor vigilancia, la escuela y la vivienda familiar<sup>4</sup>.

---

4 Donzelot (1979) retratará así como se logran diseñar y efectivizar determinados tipos de intervención social, acordes al contexto y los actores, con sus interpretaciones contestadas, y de qué modo se plantean disputas permanentes sobre la legitimidad para intervenir respecto de la infancia, así como qué agentes resultan privilegiados para hacerlo. Así, este autor logra describir las formas de gestión de “lo social” referidas a la asistencia y represión de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo tanto a la infancia “peligrosa” como a la infancia “en peligro”, a través de distintos mecanismos de tutela dirigidos fundamentalmente a enderezar la conducta de los niños/as y sus familias.

Este esquema se ha aplicado de modo extendido –y muchas veces con una escasa cuota crítica- a la realidad del gobierno de la infancia en América Latina, lo cual nos compele a hacer algunos comentarios específicos para dimensionar su aplicación en nuestra región.

En primer lugar, una aplicación acrítica de los postulados de este autor a nuestro contexto ha supuesto equiparar al gobierno de la infancia como mero reflejo de un disciplinamiento vertical y unilateral sobre la población y categoría infantil. Se ha asumido, en esta línea, que el disciplinamiento es algo intrínsecamente “malo”, del cual nos deberíamos liberar. Por el contrario, creemos que las distintas formas de resistencia no resultan externas sino que son inmanentes al propio sistema. Explicitar entonces los procesos de disciplinamiento resulta útil para tornar más visibles las opciones políticas y las ideologías morales que acompañan a las políticas de intervención en determinado contexto. Pero no tiene la intención de desvalorizar globalmente las intervenciones sino entenderlas como parte esencial de las formas contemporáneas de gobierno.

En segundo lugar, comparamos de una manera contrastante, el caso francés sobre el que escribe el autor, con detalles de ese contexto histórico, vinculado a la universalización de la enseñanza y la fuerte influencia del ideario socialista que luego derivará en la implementación del Estado de bienestar social. Donzelot escribe su libro en la época prospera de la posguerra, en el cual el Estado aparece como fuertemente centralizado y profesionalizado. La familia es retratada a su vez como forma positiva de solución de los problemas, a raíz de una definición liberal del Estado, solución que emergió de un determinado conjunto de circunstancias que en otros lugares no son exactamente replicables. (Donzelot, 1979: 56).

Otra diferencia sustancial que encontramos con la perspectiva de Donzelot, al pensarla para nuestro contexto y tiempo histórico específico, es que el “gobierno de la familia” deviene modificado en la medida en que ya no se persigue la sustitución de las familias, o servirse de ellas como mero instrumento de gobierno, sino que ahora la misión es trabajar “con las familias”, a fin de proveer a su propio gobierno, por medio de su misma

transformación (Schuch, 2009; Grinberg, 2014; Villalta, 2013; Vianna, 2010; Colangelo, 2012; Barna, 2012)<sup>5</sup>.

Recapitulando lo dicho hasta aquí, la noción de gobierno que utilizamos es, en un sentido, restringida, a la vez que laxa, asumiéndola como el campo posible de acción sobre los otros y como patrones de poder y regulación que se forman, guían y gestionan la conducta social. Noción que incluye tanto la noción de dirección y/o encauzamiento de la conducta como las formas de discursos y prácticas de gobierno en contextos sociohistóricos específicos (Grinberg, 2006). Asimismo, nos permite dar cuenta tanto de las técnicas y prácticas que tienen por objeto disciplinar y/o moralizar, reprimir, castigar, como también encauzar, reencauzar, enderezar, transformar, proveer recursos diversos (Villalta, 2013).

### **Gobierno y derechos de los niños/as en el campo de los estudios sociales de infancia**

Partimos de comprender a la infancia como una institución atravesada por formas organizacionales y contextos particulares, signados tanto por las estructuras discursivas, como por las relaciones de poder en las que se halla inmersa. Esta posición se inscribe en la tradición constructivista, incorporando a la vez algunos elementos del enfoque relacional. La tradición constructivista es recuperada en este trabajo en tanto que partimos de considerar a la infancia tanto una categoría social como una formación discursiva, que se construye socialmente en procesos de producción y reproducción social singulares. Por esa razón pretendemos reflexionar sobre las prácticas de gobierno que constituyen y rodean al proceso de institucionalización de derechos de los niños, no como un proceso dado, preestablecido, sino construido con matices, contradicciones y singularidades específicas.

Asimismo, concebimos los derechos de los niños/as de modo amplio, en tanto proceso primario de regulación y ordenamiento social. Los derechos emergen, en este sentido, como una de las arenas claves para indagar cómo las experiencias sociales de infancia son modeladas y controladas, al mismo tiempo que evidencian ser articuladores

---

<sup>5</sup> Las características del gobierno con las familias, basado no tanto en la imposición de conductas sino en la búsqueda de acuerdos, consensos y alianzas entre trabajadores de la protección y las familias, ha sido desarrollado *in extenso* en otros de los capítulos de la tesis y por razones de brevedad no profundizaremos en esto aquí.

privilegiados entre estructura y agencia (James y James, 2004). El derecho y sus mecanismos institucionales incorporan y refuerzan además los límites entre la infancia y la adultez, puesto que es a través de la ley que las visiones de los adultos sobre niños e infancias son expresadas (James y James, 2004: 215). La concepción de la infancia adoptada dentro de cualquier área del derecho impacta además significativamente en la manera en que el niño/a es tratado/a o sus necesidades e intereses atendidos/as (James y James, 2004: 80).

En efecto, es por intermedio del derecho que las vidas cotidianas de los niños/as como tales son construidas y reguladas. Se considera así que el derecho es un espejo institucional marcadamente significativo respecto de la construcción social de la infancia al reflejar las perspectivas adultas que subyacen a la ley.

Así es como los derechos de los niños/as comienzan a tomar un lugar importante en el campo de los estudios sociales de infancia. Diversos autores plantean, en esta línea, el surgimiento de un nuevo paradigma al interior del campo de la sociología en la década del '70 -fortalecido en la siguiente década- que implica entender a la infancia, las relaciones sociales y la cultura de los niños/as, como dignas de estudio en sí mismas, y no solamente respecto de su construcción hecha por adultos<sup>6</sup>.

Por su parte, de modo paralelo a la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), la retórica de derechos se vuelve tópico central de la investigación social, especialmente debido al propósito de los investigadores de mejorar la posición y valoración de los niños en la sociedad, como modo de promover la agencia infantil. El crecimiento del interés sociológico sobre los niños y la infancia coincide así con el desarrollo del movimiento por los derechos del niño moderno, sugiriendo algunos ejes de estudio en paralelo, como la agencia infantil (sociología de la infancia) y el derecho a la participación (discurso de los derechos del niño). A su vez, la CDN, en tanto instrumento, aparece como punto de partida de cualquier abordaje analítico,

---

<sup>6</sup> Es decir, que los niños comienzan a ser vistos como activamente involucrados en la construcción de sus propias vidas, las vidas de los que los rodean y las sociedades en que viven (James y Prout, 1997; James y James, 2004).

de modo altamente generalizado, como casi no ocurre con otros instrumentos de derechos humanos, especialmente mediante el estudio de su implementación, monitoreo y evaluación en los numerosos países que la han ratificado.

Por su parte, con respecto a la inclusión de la temática del gobierno en el campo de los estudios sociales de infancia, es importante tener en cuenta que ha estado tradicionalmente vinculado a analizar su gobierno en un sentido restringido, mayormente centrado en la dimensión del control social “duro”, vinculado a las agencias del sistema penal juvenil o a los mecanismos institucionales de evaluación y tratamiento siguiendo la categoría de riesgo. Nuestra línea por el contrario, se embandera en la identificación de una faz de control social “más invisible”, capilar, porosa, que se imbrica inseparablemente, en el propio sistema de protección de derechos de los niños/as<sup>7</sup>. Asumiendo que protección y control no aparecen como dos opuestos, sino entrelazados y en conflicto y/o tensión permanente.

### **Tecnologías contemporáneas de gobierno “territorializado” de la infancia**

Conceptualizar al gobierno sobre la infancia implicó una reflexión estrecha con los modos específicos que adquiere la proximidad y la territorialización en este campo.

Tres aspectos emergieron como centrales para este análisis. Esos tres aspectos, entendidos como tecnologías contemporáneas del gobierno de la infancia, consisten en complejos de mecanismos, técnicas y dispositivos mundanos a través de los cuales los diversos tipos de autoridades pretenden conformar, normalizar, guiar, e instrumentalizar las ambiciones, aspiraciones, pensamientos y acciones de los otros, a los efectos de lograr los fines que ellas consideran deseables (Rose y Miller, 1992).

### **Jurisdicciones próximas ocupándose de la gestión de la infancia**

Nos referimos al proceso de territorialización del nivel central del Estado en materia de la política asistencial, a través de su puesta en marcha en los espacios territoriales

---

<sup>7</sup> Siguiendo la línea de trabajo de Villalta (2010a y 2010b), Grinberg (2008) y Llobet (2014).

provinciales y municipales como estrategia para promocionar la visibilidad y el carácter autónomo en la gestión de recursos asistenciales en territorios locales.

En lo que respecta al ámbito particular de la protección de derechos de la infancia, en el año 2005 se sancionó a nivel nacional la ley Nro. 26.061, “de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, derogando la ley anterior, de patronato de la infancia<sup>8</sup>.

Uno de los cuestionamientos neurálgicos que se realizaban al sistema de patronato de menores fue la centralización y despersionalización de estas políticas y su competencia exclusiva en cabeza del poder judicial.

Es por ello que la nueva normativa priva al poder judicial de una serie de prerrogativas que antes estaban en su cabeza exclusivamente, estipulando a la vez nuevas facultades para los organismos administrativos denominados de “protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes”, que funcionarían descentralizadamente próximos a la realidad social cotidiana de los niños/as. Estos organismos conformarían un Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, integrado, siguiendo a la ley, por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privada, en el ámbito nacional, provincial y municipal, poniendo en primer plano la transversalidad e integralidad en el diseño e implementación de las políticas específicas del área. Como parte de esos Sistemas de Protección, se reconocen distintos niveles: federal, nacional, provincial. Esta misma reorganización y puesta en funcionamiento de nueva institucionalidad, es adoptada por la ley provincial 13.298, siguiendo los lineamientos de la ley nacional.

Este proceso coincide con la mayor centralidad que adquiere la gestión pública local, donde los municipios han traspasado, desde hace tiempo, las funciones tradicionales

---

<sup>8</sup> Esta norma implicó la derogación de la antigua ley de Patronato de Menores 10.903 (aquella que en 1919 consagró la facultad de la tutela estatal para el caso de niños en “situación de abandono moral y/o material”) y por otra, una cierta reorganización y adecuación institucional en concordancia con el enfoque de derechos que se pregonaba.

de la iluminación, barrido y limpieza, y en muchos casos lideran o inciden fuertemente en las políticas productivas y sectoriales. (Chiara, Moro, Ariovich y Jiménez, 2010).

En el caso particular del campo de las políticas de infancia en la provincia de Buenos Aires, la complejidad que encierra la implementación reciente del sistema de protección de derechos a partir de la sanción de la ley local, ha implicado disputas y reacomodamientos de actores, programas, dispositivos y competencias en lo relativo a la gestión social de la infancia. Esto supuso además la puesta en juego de las responsabilidades locales en la intervención social respecto de esta población, lo que ha implicado un particular desafío para la provincia al verse compelida a implementar la institucionalización de los derechos en un contexto altamente heterogéneo, en 134 municipios con lógicas de autonomía de distinto grado y actores, políticas y programas de distinto nivel. (Magistris, 2012).

El presupuesto detrás de esta perspectiva, es que la mejor manera de contener, promover y proteger a un niño/a debe darse, si es posible, en el contexto de su propio barrio.

### **Actores múltiples y diversificados en relación a la protección de la infancia.**

Otro mecanismo que asume la territorialización es la existencia de pluralidad y heterogeneidad de actores que se disputan, tensionan y debaten intereses, valores y modos de intervención sobre la “cuestión social infantil” y sus derechos. No es algo novedoso que en este campo exista una multiplicidad de actores que dirimen su autoridad para gestionar y tener voz autorizada frente a la competencia para dirimir y gestionar la infancia. Indudablemente ello forma parte de un encuadre más amplio que requiere asumir que la protección social en Argentina obedece a esa profusión y pluralización de actores.

La singularidad que supone reflexionar sobre este aspecto de la territorialización en los marcos de protección de derechos de los niños, conduce a considerar, en primera medida, la histórica distancia de los sectores populares con las instituciones, lo cual ha fortalecido la existencia de otras formas de “lo social”, vinculado a lo territorial. El “territorio” se constituye así como un espacio dinámico de pertenencia local, donde se

potenciarían las redes de proximidad y contención (Álvarez Leguizamón, 2008), que colaboran (o dificultan) la ampliación de derechos de los niños/as<sup>9</sup>.

Asimismo, esta cuestión recién reseñada debe relacionarse, además, a la incorporación del enfoque de derechos en el ámbito de las políticas de infancia, que implicó la aparición de nuevos actores que se sumaron a los tradicionales (juzgado de menores, hoy divididos en juzgados de familia y/o responsabilidad penal juvenil), organizaciones sindicales, profesionales, políticas, sociales, instituciones estatales y comunitarias, que se embanderan tras la protección de los derechos de los niños/as, estableciéndose distintos modos de articulación entre los mismos, que implican el consenso, la oposición, el debate y el armado de redes de trabajo.

### **Los saberes de la protección: La afectivización, el compromiso y la profesionalización**

Otra cuestión vinculada a la proximidad se refiere a los saberes que serán necesarios para proteger y restituir derechos de los niños/as y adolescentes. Así, saber asistir y proteger derechos de los niños/as, no residirá únicamente en poseer un saber experto-técnico para resolver problemáticas de los niños/as, adolescentes y sus familias, sino que devendrá fundamental comprometerse con la gente, renunciar a las ambiciones personales de prestigio y dinero y fundar la satisfacción propia en el sufrimiento ajeno (Perelmiter, 2011: 156). A lo que afirma esta autora, con la especificidad del campo de protección de la infancia, agregaría que se despliega también un *ethos* sensible, comprometido con el sufrimiento de los niños/as y sus familias, teniendo en cuenta el carácter emocionalmente cargado de la infancia (Aries, 1987). Lo cual es profundizado por Zelizer al resaltar el proceso de sentimentalización de la infancia (Zelizer, 1985). El compromiso, el carácter afectivo y “militante”, que vincula la tarea con los niños/as y adolescentes, se articula de esta manera con la territorialización.

---

<sup>9</sup> En esta línea, este acento de los espacios próximos a los sujetos, se profundiza de modo paralelo a la territorialización de los sectores populares (Svampa, 2005). El barrio aparece como el espacio de socialización por excelencia y como foco central de gestión (Santillán, 2011), complementando o sustituyendo los espacios dejados libres por la denostada institucionalidad estatal en los '90.

No obstante, esta valoración de saberes comprometidos, sensibles, militantes, conviven con la profesionalización del campo. Con el término “profesionalización”, queremos significar el proceso por el cual se traduce la gestión social en general y de la infancia en particular, en una necesidad a ser abordada por determinados especialistas, con sus consecuentes saberes e instituciones que aparecen como prioritariamente legitimados. Al mismo tiempo, la profesionalización del sistema de protección de derechos se plantea como necesaria para intervenir y disputar intereses y posiciones en el campo.

En efecto, la exigencia normativa de ciertas profesiones que exclusivamente pueden integrar los Servicios Locales de Protección de Derechos (abogado/a, trabajador/a social, psicólogo/a, médico/a), coincide con aquellos profesionales que tradicionalmente han entendido en la resolución de problemáticas individuales relativas a la vulneración de derechos de los niños y niñas<sup>10</sup>, a los que se les exige algunas cuestiones que se entiende centrales a la función de los Servicios Locales: certificar, evaluar, diagnosticar; atadas con la responsabilidad profesional necesaria para desempeñarse en el sistema.

El “experto” emerge como una figura clave en tanto autoridad que se supone neutral y autorizada. Además, siguiendo a Fraser (1991), el discurso experto constituye algo más que un espacio de integración de conocimiento científico; se trata de un recurso para la legitimación de las prácticas, habilitando condiciones de posibilidad en unos casos y obstáculos y restricciones en otros. En la figura del experto, una competencia se transforma en autoridad social. Esto se vincula con los modos en que los profesionales se disputan la interpretación “legítima” de las necesidades (Fraser, 1991), a partir de la creación de nuevos y mayores organismos dirigidos a la protección de derechos de los niños y niñas.

### **Gobernando “con las familias”, gobernando “con la comunidad”**

Un aspecto vinculado a la territorialización como proximidad, es lo que algunos llaman la comunitarización y familiarización (Rose, 2007) de las problemáticas que envuelve a los niños/as y adolescentes, esto es, el mecanismo por el cual se descarga –

---

<sup>10</sup> De todos modos, es de resaltar que en la práctica se generan disputas, debates, y apropiaciones locales que logran resignificar esa conformación. En la mayoría de las jurisdicciones de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, la figura del médico se ha considerado innecesaria y se han comenzado a incluir algunas otras disciplinas, como la sociología y la antropología, en base a interpretaciones singulares respecto de “lo que tiene que ser y hacer un servicio local”.

parcial o totalmente- la responsabilidad de la protección sobre los grupos primarios, mediados por relaciones de cercanía, asumiendo tanto formas familiares como “propriadamente comunitarias”, como las organizaciones de la sociedad civil (Danani, 2008). Esto guardaría estrecha relación con la individualización de la protección social de las políticas de las últimas décadas, en tanto la orientación general de éstas se caracteriza, muy especialmente, por vincular las condiciones de vida de las personas con su situación y sus prácticas como individuo (Merklen, 2013).

La comunidad se instaaura como un espacio de gobierno, heterogéneo y plural, donde confluyen pequeñas y múltiples instancias de regulación (Rose, 2007). Esta apelación a la comunidad parecería aludir a un espacio social cerrado, en la que los individuos comparten una identidad común, se identifican y rechazan la existencia de conflicto mientras que la sociedad se constituiría como un espacio social abierto, en la que los sujetos se reconocen como desiguales, con identidades diferentes y con conflictos de intereses. (de Marinis, 2005).

Merklen encuadra este proceso en el desarrollo avanzado y acelerado de modernización social que supone el despliegue de un nuevo individualismo que se extiende en una coyuntura labrada por dinámicas de individuación (Merklen, 2013: 45). Este “nuevo individualismo” presupone la existencia de dispositivos que operan sobre subjetividades individuales, desplegándose una exigencia potente de individuación que recorre todas las instituciones, mayormente en la forma de responsabilización de los sujetos (responsabilidad de su propia suerte, de su actuación social, y de las consecuencias de su participación en la vida social). Así, este proceso se constituye sobre el agente activo responsable, como un tipo de racionalidad de gobierno propia de las sociedades pos-disciplinarias (Rose, 2007; Fraser, 2003). Emerge una nueva ética del individuo activo, *elegidor*, responsable, autónomo, *obligado a ser libre* y a vivir la vida como si fuera un mero resultado de elecciones (Rose, 2007)<sup>11</sup>. Los seres “governables” pasan a considerarse sujetos que han de volverse *activos* en su propio gobierno.

---

<sup>11</sup> Al mismo tiempo, se despliega un cierto “mito del empoderamiento”, tal como enuncia Haney al partir de comprender a la vulnerabilidad social como una patología personal, comprendiendo que la única

Advertimos que estas dinámicas de individuación se despliegan de modo particular en los sistemas de protección de derechos dirigidos a niños/as y a sus familias, en la medida que uno de los objetivos centrales de estos sistemas se sostiene ya no en la sustitución de las familias, sino en la construcción conjunta de criterios, procedimientos y acciones -entre profesionales, familias y otros actores “comunitarios”-, destinadas a proteger y/o restituir los derechos de los niños y niñas, que requieren su participación activa, colaborativa y responsable. En efecto, no se trata de suplantar a las familias, sino trabajar con ellas, buscando su transformación (Grinberg, 2014).

Esos sujetos gobernables, a los que se les exige tales posiciones y roles en la protección de los derechos de los niños/as se reflejan tanto en la comunidad (en el sentido bien laxo del término) como en la propia familia y los mismos niños/as sujetos de la intervención, con distintos pesos, sentidos y tensiones.

Desde formas de ejercicio de poder, modos de acción pedagógicos, suaves y sutiles y no de mera imposición. Aunque sí existen estos modos más cercanos a la imposición y pueden desplegarse cuando la familia no se autogobierne (Grinberg, 2014). Predomina así una intervención correctiva con modalidad pedagógica (consejo, enseñanza, orientación) (Cerletti y Santillán, 2015).

### **Comentarios finales**

A través de esta presentación quisimos desplegar algunos aportes conceptuales relativos al vínculo entre la infancia, los derechos y su gobierno, fruto de una investigación doctoral. El aporte nodal de esta conceptualización residió en haber identificado el enfoque de derechos y los modos de regulación y gobierno sobre la infancia no de modo separado, como tradicionalmente se presenta en el campo de los estudios sociales de infancia, sino en su mutua interacción y complejidad, asumiendo además que son las prácticas cotidianas, dinámicas y situadas de actores concretos y determinados, las que definen las maneras en

---

salida es a través de una estrategia de responsabilización, sin discutir la marginalización social. Empujando a los individuos a tomar la responsabilidad sobre cuestiones que están fuera de su control (Haney, 2010: 177).

que actualmente se desenvuelve la gestión sobre la infancia y el alcance (y fronteras) de sus derechos<sup>12</sup>. Para tal fin, no nos detuvimos en señalar fallas, crisis o contradicciones entre “nuevos” o “viejos” modos de regulación (Donzelot, 1979), sino en analizar la emergencia de nuevas técnicas de regulación y gobierno de la infancia y sus modos de despliegue en un contexto histórico y social determinado, tanto en sus regularidades como en sus singularidades, especialmente en su relación con la proximidad y territorialización, aspectos claves del gobierno de la infancia.

### Referencias bibliográficas

- Álvarez Leguizamón, S. (2008). *Pobreza y desarrollo en América Latina: el caso de Argentina*. Salta: Editorial Universidad Nacional de Salta.
- Ariès, P. (1987). *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus.
- Barna, A. (2012). Convención Internacional de los Derechos del Niño - Hacia un abordaje desacralizador. en *Revista Kairós*, 16 (29). Publicado en <http://www.revistakairos.org/k29-01.htm>.
- Cerletti, L. y Santillán, L. (2015). Sobre las formas “correctas” de ser familia: lineamientos hegemónicos y prácticas cotidianas en torno a la crianza y educación infantil. Ponencia presentada en las Cuartas Jornadas de Estudios sobre la infancia: Lo público en lo privado y lo privado en lo público. Actas on-line 370-5 (pp. 491-510).
- Colangelo, A. (2012). La crianza en disputa: medicalización del cuidado infantil en la argentina, entre 1890 y 1930. (Tesis de Doctorado en Ciencias Naturales). Universidad Nacional de La Plata, La Plata. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/26268>.
- Chiara, M.; Moro, J.; Ariovich, A. y Jiménez, C. (2010). La política sanitaria local en el Municipio de Malvinas Argentinas (Gran Buenos Aires): de la búsqueda de la autonomía al liderazgo como prestador en la región. Documentos de trabajo de diseño y gestión de políticas de salud Nro 1. Instituto del Conurbano. Universidad Nacional de General Sarmiento. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento. Recuperado de

---

<sup>12</sup> Esto último no fue desplegado en profundidad en esta ponencia, pero sí en el desarrollo de la tesis de referencia.

<http://www.ungs.edu.ar/gestionsalud/wp-content/uploads/2012/04/Pol%C3%ADtica-sanitaria-local-en-Malvinas-Argentinas.pdf>

- Danani, C. (2008). América Latina luego del mito del progreso neoliberal: las políticas sociales y el problema de la desigualdad. En *Revista Ciências Sociais Unisinos*, Nro. 44. (pp. 39-48).
- De Marinis, P. (2005). 16 comentarios sobre la(s) sociología(s) y la(s) comunidad(es). Recuperado: *Papeles del CEIC*. N° 15. Recuperado de <http://www.ehu.es/CEIC/Papeles/15.pdf>
- Donzelot, J. (1979). *La policía de las familias*. Valencia: Pre-textos.
- Foucault, M. (2006). *Seguridad, Territorio y Población, Curso del Collège de France (1977-1978)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (1991). La gubernamentalidad, en *Espacios de poder*. Buenos Aires: La Piqueta.
- Foucault, M. (1979). *Microfísica del poder*. Madrid: La Piqueta.
- Fraser, N. (2003). ¿De la disciplina hacia la flexibilización? Releyendo a Foucault bajo la sombra de la globalización. En *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-abril, vol. XLVI (187), (Pp 15-33).
- Grinberg, J. (2014). El “trabajo con las familias” como dispositivo de gobierno. Ponencia presentada en el XI congreso argentino de antropología social. Rosario, julio de 2014. No publicada
- Grinberg, S. (2006). Educación y gubernamentalidad en las sociedades de gerenciamiento. En *Revista Argentina de Sociología*. Vol. 4 (6). ene./jun. 2006. Versión on line. Recuperado de <http://www.scielo.org.ar/pdf/ras/v4n6/v4n6a06.pdf>
- Haney, L. (2010). *Offending Women: Power, Punishment, and the Regulation of Desire*. Berkeley: University of California Press.
- James, A. y James, A. (2004). *Constructing Childhood: Theory, Policy and Social Practice*. UK, NY: Macmillan Palgrave.
- James, A. y Prout, A. (1997). *Constructing and reconstructing childhood: Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*. London: Falmer.
- Lemke, T. (2002). Foucault, Governmentality, and Critique. En *Rethinking Marxism: A Journal of Economics, Culture & Society*, 14 (3). (pp 49-64).

- Llobet, V. (2014). Reflexiones sobre un malentendido. La producción de las necesidades infantiles y la institucionalización de los derechos de los niños/as. En *Revista Psicología em Estudo*. vol.19 (3). (Pp 369-380) Maringá: Universidad de Maringá.
- Magistris, G. (2016). El gobierno de la infancia en la era de los derechos. Prácticas locales de “protección y restitución de derechos de niños, niñas y adolescentes” en dos municipios del conurbano bonaerense. (Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales). No publicada. Universidad de Buenos Aires.
- Magistris, G. (2012). El magnetismo de los derechos. Narrativas y tensiones en la institucionalización de los Sistemas de Protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires (2005-2011). (Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Políticas Sociales). No publicada. Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires).
- Merklen, D. (2013). Las dinámicas contemporáneas de la individuación. En Castel, R., Kessler, G., Merklen, D., Murard, M. *Individuación, precariedad, inseguridad ¿desinstitucionalización del presente?* Buenos Aires: Paidós.
- Miller, P, y Rose, N. (2008). Introduction. Governing Economic and Social Life. En *Governing the present. Adminstering economic, social and personal life*. Cambridge: Polity Press.
- Musetta, P. (2010). Más allá del Estado. Perspectivas y lineamientos para su estudio y definición. En *Fermentum*. Revista Venezolana de Sociología y Antropología. Vol. 20 (57). (pp. 94-117). Venezuela: Universidad de los Andes.
- Perelmiter, L. (2011). Saber asistir: técnica, política y sentimientos en la asistencia estatal. Argentina (2003-2008). En Vommaro, G. y Morresi, S. (comps.) *Saber lo que se hace. Política y expertise en la Argentina reciente*. Buenos Aires: Prometeo.
- Rose N. (2007). ¿La muerte de lo social? Re-configuración del territorio de gobierno. En *Revista Argentina de Sociología* 5(8), Buenos Aires ene./jun. 2007.
- Schuch, P. (2009). *Práticas de justiça. Antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA*. Porto Alegre: Editora UFRGS.
- Svampa, M. (2005). *La sociedad excluyente*. Buenos Aires: Taurus.
- Santillán, L. (2011). El cuidado infantil, la vida familiar y las formas en que se territorializan las intervenciones sociales: un estudio en barrios populares del gran Buenos

Aires. En: Cosse, I; Llobet, V; Villalta, C y Zapiola M.C. (eds.) *Infancias: políticas y saberes en Argentina y Brasil. Siglos XIX y XX*. (Pp. 287-310). Buenos Aires: Ed. Teseo.

➤ Vianna, A. (2010). Derechos, moralidades y desigualdades. Consideraciones acerca de procesos de guarda de niños. En Villalta, C. (comp.) *Infancia, justicia y derechos humanos*. (pp. 21-72). Bernal: Ed. Universidad Nacional de Quilmes.

➤ Villalta, C. (2013) Un campo de investigación: las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina. En *Civitas 13*, pp. 235 – 258. Porto Alegre.

➤ Zelizer, V. (1985). *Pricing the Priceless Child: The Changing Social Value of Children*. New York: Basic Books.

## COMISION 3. AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

### EL DESARROLLO SUSTENTABLE ALCANZA A LAS BALLENAS

(La caza de ballenas con fines científicos  
según la Corte Internacional de Justicia)

**Farinella, Favio**

#### SUMARIO:

- 1.INTRODUCCIÓN
- 2.HECHOS
- 3.JURISDICCIÓN
- 4.EL RECLAMO
5. JAPÓN Y LA VIOLACIÓN DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES
6. REMEDIOS Y FALLO
- 7.ALGUNAS IDEAS FINALES

En su reciente fallo en la causa relativa a la “*Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón)*”<sup>1</sup>, la Corte Internacional de Justicia (“la Corte” de aquí en mas) añade un eslabón mas a la cadena protectoria del ambiente que viene elaborando desde hace tiempo. Su sentencia suma a la temática desarrollada en otros casos como el Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros<sup>2</sup> y Plantas de Celulosa en el río Uruguay<sup>3</sup>.

Analizaremos los hechos y la interpretación que hace la Corte de la excepción a la moratoria en la caza de ballenas, establecida en el marco de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas de 1946.

#### 1. Introducción

---

<sup>1</sup> ) CIJ-ICJ, caso Australia v. Japón, Caza de la ballena en el Antártico, Sentencia sobre los méritos de 31 de Marzo de 2014. Lista General 148.

<sup>2</sup> ) CIJ-ICJ, caso Hungría v. Eslovaquia, Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, Sentencia de 25 de Septiembre de 1997.

<sup>3</sup> ) CIJ-ICJ, caso Argentina v. Uruguay, Plantas de Celulosa en el Río Uruguay, Medidas provisionales (Providencias de 13 de julio de 2006 y de 23 de enero de 2007) y Sentencia de 20 de abril de 2010.

La Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas (CICB de aquí en mas) fue precedida por dos tratados multilaterales temáticos. El primero, la Convención para la Regulación de la Caza de Ballenas adoptada en 1931, tuvo por disparador las preocupaciones de la industria ballenera en relación con su propia sustentabilidad. Los buques factoría y otras innovaciones tecnológicas habían hecho posible la caza de grandes cantidades de ballenas aun en los lugares mas remotos incluida la Antártida. Esta Convención prohibía la matanza de ciertas categorías de ballenas, a la vez que establecía la necesidad de obtener una licencia previa otorgada por los Estados parte con el propósito de limitar el número total de capturas. El incremento en las capturas junto con la baja del precio del aceite de ballena condujo poco tiempo después a la adopción de un segundo instrumento internacional, el Acuerdo Internacional para la Regulación de la Caza de Ballena de 1937. Su preámbulo expresa el deseo de los Estados parte de “asegurar la prosperidad de la industria ballenera, y a este propósito, mantener el stock de ballenas”. Este tratado prohibía la captura de ciertas categorías de ballenas, establecía estaciones para distintos tipos de cazas, cerraba ciertas áreas geográficas a la caza e imponía regulaciones a la industria. Al igual que la Convención precedente, requería de los Estados parte el coleccionar información biológica a fin de ser transmitida al Departamento Internacional de Estadísticas de caza de ballena con sede en Noruega. Tres Protocolos adicionales suman restricciones a las actividades de caza.

Finalmente, una conferencia internacional convocada a iniciativa de Estados Unidos se reúne en 1946, teniendo por objetivo proveer a la coordinación y codificación de las regulaciones existentes. El 2 de diciembre del mismo año se adopta la CICB cuyo único texto auténtico se encuentra en idioma inglés. A diferencia de los dos tratados anteriores, la CICB no provee en su contenido provisiones sustantivas que regulen la conservación de los stocks de ballenas u otras relativas al manejo de la industria ballenera. Estos contenidos se dejan como parte del “Programa” anexo que forma parte de la Convención, y que puede ser reformado y enmendado conforme lo decida la Comisión Ballenera Internacional (CBI de aquí en mas). La CBI es establecida por el art. 3, párrafo 1 de la CICB y se compone de un miembro por cada Estado parte. La adopción de enmiendas al Programa requiere de una mayoría de  $\frac{3}{4}$  de los Estados parte y una vez aprobada la enmienda se vuelve obligatoria

para todos, a menos que el Estado disconforme formule una objeción, la cual estará vigente hasta tanto decida retirarla.

En 1950, la Comisión estableció un Comité Científico, compuesto por personas designadas por los Estados parte además de consejeros de organizaciones intergubernamentales y otros científicos no seleccionados por los Estados que pueden ser invitados a participar sin derecho de voto. Este Comité realiza estudios e investigaciones relativas a las ballenas y su caza. En el punto que interesa al litigio que nos ocupa, este Comité revisa y comenta los permisos especiales que pueden ser otorgados por los Estados parte a sus nacionales, a fin que éstos realicen investigación científica bajo el paraguas del art. 8, párrafo 1 de la CICB.

Cuando en 2005 Japón propone su programa de investigación JARPA II, las Directrices desarrolladas por el Comité se encontraban reunidas en un documento llamado “Anexo Y: Directrices para la revisión de propuestas de Permisos Científicos”, que fue posteriormente aprobado por la CBI en 2008 y revisado en 2012.

Hasta aquí la evolución normativa internacional relativa a la caza de ballenas junto con los organismos de aplicación de las mismas. Veamos ahora los hechos.

## 2. Hechos

El 31/05/2010, Australia presenta una demanda contra Japón sobre un conflicto relativo a la continuidad por parte de Japón de un programa de larga escala de caza de ballena como segunda fase del *Programa de Investigación de Ballenas Japonés* con permiso especial en la Antártida (JARPA de aquí en mas). Todo el Programa se ejecutaba según Australia, en violación de obligaciones asumidas por Japón en la CICB como en otras obligaciones internacionales de preservación de mamíferos marinos y el medio ambiente marino. En su demanda, Australia invoca como bases de jurisdicción de la Corte, la declaración realizada por ambos Estados conforme el art. 36, párrafo 2 del Estatuto de la Corte<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> ) Australia formuló tal declaración en 22/03/2002 y Japón hizo lo propio en 09/07/2007.

El 19/11/2012, Nueva Zelanda, refiriendo el art. 53, parágrafo 1 del Reglamento de la Corte, requiere le sean provistas copias de la demanda y demás documentación anexa del caso. La Corte acepta la petición y transmite los documentos. El 20/11/2012, conforme al art. 63, parágrafo 2 del Estatuto de la Corte<sup>5</sup>, Nueva Zelanda presenta una Declaración de Intervención en el caso, afirmando su derecho a intervenir como Estado no – parte en los procedimientos contra Japón. El 06/02/2013, la Corte autoriza a Nueva Zelanda a intervenir en los procedimientos.

Conforme los hechos comentados y la demanda planteada, la Corte debió decidir si de acuerdo con la evidencia presentada, el diseño e instrumentación del JARPA II era razonable en relación con el logro de los objetivos afirmados.

Previamente la Corte debió decidir su jurisdicción en el caso.

### 3. Jurisdicción

Australia invocó como base de la jurisdicción de la Corte las declaraciones realizadas por ambas partes bajo el art. 36, parágrafo 2 del Estatuto. Japón discute esta afirmación, argumentando que el conflicto cae dentro de una de las reservas formuladas por Australia. En este punto, Australia sostuvo que su reserva sólo opera cuando el conflicto se relaciona con cuestiones de delimitación marítima. Conforme Australia, en tanto no mantiene con Japón conflicto de delimitación marítima alguno, el parágrafo (b) de su reserva no es aplicable.

La Corte recuerda que al momento de interpretar una declaración de aceptación de su jurisdicción compulsiva, “debe buscar la interpretación que se encuentre en armonía con una manera natural y razonable de leer el texto, teniendo debida consideración a la intención” del Estado declarante<sup>6</sup>. Así, en el caso de Jurisdicción sobre Pesquerías, la Corte

---

<sup>5</sup> ) Reza e

l art. 63 del Estatuto: Artículo 63: 1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados. 2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso; pero si ejerce ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él.

<sup>6</sup> ) CIJ, Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952, p. 104.

no dudó en “enfatar la intención del estado depositante”<sup>7</sup>. Luego la Corte observa que “la intención del estado reservante puede ser deducida no sólo del texto de la cláusula relevante, sino también del contexto en que la cláusula ha de ser leída, y del examen de la evidencia respecto de las circunstancias de su preparación y los propósitos que debían ser atendidos”<sup>8</sup>.

En tanto ambas partes reconocían que la disputa no constituía un conflicto de delimitación marítima, la cuestión a resolver era si el JARPA II envolvía la explotación de un área sobre la que existía una disputa relativa a su delimitación o de un área adyacente a la misma -situación en que sí sería de aplicación la reserva Australiana-.

En este punto, parte de las actividades del JARPA II tenían lugar en la zona marítima reclamada por Australia como Territorio Antártico Australiano o un área adyacente. Por otra parte, la captura de ballenas, en un número considerable, podía entenderse como una forma de explotación de un área marítima aún cuando ocurriera como parte de un programa científico.

No obstante esto, la Corte afirmó que no existía una superposición de reclamos soberanos de las partes respecto de la delimitación marítima en la materia de conflicto que se le había sometido<sup>9</sup>. Por esto y en forma unánime, afirmó su jurisdicción para entender en la demanda presentada por Australia.

#### **4. El reclamo**

En lo básico, la discusión se centra en el carácter científico del JARPA II. De tenerlo, se enmarcaría en la excepción a la moratoria prevista en un artículo de la CICB -el VIII-. En caso contrario, constituiría una manera velada de violar el DI convencional y consuetudinario.

---

<sup>7</sup> ) CIJ, Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 454, para. 48.

<sup>8</sup> ) CIJ, *ibid.*, p. 454, para. 49.

<sup>9</sup> ) CIJ, así lo decidió la Corte en el caso Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), pp. 674-675, para. 141.

Australia reclamó que la Corte adjudicara y declarase que Japón había violado sus obligaciones internacionales al implementar el programa JARPA II en el océano Antártico. También, que se ordenara a Japón cesar la instrumentación del programa, revocar cualquier autorización, permiso o licencia y proveer seguridades y garantías referidas a que no se ejecutarían nuevas acciones. Australia afirmó que Japón había violado sus obligaciones internacionales relativas a:

(a) respetar el límite de captura cero en relación con la matanza de ballenas con motivos comerciales;

(b) abstenerse de realizar actividades comerciales respecto de ballenas rorcual común en el santuario del océano Antártico; y

(c) observar la moratoria relativa a capturar, matar o tratar ballenas, con excepción de las ballenas de minke, a través de barcos factoría o de buques de captura de ballenas que navegan junto con buques factoría.

Finalmente, Australia solicitó de la Corte que declarase que el programa JARPA II no constituía un programa con propósitos de investigación científica en el sentido del artículo VIII de la CICB.

Japón contravirtió todas estas alegaciones, afirmando que ninguna de las acusaciones se relacionaba con el JARPA II, ya su Programa poseía objetivos científicos y se enmarcaba en la excepción del artículo VIII, párrafo 1 de la CICB.

Nueva Zelanda por su parte, alegó que el citado artículo VIII debía interpretarse de buena fe, en el contexto y a la luz del objeto y fin de la CICB, considerando la práctica subsecuente y las reglas aplicables de DI. Conforme Nueva Zelanda, el artículo VIII constituía parte integral del sistema de regulación colectiva establecido por la CICB, no una mera excepción a lo allí regulado. En tal sentido, no podía ser entendido como una forma de evitar las obligaciones o destruir el objeto y fin de la CICB.

Antes de analizar la decisión de fondo de la Corte, veamos los antecedentes del Programa Japonés cuyo alegado carácter científico le permitió durante décadas la matanza, captura y tratamiento de distintos tipos de cetáceos y que constituyó el objeto central del litigio.

#### **4.a. El programa JARPA**

En 1982, la CBI enmendó el Programa de la CICB adoptando una moratoria en la caza comercial. Japón objetó tal enmienda aunque en 1986 retiró su objeción. La moratoria entró en vigencia para Japón luego de la temporada de caza 1986-1987. Sin embargo, en la temporada siguiente, Japón inicia el JARPA I, programa por el cual concedía permisos especiales de caza con fines científicos, bajo la excepción permitida por el artículo VIII, párrafo 1 de la CICB.

Según Australia, el JARPA fue concebido con la intención de continuar la caza de ballenas bajo un pretexto científico, en el momento en que Japón se vió obligado a retirar su objeción a la moratoria debido a la presión económica, comercial y ambiental ejercida por gobiernos, ONGs y la opinión pública.

Conforme Japón, la moratoria decidida en 1982 se originó en la falta de adecuación de los datos científicos existentes, por lo que era necesario comenzar un programa de investigación lo mas rápido posible a fin de conocer si la moratoria era necesaria. Con esto propósito, Japón afirma haber iniciado el JARPA I y haberlo continuado hasta la temporada 2004/05.

El programa JARPA fue diseñado con el propósito de calcular la cantidad de ballenas de minke<sup>10</sup> existentes en el hemisferio sur a fin de proveer una base científica que ayudara a la CBI a conciliar las opiniones divergentes respecto de la moratoria establecida. A estos fines propuso en su inicio, la captura de 825 ejemplares de ballena de minke Antárticas y 50 cachalotes ubicados en dos áreas de manejo del océano Antártico. Luego, la propuesta se redujo a sólo 300 ejemplares de ballenas de minke para las primeras siete temporadas (1987/88 a 1993/94). En las temporadas posteriores a 1994, la captura máxima permitida de ballenas de minke se amplió a 400, con un margen en mas o en menos del

---

<sup>10</sup> ) También llamada ballena enana o rorcual aliblanco.

10%. En suma, mas de 6.700 ballenas Antárticas fueron matadas durante los 18 años de duración del JARPA I.

En la última temporada del programa (2004-2005), Japón convocó sin el auspicio de la CBI, a un encuentro que en Diciembre de 2006 produjo ciertos resultados referidos a la información colectada por el JARPA I. Sin embargo, sin esperar estos resultados, a fines de 2005 Japón presenta un nuevo proyecto de Investigación científica denominado JARPA II .

#### **4.b. El programa JARPA II**

En Marzo de 2005, Japón presenta su “Plan de Investigación sobre Monitoreo del Ecosistema Antártico y Desarrollo de Nuevos Objetivos de Manejo para los Recursos Balleneros” (JARPA II). El Comité Científico permite a Japón otorgar permisos anuales en Noviembre de 2005, autorización que convierte al JARPA II en un programa operacional. En Japón, los permisos son concedidos por el Instituto de Investigación de Cetáceos, fundación establecida en 1987 e históricamente subsidiada por el gobierno Japonés, el cual supervisa sus actividades. Entre los objetivos declarados del JARPA II se encontraba la caza letal de tres especies distintas de ballenas:

la ballena de minke Antártica o rorcual aliblanco (minke whale);

el rorcual común (fin whale); y

la ballena jorobada o yubarta (humpback whale).

Japón identificó 4 objetivos de investigación:

(a) monitorear el ecosistema Antártico;

(b) realizar modelos de competencia entre especies de ballenas y los objetivos de manejo futuro;

(c) elucidar cambios en tiempo y espacio en la estructura del stock; y

(d) mejorar el procedimiento de manejo de los stocks de la ballena de minke Antártica.

El área que cubría el programa es conocida como el Santuario Oceánico del Sur. Al ser un programa de largo plazo, Japón consideró que el mismo no debía poseer fecha de

finalización, ya que su primer objetivo -el monitoreo del ecosistema- debía ser constante y continuo en el tiempo. En principio, el JARPA II se estructuró en fases de seis años cada una, tras las cuales se pensó evaluar los resultados parciales. La primera fase concluyó en la temporada 2010/11. El JARPA combinaba métodos letales y no letales.

## **5. Japón y la violación de obligaciones internacionales**

### **5.a. Interpretación del art. VIII, párrafo 1 de la Convención**

El artículo VIII, párrafo 1 de la Convención establece:

“1.No obstante lo dispuesto en el presente Convenio, cualquier Gobierno Contratante podrá conceder a sus nacionales un permiso especial que le autorice para matar, capturar y tratar ballenas a efectos de investigación científica, con sujeción a las restricciones en cuanto al número, así como a las demás condiciones que el Gobierno Contratante estime apropiadas; y la muerte, captura y tratamiento de ballenas con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, no quedarán afectados por la aplicación del presente Convenio. Cada uno de los Gobiernos Contratantes pondrá inmediatamente en conocimiento de la Comisión todas las autorizaciones de este tipo que hubiere concedido. Cada Gobierno Contratante podrá retirar cualquiera de dichos permisos especiales concedidos por él”.

Japón argumentó que este artículo debía ser entendido en forma aislada, como una excepción al objeto y fin de la CICB. Posteriormente reconoció que debía ser interpretado y aplicado consistentemente con las demás provisiones, aunque enfatizó que una lectura comprensiva, consideraría que el artículo en examen constituía una excepción al contenido.

Conforme Australia, este artículo debía interpretarse en el contexto de la totalidad de la Convención, como proveyendo una excepción limitada por los objetivos superiores para los que fue creada, entre los que incluye la moratoria y el santuario.

Nueva Zelanda observó que la frase “No obstante lo dispuesto en el presente Convenio” provee a los gobiernos una discrecionalidad limitada al momento de otorgar

permisos con propósitos de investigación científica. Y en modo alguno constituía una excepción en blanco a fin de incumplir la Convención.

La Corte afirmó que el artículo VIII debe interpretarse a la luz del objeto y fin de la Convención y considerando otras provisiones incluido el Programa, la moratoria en la caza de ballenas con propósitos comerciales, la prohibición de la caza comercial en el santuario del océano Antártico y la moratoria relativa a los buques factoría.

Tomando en consideración tanto el Preámbulo como otras provisiones relevantes de la CICB, la Corte sostuvo que no puede justificarse ni una interpretación expansiva ni una restrictiva. Toda investigación científica debe conducir a obtener conocimiento científico, y debe perseguir un objetivo, ya sea dirigido a la conservación o a la explotación sustentable del stock ballenero. Esta circunstancia se refleja en los Principios emitidos por la CBI para la revisión de las propuestas de permisos científicos realizadas por el Comité Científico. En particular, los Principios inicialmente aplicables al JARPA II en su anexo Y, referían no sólo los programas que “contribuyen con información esencial al manejo racional del stock” o aquellos que son relevante para “ejecutar una evaluación completa” de la moratoria en caza comercial, sino aquellos que responden a “otras necesidades de investigación críticamente importante”. Los Principios actuales en su Anexo P, enumeran categorías de objetivos dirigidos a “mejorar la conservación y administración de otros recursos vivos marinos o del ecosistema del cual los stocks de ballenas constituyen parte integral”, y mencionan que deben estar orientados a “testear hipótesis no directamente relacionadas con la administración de los recursos vivos marinos”.

A fin de conocer la legalidad de la autorización de los permisos emitidos por Japón, la Corte consideró:

- (i) si el Programa bajo el cual se ejecutaban las mencionadas actividades comprendían investigación científica;
- (ii) si la matanza, captura o trata de ballenas lo era con propósitos de investigación científica, y examinó respecto del uso

de métodos letales, si el diseño e instrumentación del Programa eran razonables en relación con los objetivos declarados.

La Corte enfatizó que su resolución no trataría de establecer una política de manejo de ballenas sino sólo conocer si los permisos concedidos y el uso de métodos letales relativos al JARPA II se enmarcaban en la autorización del artículo VIII, parágrafo 1. Los expertos científicos convocados por las partes acordaron que toda investigación científica parte de preguntas en forma de hipótesis que deben ser luego validadas. En relación con el empleo de métodos letales, los expertos opinaron que los mismos pueden hallarse incluidos en la investigación científica, aunque mostraron opiniones diversas en lo que hace a las condiciones de uso.

Por otra parte, la Corte consideró que un Estado busca generalmente cumplir con mas de un objetivo cuando persigue una política en particular. Aún cuando ciertos funcionarios públicos puedan tener motivaciones que van mas allá de la investigación científica, este hecho no lleva a concluir que el Programa no posea propósitos de carácter científico dentro del significado del artículo VIII. De igual manera, tales motivaciones no pueden justificar el otorgamiento de permisos especiales de un Programa que utilice métodos letales en una escala mayor que la necesaria para lograr sus fines. Estos objetivos deben ser suficientes para justificar el diseño y la instrumentación del eventual programa.

#### **5.b. Consideraciones respecto de la eventual violación del artículo 8, parágrafo 1.**

La Corte consideró la cuestión de la alegada violación del artículo VIII desde varias aristas. Examinó: (i) el tamaño de las especies; (ii) los resultados científicos; (iii) la instrumentación del programa; y (iv) los plazos.

Primero, respecto del tamaño de las especies, notó que los objetivos del JARPA y JARPA II se superponían considerablemente, por lo cual no se comprendía la razón del aumento considerable en la caza de ejemplares. De igual manera, las cantidades de ejemplares de ballena rorcual común y ballena jorobada eran pequeños si la intención era

proveer información adecuada conforme los objetivos afirmados por Japón. También, el procedimiento utilizado para determinar la medida del ejemplar de ballena de minke carecía de transparencia. Finalmente, cierta evidencia sugería que el programa podría haberse modificado a fin de establecer una cantidad menor de ejemplares de muestra situación no explicada por Japón. Por esto, la Corte afirmó que los tamaños de las especies seleccionadas no eran razonables en relación con la consecución de los objetivos propuestos.

En segundo lugar, la Corte hizo referencia a los resultados científicos que había producido el JARPA II hasta el momento.

En este punto, trató los métodos letales utilizados, afirmando que los resultados científicos demostrados por Japón revelaban escaso análisis de la posibilidad de utilizar métodos no letales a fin de alcanzar los objetivos del programa. La evidencia indicó que Japón realizaba un uso extensivo de métodos letales lo cual era incompatible con las obligaciones por él asumidas en resoluciones y directrices de la CBI y su afirmación relativa a que el JARPA II utilizaba métodos letales sólo en la medida necesaria para alcanzar sus objetivos científicos.

La Corte puso de manifiesto además otros aspectos del JARPA II que arrojaban dudas sobre su carácter científico. Por ejemplo, habiendo finalizado la primera fase del proyecto JARPA II (2005/06 a 2010/11), Japón sólo mencionó como resultado la producción de dos papers evaluados por científicos independientes. Estos dos papers no se relacionaban con objetivos del JARPA II y además se basaban en datos colectados a partir de siete y de dos ballenas de minke capturadas durante el JARPA II. En vista que el programa se venía ejecutando desde 2005 y que cerca de 3.600 ballenas de minke habían sido matadas, los resultados científicos eran básicamente limitados.

Finalmente, tampoco pudo demostrar Japón cooperación científica significativa entre el JARPA II y otros proyectos relacionados. La Corte encontró que la evidencia

invocada por Japón a fin de demostrar esta cooperación interinstitucional se refería al primer JARPA, pero no al JARPA II.

En tercer lugar la Corte analizó la instrumentación del programa. Aquí puso en evidencia que:

- c) ninguna ballena jorobada había sido capturada;
- d) la captura de ballenas rorcual común constituía sólo una pequeña fracción del número total prescripto por el JARPA II;
- e) en todos los años menos en una temporada, la captura real de ballenas de minke había sido mucho menor que el número anual propuesto.

A partir de los permisos otorgados anualmente, pudo comprobarse que durante los casi diez años en que se ejecutó el JARPA II, su instrumentación varió significativamente respecto del diseño del programa. No obstante esto, Japón no realizó cambio alguno ni en los objetivos, ni en el patrón de especies capturadas. En función de esta situación, la Corte concluyó en dos premisas.

Primera, Japón afirmaba que la cantidad capturada de ballena de minke no comprometería al programa, no obstante mencionó que cantidades menores de captura podían ser útiles, sea extendiendo el periodo del programa o aceptando datos menos precisos. En la consideración de la Corte, esta circunstancia puso en duda la razonabilidad del número de 850 ejemplares a fin de alcanzar los objetivos del JARPA II. Esta situación reforzó el argumento Australiano que afirmaba que el número citado había sido fijado en base a razones no científicas.

Segunda, a pesar del hecho que ninguna ballena jorobada y pocas ballenas rorcual común habían sido capturadas durante el JARPA II, Japón insistía en que la base del programa estaba constituida por la comparación entre variedades de especies y la investigación del ecosistema. Nuevamente aquí los hechos relativizaron el argumento Japonés.

En cuarto y último lugar, la Corte evaluó los distintos plazos previstos en el JARPA II.

El marco de plazo indefinido fijado para la totalidad del Programa entraba en conflicto con la necesidad de alcanzar objetivos intermedios conforme lo indicaba su Anexo P. De igual manera, se remarcó la escasa información que fundamentaba la investigación respecto de los períodos de investigación de las especies de rorcual común y de ballena jorobada. Por ejemplo, la cantidad de ejemplares fue fijada en base a un período de doce años, a pesar que la investigación de la ballena de minke se previó en períodos de seis años. La Corte afirmó la inconsistencia del plan de investigación al no explicar las causas de los distintos tiempos previstos para cada especie.

Considerando los cuatro puntos expuestos, la Corte afirmó que el JARPA II comprendía actividades que podían ser caracterizadas de manera amplia como investigación científica, pero esta evidencia no establecía que el diseño y la instrumentación del programa fueran razonables en relación con los objetivos planteados al inicio.

Por esto, concluyó la Corte Internacional de Justicia que los permisos especiales otorgados por Japón para matar, captura y tratar ballenas en conexión con el JARPA II no poseían “propósitos de investigación científica” conforme lo requiere el artículo VIII, párrafo 1 de la CICB.

## **6. Remedios y fallo.**

En relación con la sentencia, la Corte estimó que una o más medidas declarativas no eran suficientes ya que el JARPA II era un programa que continuaba desarrollándose al momento de la disputa y como ya mencionamos, no poseía plazo de finalización. Por esto, se ordenó a Japón revocar todas las autorizaciones, licencias y permisos existentes y que habilitaban a matar, capturar o tratar ballenas, relacionados con el JARPA II, así como abstenerse de otorgar nuevos permisos bajo el amparo del artículo VIII, párrafo 1 de la CICB.

La Corte no consideró necesario ordenar a Japón que se abstuviera de autorizar o instrumentar permisos especiales para la caza de ballenas que no se correspondieran con los propósitos científicos requeridos por el artículo VIII, ya que tal obligación corresponde a todos los estados partes de la Convención.

En suma, la Corte,

(a) por 12 votos a 4,

(i) encontró que los permisos especiales emitidos por Japón en relación con el JARPA II no caen dentro de las provisiones del art. VIII, parágrafo 1 de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas;

(ii) sostuvo que Japón, al otorgar permisos especiales que permiten matar, tomar y procesar ballenas Antárticas rorcual comunes, jorobadas y de minke en función del JARPA II, no actuó de conformidad con sus obligaciones bajo el parágrafo 10 (e) del Programa de la CICB;

(iii) afirmó que Japón no actuó de conformidad con sus obligaciones bajo el parágrafo 10 (d) del Programa de la CICB en relación con la matanza, captura y procesamiento de ballenas rorcual común al ejecutar el JARPA II;

(iv) halló que Japón no actuó de conformidad con sus obligaciones bajo el parágrafo 7 (b) del Programa de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas en relación con la matanza, captura y procesamiento de ballenas rorcual común en el Santuario del océano Antártico al ejecutar el JARPA II; y

(v) decidió que Japón deberá revocar toda autorización, permiso o licencia otorgada en relación con el JARPA II y abstenerse de otorgar cualquier permiso futuro en ejecución de este programa.

(b) y por trece votos a 3,

(i) afirmó que Japón cumplió con sus obligaciones bajo el parágrafo 30 del Programa de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas en relación con el JARPA II;

## **7. Algunas ideas finales.**

La Corte Internacional de Justicia debió tratar nuevamente una cuestión centrada en el desarrollo sustentable. El uso racional de los recursos de todo ecosistema debe respetar los derechos de las generaciones futuras a usar y gozar de los mismos. Fundamentos como la actividad económica, laboral, o incluso tradicionales ancestrales quedan relegados frente a este imperativo de la posmodernidad que afirma la necesaria sustentabilidad de toda actividad humana.

Los ribetes interesantes del caso se relacionan con una cuestión general de DI y otra específica o temática. La primera es la manera en que debe interpretarse una excepción al objeto y fin de un tratado. La segunda cuestión gira alrededor de la materia ambiental y analiza la racionalidad de los métodos utilizados por Japón a fin de instrumentar en la práctica su programa científico nacido a la luz del permiso establecido en el artículo VIII, párrafo 1 de la CICB. Por otra parte, el cumplimiento del fallo ya ha generado inconvenientes en el inicio de 2016, en tanto Japón insiste con la caza de los mamíferos, transcurrido un año desde el fallo de la Corte Internacional de Justicia.<sup>11</sup>

En relación con la primera cuestión planteada, la CIJ sostiene que cualquier excepción o permiso a la regla general afirmada en un instrumento internacional ambiental, debe ser interpretado a la luz del contexto mayor provisto por el objeto y el fin de la Convención respectiva. Deben considerarse las demás provisiones de la norma, incluido en este caso, el Programa relativo a la moratoria establecida. En este punto, el propósito de la CICB consiste -conforme lo afirma su Preámbulo- en asegurar la conservación de todas las especies de ballenas al mismo tiempo que permitir su explotación sostenible, reflejando una evidente adhesión a la teoría del desarrollo sustentable. Y a renglón seguido se expresa el deseo de proteger a todas las especies de ballenas de la sobre-explotación, resaltando la necesidad de establecer un intervalo dedicado a la recuperación de ciertas especies cuyo número era reducido al momento de la firma de la CICB. No obstante, junto a este

---

<sup>11</sup> ) Véase [www.eluniversal.com/noticias/internacional/japon-retoma-caza-ballenas-pese-indignacion-internacional\\_16172](http://www.eluniversal.com/noticias/internacional/japon-retoma-caza-ballenas-pese-indignacion-internacional_16172)

propósito conservacionista, la CICB también expresa un costado económico, al permitir la explotación de ballenas. Por ejemplo, el tercer párrafo de su Preámbulo indica que los aumentos en el tamaño del stock de ballenas permitirán aumentar el número de cetáceos que podrán ser capturados sin poner en peligro la especie. A este fin, se afirma que es en interés común de todas las partes contratantes, el determinar el “nivel óptimo del stock ballenero” tan pronto como sea posible y finaliza mencionando la posibilidad de un desarrollo ordenado de la industria ballenera. Como vemos y mas allá de los cambios producidos en la opinión pública respecto de las cuestiones ambientales, el propósito de la CICB fue en el mejor de los casos, el de preservar un stock sostenible a fin de facilitar las capturas. En suma un uso racional del recurso, pero no se desprende de sus previsiones la idea de una prohibición de la caza de estos cetáceos.

En cuanto a la explotación racional del recurso, considerando el propósito de la CICB, podemos afirmar que una plan de investigación ordenado que aportara datos científicos relevantes a los fines del uso racional del recurso, permitiría la matanza de un número relevante de ballenas. El problema para Japón consistió en la extrema debilidad de fundamentos y resultados de las investigaciones científicas que servían de base a la caza que este país realizaba.

Claro que, ante la emergencia del paradigma ambiental y su valorización al alza, cabe preguntarse si los propósitos de la CICB se mantienen o si es momento de girar los mismos hacia la conservación de estas especies que nos preceden en millones de años, con la intención tal vez de jamás asistir a la desaparición de alguna de ellas.

## **RELACIÓN ENTRE CONTAMINACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y DESIGUALDAD SOCIAL EN EL MARCO DEL DERECHO A LA CIUDAD**

**Giménez Iraola, Yanina Florencia.**

### **Introducción**

El problema de la contaminación medioambiental es una de las grandes complicaciones a futuro que se vienen manifestando a nivel mundial, debido al crecimiento industrial y tecnológico, donde las empresas locales e internacionales para competir en un mercado capitalista y globalizado priorizan la ganancia económica produciendo desechos altamente contaminantes en desmedro del cuidado del medioambiente.

Pero veamos el motivo por el cual estas empresas siguen creciendo y ganando mucho dinero, a pesar de que los organismos internacionales y los Estados, no desconocen que las mismas contaminan todo el suelo y el espacio donde se asientan.

En este artículo nos proponemos analizar el motivo por el cual los Estados en vías de desarrollo permiten que fábricas y empresas que producen una alta emisión de gases de efecto invernadero (GEI), conocido como dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), el cual es el principal causante del aumento de la temperatura del planeta, se asienten en sus territorios nacionales. Es sabido que generalmente los gobiernos de turno intentan orientar sus políticas sociales a la obtención de resultados a corto plazo y es por ello que una de las grandes prioridades que estos gobiernos se proponen es la creación de fuentes laborales a cualquier costo, porque ello permite que sus votos estén asegurados.

La creación de empleo en países en vías de desarrollo es difícil sostenerla, ya que generalmente los grandes capitalistas invierten donde más les conviene y generalmente no es el caso de los Estados más vulnerables, salvo que los países desarrollados, no les permitan asentarse y crecer en sus territorios, porque esto signifique un riesgo muy alto de contaminación o peligro para su población, por lo tanto, en este caso, los gobiernos de países subdesarrollados, priorizan la creación de puestos de trabajo inmediata, en desmedro de la futura contaminación ambiental de su territorio.

Como se ha mencionado en un trabajo anterior, es obligación de los Estados, proporcionar a su población políticas públicas que generen bienestar y trabajo para llevar una vida digna, es así que para erradicar la pobreza, el artículo 6 del Protocolo de San Salvador establece que “Toda persona tiene derecho al trabajo”; pero además, también es obligación de los mismos establecer políticas medioambientales ya que el mismo Protocolo a continuación en el artículo 7.e, dice que los Estados deben brindar “seguridad en el trabajo”, además, rige la prohibición de todo trabajo que pueda poner en peligro la salud o la seguridad (artículo 7.f del Protocolo citado). La protección a la salud es materia vigente de varios pactos internacionales con jerarquía constitucional amparados en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional y principalmente del artículo 41 de este mismo cuerpo legal incorporado como derecho emergente o de cuarta generación en la reforma que nuestra Carta Magna tuvo en el año 1994, a saber:

“**Artículo 41 de la CN.-** Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Por lo tanto no pueden denostarse algunos derechos en función de aparentes prioridades, como podría ser la generación rápida de puestos de trabajo como políticas económicas. Según lo establece Susana Albanese en su artículo publicado en el año 2006,

la inquietud Estatal por la erradicación del desempleo suele ser más acelerada, que la reflexión social sobre las consecuencias de los medios utilizados para ello:

“Auspiciar la erradicación del desempleo a través de la construcción de fábricas que puedan contaminar el ambiente constituye una propuesta incorrecta. La construcción de fábricas sin lesionar el derecho a un medio ambiente sano es el desafío que deben valorizar todos los sectores de la sociedad.” (p. 12).

La autora mencionada, nos dice que no se puede anteponer un derecho constitucional violando otro derecho de la misma raigambre y eso es lo que en definitiva han venido haciendo los políticos de turno, principalmente en contextos de campaña. Esto se ve con mayor frecuencia en los países en vías de desarrollo, aunque también se aprecia en las grandes potencias mundiales.

Si tomamos en cuenta la no intervención estatal en cuanto a políticas medioambientales en nuestro país en los últimos tiempos, nos encontramos con situaciones que se han salido de control. Se han otorgado permisos a empresas extranjeras para la deforestación de bosques, explotación de minas, extracción de minerales y demás, que generan contaminación en el suelo y devastación en el medio ambiente sin tomar en cuenta, los riesgos a futuro que esas medidas acarrearán para la población toda.

En la década de los años setenta y luego durante los noventa de pasado siglo, con la instauración de las políticas neoliberales en todo el continente latinoamericano, el medio ambiente pasó a un segundo plano, como lo explica en Dr. Slavin en su artículo “Apuntes para la (re)construcción del 'Derecho a la ciudad’”, las políticas públicas y agregaríamos, los derechos humanos emergentes y de cuarta generación se fueron alejando cada vez más de las políticas de Estado:

“A partir de mediados de la década de 1970 se fue consolidando -a nivel internacional- un modelo económico neoliberal que hizo del Estado Social de Derecho y de las políticas públicas su principal enemigo. Bajo ese nuevo paradigma, el Estado constituía -y constituye- un obstáculo para el desarrollo

del sistema capitalista. Educación, salud, cultura, vivienda, trabajo, son materias que deben ser reguladas por el mercado, y preservadas de las desviaciones y la corrupción que genera la intervención estatal.” (SLAVIN, 2016, p. 01)

La libre regulación del mercado, la “mano invisible”, la realización plena del sistema capitalista en su máximo esplendor, no se condicen con políticas que contribuyan al mejoramiento del medio ambiente, ni siquiera a la conservación del mismo. Las políticas neoliberales han sostenido y sostienen la libertad de acción “Dejar hacer, dejar pasar”, dejar que el mercado se regule solo, cuando en realidad, estas cuestiones no deberían ser dejadas al libre albedrío, a la libre regulación, sino que deberían ser materia de absoluto control Estatal. El Dr. Salvin habla de “educación, salud, cultura, vivienda y trabajo”, nosotros agregaríamos el “*hábitat y el medio ambiente*” para el desarrollo de la población.

Ante ello nos encontramos con la problemática de que los Estados no responden a los principios y pactos internacionales de protección del medio ambiente. Existen diversas normativas al respecto, pero la realidad es que muy pocas de esas leyes son respetadas. Siempre poniendo como prioridad otras reglas que hacen prevalecer el desarrollo capital al bienestar medioambiental.

### **Relación entre contaminación medioambiental y desigualdad social en el marco del derecho a la ciudad**

He aquí una breve definición de lo que se ha dado en llamar ‘Derecho a la ciudad’, según Lanzarote:

“El derecho a la ciudad es el derecho de toda persona a vivir en un espacio colectivo, urbano o rural, con una administración local elegida democráticamente que tenga en el centro de sus políticas públicas el respeto de los derechos humanos de todos sus habitantes, asegurando así la plena

realización de su vida política, social, económica y **medioambiental.**”<sup>12</sup>  
(LANZAROTE, 2011, p. 22).

Se podría decir que la plena realización económica, implica la obtención de un trabajo digno, el cual, según pactos internacionales, el Estado está obligado a generar políticas para su creación.

Por otro lado, de la definición anterior, se desprende además, que la plena realización, traerían aparejado el goce de un medio ambiente saludable y sustentable para la población.

Como ya se ha mencionado, algunos gobiernos, principalmente de países en vías de desarrollo, en aras a la globalización, ante la necesidad de insertarse en el mercado, permiten que empresas altamente contaminantes se asienten en sus territorios con la excusa del ingreso de inversiones al país. Eso se está dando en la actualidad en los países de Latinoamérica con la restauración neoliberal que se ha venido produciendo en este último tiempo.

“El derecho a la ciudad representa un proyecto sumamente anti-neoliberal: poner la ciudad al servicio del habitante y no éste al servicio de una ciudad dominada por intereses capitalistas (Purcell, 2009). En 1969, Lefebvre introduce esta exigencia ética del derecho a la ciudad como una bandera susceptible de unir expertos en urbanismo y grupos políticos a la clase obrera, sin embargo ésta constituye el mayor actor y beneficiario de este conquista de la ciudad contra el capital.” (JOUFFE, 2010, p. 45)

A esto debemos sumarle la creciente ola demográfica que genera un aumento de las poblaciones urbanas y por lo tanto el crecimiento de las ciudades emergentes hacia las periferias. Lanzarote nos menciona cómo la situación económica de la era capitalista incide plenamente en el contexto medioambiental y social de las ciudades. En un párrafo de su artículo “El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”, nos explica la relación

---

<sup>12</sup> Resaltado en negrita nos pertenece.

entre contaminación medioambiental y desigualdad social en el marco del derecho a la ciudad, debido a la globalización y a la creciente desigualdad que genera el modelo económico capitalista de la era contemporánea:

“La ciudad del modelo actual se ha convertido en un actor internacional, ya que tiene la habilidad de movilizar recursos, es capaz de influir en el sistema y goza de la autonomía necesaria para el ejercicio de sus competencias. Sin embargo, esta preeminencia trae otras consecuencias consigo. Las fuerzas económicas y de mercado transnacionales generan fenómenos, muchos de ellos problemáticos, que se reflejan de manera dramática en las ciudades. El paro, la exclusión social, las desigualdades económicas, la falta de solidaridad provocada por el individualismo feroz, los flujos migratorios, la contaminación ambiental, la pobreza, la degeneración de nuestro entorno..., todos estos son efectos del sistema económico globalizado y globalizador.” (LANZAROTE, 2011, p. 16).

En el párrafo precedente podemos apreciar claramente como la exclusión social, la desigualdad económica, la falta de solidaridad provocada por el individualismo feroz, entre otros factores, son generadores de pobreza... pobreza que a su vez genera contaminación ambiental y degeneración de nuestro entorno... lo cual genera a su vez pobreza y así en una espiral interminable. Todo esto producido por un sistema capitalista voraz que ha absorbido la economía mundial y actualmente se encuentra globalizado.

En otro párrafo del mismo artículo, Lanzarote continúa diciendo:

“Desempleo, pobreza, contaminación ambiental, inseguridad ciudadana..., todos estas son consecuencias de la globalización, espejo de sus propias contradicciones, el reflejo de las cuales se vive en nuestras ciudades.” (LANZAROTE, 2011, p. 17).

Para gozar del “Derecho a la ciudad”, es necesario sortear muchos escollos. La ciudad es el vivo reflejo de las contradicciones que aporta el modelo neoliberal. Estamos inmersos en un mundo plagado de individualismo

producto del sistema capitalista que impone la competencia permanente para lograr la mayor rentabilidad económica, donde se prioriza la ganancia monetaria a costa de producir desechos altamente contaminantes en desmedro del cuidado del medioambiente.

Las políticas actuales poco han hecho para combatir la desigualdad y la pobreza.

“La concentración del poder económico y político, ciertamente agravado a partir de la dogmática y reiterativa aplicación de las salvajes políticas neoliberales surgidas del Consenso de Washington, es un fenómeno de explotación, despojo, desigualdad, exclusión y discriminación cuyas dimensiones espaciales son claramente visibles: ciudades duales, de lujo y miseria, vecinas y amuralladas; miles de inmuebles vacíos y miles de personas sin un lugar decente donde vivir; tierra sin campesinos, sometidas a agro-negocios, privatización y acumulación acelerada y concentrada en pocas manos de los bienes comunes y la riqueza creada colectivamente. Las condiciones y reglas –explícitas o no- que nuestras sociedades han creado están condenando a más de un tercio de los habitantes del mundo a vivir en absoluta miseria (y tienen a la mitad de la población mundial sobreviviendo con menos de U\$S 2,-.-dos dólares- diarios), mientras la desigualdad crece tanto en el norte como en el sur. En algunos países de América Latina y África, los asentamientos populares (...) son hogar de más del 60% de la población.” (ZÁRATE, 2011, p. 55)

Mientras que algunos pocos tienen suficiente dinero como para sostener a cientos de generaciones sin trabajar, el cincuenta por ciento de la población mundial sobrevive con apenas dos dólares estadounidenses diarios.

Mientras que solo dos Estados, de los que se autodenominan potencias mundiales (Estados Unidos y China, según STIGLITZ-KALDOR, 2013) generan el cincuenta por ciento de la producción de gases de efecto invernadero (dióxido de carbono CO<sub>2</sub>), el resto

de los países del mundo se ve sometida al deterioro medioambiental que los grandes países producen.

Mientras tenemos barrios amurallados, llamados countries o clubes de campo, lujosísimos, con mansiones de dimensiones extraordinarias, que hacen ostentación de la abundancia económica, con casas vacías o utilizadas solo para fines de semana, del otro lado de la avenida, nos encontramos con la contracara de la moneda, villas de emergencia sin agua potable, gas, ni cloacas, donde el hacinamiento, la pobreza, el hambre y las enfermedades están a la orden del día.

En un mundo desigual, donde crece día a día la brecha social y económica, donde la prioridad de los gobernantes de turno parte solo de tomar los senderos más cortos para así lograr mayor cantidad de votos. Donde no se invierte en políticas sociales y en el cuidado del medio ambiente, es muy difícil determinar una posible solución al problema.

### **Marco legal**

Como se ha dicho con anterioridad, es obligación estatal, generar entre sus habitantes políticas públicas tendientes a lograr bienestar y trabajo para que su población pueda gozar de una vida digna. Por esto mismo, para erradicar la pobreza, el artículo 6 del Protocolo de San Salvador establece que *“Toda persona tiene derecho al trabajo”*.

También es obligación de los Estados, establecer políticas sobre medio ambiente. El mismo Protocolo mencionado en el párrafo anterior, a continuación de lo expuesto, dice que *“los Estados deben brindar seguridad en el trabajo”* (artículo 7.e). El mismo artículo 7, en su inciso f, establece la prohibición de todo trabajo que pueda poner en peligro la salud o la seguridad de los trabajadores.

En el artículo de Lanzarote llamado “El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”, nos menciona la vinculación entre el deber de solidaridad, el derecho a la ciudad y la consciencia ecológica establecido en el artículo I de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, aprobada en la ciudad francesa de Saint-Denis en el año 2000 y adoptada por más de 300 ciudades de toda Europa:

“...el derecho a la ciudad es el derecho a ‘un espacio colectivo’ que pertenece a todos sus habitantes [los cuales] tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y **ecológica**, asumiendo deberes de solidaridad.”<sup>13</sup> (LANZAROTE, 2011, p. 21).

La protección a la salud, es uno de los derechos fundamentales que se encuentran plasmados en varios tratados internacionales con jerarquía constitucional incorporados en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional con la reforma del año 1994. También en la mencionada reforma, nos encontramos con la incorporación del artículo 41 de este mismo cuerpo legal, que protege el medio ambiente y el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, como derecho emergente o de cuarta generación.

Esto nos hace entender que, la Constitución Nacional (la cual siguiendo a Kelsen, es la ley suprema), incorpora el principio de desarrollo desde una perspectiva de sustentabilidad, es decir, que las actividades productivas que sean necesarias para el desarrollo humano y tecnológico en la actualidad, no comprometan las actividades que deberán realizar las generaciones en el futuro. Por lo tanto, las políticas de Estado que permiten el ingreso al país de empresas altamente contaminantes, en aras a satisfacer la demanda de ingreso de capitales para generar puestos de trabajo, es netamente inconstitucional.

### **Conclusión**

El Derecho a la Ciudad, es un derecho humano emergente, aun no muy difundido, nos animamos a decir que es un derecho desconocido por muchos o confundido con el derecho a una vivienda digna amparado dentro de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, incorporado constitucionalmente en el artículo 14 bis. El derecho a un medio

---

<sup>13</sup> El resaltado nos pertenece. En la página web del Institut de Drets Humans de Catalunya [www.idhc.org](http://www.idhc.org) puede encontrarse el texto íntegro 10 de la Carta de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad en diversos idiomas.

ambiente sano, es un derecho de los llamados de cuarta generación, introducido en nuestra Constitución Nacional a fines del siglo veinte.

Son nuevos derechos que aún no han sido totalmente difundidos en la población y los políticos de turno, aprovechan esa falta de difusión y la necesidad de obtener votos, para restarle importancia a su materialización.

Hemos pretendido realizar un abordaje sobre el paralelismo que existe entre la ampliación de la brecha de desigualdad social y la degradación del medioambiente, expresar el peligro que representa el cambio climático y las consecuencias a las que se encuentra sometida la sociedad debido al aumento indiscriminado de pobres generado por la problemática medioambiental que causa el sistema de producción capitalista.

Se ha establecido su relación con el Derecho a la ciudad y se buscará a través de la difusión que la población tome consciencia de la importancia que representa esta problemática, para las poblaciones actuales y futuras de todo el planeta.

### **Bibliografía**

- Albanese, Susana (2006). “Convenio de asistencia técnica: el derecho a un ambiente sano”. En: Encrucijadas, no. 38. Universidad de Buenos Aires. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <<http://repositorioubi.sisbi.uba.ar>>.
- Angulo, Nicolás (2010): “Pobreza, medioambiente y desarrollo sostenible”. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas © EMUI Euro-Mediterranean University Institute. Universidad Complutense de Madrid. ISSN 1578-6730. Mediterranean Perspectives. ISSN 1889-7231. Universidad Carlos III, Madrid.
- Blaschke, Jorge (2007): La rebelión de Gaia: la verdad sobre el cambio climático, Ed. SWING.- Harvey, David (1977); Urbanismo y Desigualdad Social; Siglo XXI Ed.; España, 1989.

- Borja, J; Jouffe, Yves; Marcuse, Peter y otros (2010): “Ciudades para tod@s: Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias”. Editado por Ana Sgranyes y Charlotte Mathivet - Habitat International Coalition (HIC). Primera edición- Santiago de Chile, 2010. ISBN: 978-956-208-090-3.
- Damian, Araceli (2015): *Crisis global, económica, social y ambiental*. “Estudios demográficos urbanos”, Vol. 30, Núm. 1 (88), 2015, p. (159-199).
- Henri Lefebvre (1969); *El Derecho a la Ciudad*; Ediciones Península, Barcelona, 1978.
- Henri Lefebvre (1974): *La producción del espacio*. Artículo publicado en: *Papers: revista de sociología*, Año: 1974 Núm.: 3 (p. 219-229)
- Herzer, Hilda y Gurevich, Raquel (1969): “Degradación y Desastres: Parecidos y Diferentes: Tres casos para pensar y algunas dudas para plantear”. Incluido en la compilación *Ciudades en Riesgo*, María Augusta.
- Lanzarote, Aida Guillén y otros (2011): “El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”, Serie Derechos Humanos Emergentes 7: *El Derecho a la Ciudad*, Barcelona, ISSN: 2013-7249, octubre del 2011.
- Leiva, Mariam (2004): “Calidad Ambiental Barrial: Una meta para Mar del Plata”. Editorial UNMDP.
- Marx, K. y Engels, F. (1932): *La ideología alemana*. Coedición Pueblos Unidos, quinta edición, Editorial Grijalbo S.A. Barcelona 1974.
- Marx, Karl (1867): *El Capital*, Tomo: I. Archivo digital de Fidel Ernesto Vásquez. Disponible para descarga en formato digital en el siguiente enlace: <<http://ebiblioteca.org/?/ver/13634>>.
- Schaefer de Czeraniuk (2010): “Educación Ambiental: Saberes, Propuestas y Experiencias”. Ed. Servilibro. Asunción Paraguay. m- Página oficial de la Organización Mundial de la Salud: OMS <[www.who.int/es/](http://www.who.int/es/)>.
- Slavin, Pablo (2016): “Apuntes para la (re)construcción del 'Derecho a la ciudad’”.
- Sophie De Coninck (2009): “La integración de los vínculos entre pobreza y medio ambiente en la planificación nacional de desarrollo: Un manual de buenas prácticas”. PNUD-PNUMA Iniciativa Pobreza - Medio Ambiente. ISBN: 978-92-807-2962-7. N° de trabajo: DRC/1084/NA. Producido por el Centro para la Pobreza

y Medio Ambiente del PNUD-PNUMA. Directores de la Publicación: Philip Dobie y John Horberry.

- Stiglitz, Joseph / Kaldor, Mary (Editores) (2013) La búsqueda de la seguridad. Protección sin proteccionismo y el desafío de la gobernanza global, Buenos Aires, Paidós.
- Stiglitz, Joseph (2012): El precio de la desigualdad, Editorial Taurus. ISBN 978-84-30600694.

## **EL DIFÍCIL ENTRAMADO DE LA FUTURA GOBERNANZA GLOBAL DE LAS ÁREAS MARINAS FUERA DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL**

**Villanueva, Ana Victoria**

Un mosaico de organismos y tratados internacionales gestiona los recursos oceánicos y la actividad humana en ciertas áreas marinas más allá de cualquier Jurisdicción nacional del estado (ver Figura 1). Sin embargo, estos órganos de gobierno varían mucho en términos de su mandato, que determina su alcance geográfico, su objetivo, el carácter jurídicamente vinculante de las decisiones que adoptan ya sea que regulen una o varias actividades. Sus jurisdicciones a menudo se superponen, pero prácticamente no existen mecanismos para coordinar áreas geográficas y sectores.

Con demasiada frecuencia, este enfoque de gobernanza fragmentado conduce a la degradación del medio ambiente y sus recursos, y hace que la implementación de herramientas de gestión y las evaluaciones de impacto ambiental y las áreas marinas protegidas (AMP), incluidas las reservas son parte de un desafío legal y logístico. En la reunión de 2010 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, los Estados se comprometieron a conservar el 10% del ambiente marino, un objetivo reafirmado en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible 2030. Un estudio de 2016 encontró que para conservar ecosistemas saludables y ayudar a los degradados a recuperarse, el 30 por ciento de los océanos del mundo necesita protección a través de AMPs, incluyendo reservas.

A pesar de esta necesidad global de conservación marina, menos del 1 por ciento de la alta mar están totalmente protegidos. Estados miembros han respondido a estas brechas de gobernanza y conservación al comprometerse a desarrollar un Instrumento Internacional Legalmente Vinculante para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica marina más allá de la jurisdicción nacional a través de un proceso en el marco de las Naciones Unidas que comenzó en el año 2006.

En marzo de 2016, el proceso comenzó con la primera de cuatro reuniones en la que los gobiernos comenzaron a desarrollar un acuerdo para proteger el alta mar. Con un impulso sostenido, la Asamblea General de las Naciones Unidas podría adoptar plenamente un tratado antes de 2020. Los siguientes mapas ayudan a ilustrar las actuales brechas de gobernabilidad en alta mar y enfatizan la necesidad de este tratado. Para que las organizaciones de gobernanza puedan gestionar y conservar eficazmente la vida en alta mar, tres elementos clave son necesarios: la autoridad reguladora, un mandato para conservar el ecosistema en su conjunto, y la capacidad de sectores múltiples. Aunque algunas organizaciones tienen dos de estos tres elementos, todos ellos carecen de mandatos amplios para gestionar y conservar eficazmente los ecosistemas en alta mar.

Figura 1

### International Governance Bodies With High Seas Mandate

Abbreviation	Full name	Abbreviation	Full name
<b>Regional fisheries management organizations</b>		<b>Regional seas organizations</b>	
CCSBT	Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna	CCAMLR	Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources
GFCM	General Fisheries Commission for the Mediterranean	MAP	Mediterranean Action Plan for the Barcelona Convention
IATTC	Inter-American Tropical Tuna Commission	OSPAR	OSPAR Commission (from the Oslo and Paris Conventions)
ICCAT	International Commission for the Conservation of Atlantic Tuna	SPREP	Secretariat of the Pacific Regional Environment Programme
IOTC	Indian Ocean Tuna Commission	<b>Global/sectoral organizations</b>	
NAFO	Northwest Atlantic Fisheries Organization	IMO	International Maritime Organization
NEAFC	North East Atlantic Fisheries Commission	ISA	International Seabed Authority
NPAFC	North Pacific Anadromous Fish Commission	IWC	International Whaling Commission
SEAFO	South East Atlantic Fisheries Organization		
SIOFA	South Indian Ocean Fisheries Agreement		
SPRFMO	South Pacific Regional Fisheries Management Organization		
WCPFC	Western and Central Pacific Fisheries Commission		

El punto de partida para el futuro acuerdo internacional legalmente vinculante para la conservación y uso sustentable de la biodiversidad marina en áreas más allá de la jurisdicción nacional es claro a través de la Resolución 69/292 de la AG/ONU de 20151.

1 <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/69/292>

La mencionada Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 19 de junio de 2015 insta la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar relativo a la conservación y el usos sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional.

Reafirmando el compromiso que asumieron los Jefes de Estado y de Gobierno en virtud del párrafo 162 del documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) del 20 al 22 de junio de 2012, que lleva por título “El futuro que queremos” y que la Asamblea General hizo suyo en su resolución 66/288, de 27 de julio de 2012, de abordar urgentemente, basándose en la labor del Grupo de Trabajo Especial Oficioso de Composición Abierta encargado de estudiar las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional, el tema de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, en particular de adoptar una decisión sobre la elaboración de un instrumento internacional en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, antes de que finalizara el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea.

La Resolución decide establecer, antes de que se celebre una conferencia intergubernamental, un comité preparatorio (PrepCom) abierto a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, los miembros de organismos especializados y las partes en la Convención, además de los invitados en calidad de observadores de conformidad con la práctica anterior de la ONU, para que formule recomendaciones sustantivas a la Asamblea General sobre los elementos de un proyecto de texto de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención, teniendo en cuenta los diversos informes de los Copresidentes sobre la labor del Grupo de Trabajo Especial Oficioso de Composición Abierta encargado de estudiar las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional, y que el comité preparatorio comenzará su labor en 2016 e informará a la Asamblea sobre su progreso antes del fin de 2017.

Decide que el PrepCom se reunirá como mínimo en dos períodos de sesiones de 10 días laborables de duración cada uno en 2016, así como en 2017<sup>2</sup>.

En el punto 2 de la Resolución 69/292 Decide también que en las negociaciones se tratarán los temas que componen el paquete acordado en 2011, a saber, la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, en particular, conjuntamente y como un todo, los recursos genéticos marinos, incluidas las cuestiones relativas a la distribución de los beneficios, las medidas como los mecanismos de gestión basados en zonas geográficas, incluidas las áreas marinas protegidas, las evaluaciones del impacto ambiental, la creación de capacidad y la transferencia de tecnología marina.

Un importante párrafo de la mencionada Resolución (cuya redacción es obra de la Delegación Argentina) es el número 3 en que se “Reconoce que el proceso que se indica en el párrafo 1 supra no debe ir en detrimento de los instrumentos y marcos jurídicos existentes ni de los órganos globales, regionales y sectoriales competentes”. Este párrafo es el eje casi gran parte de la discusión en cuanto a la gobernanza global de las AMFJN<sup>3</sup> y del alcance del futuro AI<sup>4</sup> en el marco de la CONVEMAR<sup>5</sup>, amén de los puntos referenciados en el apartado 1 que deben ser tratados en conjunto como un todo de acuerdo al package deal<sup>6</sup> de 2011.

Argentina como parte del Grupo de los 77 más China entiende que es necesario un acuerdo global para la conservación y uso sustentable de la diversidad marina en alta mar ya que los marcos, instrumentos y organizaciones regionales o sectoriales tienen un margen acotado de acción y la mayoría no tiene mandato para tomar medidas de administración para la conservación y uso sustentable de las AMFJN.

---

2 PrepCom 1: Del 28 de marzo al 8 de abril. Prepcom 2 del 29 de agosto al 12 de Septiembre de 2016. PrepCom 3 del 28 de marzo al 8 de abril de 2017. PrepCom 4 del 10 de julio al 21 de julio de 2017.

3 AMFJN: Áreas marinas fuera de la jurisdicción nacional.

4 AI: Acuerdo de Implementación (instrumento internacional legalmente vinculante para la conservación y uso sustentable de la biodiversidad marina en áreas marinas fuera de la jurisdicción nacional).

5 Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, Jamaica de 1982.

6 Paquete acordado.

Argentina en su declaración oficial del PrepCom 3, el 4 de Abril de 2017, ha sostenido que un enfoque sectorial y fragmentario no es suficiente en el abordaje de esta temática, y es necesario un enfoque global que no se limite a complementar los esquemas existentes, sino que debe brindar un mecanismo universal, abarcativo y coherente para la conservación y usos sostenible de la biodiversidad marina en AMFJN.

“En cuanto a cómo se debe abordar las situaciones donde no hay un órgano regional o sectorial, debe examinarse también desde un punto de vista práctico analizando cómo será la adopción de medidas y su implementación en estos casos. Al respecto quisiéramos reiterar que en el caso en que no existan organizaciones competentes en algunas áreas específicas, el Acuerdo no debería instar a constituir las, cosa que excedería su función. En el caso específico de las OROPs<sup>8</sup>, esa cuestión, como ya ha sido expresado por varias delegaciones, ya está regulada por el Acuerdo de 1995, mientras que el futuro acuerdo tendrá un ámbito material distinto y más amplio. Con relación al rol de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, ella podría constituir una institución con representación universal en el marco del futuro acuerdo, a través de una enmienda de su mandato. En todo caso, la Autoridad debe ser un componente esencial de cualquier negociación, en tanto ella tiene un mandato ya reconocido por la CONVEMAR. También podría trabajarse en la creación de una nueva organización internacional o de una Conferencia de las Partes (COP) como órgano rector del posible Acuerdo. En este último supuesto, resulta relevante que una COP cuente con un Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico de modo de analizar aspectos de naturaleza técnica. Asimismo, resulta relevante un mecanismo de Clearing-House<sup>9</sup>.”

Durante la misma sesión, BANGLADESH <sup>10</sup> se acerca más bien a una postura intermedia, tratando de mantener el status quo en favor de las OROPs. En cuanto a las actividades humanas que pueden afectar áreas vulnerables o diversidad biológica en las AMFJN son principalmente tres, y ya se encuentran bien reguladas. Ellas son: 1) Minería

---

7 <http://statements.unmeetings.org/media2/14683600/argentina.pdf>

8 Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera.

9 Se denomina así al intercambio de información.

10 <http://statements.unmeetings.org/media2/14683603/bangladesh.pdf>

de fondos marinos regulada por la AIFM<sup>11</sup>; 2) Navegación regulada por la OMI<sup>12</sup>; 3) Pesquerías de alta mar hay un acuerdo de implementación, o pueden ser reguladas por las OROPs. Por supuesto la contaminación, acidificación de los océanos y calentamiento también afectan la biodiversidad en el alta mar/AMFJN, pero no son efectivamente tratadas por ningún instrumento existente incluyendo los RGMs<sup>13</sup>, etc.

En cuanto al nuevo AI, BANGLADESH considera que el mismo podría mejorar significativamente el marco legal internacional existente, promoviendo la coherencia y consistencia entre los cuerpos regionales y sectoriales existentes, creando un incentivo para las organizaciones existentes para mejorar su situación y rendimiento. La pregunta clave es como lograrlo.

Por ejemplo, el nuevo AI ¿Cómo va mejorar el marco actual tal como está? Bangladesh ve como el nuevo AI promueve la coherencia y consistencia entre los cuerpos regionales y sectoriales existentes, así como creando un incentivo para las organizaciones existentes para mejorar su actuación y rendimiento. Vemos el rol clave del AI proveyendo una política que guíe y recomiende las organizaciones existentes, donde haya brechas o vacíos de implementación acerca de los que finalmente acordemos durante este proceso de PrepCom, especialmente sobre RGMs, HABAs<sup>14</sup> y los EIAs<sup>15</sup> desencadenantes.

En el pasado, con el Acuerdo de Nueva York de 1995 s/ especies compartidas y altamente migratorias, se realizaron cambios, aún luego de la pesca de fondo por la ONU, nuevos procesos fueron realizados después de la resolución, todos estos prueban que es posible, y no lleva demasiado tiempo, desencadenar un proceso que haga que los procesos existentes mejoren y sean útiles para la biodiversidad.

Como el actual presidente de la AIFM, Bangladesh por lo tanto considera que la AIFM es definitivamente el mejor lugar y la organización equipada con buenos

---

11 Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. International Seabed Authority.

12 Organización Marítima Internacional.

13 Recursos Genéticos Marinos.

14 Herramientas de Administración Basadas en Áreas.

15 Estudios de Impacto Ambiental.

mecanismos, científicos, un gran banco de datos y estudios ambientales de referencia y capacidad para monitorear y revisar actividades en AMFJN. Es una organización moderada con una preparación dinámica y si todos acordamos revisar o aún agregar algunas frases para incluir la columna de agua suprayacente al subsuelo y suelo marino para expandir su mandato e incluir los RGMs y creemos que esto proveerá la opción más efectiva en materia de costos. De todas maneras el nuevo AI necesitará un acuerdo institucional y para llenar sus objetivos, puede ser hecho simplemente creando otra división distinta dentro de la AIFM para lidiar con los RGMs y otros temas a ser desarrollados. Desde que la AIFM también trata del principio de PCH16 y es la única organización que tiene el mandato de coleccionar pagos y contribuciones por el Art. 82 de la CONVEMAR17 y responsable también por su distribución justa y equitativa, sería también el más apropiado para administrar las tareas de dicha organización con responsabilidades adicionales en las AMFJN. Hay Conferencia de Partes todos los años, tiene una secretaría bien equipada y su comunidad científica se encuentra dos veces al año y es la única organización de ONU, que lejos ha probado un número medible de construcción de capacidades para los países en desarrollo. Creemos firmemente que el resto del mundo estaría cómodo si las responsabilidades adicionales desarrolladas bajo el nuevo AI fueran dadas a la universal y competente organización como la AIFM con 22 años de experiencia, pericia y existencia en el mundo real de las AMFJN.

Argentina también opina que la AIFM sería la institución adecuada para la gobernanza global de las AMFJN. La UE, China, países nórdicos (Noruega, Suecia), Canadá, Japón, entienden que las OROPs gobernarían mejor las AMFJN, ya que cuentan con antecedentes y regiones sobre las cuales se aplica su mandato. Pero opinamos que no es suficiente para abarcar el 60 % de los océanos.

Los grandes temas que deberá incluir el futuro AI, se encuentran en un impasse en este momento. El 21 de julio pasado culminó el cuarto PrepCom en Nueva York en el que hay consenso sobre el desacuerdo<sup>18</sup> en los ejes centrales que debería incluir el futuro AI, a

---

16 Patrimonio Común de la Humanidad.

17 Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar, Jamaica 1982.

18 Expresión referida en los pasillos de las reuniones del PrepCom 4.

saber, la forma de la gobernanza global, las herramientas de administración basadas en áreas, los estudios de impacto ambiental y sus variantes (estudios estratégicos), la construcción de capacidades y transferencia de tecnología, si las AMFJN son PCH o no, y su consecuencia inmediata, si los Recursos Genéticos Marinos y sus derivados (aunque los países desarrollados y dueños de patentes no quieren incluirlos como patrimonio común de la humanidad), la transferencia de tecnología, la distribución de beneficios (económicos y no económicos) y el intercambio de información son parte aún del debate. Hay un fuerte apoyo de los países menos desarrollados, los pequeños estados insulares en desarrollo y los estados insulares en desarrollo del Pacífico de impulsar estos últimos puntos, agregando el conocimiento tradicional de las comunidades locales y las poblaciones autóctonas. Se logró impulsar la referencia a una Conferencia Intergubernamental de Partes (COP) para 2018 para el futuro acuerdo en el marco de la Asamblea General de la ONU. Sin mencionar que China, Estados Unidos, la UE y la Federación Rusa propusieron borrar, nada más ni nada menos, la sección sobre responsabilidad y obligaciones<sup>19</sup> y también, entendiendo el amplio apoyo para una COP, Estados Unidos recalzó que no tiene mandato para tomar posición sobre esta propuesta, apoyada por Japón, sugirieron eliminar la referencia al año 2018<sup>20</sup> como posible fecha de inicio de la COP. Islandia prefirió, junto con la Federación Rusa, borrar toda referencia a una COP a convenir, resaltando que esto está más allá del mandato del PrepCom.

Así que seremos cautos siguiendo la temática paso a paso, con optimismo y responsabilidad, compartiendo enfoques y posturas, y resaltando la labor coherente de Cancillería Argentina a lo largo de todos los años del proceso de elaboración del futuro Acuerdo Internacional Legalmente Vinculante para la conservación y uso sustentable de las áreas marinas fuera de la jurisdicción nacional.

---

19 <http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25139e.pdf> A lo que se opusieron los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, Argentina y el CARICOM (Comunidad del Caribe). CHINA propuso basar los temas relacionados con la responsabilidad y obligaciones con la CONVEMAR Arts. 304 (responsabilidad y obligaciones por daño), Art. 205 (publicación de reportes) y el Art. 263 (responsabilidad y obligaciones). Las declaraciones completas del PrepCom 4 pueden consultarse: <http://papersmart.unmeetings.org/ga/preparatory-committee-established-by-general-assembly-resolution-69292/fourth-session/programme/>.

20 <http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25139e.pdf> y <http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25140e.pdf>

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata,  
14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

**ANA VICTORIA VILLANUEVA**



## **LA CUESTION DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES. LA RESERVA NATURAL DEL PUERTO DE MAR DEL PLATA**

**Pérez, Florencia E.**

### **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo pretende abordar el análisis de la metodología a implementar para el caso hipotético consistente en el PSA a fin de recuperar y preservar la RESERVA NATURAL DE PUERTO DE MAR DEL PLATA. A tal fin se han considerado diferentes variantes, en primer lugar las implicancias territoriales analizando quienes serían en este caso particular oferentes y demandantes del servicio ambiental que se busca recuperar. También luego se analiza la interacción sociedad ecosistema, destacando en este caso la dificultad que se presenta cuando la sociedad o comunidad, que se beneficia por el servicio ambiental, que ofrece el recurso, no es reconocido en su totalidad. Siendo en gran parte la reserva considerada en cuanto a los servicios ambientales que ofrece como un sistema complejo de humedales. De ahí la necesidad de generar conciencia en la comunidad para propiciar la toma de decisiones correctas para el caso, cosa que sin lugar a dudas será necesaria con la participación ciudadana para que de esta manera sean considerados los beneficios y así luego poder ser valorados.

Fue por ello que luego analizamos las metodologías en cuanto a la valoración del recurso en cuestión, haciendo la aclaración que una mirada netamente económica no configuraría una mirada completa y correcta dado que no solo se puede tener presente la referencia costo – beneficio sino también o mejor aún costo-eficiencia. De esta forma indicamos la modalidad a considerar a fin de determinar entre otros el valor directo, indirecto, valor opción o legado que nos presenta el recurso a través de los servicios que brinda.

El paso siguiente consistió en determinar las perspectivas de los actores involucrados, para ello se tomaron en cuenta las cuestiones actuales en cuanto a la toma de decisión, evidenciando los problemas y dificultades que se presentan.- Por lo que

presentamos algunos casos que ejemplifican situaciones similares con carácter general en donde se establecieron pagos por servicios ambientales. Resultando fundamental en el éxito de los mismos, el posterior monitoreo y seguimiento pero observando que esta fase como las otras también se evidencia la necesidad de mayor desarrollo a tenor de las diversas dificultades que se presentan.- Lo que lleva a determinar como herramienta fundamental la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones para lograr el éxito en el pago por el servicio ambiental en cuestión, y para que la decisión no quede sólo en manos del Estado ni de particulares, por lo que como presupuesto previo a ello la EDUCACIÓN AMBIENTAL, reviste ser un pilar fundamental.

Finalmente concluimos con el detalle de aquellas incertidumbres y disparadores que el trabajo nos ha generado y cuya respuesta no pretendemos abordar en el mismo sino solo precisarlos para poder ampliar talvez en un posterior trabajo sus implicancias y alternativas de resolución.

### **I.- RESERVA DEL PUERTO DE MAR DEL PLATA. IMPLICANCIAS DE SU TERRITORIO. POBLACIÓN OFERENTE/DEMANDANTE Y SERVICIO QUE SE PRETENDE RECUPERAR**

Considerando las circunstancias particulares en torno a la Reserva del Puerto en lo que refiere a su origen como reserva propiamente dicho y por otro lado el conflicto que se genera como consecuencia de la cesión al Club Aldosivi, de terrenos cercanos a la reserva, generándose a partir de ese momento una serie de conflictos a tenor de las actividades que se realizan en el lugar, dado que se evidencia una extralimitación por parte de la zona que se había cedido, avanzando de esta manera el Club sobre la reserva, en primer lugar atentando o poniendo en peligro la reserva y por lo que hoy en la actualidad una parte de la misma ha sido eliminada mediante relleno que realizaron en la zona para instalar en parte zonas de canchas y vestuarios del Club, por lo que estas circunstancias nos ha generado la motivación para abordar este caso, a tenor que si el mismo se hubiera trabajado de otra manera, talvez no se hubiera llegado tarde, y esto no hubiera ocurrido. Es por ello que elegimos esta temática, conedores que hoy es imposible volver atrás lo hecho, pero lo

que se busca es evitar que situaciones similares ocurran. Aclarando que la reserva no se encontraba reconocida a nivel provincial pero si lo era a nivel municipal. Por lo que las cuestiones indicadas hicieron que se reconociera a nivel provincial el carácter de Reserva Natural mediante la pertinente declaración por parte de la Provincia de Buenos Aires, ello con la intención de lograr una mayor protección de la misma.

Los servicios que ofrece la reserva del puerto son variados, destacándose entre otros que por ser un complejo humedal, los beneficios propios no llegan a ser visualizados por la comunidad que en definitiva resulta ser la beneficiaria, cuestiones estas que generan cierta complejidad a la hora de abordar su defensa y el PSA. Sin perder de vista otro servicio, que implica la Reserva Natural del Puerto de Mar del Plata, consistente en ser un medio idóneo para generar espacios en función de la EDUCACIÓN AMBIENTAL, dado que la reserva resulta ser un oasis en la ciudad, o como dice Graciela Di Marco un RESERVA URBANA.

Otra cuestión compleja por cierto es la relativa a la titularidad, dado que por su ubicación geográfica confluyen jurisdicción municipal, provincial y nacional según la zona o área sea en lo que respecta a la misma reserva o sus alrededores como al control del poder de policía que se debe realizar. La población oferente no reconoce completamente el SA de la Reserva Natural del Puerto.

## **2.-METODOLOGIA: DETERMINACION DEL VALOR DE USO DIRECTO. VALOR INDIRECTO. VALOR OPCION O LEGADO**

En la actualidad los espacios naturales nos ofrecen variados servicios, los cuales pasan inadvertidos para muchos, por ser casi invisibles el valor que los mismos representan para la sociedad. Actualmente existe una corriente creciente en considerar a dichos espacios como susceptibles de valoración, lo cual no necesariamente significa que debamos asignarle un valor económico, dado que tendría si un sesgo reduccionista y significaría no considerar en todas sus dimensiones el valor total correspondiente a los servicios que se derivan de dicho entorno en particular.

Es por ello que para aquellos servicios ambientales que no poseen un mercado una de las posibilidades que ofrece la economía ambiental consiste en el desarrollado del concepto de Valor Económico Total, que comprende distintos tipos de valor: 1.- Valor de Uso Directo. 2.- Valor de Uso Indirecto. 3.- Valor opción o legado.

1.-Valor de Uso Directo: Para la determinación del valor directo, en este caso en particular, tomamos en consideración los bienes que ofrece la Reserva Natural del Puerto a la comunidad de Mar del Plata, de manera inmediata, y que se puede percibir, ver y observar insito en el lugar. Para ello hemos consultado fuentes que nos informan en detalle cual es la flora y fauna presente en la misma y que a continuación mencionamos:

Allí se encuentran más de 170 especies de vegetales, más de 150 especies de aves que representan el 79% de la avifauna del Partido de General Pueyrredón (15% a nivel nacional), el 50% de mamíferos, el 70% de los peces de agua dulce, el 50% de los anfibios y el 27% de los reptiles **Flora de la Reserva.**

La Reserva cuenta con un total de 178 especies vegetales, de las cuales 84 son nativas y 94 exóticas. De las mismas, 8 son árboles, 9 arbustos, 7 enredaderas, 76 hierbas perennes, 55 hierbas anuales, 8 hierbas bienales, 5 acuáticas flotantes, 4 acuáticas sumergidas y 6 palustres. En el pastizal continental la especie predominante es la “Cortadera” (Cortadera selloana) con varias hectáreas de extensión, existiendo en forma aislada plantas exóticas como palmeras, frutales, cañaverales, etc. La vegetación flotante está representada por la Lenteja de agua (Lemma gibba) y el Helechito de agua (Azolla filiculoides), cuyas concentraciones forman tapices sobre las lagunas. **Fauna de la Reserva** Sin duda el grupo mejor representado y más estudiado son las aves. Con más de 150 especies representan el 15% de las especies presentes en nuestro país. Entre los mamíferos, las especies más relevantes son el coipo (Myocastor coypus) y el cuis (Cavia pamparum) además de varias especies de pequeños roedores y marsupiales. Las distintas especies de peces observadas son bagres (Pimelodas sp. y Rhambdia sp.), chanchitas (Chichlasoma facetum), madresitas (Cnesterodon sp. y Jenynsia sp.) y lisas

(Mugil platanus). Las especies de anfibios más comunes son la ranita del zarzal (*Hyla pulchella*) y los sapos *Bufo arenarum* y *Bufo fernandezae*. Los reptiles están representados por algunas especies de culebras del género *Lyophis*. Antiguamente en el área de médanos costeros vivía la lagartija *Liolaemus wiegmanni*, siendo este sector el último relicto de la especie dentro del partido de Gral. Pueyrredón, pero en la última década ha disminuido hasta casi extinguirse.

2.-Valor de uso indirecto: Consiste en los servicios que la Reserva ofrece y que si bien no se perciben en forma inmediata, consiste en los beneficios que la presencia de la misma generan para el entorno y que su pérdida podría ocasionar distorsiones en el entorno de difícil o imposible recuperación, en tal sentido hemos podido constatar los siguientes entre otros, 1“La **Reserva Natural Puerto Mar del Plata** es un ambiente con características únicas en Mar del Plata que funciona como espacio de amortiguación entre zonas industriales, turísticas y residenciales. En la misma se encuentran representados diferentes ecosistemas: humedal, médano, playas, lagunas y pastizales. Asimismo, ofrece una serie de importantes servicios ambientales; tales como refugio de biodiversidad, fijación de dióxido de carbono, producción de oxígeno, purificación de agua, entre otros. ..La Reserva del Puerto de Mar del Plata es uno de los principales pulmones de la ciudad, es hogar de cientos de especies animales y vegetales, purificador del aire y el agua. En la actualidad este ambiente de gran valor científico, educativo y turístico se encuentra desprotegido frente al desarrollo de obras ilegales y eventos provocados y/o accidentales como incendios. Es por esto que Greenpeace propone la creación de una Reserva Provincial en el predio de la Reserva del Puerto que asegure su preservación y evite su destrucción.”

3.-Valor opción o legado: En esta situación nos tendríamos que imaginar las implicancias de la pérdida de dicho servicio y como podría ser reemplazado el mismo para que la comunidad pueda continuar con ese servicio, es decir el costo que implicaría el reemplazo de ese servicio ambiental, sea como espacios que mitiguen la contaminación que produce la falta de humedales o reducción de los mismos al no contar con un filtrado de las

---

1 <http://salvalareservadelpuerto.org/sobre-la-reserva/>

aguas, o la pérdida de vegetales y aves que protegen y purifican el lugar como sería reemplazada dicha pérdida y que costo implicaría.

### **3.- Perspectivas ambiental, económica y social de los actores involucrados dentro del PSA**

Con la finalidad de implementar el PSA resulta necesario conocer y determinar los actores involucrados, si bien es primordial no por ello deja de ser problemático, en base a las consideraciones mencionadas anteriormente.

De todas maneras podemos pensar en considerar actores a los dueños de esas tierras, en este caso particular, se caracteriza porque la Reserva del Puerto de Mar del Plata, pertenece a la provincia de Buenos Aires, y si bien dichas tierras fueron cedidas al Club Aldosivi, dicha cesión no comprendió la reserva en si misma, que fue la que se vio seriamente reducida y afectada por obras en la zona que la deterioraron queriendo prácticamente acabar con su existencia mediante el avance precisamente de las obras del Club hacia dichas zonas. Por lo que tendríamos representada en cierta medida al Gobierno Provincial como proveedor pero con cierto conflicto en cuanto a la titularidad de la misma. Por otro lado serían usuarios de los SA la comunidad, los habitantes de la ciudad de Mar del Plata y principalmente los vecinos de la zona portuaria, representada en este caso por el Gobierno Municipal.

De todas maneras una cuestión a considerar es que si tomáramos como proveedor al Estado, deberían los particulares abonar por el mantenimiento de dicho servicio ambiental que reciben, la cuestión y el problema es que no es reconocido públicamente el servicios ambiental que reciben, y por ende el pago que el mismo genera pasa a tornarse dificultoso y problemático,. De ahí que el PSA sin una política que acompañe el mismo mediante educación ambiental, y espacios de participación ciudadana, son unos de los elementos adicionales que se requieren para lograr el éxito de estas medidas.- Específicamente los actores serían quien vende, el titular, por otro lado quien compra, en este caso propuesto las fabricas, y aportes voluntarios, para que, para recuperar, gestionar y

promover la reserva. También otra alternativa sería pensar en si la propiedad es de un particular sea este quien reciba el aporte por el PSA con la finalidad indicada siempre que sea a su vez el responsable en gestionar la recuperación y preservación del recurso. La dificultad en este caso sería la necesidad de tener la confianza y resguardo en que dicha tarea será llevada adelante, por eso la implicancia del Estado y Ong como se dijo para el seguimiento y monitoreo que deben estar presentes.

Consecuentemente a pesar de ser los beneficiarios la amplia comunidad referida, no por ello se debe dejar de lado otros actores como ONG y empresas o particulares del sector privado, que en atención a la actividad que ellos desarrollan puedan tener interés en participar el pago por el servicio que presta la reserva, ello podría ser si nos centramos en las industrias que se encuentran radicadas en la zona portuaria, y que sus actividades inciden significativamente en el ambiente, por otro lado ya han sido reiterados los reclamos sea por el vertimiento de agua contaminada sin un procedimiento previo y por el olor de las fabricas de harina de pescado, por lo que una manera de compensar en cierta forma los efectos que ocasionan podría ser mediante el aporte a un fondo con destino para el mantenimiento de la reserva, como una especie de créditos que deben adquirir por la actividad que desarrollan. Ello independientemente de las actividades y reconversión que deban realizar si no ha llevado a cabo aún ese proceso. También sería posible pensar en mercados voluntarios de PSA aparte o independientemente de lo descrito en el apartado anterior.

A continuación mencionamos ejemplos sobre PSA desarrollados en Francia. “  
2Acuerdos auto/gestionados Francia: Tras el descubrimiento de benceno en el agua mineral Perrier Vittel en 1990, la empresa (ahora de Nestlé) confirmó que sería más barato invertir en la conservación de la tierra cultivable alrededor de los acuíferos que en la construcción de una planta de filtrado. Con ese fin compraron 600 acres de tierras de hábitat sensible y firmaron acuerdos de conservación a largo plazo con los agricultores locales. Los agricultores de la cuenca Rhin-Meuse en el noreste de Francia cobraron compensaciones

---

2 <http://toolkit.conservationfinance.org/sites/default/files/documents/redlac-capacity-building/1-fondos-ambientales-y-pagos-por-servicios-ambientales.pdf> página consultada en febrero 2017.

para adoptar métodos menos intensivos de producción lechera basada en pastizales, mejorar la gestión del desecho animal y reforestar áreas de infiltración sensibles. Otro ejemplo de Pagos Públicos Fondo del Legado Marino de Tanzania El Fondo del Legado Marino (MLF) es un fondo rotativo creado por la República de Tanzania que capta fondos de las licencias de pesca comercial de la Zona económica Exclusiva de Tanzania, con ingresos compartidos provenientes del ecoturismo costero/marino, y de los ingresos fiscales de la industria del petróleo y gas. A cambio, el fondo MLF les paga a las comunidades costeras para que las mismas protejan hábitats esenciales, administren el propio uso del ambiente costero/marino y financien los gastos operativos de los sectores marinos fundamentales.”

De todas maneras pensando en la posibilidad de implementar el PSA para recuperar o mantener la reserva la cuestión fundamental es el control en la administración de los fondos destinados al mismo y por otro lado el monitoreo y seguimiento de las actividades que se realizan en el lugar siendo conveniente un gestión integrada entre el sector público y privado como podrían ser diferentes ONG o entidades de bien público.

#### **4.- Proceso de participación comunitaria y gobernanza local necesarios para promover el esquema PSA**

El proceso de participación comunitaria y gobernanza local es fundamental para el éxito en el PSA, de allí la necesidad de conformar espacios de integración y negociación con los diversos actores involucrados, y con una mirada amplia y abarcadora. Dado que no solamente pensaremos en vendedor o proveedor del servicios/ comprador –usuario/ sino además al resto de la comunidad que se beneficia que es la sociedad en su conjunto por la política dirigida a la protección y conservación del recurso natural y por otro lado al Estado y las diferentes organizaciones no gubernamentales con interés en la cuestión.

El diálogo, y la búsqueda de estos espacios, mediante generación de asambleas participativas, con propuestas y reconocimiento de los servicios que brindan los recursos que se buscan proteger, reconociendo la significación real que configura su conservación.

El acceso a la información en forma completa e íntegra y la educación ambiental funciona como presupuesto para el éxito en la participación y toma de decisión en tal

sentido. De allí la importante labor que realizan los expertos en el relevamiento de la información y seguimiento respectivo.

**Limitantes, incertidumbres y riesgos potenciales (sociales, territoriales, económicos, políticos, ecológicos, etc) de implementar el esquema PSA planteado.**

Entre estas cuestiones podemos mencionar la necesidad de contar con fuentes de financiamiento, y la dificultad que ello puede implicar.

Que su implementación requiere de normativa precisa a la problemática que se pretende resolver y que no sea una simple oportunidad de obtener créditos por las actividades contaminantes que algunas empresas realizan, sino que va más allá.

El reconocimiento social de los servicios ambientales que ofrece el recurso que se pretende proteger.

La confianza en los sistemas encargados de administrar los aportes y las prácticas que en concreto se vuelcan sobre los recursos para hacer las mismas efectivas y eficaces.

El cuidado del resto de los recursos que no se incluyen en el PSA para evitar que luego se generen pérdidas de recursos con la intención de generar ingresos económicos para el vendedor del mismo.

La actualización monetaria y correcta inversión de los aportes al fondo para evitar que el mismo pierda la virtud perseguida.

El uso de la información y la necesidad de contar con información certera y correcta puntualmente capacitación específica en la temática.

Incertidumbre acerca de que los aportes que se obtengan sean lo suficientemente efectivos como para recuperar o gestionar el recurso natural en cuestión.

**Bibliografía**

Informe de Greenpeace:  
Un breve análisis de la situación de la Reserva del Puerto y nuestra solución planteada.

Proyecto de Ley Expediente E 104 2012 – 2013:  
Declara Reserva Natural Provincial a la Reserva Natural Puerto Mar del Plata.

Ley 24093 de puertos:  
Ley nacional por la cual se traspasa el dominio del puerto Mar del Plata al estado provincial.

Decreto provincial 937/2001 delimita el área de influencia geográfica del Puerto Mar del Plata:  
Deja en claro que las tierras correspondientes a la Reserva del Puerto, y al puerto de Mar del Plata en su conjunto, pertenecen al ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

Ley Provincial N° 10.907:  
Ley de Reservas Naturales de la Provincia de Buenos Aires.

Ordenanza Municipal N° 7927:  
Crea la Reserva Natural Puerto Mar del Plata.

Ordenanza Municipal N° 10313:  
Extiende el predio asignado a la Reserva Natural Puerto Mar del Plata.

Ordenanza Municipal N° 11038:  
Declárase “Área Protegida” al sector conocido como Lagunas de Punta Mogotes.

Declaración C-3875:  
El Concejo Deliberante del Partido de General Pueyrredón solicita a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires la sanción de una Ley que establezca la preservación de la “Reserva Natural Puerto Mar del Plata”.

Reserva Natural del Puerto de Mar del Plata. Un Oasis Urbano de Vida Silvestre.  
Completo libro sobre la Reserva del Puerto.  
Autores: Silvia Graciela De Marco, Laura Estela Vega, Patricio Juan Bellagamba.

<http://salvalareservadelpuerto.org/sobre-la-eserva/>

<http://toolkit.conservationfinance.org/sites/default/files/documents/redlac-capacity-building/1-fondos-ambientales-y-pagos-por-servicios-ambientales.pdf>

## **FUNCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA Y RESARCITORIA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA: PROPUESTAS DE LEGERFERENDA**

**Verneti, Ana Maria**

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina se encuentra hoy a dos años de su vigencia, la doctrina iusprivatista trabaja incansablemente por mejorar y optimizar esta reforma tan importante, es por ello que hoy se encuentra en permanente revisión muchas de sus disposiciones en las distintas áreas del derecho privado. En esa ocasión y como es del área de mi especialidad me he limitado a analizar y proponer reformas “de legerferenda” relativas al reconocimiento, protección y reparación de los Derechos de Incidencia Colectiva, como un reflejo concreto de la constitucionalización del derecho privado (arts.14, 240, 1737).

La comisión revisora designada por el Poder Ejecutivo eliminó la Sección Quinta (correspondiente a los daños a los derechos de incidencia colectiva de la versión original) donde se contemplaba la forma de reparar esos daños, como así también la institución de la Sanción pecuniaria disuasiva del proyectado art. 1714.- Sin perjuicio de considerar desacertada la eliminación de estas disposiciones, es obvio que aún sin norma expresa debe ser reparado el daño, no sólo por lo dispuesto por el art. 1737, sino también por la aplicación de la legislación especial y la jurisprudencia imperante en la temática<sup>1</sup>, en cuanto a la institución de la sanción pecuniaria disuasiva es deseable que en el futuro se incorpore nuevamente al Código ya que esta representa una institución de suma importancia para la prevención de daños de impacto social.

### **De la Sanción Pecuniaria Disuasiva**

---

<sup>1</sup>Verneti, Ana María; Pelle Walter David ; Oviedo, Claudia Luján (2016) “Ambiente y Salud” Código Civil y Comercial. Políticas Públicas. EUDEM, Mar del Plata, Argentina.

El Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial la establecía en su Art. 1713, pero circunscribiéndolo al ámbito de los derechos de incidencia colectiva,: "***Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados*** en el Artículo 14 inciso c). Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. ***La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.***"

Cabe señalar un par de observaciones, la incorporación de esta figura en el proyecto del código constituye un instituto de gran importancia para la prevención de los daños de incidencia colectiva permitiendo ampliar su aplicación mas allá de la esfera del derecho del consumidor como lo prevé el art.52 bis de la ley 24240.

Coincido con el jurista Lopez Herrera<sup>2</sup> que puede perfeccionarse su redacción incorporando al texto “los daños individuales y colectivos” ya que en muchas ocasiones la lesión a derechos de incidencia colectiva se presentan asociados a lesiones a derechos individuales que comparten una causa común ( es decir individuales homogéneos) lo cual de no incorporarse la posibilidad de la sanción pecuniaria a quien actúe con grave menosprecio a los derechos individuales también éstos quedarían disminuídos en su protección.-

Otro aspecto a considerar es el destino del monto en concepto de sanción pecuniaria, sin perjuicio de que éste lo fije y asigne el juez por resolución fundada seria muy positivo ir generando instrumentos de gestión como son los “fondos ambientales” a modo de fondos de garantía que existen desde hace muchos años en el derecho comparado

---

2 López Herrera Edgardo, Sanción pecuniaria disuasiva. UNSTA

y que actualmente se está gestando lentamente en varias provincias de nuestro país<sup>3</sup> ante la frustración del fondo de compensación ambiental que alude la ley 25675. La existencia de fondos ambientales permitiría que las indemnizaciones por daños a bienes colectivos como aquellos montos en concepto de sanción pecuniaria disuasiva se depositen en ellos y sea el fondo ambiental quien administre y redestine el dinero en la financiación de planes, programas y proyectos vinculados a la recuperación de los bienes colectivos afectados.<sup>4</sup>

Considero de suma importancia la incorporación de la sanción pecuniaria disuasiva en el cuerpo del Código Civil y Comercial.

## II .De la reparación plena<sup>5</sup>

Recordemos que el texto original del proyecto contenía una sección dedicada a la forma de reparación de dicho daño, pero ésta fue eliminada por la comisión revisora del Poder Ejecutivo[3]. Hoy, debido a la eliminación de su regulación específica debemos aplicar el art. 1740 que alude a reparación plena.

En esta oportunidad emitiremos algunas apreciaciones a dicho artículo ya que el mismo en materia ambiental resulta incongruente, a saber: Los artículos eliminados disponían lo siguiente: “Art. 1745: Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior del hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.(...)”

---

<sup>3</sup> Salta (Ley 7.070), La Pampa (Ley 1.352), Chaco (Ley 3.964), Formosa (Ley 1.060), y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley.3.341) prevén un fondo ambiental propio.

<sup>44</sup> VERNETTI, Ana María, Medio ambiente: Los Fondos Ambientales como mecanismo financiero de recomposición, Revista Doctrina Judicial, 2001-3-281. “Gestión Pública: Fondos Ambientales para la implementación de políticas sustentables”, trabajo presentado ante las Jornadas de Filosofía y Ciencia Política, Mar del Plata, noviembre 2016.-

<sup>5</sup>Vernetti Ana Maria, La reparación plena del art. 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Apreciaciones en materia ambiental Análisis Crítico de su aplicación a los derechos de incidencia colectiva, [www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina2045.pdf](http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina2045.pdf)

Ahora bien, al eliminarse tal disposición, la reparación deberá efectivizarse conforme lo dispone el art. 1740. Este dice “la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.(...)” Esta disposición en el ámbito de aplicación para “derechos de incidencia colectiva” merece algunas observaciones: 1.- La reparación plena es una expresión muy utilizada en la doctrina civilista para significar las consecuencias resarcibles en materia de responsabilidad civil reconocida por el ordenamiento jurídico, es decir “reparación plena”[4] es aquella que corresponde conforme la “plenitud propia de todo ordenamiento jurídico”[5], es decir en nuestro código civil conforme el art. 1726 dice que son resarcibles las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, es decir marca un límite a las consecuencias en la extensión del resarcimiento[6], esto es la plenitud a la que se refiere el código civil y comercial cuando alude a reparación plena , para diferenciarlo con la reparación integral cuyo contenido es mayor y abarcaría otras consecuencias como las casuales y aun las remotas si fueran indemnizables.[7] En materia de reparación a bienes colectivos como es el ambiente o alguno de sus componentes, la “reparación plena” en los términos del Código Civil y Comercial no es suficiente para garantizar la recomposición a la que el art. 41 de la CN ordena.

Debemos preguntarnos si es suficiente para recomponer el ambiente el resarcimiento de las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles? 2.- La norma establece, ésta “Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.(...)”.

Primeramente alude a la recomposición al estado anterior[8]; en materia de lesión a bienes colectivos la restitución al estado anterior es únicamente en especie, la indemnización en dinero es subsidiaria (ver art. 28 de La Ley Q-2643 según texto ordenado por el Digesto Jurídico Argentino[9]Ley 25.675- Ley general del ambiente) no opcional

como señala el art.1740, además la víctima o damnificado no puede hacer uso de una opción cuando el destino de la indemnización es la reparación de un bien colectivo, es decir la víctima podrá hacer uso de esa opción cuando se trate de daños a derechos individuales pero no cuando estos correspondan a la lesión a derechos colectivos, ya que como señala el art. 240 a los fines de garantizar la sustentabilidad del ambiente, establece que : “El ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.(...)” y además el art. 41 impone la obligación prioritaria de recomponer lo cual implica que deben generarse los mecanismos jurídicos institucionales para garantizar esta manda constitucional. Tampoco resultaría aplicable la expresión donde dice que la víctima “puede optar por el reintegro específico salvo que sea imposible o excesivamente oneroso, en cuyo caso debe fijarse en dinero”, esto quiere decir que si la recomposición específica es excesivamente onerosa se fijará en dinero?, sin duda la indemnización que se fije en dinero no constituye en este supuesto una reparación plena, porque si esta resulta menos onerosa que recomponer en especie significa que no se logrará la recomposición en ninguna de sus formas porque la indemnización que se fije ciertamente será menos onerosa y por ende no alcanzará para volver las cosas al “estado anterior”.

## **II. De la prescripción liberatoria (Plazo y comienzo de su cómputo)<sup>6</sup>**

Un tema no menor por cierto es el instituto de la “prescripción de la acción por daños a derechos de incidencia colectiva”. Cabe recordar que el Código Civil y Comercial establece notables cambios en materia de prescripción pero hace silencio en esta temática, sin establecer un plazo expreso para el caso de daño ambiental colectivo.

Mientras nuestro ordenamiento no establece un plazo de prescripción especial (resultando aplicable, según el criterio de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la CSJN en autos "García Raúl v. Provincia de Río Negro", SJA 26/01/2.011, el plazo general de prescripción de la reparación por daños derivados de responsabilidad civil del derecho común, que actualmente es de tres años de acuerdo al art. 2.561 del CCyC, y que en el régimen del anterior CC era de dos años por tratarse de responsabilidad extracontractual),

---

<sup>6</sup>Verneti ,Ana Maria, La **prescripción** por daño ambiental en nuestro país y en legislaciones comparadas ¿Utilidad del plazo o ficción jurídica? .

En : <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=19...596>

en el derecho comparado suelen establecerse plazos de prescripción específicos para la temática analizada.

En efecto, pueden señalarse en tal sentido algunos ejemplos. Chile prevé en el art. 63 de la Ley Bases Generales del Medio Ambiente Nro. 19300, mod, 20173/07: “La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño”. Asimismo, Panamá, en su ley de gestión ambiental, establece en el art 118 que “La acción civil ambiental tendrá por objeto restaurar el ambiente afectado o la indemnización por el daño causado”, mientras que en el art. 119 determina que “Las acciones ambientales civiles prescriben a los diez años de la realización o conocimiento del daño”. México, en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, señala en su art. 203: "(...) El término para demandar la responsabilidad ambiental será de cinco años contados a partir del momento en que se produzca el acto, hecho u omisión correspondiente". En contraste, la Ley General de Vida Silvestre establece que la acción de responsabilidad por daño a la vida silvestre prescribirá a los cinco años a partir del momento en que se conozca el daño”. Las leyes locales del Distrito Federal y del Estado de Colima acogen la fórmula según la cual la acción para demandar la responsabilidad por daños al ambiente prescribirá cinco años después de que hayan cesado los efectos. Recientemente la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (07/06/2013) establece en el art. 29: “La acción por daño ambiental prescribe en doce años, contados a partir del día en que se produzcan el daño al ambiente y sus efectos”<sup>7</sup>. Por su parte, España, en la ley Nro.26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, en su art. 4 (titulado “Ámbito Temporal de la responsabilidad medio ambiental”) establece:

---

7 Evidentemente, esta aparente asimetría en cuanto al momento de contabilizar el plazo de prescripción que presenta México, demuestra que a medida que se observa el comportamiento de la presencia de daños ambientales se advierte que los criterios tradicionales no resultan aplicables, siendo más adecuada la consideración de la teoría de los “daños continuados”. Por ello la citada norma dice “comienza desde que hayan cesado los efectos”. Ello, en consonancia con la tendencia que también han manifestado los tribunales europeos, pues han expresado que en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la generación del definitivo resultado. Será en ese momento cuando el reclamante puede valorar el detrimento sufrido, y ponderar la indemnización que procede reclamar (SSTS 30 de noviembre de 2011, 14 de julio de 2010, 20 de noviembre de 2007, 8 de junio de 2007, 14 de marzo de 2007, 21 de marzo de 2005, entre otras muchas), si bien matizando que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (s. 9ª) del 12 de junio de 2012, en: [http://notasdejurisprudencia.blogspot.com.ar/2012/09/civil-obligaciones-resarcimiento-de\\_10.html](http://notasdejurisprudencia.blogspot.com.ar/2012/09/civil-obligaciones-resarcimiento-de_10.html), visto el 9 de octubre de 2014).

“Esta ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó. El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño”.

Las legislaciones más recientes contemplan o incorporan la “teoría de los daños continuados”, es decir, el comienzo del plazo desde el cese de total de los efectos, postura válida aunque con algunas observaciones.

Es apropiada esta posición, es decir que mientras se siga produciendo el daño no comienza a contarse el plazo (el cese de los efectos marcaría el comienzo del cómputo del plazo de prescripción), pero además ésto debe estar asociado a la toma de conocimiento por parte de los legitimados a actuar, ya que ellos pueden tener acceso al conocimiento del daño con posteridad a su cese, y una prueba pericial técnica podría determinar el momento del cese de los efectos, lo que podría ser usado por los responsables para interponer la prescripción si el plazo entre el cese y la interposición de la acción fuera superior a tres años.

La “*toma de conocimiento del cese de los efectos*” entonces debe ser el punto de partida para el inicio del cómputo de la prescripción, de este modo se garantiza adecuadamente el derecho a la pretensión de recomposición en especie y/o de la indemnización si aquella resultara imposible.

### **Conclusiones. Propuestas De legeFerenda**

I.-La sanción pecuniaria disuasiva debe reincorporarse al cuerpo del Código Civil y Comercial se propone a la redacción proyectada la leyenda“a quien actúa con grave menosprecio hacia derechos individuales como a derechos de incidencia .El destino de la sanción pecuniaria en el caso de deechos de incidencia colectiva se depositará en el fondo especial que gestione derechos de incidencia colectiva, supletoriamente lo indicará en juez por resolución fundada”.

II. Visto los art.14 y 1737, en los cuales el Código CCN reconoce los derechos de incidencia colectiva y su lesión como daño resarcible, y habiéndose eliminado (de su texto original del anteproyecto) la sección correspondiente a su reparación resulta atendible considerar que al art.1740 del código vigente relativo a Reparación Plena contenga una leyenda que exprese: “en caso de lesión a derechos de incidencia colectiva no rige la opción del reclamante, esta deberá repararse en especie y subsidiariamente será en dinero cuando resulte imposible”. (cft.art.41 CN y concordantes ).

II.En materia de prescripción, al art, 2561 deberá agregarse: ....”en caso de daños a derechos de incidencia colectiva el plazo de tres años comenzará desde la toma de conocimiento del cese de los efectos cuando el daño se cause en forma continuada”,conforme la doctrina judicial de la CSN y de la doctrina y legislación comparada en la materia.-

Recordemos que la ley 25675 no prevé para el daño ambiental de incidencia colectiva un plazo especial de prescripción (como si ocurre en las legislaciones comparadas), lo cual implica que se aplique el plazo del derecho común; no obstante cabe recordar que tanto en la doctrina de los Derechos Humanos como Ambientalista predomina la tendencia a considerarla imprescriptible y en su caso la aplicación analógica del último párrafo del art. 2561 cuando hace referencia a las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad, lo que generará sin lugar a dudas un interesante debate.

**Dra. Ana Maria Verneti**

Profesora Adjunta Derecho de las Obligaciones, Facultad de Derecho UNMDP



#### COMISIÓN 4. TEORÍA Y PRAXIS DE LA PROFESIÓN

#### MARX Y LA LUCHA DE CLASES...EN ARGENTINA

**Slavin, Luis Pablo**

Sin un objetivo preciso, tal como suelo hacerlo muchas veces, abrí al azar un texto de Marx, y comencé a leerlo.

Se trataba de *Las Luchas de Clases en Francia de 1848 a 1850*. Desde luego, estaba íntimamente convencido que la lectura era una forma ideal de apartarme de la crónica diaria; propósito que, dada la situación que está viviendo nuestro país, resultaba para mí un comprensible alivio.

Sin embargo, **otro ha sido el resultado.**

Marx analiza la revolución de julio de 1848 afirmando del Gobierno de Luis Felipe:

La que dominó no fue la burguesía francesa sino una fracción de ella: los banqueros, los reyes de la bolsa, los reyes de los ferrocarriles, los propietarios de las minas de carbón y de hierro y de las explotaciones forestales y una parte de la propiedad territorial aliada a ellos: la llamada aristocracia financiera. Ella ocupaba el trono, dictaba leyes en las Cámaras y adjudicaba los cargos públicos, desee los Ministerios hasta los estancos.<sup>1</sup>

Seguidamente hace notar los padecimientos de la burguesía industrial. “La pequeña burguesía en todas sus gradaciones (...) habían quedado completamente excluidos del poder político”.<sup>2</sup>

La crisis financiera los había dejado a expensas de la alta burguesía.

Imposible supeditar la administración del Estado al interés de la producción nacional sin restablecer el equilibrio del presupuesto, el equilibrio

---

136. 1 Marx, C. y Engels, F.; *Obras Escogidas en 2 Tomos*; Ed. Lenguas Extranjeras. Moscú, 1955. T<sup>o</sup>1, Pág.

2 Obra citada, pág. 136.

entre los gastos y los ingresos del Estado. ¿Y cómo restablecer este equilibrio – pregunta Marx- sin restringir los gastos públicos, es decir sin herir intereses que eran otros tantos puntales del sistema dominante y sin someter a una nueva regulación el reparto de los impuestos, es decir, sin transferir una parte importante de las cargas públicas a los hombros de la alta burguesía?

A mayor abundamiento –prosigue explicando- **el incremento de la deuda pública interesaba directamente** a la fracción burguesa que gobernaba y legislaba a través de las Cámaras. **El déficit del Estado** era precisamente el verdadero objeto de sus especulaciones y la fuente de su enriquecimiento. Cada cuatro o cinco años un nuevo empréstito, y cada nuevo empréstito brindaba a la aristocracia financiera una nueva ocasión de estafar a un Estado mantenido artificialmente al borde de la bancarrota; este no tenía más remedio que contratar con los banqueros en las condiciones más desfavorables.<sup>3</sup>

La historia sonaba conocida. De una actualidad propiamente humillante. Está visto que nuestra alta burguesía repite las políticas más corruptas sin acreditar, al menos, un atisbo de originalidad.

La creatividad no es lo suyo. Sus abusos son burdos. La pasión insaciable por acumular los domina, pero ni siquiera los inspira a buscar abusos novedosos.

Cada nuevo empréstito –denuncia Marx- daba una nueva ocasión para saquear al público que coloca sus capitales en valores del Estado mediante operaciones de bolsa en cuyos secretos estaban iniciados el Gobierno y la mayoría de la Cámara. En general, la inestabilidad del crédito del Estado y la posesión de los secretos de éste daban a los banqueros y a sus asociados en las Cámaras y en el trono la posibilidad de provocar oscilaciones extraordinarias y súbitas en la cotización de los valores del Estado, cuyo resultado tenía que ser siempre, necesariamente, la ruina de una masa de pequeños capitalistas y el enriquecimiento fabulosamente rápido de los grandes especuladores.<sup>4</sup>

---

3 Obra cit., pág. 137.

4 Obra cit., pág. 137.

El déficit del Estado “...respondía al interés directo de la fracción burguesa dominante.... Las enormes sumas que pasaban así por las manos del Estado, daban, además ocasión para contratos de suministro, que eran otras tantas estafas, para sobornos, malversaciones y granujadas de todo género. La estafa al Estado en gran escala, tal como se practica por medio de empréstitos, se repetía al por menor en las obras públicas.”<sup>5</sup>

No se trata de fenómenos aislados.

Al igual que los gastos públicos en general y los empréstitos del Estado, la clase dominante explotaba la construcción de ferrocarriles. Las Cámaras echaban las cargas principales sobre las espaldas del Estado y aseguraban los frutos de oro a la aristocracia financiera especuladora. Se recordará el escándalo que se produjo en la Cámara de Diputados cuando se descubrió accidentalmente que todos los miembros de la mayoría, incluyendo una parte de los ministros, se hallaban interesados como accionistas en las mismas obras de construcción de ferrocarriles que luego, como legisladores, hacen ejecutar a costo del Estado.<sup>6</sup>

Ferrocarriles, Correo, empresas de aerotransporte, servicios eléctricos, petróleo, gas, mineras, peajes, etc. El *Rey Midas* todo lo que tocaba lo convertía en oro. La gran burguesía lo vuelve negocios corruptos.

Va de suyo que podríamos caracterizar a nuestro gobierno –tal como Marx lo hacía con la monarquía que regía en Francia en 1848- como “...una gran sociedad de acciones para la explotación de la riqueza nacional (...) cuyos dividendos se repartían entre los ministros, las Cámaras (...) y su séquito”<sup>7</sup>

La respuesta hacia dónde conduce esta política económica depredadora, era descrita por Marx al señalar que “El comercio, la industria, la agricultura, la navegación,

---

5 Obra cit., pág. 137.

6 Obra cit., pág. 138.

7 Obra cit., pág. 138.

los intereses de la burguesía industrial, tenían que sufrir constantemente riesgo y quebranto bajo este sistema.”<sup>8</sup>

Es bueno prestar atención al camino que estamos por recorrer, sacando experiencia del pasado para evitar su repetición.

Las palabras de Marx deberían servirnos como advertencia de lo que se avecina:

Mientras la aristocracia financiera hacía las leyes, regenteaba la administración del Estado, disponía de todos los poderes públicos organizados y dominaba la opinión pública mediante la situación de hecho y mediante la prensa, se repetía en todas las esferas, desde la Corte hasta el cafetín de mala nota, la misma prostitución, el mismo fraude descarado, el mismo afán por enriquecerse, no mediante la producción, sino mediante el escamoteo de la riqueza ajena ya creada. Y señaladamente en las cumbres de la sociedad burguesa se propagó el desenfreno por la satisfacción de los apetitos más malsanos y desordenados, que a cada paso chocaban con las mismas leyes de la burguesía; desenfreno en el que, por ley natural, va a buscar su satisfacción la riqueza procedente del juego, desenfreno en el que el placer se convierte en crápula y en él confluyen el dinero, el lodo y la sangre. La aristocracia financiera, lo mismo en sus métodos de adquisición, que en sus placeres, no es más que el **renacimiento del lumpen proletariado en las cumbres de la sociedad burguesa.**<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Obra cit., pág. 138.

<sup>9</sup> Obra cit.pag.139.



## **MODERNIDAD DE TOMÁS LUTERO: CONCEPTOS QUE PREFIGURAN LA CONSTITUCIÓN DEL PENSAMIENTO LIBERAL BURGUÉS**

**Lanza, Daniel Alejandro**

### **APUNTES SOBRE LA ESTRUCTURA ECONÓMICA, SOCIAL Y POLÍTICA DE ALEMANIA EN TIEMPOS DE LUTERO**

Alemania, a fines del siglo XV y a principios del siglo XVI, presentaba un relativamente avanzado desarrollo industrial. Varios inventos, entre los que se destacan la pólvora y la imprenta habían contribuido sin duda al crecimiento de la producción. Los gremios dedicados al tejido, estaban entre los más importantes y junto a ellos se encontraban otros como los joyeros y los plateros.

También en el agro Alemania presentaba notables avances, roturándose grandes extensiones de tierra e incorporando nuevos cultivos, algunos cuya producción estaba, como el caso de plantas tintóreas, destinado a la industria incipiente. Asimismo se

destacaba la minería alemana, estando calificados sus operarios entre los más hábiles del mundo.

Junto con el desarrollo industrial, se expandía el comercio. La Liga Hanseática seguía siendo importante en la navegación, si bien se colocaba en un segundo plano respecto a las potencias emergentes como Holanda e Inglaterra.

La actividad bancaria dirigida, entre otras familias por los Fugger y los Welser, importantes desde fines del siglo XIV, se entrelaza con el comercio internacional y la conquista de América recién descubierta.

Las ciudades, en esta transición de un feudalismo moribundo a un capitalismo naciente, se hallaban en pleno esplendor. Al menos veinte eran importantes. En el sur se destacaban Augsburgo y Nüremberg, en el norte Hamburgo y Lubeck, en el flanco oriental Frankfort y en el oeste, sobre el río Rin, varias en el trayecto entre Colonia y Basilea<sup>1</sup>.

Sin embargo, Alemania se encontraba rezagada respecto a otros países. Flandes, Inglaterra y Holanda la superaban en la industria y las dos últimas también en el control de la navegación mundial. Mientras en Inglaterra y Francia el mercado se había extendido a todo el territorio y con ello se creaban las condiciones de la centralización política y la formación del Estado nacional, en Alemania el desarrollo de la economía no había superado el nivel de lo regional y con ello se mantenía la dispersión política.

Los alemanes no estaban aún agrupados en un solo cuerpo político bien unificado. Es cierto que había un emperador, pero el poder imperial no se enseñoreaba sobre los demás, por el contrario, con respecto a los príncipes, los representantes de la centralización regional, era un “primus inter pares”.

---

<sup>1</sup> Fevre, Lucien, Martín Lutero un destino, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1956, págs.95 y ss.

Los príncipes, salidos de la alta nobleza, eran casi independientes del emperador, respecto del cual actuaban como anticentralistas; en cambio, en su región, absorbían el poder político y en tal sentido, actuaban como centralistas. Varios de ellos habían logrado configurar estados relativamente amplios y mucho más sólidos que antes. Así, en el sur, se encuentran el Palatinado, Wurtemberg, Baviera. Alemania parece avanzar a organizarse no en su solo Estado, sino en ocho o diez bajo el mando de tantos otros jefes regionales. Éstos luchan para perfilar su soberanía en dos frentes: por arriba, contra el emperador y por debajo, contra las ciudades y los nobles indisciplinados.

La nobleza media se había desintegrado. Algunos, los menos, habían alcanzado la jerarquía de príncipes, mientras que la mayoría engrosó a la pequeña nobleza. Esta última, los caballeros, en su mayoría, se encontraban al servicio de los príncipes como funcionarios civiles o militares.

El clero, estandarte de la ideología feudal, era dueño de una gran riqueza y por ello envidiado por los caballeros. Su poder ideológico, el monopolio del conocimiento, fue duramente socavado con la imprenta que permitió una democratización de la cultura. Se dividía en dos grandes sectores, la jerarquía eclesiástica, constituida por la aristocracia de los obispos, arzobispos y otros prelados y la fracción plebeya, excluida del goce de la riqueza que aprovechaba a los primeros. El papa era el jefe del clero y mostraba un interés muy especial en recaudar los impuestos eclesiásticos para sostener a la dispendiosa corte romana. Las necesidades cada vez mayores hicieron que se agudizara el ingenio para obtener dinero. Así, se divulgaron las ventas de indulgencias, el comercio de reliquias, etc.

En las ciudades florecientes se destacaban por un lado las familias patricias que acaparaban además de la riqueza el poder político local. Frente a ellas se distinguen dos sectores urbanos: la burguesía rica y media y una parte de la pequeña burguesía por un lado; y la fracción plebeya de las urbes compuesta por la burguesía venida a menos y los privados de derechos políticos como los oficiales de los gremios.

Durante la guerra campesina, la oposición plebeya tendrá un destacado papel en algunas zonas, como Turingia, bajo la influencia directa de Tomás Müntzer.

Alemania, pese al crecimiento económico, era un país poco poblado y fundamentalmente campesino. Estos, soportaban todo el edificio social. Los príncipes, el clero, las ciudades, la sociedad toda los trataban como a objetos. Sobre los campesinos se descargaba la explotación feudal. Debían prestar sus servicios personales al señor y, en su tiempo libre, producir para poder pagar los impuestos y diezmos. Al señor le correspondía la pesca y la caza y también, el agravante derecho de pernada. Durante la Edad Media, en Alemania, los campesinos se alzaron varias veces en sublevaciones locales; pero, a principios del siglo XVI la guerra campesina se elevará a un plano superior, será de índole general.

Las guerras religiosas del siglo XVI, son en realidad verdaderas luchas de clases, encubiertas bajo un manto ideológico. Durante el feudalismo, la teología dominaba a la filosofía, a las ciencias y a la política. El Estado, el derecho, en mayor o menor medida, se encontraban subordinados a la religión. Es lógico entonces que la primera batalla contra la dominación feudal se diera en el plano religioso. Como dice Federico Engels "...es evidente que todo ataque general contra el feudalismo debía primeramente dirigirse contra la Iglesia, y que todas las doctrinas revolucionarias, sociales y políticas debían ser en primer lugar herejías teológicas. Para poder tocar el orden social existente había que despojarlo de su aureola"<sup>2</sup>.

Cuando a fines de la segunda década del siglo XVI Lutero desata la Reforma, la sociedad alemana se divide en tres grandes bloques. Por un lado, los reaccionarios, los que defendían al sistema, los católicos conservadores que agrupan al poder imperial, a los príncipes del clero, a parte de los seculares, a los nobles ricos y a los patricios urbanos. Por otra parte, la reforma luterana, moderna y burguesa, encolumna a la burguesía de las ciudades, a la pequeña nobleza e incluso algunos príncipes seculares, que desean apropiarse

---

<sup>2</sup> Engels, Federico, La guerra de los campesinos en Alemania, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1971, pág.35.

de los bienes del clero y perfeccionar su autonomía política respecto del emperador. Por último, completa el cuadro político, la frección revolucionaria que unía a las grandes masas campesinas y a los plebeyos de las ciudades. Este último agrupamiento social encontró en Tomás Müntzer a su más acabado representante político, mientras que Martín Lutero encabezaría ideológicamente la reforma burguesa.

## **LUTERO Y LA REBELIÓN CAMPESINA EN ALEMANIA**

La actitud política de Lutero se correlaciona con el bloque social que el representaba. Al igual que lo harán los presbiterianos, representantes de la gran burguesía y la nobleza aburguesada en la revolución inglesa en el período 1642-1649 y la gran burguesía monárquico-liberal del primer período de la revolución francesa (mayo de 1789-agosto de 1792), la incipiente burguesía alemana se lanzará a la lucha tratando de sintetizar tras sus banderas a todos los explotados. Su emancipación es la liberación general. En un primer momento, había que reunir bajo su mando a todos los elementos de la oposición. Por eso, en la fase inicial. Lutero lanza amenazas revolucionarias contra el clero romano, contra la fracción reaccionaria: "...si su furia (la de los curas romanos) debiese seguir, me parece sería el mejor consejo y remedio atajarla por la violencia, armándose reyes y príncipes para atacar a esta gente dañosa que el mundo entero envenena, y acabar con ella por las armas, no con palabras. ¿Porqué no los atacamos con toda clase de armas y lavamos nuestras manos en su sangre?<sup>3</sup>

Pero cuando las invectivas de Lutero germinaron en las masas alemanas, las aguas se dividieron. Por un lado, el sector moderado y reformista que limitaba sus reclamos a destruir el control del papado y a incautarse los bienes del clero. Por el otro, la fracción plebeya creyó que había llegado el momento de ajustar cuentas con sus opresores. Lutero no dudó en encabezar el primero de los bloques. En esta segunda fase su discurso se aplacó. Ahora no llamaba a la guerra santa contra el Papa, en cambio el camino pasa por la evolución pacífica y la resistencia pasiva a la autoridad. En 1520 decía: "...hay que emprender la tarea con humilde confianza en Dios, renunciando a la fuerza física. No hay

---

<sup>3</sup> Engels, Federico, Op. Citada, pág.40.

que resistir el mal sino sufrirlo; pero no hay que aprobarlo ni servirlo ni secundarlo ni dar un paso o mover un dedo para obedecerlo”<sup>4</sup>

A medida que se agudizaban los enfrentamientos sociales, Lutero se corría hacia la derecha del panorama político. Cuanto más se separaba de la fracción plebeya, más se inclinaba a favor de los príncipes. Cuando la rebelión campesina se desató en el sur de Alemania, Lutero adoptó, primeramente, una actitud crítica hacia ambos mandos. Los príncipes y señores, obispos, curas y frailes, eran los causantes de la sublevación: “...no son los campesinos, queridos señores, los que se levantan contra vosotros; es el mismo Dios el que se alza para castigar vuestro furor”<sup>5</sup>. Pero la rebelión también era contraria al evangelio. Si bien era cierto que los príncipes y señores habían impedido predicar el evangelio e impuesto excesivas cargas a los campesinos y por ello merecían que Dios los arrojara del poder; esto no justificaba a la insurrección, ni que los siervos tomaran la justicia en sus manos. En 1525 decía “...el que la autoridad sea mala e injusta no excusa el motín o la rebelión. Castigar la maldad no corresponde a cualquiera sino a la autoridad secular, que lleva la espada”<sup>6</sup>. En la misma obra terminaba convocando a las partes a una reconciliación.

El intento mediador fracasó. La sublevación campesina se extendió desde el sur hacia el norte alcanzando, bajo la dirección de Tomás Müntzer a la misma Turingia, donde vivía Lutero. La reforma burguesa corría el riesgo de ser arrasada por la insurrección plebeya, era necesario olvidar las antiguas reyertas y unir a la fracción reaccionaria con la reformista para enfrentar al enemigo común. Los príncipes y burgueses, el Papa y Lutero se aliaron para aniquilar a los plebeyos. La autoridad, incluso la pagana, tenía la obligación de castigar a la canalla insurrecta. Había que matarla: “...igual que hay que matar a un perro rabioso; si tu no lo abates, te abatirá a ti y a todo el país contigo”<sup>7</sup>.

---

4 Lutero, Martín, “A la nobleza cristiana de la nación alemana acerca de la reforma de la condición cristiana”, en *Escritos Políticos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pág.7.

5 Lutero, Martín, “Sobre la autoridad secular: hasta donde se le debe obediencia”, en *Op. Citada*, pág.50.

6 Lutero, Martín, “Exhortación a la paz en contestación a los Doce Artículos del campesinado de Suabia”, en *Op. Citada*, pág.70.

7 Lutero, Martín, *Op. Citada*, pág.75.

## **APORTES DE LUTERO A LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO Y DEL PENSAMIENTO LIBERAL**

La reforma moderada de Lutero, sobre todo en su primera etapa, cuando aún acaudillaba a la oposición al feudalismo moribundo, contribuyó a la formación del pensamiento y del Estado liberal burgués, aunque, como dice Harold Laski, sin que este objetivo fuera un propósito definido y conciente<sup>8</sup>. En este sentido cabe subrayar que el eje central de la reforma fue la lucha en el plano religioso, con la Iglesia, corona ideológica del modo feudal de producción. Sin embargo, este enfrentamiento teológico trajo consecuencias políticas. En los párrafos siguientes se detallan algunos de los principios elaborados por Lutero que luego fueron reelaborados por el pensamiento político liberal.

**Todos los cristianos pertenecen al mismo orden:** Lutero, al atacar la “primera muralla” de defensa de la iglesia romana, señala que no existen un orden secolar y uno eclesiástico, sino que “todos los cristianos pertenecen al mismo orden”. Más adelante concluye que “...todos somos igualmente sacerdotes”<sup>9</sup>. Esta igualación de todos los cristianos ante dios y la consecuente destrucción de las jerarquías que se interponen entre la divinidad y el pueblo cristiano creó condiciones para elaborar, obviamente en un plano superior, el principio jurídico-político de igualdad ante la ley, que fundamentó la liquidación de los títulos nobiliarios. Igualación formal aunque no material, que expresó en el siglo XVII Locke en Inglaterra y que fue consagrada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la gran revolución francesa, en su artículo 1, como también en la constitución nacional de 1853 en su artículo 16.

Lutero expresa el mismo concepto bajo otra formulación cuando habla al atacar la “segunda muralla”, que no es monopolio del papa la interpretación de la Biblia<sup>10</sup>. Esta democratización del análisis teológico, hecha bases para concluir, que la igualdad interpretativa se puede elevar a igualdad jurídico-política.

---

<sup>8</sup> Laski, Harold J., El liberalismo europeo, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1977, pág.27.

<sup>9</sup> Lutero, Martín, “A la nobleza cristiana”, Op. Citada, págs.9 y 10.

<sup>10</sup> Lutero, Martín, Op. Citada, págs.12 y 13.

**Limitación del poder temporal:** un rasgo característico del modelo liberal de Estado, es la limitación del poder político por medio de normas jurídicas. La elaboración de este principio le llevó siglos a la burguesía. Por ejemplo, durante el siglo XVII en Inglaterra se fueron produciendo los primeros documentos jurídicos, como la Petición de Derechos de 1627 y la Declaración de Derechos de 1688, instrumentos que fueron afinados con la Revolución Francesa, particularmente con su Declaración de derechos referida y la constitución de 1791, al igual que en los documentos de la Revolución Norteamericana del siglo XVIII. Lutero, anticipándose a la teoría de la limitación del poder del estado respecto a los súbditos, plantea que es un grueso error conceder "...a la autoridad secular demasiado espacio", señalando que el límite del poder político se encuentra en el ámbito espiritual del individuo. El Estado puede disponer acerca de lo material, relativo, según sus propias palabras, "...al cuerpo y los bienes", pero, de ningún modo, puede invadir la conciencia de los hombres<sup>11</sup>.

**Libertad de pensamiento y de conciencia:** vinculado con el inciso anterior, al establecer Lutero un límite al poder político, el que no puede invadir la esfera moral del individuo, se deja fundada la libertad de conciencia y de pensamiento. Citando a Agustín nos dice que "...nadie puede ni debe ser obligado a creer". Si bien esta concepción está limitada en Lutero a la cuestión religiosa, se está a un paso de elevarla a un principio jurídico-político liberal como efectivamente ocurrió, por ejemplo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 10.

**Secularización del Estado:** Lutero dio un gran impulso a la secularización del Estado. Durante todo el medioevo, el aparato de dominación política había estado, en mayor o menor medida, sometido a las directivas del papado. En cambio, según Lutero, siguiendo a Agustín, distingue el reino de dios y el reino de este mundo. Conforme a esto, la Iglesia tiene su esfera de actuación en "...gobernar las almas interiormente" y el Estado la suya específica, es decir, gobernar "...externamente al país y a las gentes"<sup>12</sup>. Ninguna de

---

11 Lutero, Martín, "Sobre la autoridad secular", Op. Citada, págs.43 y 46.

12 Lutero, Martín, Op. Citada, pág.47.

ellas está por encima de la otra, sino que se complementan como los órganos de un cuerpo único. La autoridad secular tiene en sus manos los instrumentos de coacción para castigo de los malos y protección de los buenos y atento que el hombre es malo y pecador por naturaleza, si el Estado no existiera, los hombres se devorarían unos a otros. Se puede concluir así que el poder existirá en tanto exista la humanidad.



## JUSTICIA PARA VULPINOS. ANÁLISIS CRÍTICO Y ANTÍTESIS DE LA OBRA DE RONALD DWORKIN “JUSTICE FOR HEDGEHOGS”

**Muñoz Rossi, Marco Yago**

### **Introducción**

El siguiente trabajo fue realizado con gran admiración y respeto al maestro Dworkin: el hecho de que, en este caso, nos encontremos en veredas opuestas, no significa desconocer la relevancia de su figura, como el gran pensador de Derecho contemporáneo que es, con una obra tan prolífera y única que ha influenciado a tanta gente alrededor del globo.

Justamente, podemos entender a la presente labor como un nuevo reconocimiento de la “obra dworkiniana”, pero con la intención de poder inclinar la balanza a favor de quienes, el autor en cuestión, denomina “zorros” (una clase dentro del reino animal de los “vulpinos”, y de allí el nombre que se le ha otorgado a esta investigación), para ofrecerle a los “erizos” una cortes invitación a retirarse del podio que Dworkin supo entregarles.

Todo parte de un entretenimiento argumentativo con incidencia en el universo del Derecho, esto es, la posibilidad de visualizar nuestro mundo de manera dual: por un lado, se presentan aquellas personas que revisten una serie de cualidades que los asemejan a los animales espinosos mencionados oportunamente (los “buenos”, según Dworkin) y, por otro lado, aquellos que deben reducirse a un espacio de menor reconocimiento por asimilarse a los cánidos (los “malos”, o por lo menos, los “no tan buenos”).

Se debe reconocer una cuestión: si bien dicha división no resulta demasiado prudente, es por demás atractiva (por lo menos, en lo que respecta al campo de la argumentación del tipo jurídica).

Planteadas entonces las reglas del juego, es hora de comenzar con el mismo.

### **I. Zorros contra Erizos**

#### ***1. La potencial fauna para R.Dworkin***

En el año 2011, Ronald Dworkin publica una magnífica obra titulada “*Justice for Hedgehogs*” (posible traducción al español ha de ser: “*Justicia para Erizos*”), la cual reconoce su génesis en una antigua cita del poeta griego Arquíloco, (de varias versiones circulantes, me quedo con la siguiente): “*Muchas cosas sabe el zorro, más el erizo sabe una sola, y grande*”.

Tal como lo hace Dworkin (autor al que tal vez se deba admirar, más por la virtud de su pluma, que por los postulados que predica), el mundo es pasible de dividirse en dos grandes faunas: la de los erizos y la de los zorros. Las personas son, entonces, de una estirpe o de la otra. No lo comparto.

Pero de ser así, quisiera ponderar a los zorros.

Porque de los erizos y sus virtudes ya se ha hablado largo y tendido. Me aburre. Me resulta fatalista, una persona encerrada en sí misma, individualista y ríspida como las espinas que porta en su espalda.

Según Dworkin: “...hace ya muchas décadas que el zorro lleva la voz cantante en la filosofía académica y literaria, sobre todo en la tradición angloestadounidense...” (DWORKIN, 2011: 15). Si bien, en principio, el autor parecería reconocer en la figura “*zorrina*” un importante protagonismo, lo hace de forma irónica, con la intención de reducir el espacio que dicho personaje se ganó efectivamente, por tratarse de un animal de carácter complejo, de pronunciadas dualidades, y por lo tanto, *atractivo*.

El zorro, es pura elegancia. Estilizado, tanto lo físico como en lo discursivo. Argumentador nato, *no come las uvas no porque no puede, sino porque están verdes* (leer la fábula de Esopo bajo el nombre de “*La zorra y las uvas*”: Αλώπηξ και βότρυς).

Un hermoso *chanta1*, un ladrón de fabulas.

## 2. *Un símbolo de la astucia: las pisadas del zorro en el mundo del Derecho*

Ahora, en el campo jurídico, este fenotipo reviste inmenso valor en su facilidad para negarse a sí mismo: "*per se*" no puede sostenerse, y muta hacia nuevas formas, lo cual constituye un mecanismo dialéctico ponderable en tiempos de "*liquidez*", como sostendría el sociólogo polaco Zygmunt Bauman: "*Seguir en movimiento, antes un privilegio y logro, se convierte ahora en obligación*" (BAUMAN, 2003: 13).

En concordancia, el Derecho debe seguir la rigurosidad de los tiempos modernos, a fin de dar respuesta justiciable siempre que se lo requiera, como el *sistema problemático*.

Dicha expresión es atribuible al jurista y filósofo del Derecho Alemán, Theodor Viehweg, quien "*...discute algunos planteamientos modernos para defender el método problemático, pues en su opinión cuando una disciplina no se puede sistematizar -porque no puede encontrarse en ella ningún principio que sea objetivo y seguro- sólo es posible la discusión de problemas...*" (SANZ BAYÓN, 2013: 15).

Bajo el análisis que el Dr. Eduardo Hooft realiza sobre el mencionado autor, se sostiene que ha de existir "*...desconocimiento de los teóricos del derecho, sobre el oculto-y oscuro-mecanismo de motivación de las sentencias judiciales...*" (HOOFT, 2012: 98).

Esta brecha entre teoría del Derecho y su puesta en práctica genera problemas que recaen en el mismo concepto de Justicia, como bien así lo explica Hooft: "*...en descargo de los jueces, el riguroso positivismo los veda con frecuencia invocar "la justicia" o "la equidad" como fundamento de las decisiones y ello los lleva a bizantinas elaboraciones jurídicas que en realidad están teleológicamente inspiradas "en lo justo" ("agent non movet nisi intentionem finis": el agente se mueve por el fin que persigue, S.Tomas)...*".

---

<sup>1</sup>Modismo proveniente del Río de la Plata, coloquial (persona): "que tiene poca disposición para hacer algo que requiere esfuerzo o constituye una obligación, especialmente trabajar".

Es por ello, que los operadores jurídicos no deben mostrar la rigidez del erizo, sino la elasticidad de los vulpinos.

La adaptabilidad es una virtud del zorro, y si lo fuera también del sistema legal, éste podría responder efectivamente al requisito social constante, a la necesidad de la justicia del "hoy y ahora", evitando al dilatación improcedente de los procesos.

El avance tecnológico, desmedido en su velocidad, urge al Poder Judicial y lo íntima a *cambiar las pieles* caso tras caso, para atender la gravedad de cada situación planteada ante Tribunales: se requieren tanto jueces probos, como veloces y despiertos (en alusión a nuestro cuadrúpedo amigo).

## **II. La verdad como camino, no como destino**

### **1. *Obrar con sinceridad***

Los guantes negros que le fueron dados por naturaleza, permiten que los zorros obren con la objetividad que debe caracterizar a todo participante del sistema jurídico, para que dicho campo de labor y estudio se tiña de contundente seriedad.

No hay necesidad de dejar huellas, *ni de marcar una única verdad posible, imperante*. Es urgente la transformación de la realidad, *recontextualizando* conceptos añejos, para llevarlos a nuevos y operantes.

Con relación a esto último, nos adherimos a los dichos de Jesús Antonio Ruiz Monroy: "*...El derecho, en cuanto objeto de conocimiento, es producto de la acción humana; por ello no es ajeno a la verdad y, por ende, a los problemas inherentes a esta última. El derecho tiene a su vez tiene sus propios problemas, que son de índole: filosófico –ontológico, gnoseológico, epistemológico, lógico – sociológico y de tipo práctico, lo cual*

*trae como resultado que tampoco haya una sola noción de derecho reconocida unánimemente...*” (RUIZ MONROY, 2016: 5).

De esta manera, reconocemos al Derecho como un campo de estudio y labor conectado con la “*verdad*”, pero con la siguiente prudencia: comprender que, el intento de alcanzar la misma reviste una complejidad altísima. Dicho hecho, inclusive, pondría en duda la capacidad del Derecho por llegar a conocer efectivamente la “*verdad*” (y es por ello que algunos autores refieren a distintas calidades de “*verdad*”, como ha de ser la “*verdad procesal*”, por ejemplo) y esto tiene robustos fundamentos. Pero, como todo proceso, habría que destacar la relevancia del viaje frente al valor del destino.

Y he aquí cuando nuestro protagonista vuelve a aparecer en escena: el zorro parecería comprender con sinceridad que el alcance de la “*verdad*” no es posible, ni tampoco resulta tan significativa (no tanto como lo es el proceso por conseguir *algo* de ella, frente a la imposibilidad de obtener su totalidad).

Para el zorro no hay una “*verdad absoluta*”, sino “*verdades relativas*”. Estas últimas gozan de buena salud en los tiempos modernos, ya que estimulan la posibilidad de multiplicidad de resoluciones, frente a la multiplicidad de problemáticas. Lo que se requiere, sin dudas, en el ámbito del Derecho.

De esta manera, no encontraríamos frente a un enunciado mayormente vinculado a la epistemología del tipo *constructivista*. En el mundo leguleyo, es aquella que “...*entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, que la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto no cabe hablar de un “conocimiento objetivo”; o si se quiere, la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido. La adopción de una epistemología constructivista en el proceso de prueba se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas del proceso*” (ALFONZO, FLORES, OCHOA; 2004: 33).

### III. Espinas y guantes negros

#### 1. *Moral y Esperanza*

Recuerdo, caminando por las calles de mi barrio, haber receptado de forma indirecta la siguiente exclamación: "*desde que se perdió la esperanza, la moral nunca estuvo tan alta*".

No se hace referencia a una cuestión política en el enunciado, no todo es tan básico.

Se trata más bien de la lectura de un contexto que pretende callar aquellos sentimientos, aquellas formas de movilización del espíritu, del fuego interno, que ponderan la superflua moral de las personas moralmente superfluas. Sobre moralidad y Derecho, vaya que han corrido ríos de tinta... Pero, ¿es posible vincular la *esperanza* con dicho campo?

Esta última (la esperanza) sería asimilable a la búsqueda de un devenir mejor. Conjugándose correctamente con el esfuerzo, entonces podría potenciarse. Entonces, como todo proceso que busca llegar a una instancia superadora, he aquí la importancia que podría revestir para el campo de las leyes.

No está mal tener esperanza.

En cambio, la moral... La moral es *rara*.<sup>2</sup>

Es tan *rara* que no termina de convencer a nadie, pero (permítanme el tono irónico) ha de ser como el servicio público: todos hacemos uso de la moral, nos guste o no.

---

<sup>2</sup>Nota de Autor: realmente, no encuentro potencial sinónimo de este término, que reconozco no del todo académico. Sin embargo, reviste tal utilidad que su funcionalidad podría darle el rigorismo que exige un "paper" de investigación, como este.

Justamente, la evaluación que Dworkin realiza del zorro se ajusta a una *valoración moral* sobre el actuar que desenvuelve dicho integrante del reino animal frente a otros. Permitámonos pensar un momento, si no ha sido la “*moral*” (institucionalmente hablando) la generadora de grandes polémicas a la largo de la historia de la humanidad. Si no se han desatado numerosos conflictos bélicos gracias a la misma, persecución ideológica y racial, cacería y quema de “*brujas*” (con, inclusive, un ordenamiento jurídico que respaldaba dicha actividad), símil a una caza de “*zorros*”.

Lamentablemente, en dichos hostigamientos el Derecho no siempre ha jugado un rol conciliatorio. Menos aún, cuando si lo piensa como una herramienta moral ante todo.

David Lyons sostiene al respecto que: “*El nexo necesario entre el Derecho y la Moral es, en el mejor de los casos, una cuestión de aspiración o promesa –o, tal vez pretensión- antes que un logro garantizado. Por lo tanto, las ideas sobre interpretación y su relevancia respecto de qué es el derecho que presentaron Dworkin y otros no deberían llevarnos a asumir que el derecho siempre amerita ser respetado aunque sea en una ínfima medida*” (LYONS, 2008: 65).

## ***2. Peligrosidad: una palabra con muchas espinas***

Dworkin sostiene ligeramente que: “*Los erizos parecen ingenuos o charlatanes, y quizás incluso peligrosos...*”. De esta expresión, lo que más me ha preocupado es el sentido que le pueda otorgar el autor al término “*peligroso*”, ¿hace uso de dicha palabra para expresar una cuestión negativa de los erizos o se trata de algo digno de ser apreciado?

Posiblemente, nos encontremos frente a una nueva ironía del autor en cuestión. Pero, como sea, voy aferrarme de la misma para desarrollar la siguiente hipótesis: *los erizos son peligrosos*.

El autor que estamos tratando afirma que los animales espinados tienen la capacidad, no solo de capitalizar los valores más relevantes, pilares de nuestras vidas (no

olvidar que estamos hablando de un *iusnaturalista*, que entiende “valores” profundamente vinculados con “principios” fundamentales, que deben ser horizontes a seguir por toda persona de bien), sino de ser esencialmente comunitarios en lo que respecta a la atención de los terceros: “No habría razón para creer que estos valores en bruto están siempre entrelazados con primor, de la manera mutuamente servicial en que los imaginan los erizos...”.

Lo dijo Arquíloco: “el zorro sabe muchas cosas...”. Y esa, esa es la virtud más grande.

### **Bibliografía**

- ALFONZO, LETICIA; FLORES, RODOLFO; OCHOA, FEDERICO (2004), *Prueba y Verdad en el Derecho*, Dirección Ejecutiva del Servicio Profesional Electoral, México.
- BAUMAN, ZYGMUNT (2003), *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Fondo de Cultura Económica, 2005, Buenos Aires.
- DWORKIN, RONALD (2011), *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, 2014, Buenos Aires.
- HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO (2012), *Derecho Internacional Privado al alcance de todos*, EUDEM, Mar del Plata.
- LYONS, DAVID (2008), *El nexo entre el Derecho y la Moral*, Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho, N° 12, 2008, Buenos Aires.
- SANZ BAYÓN, PABLO (2013), *Sobre la tónica jurídica en Viehweg*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho.
- RUIZ MONROY, JESUS ANTONIO (2016), *La verdad en el derecho*, Intersticios Sociales, Colegio de Jalisco, núm.12, México.

## **LAS PRÁCTICAS DEMOCRÁTICAS EN LA ESCUELA SECUNDARIA**

**Martin, Mariel Cecilia**

### **Introducción**

Nuestro punto de partida es interpelarnos sobre el análisis de la Participación y las Prácticas Ciudadana en la Institución Educativa, para ello iniciamos el recorrido con el marco normativo que es basamento de nuestra propuesta a construir, luego ampliaremos la mirada de la conformación de lo institucional, y la relevancia de la participación democrática real de todos los protagonistas de la escuela.

Consideramos que la Democratización de todos los espacios, implica el ejercicio pleno de la ciudadanía, la misma se construye en el derecho de participar de todos y todas los actores de una organización institucional.

La Ley Provincial de Educación (13688/06) en sus fundamentos destaca que el presente Proyecto se inscribe en el escenario de las Políticas Públicas educativas, con voz propia, argentina y latinoamericana y convoca al conjunto de los docentes, alumnos, intelectuales, familias, funcionarios, académicos, dirigentes políticos y sociales, líderes culturales y religiosos; con el objeto de construir una política educativa asignada por la democracia pedagógica en un estado constitucional.

Habiéndose sancionado la Ley Nacional de Educación (26206/06), la provincia participó activamente en su discusión y diseño como miembro del Consejo Federal de Educación, exponiendo y sosteniendo opiniones mayoritarias surgidas de las consultas realizadas a la comunidad educativa.

Decimos entonces que las prácticas democráticas se ve plasmada en la Ley, en sus fundamentos, la convocatoria para la proyección de la misma, fue el espíritu de

participación que se vea reflejado en las aulas y en la dinámica interna de cada una de las Escuelas de Enseñanza Secundarias.

Retomando la Ley 13688 destacamos que “Los niños, los adolescentes, los adultos y los adultos mayores, son sujetos de derecho la a educación, a lo largo de toda su vida”, de acuerdo al concepto de Educación Permanente recomendado por la UNESCO.

Pensemos entonces que la Educación Secundaria enfrenta grandes desafíos: la obligatoriedad en una unidad pedagógica de seis años y la recuperación nodal de su existencia; respetando a todos los jóvenes, adolescentes y adultos como sujetos de derecho, incluidos en el nivel secundario, transitando su escolaridad y finalizando sus estudios con acreditación de saberes. (Inclusión, permanencia y terminalidad con procesos de enseñanza y de aprendizaje de calidad). La educación secundaria hoy, obligatoria y para todos, se encuentra en la agenda política y académica. En términos de políticas públicas en este nivel del sistema educativo, en la provincia de Buenos Aires, se ha avanzado en cambios vinculados a la conformación de escuelas de seis años, los diseños curriculares, el régimen académico, los acuerdos institucionales de convivencia y la participación estudiantil y en desplegar distintas propuestas institucionales que garanticen el acompañamiento de las trayectorias educativas de los estudiantes. Por otra parte, la escuela secundaria ha sido objeto de estudio de varias investigaciones a lo largo de los años que han brindado diferentes aportes sobre su historia, sus principales características, sus tensiones y problemas. Bracchi, Claudia (2015).

### **Lo Institucional**

Compartimos que una institución es un objeto cultural que expresa una cuota de poder social, grupal o colectivo, Fernández Lidia (2012). Por lo tanto hay una tensión inevitable entre los deseos de los individuos y la necesidad de amoldarlos a la forma social admitida.

Cuando las instituciones se singularizan en la forma de una unidad organizacional concreta, los establecimientos institucionales definen un espacio geográfico, imaginario y simbólico, en el que el sujeto humano encuentra a la vez un lugar de seguridad, pertenencia y desarrollo, que contiene en el mismo ámbito la enajenación, la exclusión y el sufrimiento.

Cada establecimiento institucional tiene un ámbito en donde se reproduce en parte la configuración social general y en donde se generan formas peculiares de organización e instituciones singulares que las legitiman y garantizan. De hecho, tienen en el concierto social un grado relativo de autonomía que les permite especificarse y diferenciarse como un ámbito capaz de generar una cultura singular.

Los niveles de manifestación de una institución puede materializarse en:

Formal: los hechos y productos que provienen de la interacción técnica y social de los individuos y grupos, en función de la tarea y los fines institucionales.

Informal: las relaciones socioemocionales de los individuos y grupos en áreas referidas a su vida como comunidad.

Fantasmático: imágenes, fantasías, temores, ansiedades.... relacionados con los climas y estados emocionales compartidos.

El tipo de funcionamiento institucional resultará sobre todo, en lo referido a la capacidad para evaluar la realidad y actuar sobre ella, las personas y los grupos puedan discriminar los elementos de tipo fantasmático y lograr coherencia aceptable entre los niveles formales e informales de interacción. El análisis de una institución puede realizarse con diferentes propósitos; para comenzar, en cada establecimiento existe un estilo que opera como mediador ente las condiciones y los resultados. Las condiciones son los elementos preexistentes. Los resultados son el fenómeno en estudio y aquellos otros aspectos derivados de esas condiciones. Es decir que cuando hablamos de estilo institucional aludimos a ciertos aspectos o cualidades de la acción institucional que, por su reiteración, caracterizan al establecimiento como responsable de una cierta manera de

producir, provocar juicios e imágenes, enfrentar y resolver dificultades, relacionarse con el mundo material, interpersonal y simbólico, mantener ciertas concepciones, etc.

El estilo incluye:

modos de producción (técnicas y modelos que orientan la acción).

modos de reaccionar frente a las dificultades (hacer planes, gestionar, evaluar). Maneras defensivas de reacción.

formas de percibir y juzgar la realidad.

modalidades de comunicación en interacción en los niveles formales, informales y emocionales.

modalidades de distribución de poder y responsabilidades.

modalidades de control y distribución de conocimiento.

La interacción de los componentes básicos a lo largo del tiempo da como resultado la cultura institucional. La identidad institucional constituye una definición consensuada de lo que *es*, su función, lo que ha sido (su historia institucional) y lo que va siendo (las recurrencias que conforman su estilo).

La modalidad regresiva estaría determinada por una pérdida de la capacidad institucional para evaluar situaciones, discriminar necesidades y problemas, y originar líneas exploratorias de solución.

La modalidad progresiva está acompañada, en cambio, por el control y la discriminación de aspectos irracionales, autonomía respecto de las instituciones externas, posibilidad de cuestionar y ensayar modificaciones en lo instituido, preponderancia de la pertenencia en función de proyectos y una orientación clara hacia el futuro.

Los sistemas de organización pautan la conducta de sus miembros entre los cuáles encontramos: fines, objetivos, distribución de responsabilidades, sistema de comunicación, sistema de supervisión, control y evaluación, normativa, participación en las decisiones, modalidades de gestión de sus autoridades, ideologías (concepciones y representaciones).

Las tensiones pueden producirse por la oposición entre la tendencia de las personas a actuar y trabajar siguiendo sus propios criterios y las exigencias de la estructura formal. La oposición entre la tendencia a innovar y modificar el contexto y la tendencia a reproducirlo; y la oposición entre la exigencia de respetar la tradición en la definición de criterios de decisión y acción y el deseo de explorar, inventar, innovar en los fines y en los métodos.

Un cambio institucional es aquel que efectivamente compromete y conmueve el modelo institucional, y dentro de la ideología, pone en cuestión centralmente la representación de la identidad institucional.

Es en la institución escuela donde el enseñar y el aprender recobran sentido y donde los fines y objetivos de la política educativa se desarrollan en su máximo esplendor.

A través de la escuela como organización se garantiza el acceso, permanencia y egreso de la totalidad de la población al sistema educativo. Dentro de ella debe realizarse la distribución de los bienes culturales con criterio de justicia.

Decimos contundentemente que en la Institución como objeto cultural que expresa cierta cuota de poder social; expresa también la posibilidad de lo grupal o colectivo para regular el comportamiento individual.

Cada establecimiento constituye un ámbito en donde se reproduce en parte la configuración social general y en donde se generan formas peculiares de organización e instituciones singulares que la legitiman y garantizan. Tienen un grado relativo de autonomía permitiéndole diferenciarse como un ámbito capaz de generar una cultura singular.

Lo institucional (como articulador de significaciones Psico--afectivas y Psico--políticas), es la dimensión del comportamiento humano que expresa en el nivel concreto la dialéctica del conflicto, la tensión entre las tendencias de proteger y cambiar lo establecido.

Poder pensar “variaciones de la forma escolar” Tiramonti (2011) que efectivamente puedan provocar un cambio significativo en las instituciones que albergan a los nuevos

estudiantes en el marco de la inclusión, se sostiene que “hay una tendencia a forzar lo ya existente para dar respuesta a las exigencias del nuevo contexto” Tiramonti (2011).

Ahora bien, la Ley es un Marco que sienta las bases para generar el cambio, pero el cambio, a nuestro entender, debe darse en las prácticas pedagógicas, ya que las mismas determinan la esencia de la escuela. Una escuela con prácticas democráticas inclusiva.

La participación democrática de toda la comunidad educativa, concibe y se interpela a los/as adolescentes y jóvenes como sujetos plenos, con capacidad de decisión, con derechos y responsabilidades y con potencialidad para ejercer y construir ciudadanía. La escuela secundaria incluyente rompe con su sello de origen selectivo en la medida en que se moviliza a partir de un mandato democratizador, desplegando más y mejores estrategias con el propósito fundamental de garantizar el derecho social a la educación, en el marco de la escuela secundaria obligatoria. Bracchi, Claudia – (2015)

Por ello sostenemos la necesidad de convertir la actividad escolar rutinaria en una práctica creativa, transformadora, y democrática.

## **La Participación**

Las prácticas democráticas es un asunto complejo que presenta múltiples aristas, la democratización de todos los espacios, implica que la ciudadanía se construye en el derecho de participar.

La no participación, por alguna razón externa (se lo impide) o porque simplemente el negarse a participar, imposibilita el disfrutar plenamente de su condición de ciudadanos.

Los mecanismos de participación de acuerdo a su intensidad es variable, (Pere Boix, 2003), distinguen tres mecanismos de participación de manera sintética, que nosotros ampliaremos:

- ***El intercambio de información:*** es el mecanismo de participación menos intenso, pero es indispensable cuando las partes involucradas en la toma de decisiones están en una situación de desigualdad. Por esta razón, el intercambio de información,

además de ser una forma de participación en sí misma es un requisito indispensable para que las otras formas de participación que se detallan más adelante puedan hacerse realmente efectivas. La vinculación asimétrica desde los distintos actores, implica un sesgo y desventaja en la misma.

- **La consulta:** es un mecanismo de participación que permite expresar sus opiniones, sin que ello implique un poder decisorio sobre los temas opinados, pues el poder de resolver lo mantiene el docente. Esto implica un desgaste y falta de entusiasmo en la participación de los jóvenes y adolescentes, debido, que no se materializan y son desvinculantes sus propuestas, reclamos y sugerencias.
- **La codecisión:** es la forma más intensa de participación, e implica que se comparte el poder de decisión, actuando ambos en condiciones de igualdad.

Definitivamente, las prácticas democráticas, implica una comunicación directa y permanente, en la medida que el espacio de diálogo, escucha y análisis crítico sea real, y no una mera puesta en escena, que no permitiría conocer las percepciones de todos/as los actores involucrados.

Las prácticas democráticas de los diferentes docentes, alumnos y familia, garantiza un nivel de discusión profundo e inclusivo ya que nadie queda fuera de él, deviene en niveles de compromiso que mejoran la gobernabilidad de la institución y generan las condiciones necesarias para que el debate sea realmente constructivo, transparente, garantizada con la información veraz.

Las prácticas democráticas, implica involucrarse, pertenencia e inclusión, generará compromiso, colaboración, dinamismo para abordar el cambio en las instituciones del nivel secundario. Al mismo tiempo consideramos que enriquecerá la mejora de las prácticas enseñanza y las de aprendizaje, acompañada de acciones que modifiquen y revitalicen las estructuras organizativas hacia el interior de las escuelas.

### **Niveles de Prácticas Democráticas de las/os alumnas/os**

Hacia el interior del aula, en el curso, destacamos la participación de los mismos en su proceso de aprendizaje (aprendizaje significativo), la importancia de la participación de sus conocimientos previos para la apropiación de los nuevos y el intercambio con otros como favorecedor de los mismos (aprender con otros). Además la participación en los procesos de construcción de los Acuerdos de Convivencia en la instancia áulica generando la elección de alumnos delegados, la organización del Centro de Estudiantes, el Acuerdo Institucional de Convivencia (AIC), el Consejo Institucional de Convivencia (CIC), asumiendo responsabilidades tanto para elegir como para representar.

En secciones de un mismo año: Destacamos la participación en intereses comunes cuando existen varias secciones de un mismo año. La organización de proyectos propios del año (salidas, lecciones paseos, campamentos), análisis de las dificultades comunes desde los procesos de aprendizaje y desde la apropiación del currículum.

Hacia el interior de la escuela: La participación del alumnado en un proyecto que engloba a toda la institución, en el Proyecto Institucional y su inserción en problemáticas barriales, sociales, de interés comunitario, familiar, entre otras.

### **Niveles de Prácticas Democráticas de las/os docentes:**

Es muy importante destacar en este nivel la participación del Preceptor entendiendo que el mismo acompaña a los alumnos/as a lo largo de todo el día y todos los días siendo uno de los principales promotores de instancias de participación.

Hacia el interior del aula, en el curso, en primer lugar desde su aspecto pedagógico en la organización de la clase, tanto al diagnosticar, planificar, captar el interés de sus alumnos, atender a sus saberes previos. En la dinámica propia de su clase, generando espacios de participación real, de diálogo, escucha, de respeto a la opinión del otro y promoviendo éstas prácticas democráticas en sus alumnas/os. Es importante también que el

docente se involucre en las necesidades y propuestas de sus alumnos y sea capaz de representarlos como profesor tutor o referente.

En secciones de un mismo año: la democratización del trabajo en equipo con otros docentes para favorecer el análisis y para mejorar los procesos de enseñanza que serán gestores de mejores procesos de aprendizajes. Atender también a las necesidades desde lo vincular y social promoviendo, gestando y acompañando proyectos que destaquen los intereses comunes.

Hacia el interior de la escuela, la participación activa en el proyecto institucional, tanto en el eje institucional favoreciendo la formación de equipos docentes, la formulación de acuerdos, respetando los consensos y mejorando los disensos; en el eje curricular participando en la elaboración de criterios comunes que hacen a las provisiones didácticas los procesos de enseñanza y la evaluación.

### **Niveles de Prácticas Democráticas de las Familias**

La participación activa de las familias se relaciona directamente con el nivel de convocatoria y la participación democrática que realiza cada institución.

Acompañamiento de la representación por curso:

-Participación activa en el Acuerdo Institucional de Convivencia no solamente conociéndolo.

-Participación activa en la Asociación Cooperadora.

-Comisión de exalumnos, muchos de los cuales son padres y familia de los alumnos de la escuela.

Los directivos y docentes son generadores de la necesidad de participación de las familias también en el proceso de aprendizaje y de evaluación de las/os alumnas/os

### **Niveles de Prácticas Democráticas del Equipo de Conducción**

En primer lugar hacia el interior del propio Equipo Conducción, generando instancias de construcción de acuerdos y de respeto de los mismos como modelo hacia los demás ámbitos.

Es garante, generando los espacios y los tiempos para que cada una de las relaciones desarrolladas puedan darse en la escuela, según las necesidades que surgen en cada instancia de participación.

Promueve la voluntad de adhesión a la propuesta, y generando consensos, identificando núcleos organizativos, en los distintos niveles y sujetos. Participando activamente a través de la escucha, aportando ideas, propuestas, realizando el acompañamiento permanente y las instancias de evaluación, al inicio, en los procesos y de resultados.

Pensar una participación democrática implica que todos los actores estén involucrados, ejerciendo el poder (permitiendo el cambio para crear y no para dominar) y en todos los aspectos (diagnóstico, implementación y evaluación) vinculados a la trama institucional.

Es un proceso lento, gradual y progresivo. Implica un cambio en la dinámica interna, implica también un cambio que institucionalice el cambio; hay instituciones dónde los acuerdos son sólo formales, aparentes, una mera entrega administrativa, es por eso la construcción de las prácticas democráticas, permite volver a mirar la escuela, y que todos los integrantes de la comunidad educativa sienta que su palabra es escuchada.

El estilo institucional entonces, se alude a ciertos aspectos o cualidades de la acción institucional, que por su reiteración caracteriza al establecimiento como responsable de una manera de producir, provocar juicios, imágenes, enfrentar y resolver dificultades, relacionarse con el mundo, entre otros.

La escuela y sus prácticas democráticas, se observará en la escuela en diversos rasgos de participación en:

- Modos de producción del conocimiento y de la democratización de las prácticas dentro y fuera del aula.
- Modos de reaccionar frente a las dificultades.
- Estilos participativos al diagnosticar, intervenir, pensar líneas de acción, evaluar.
- formas de percibir y juzgar la realidad, situaciones vinculadas al trabajo, al medio externo y a las interacciones.
- Modalidades de comunicación.
- Modalidades en la distribución del poder y las responsabilidades.
- Modalidades en el asesoramiento, y acompañamiento institucional.

### **Seguir pensando**

Pensar un cambio profundo en la escuela de enseñanza secundaria, desde un enfoque de prácticas democráticas implica no sólo conocer la ley sino garantizar que la misma impacte en las prácticas de enseñanza y de aprendizaje en el aula, trascendiendo las paredes de la escuela e impactando positivamente en su comunidad.

La real participación de los distintos actores en la organización institucional, transparenta la democratización de todos los espacios, e implica el ejercicio pleno de la ciudadanía, tanto de adolescentes como de adultos, y la misma se construye en el derecho de participar en todos y cada uno de los aspectos institucionales en los que están involucrados.

### **Bibliografía**

Bracchi, C. (2015):“La escuela secundaria: del paradigma de la selección al paradigma de la obligatoriedad.Políticas y experiencias de inclusión en la provincia de Buenos Aires”. Noveduc - Ministerio de Educación de la Nación, Argentina.

Brener, G. (2009): “La convivencia debe ponerse en juego a partir de una propuesta de enseñanza y no a la inversa”. Dossier Trirreme N° 1- Educación.

Bourdieu, P.(2002): “La Juventud no es más que una palabra” en Sociología y cultura (pp. 163-173). México: Grijalbo, Conaculta.

Cornú, L, (1999) “La confianza en las relaciones pedagógicas” – Conferencia - FRIGERIO, G. (comp.): Edición Novedades Educativas – Centro de estudios multidisciplinares. Buenos Aires.. Buenos Aires

Chavez, M,(2005): “Juventud negada y negativizada”. Representaciones y formaciones discursivas vigentes en la Argentina Contemporánea. Última Década N° 23 – CIDPA Valparaíso – pp. 9.32

-Vogel, Laurent ( 2010) BTS (Bureau Technique Syndical Européen pour la Santé et la Sécurité, Participación de los trabajadores y gestión de la prevención hacer lo que hay que hacer, III Foro ISTAS de Salud Laboral La gestión de la salud y seguridad en el trabajo Palma de Mallorca.

CEPAL, Naciones Unidas, “Equidad, desarrollo y ciudadanía”, Capítulo 13, Santiago, Chile, agosto 2000.

Pere Boix y Laurent *Vogel* (2012): “Participación de los Trabajadores”, disponible en: <http://icaitam.files.wordpress.com/2012/04/participacion-de-los-trabajadores.pdf>



## **LO INTERDISCIPLINARIO: ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.**

**Wöhler, Otto Axel**

### **Introducción**

Mi nombre es Otto Wöhler, soy parte del Observatorio de Políticas Ambientales Municipales (OPAM), el cual es un grupo de investigación dentro de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Derecho de Mar del Plata. Ya hace alrededor de seis meses comenzamos con el análisis de un conflicto que tocó nuestra puerta por un reclamo vecinal, reflejo de un conflicto de antaño, basado en el acceso y goce de un espacio público: la playa. Esta es el tesoro común de la ciudad, fuente de atractivo turístico y a su vez, principal centro de esparcimiento de la ciudad. La característica dual de la playa, como motor de la economía, y principal espacio de ocio de la ciudad, genera, ya desde casi medio siglo, un choque de conflictos que tensa el aire de la ciudad y quebranta la aparentemente pasible convivencia. Intereses económicos versus tiempo de valioso ocio, son los contrastes que se entrecruzan en la ciudad, en donde tomamos un fragmento costero para analizar particularmente la problemática.

A continuación, propongo esquematizar mi charla comenzando con plantear el escenario sobre el cual radica el conflicto en análisis, desenmarañando las diversas y complejas temáticas que se presentan, las cuales, ya adelantándonos, justifican un imperioso abordaje interdisciplinario. Como objetivo a largo plazo se busca arribar a una solución que contemple al conflicto con un macro-enfoque, abarcando los diversos y complejos factores intervinientes, en la búsqueda de obtener un marco de posibles soluciones a éste y otros conflictos, de similares características. A continuación, reflejaremos el primer paso al que arribamos: el porqué del conflicto, y en lo que actualmente se trabaja: presentar un fundamento jurídico que sustente el reclamo por el acceso y goce a los bienes públicos.

### **El escenario del conflicto**

La problemática, de notorias particularidades, que se resume en el reclamo del acceso a las playas públicas, como ya adelantáramos, no es noticia nueva. Centraremos nuestro análisis en la zona sur de la ciudad, particularmente en el sector que va desde el Faro de Punta Mogotes, y se extiende hasta la zona sur de los Acantilados. En esta extensión territorial convergen agentes antrópicos y bastos factores bióticos y abióticos.<sup>1</sup>

De esta manera avanzando desde la Ruta N° 11 hacia el este nos encontramos con una zona boscosa, la cual en virtud de la ordenanza Municipal 10.011/95, es la “Reserva Turística y Forestal Paseo Costanero Sud”. Dentro de los márgenes aún pendientes de mensurar de la reserva, se ubican los diversos balnearios cuya propiedad pertenece a “Playas del Faro S.A Inmobiliaria”, siendo ésta la sociedad creada por los herederos de Patricio Peralta Ramos, la cual obtuvo el terreno, a raíz de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1970<sup>2</sup>. Culmina nuestra descripción del sector con la “línea de ribera”, que se erige como frontera de la propiedad privada dándole espacio a lo que el CCyC describe en su artículo 235 en el inciso b como “playa marítima”.<sup>3</sup>

### **El conflicto**

La problemática que se desarrolla sobre este escenario, ya data de hace más de 40 años, y a lo largo de la investigación se encontraron diversas aristas, las cuales pueden de clasificarse en dos grandes grupos, lo ateniendo al aspecto ambiental y lo ateniendo al aspecto social.

Ambiente y sociedad, ya, de por sí, son temáticas intensamente vinculadas, pero abordando cada una en específico nos encontramos en la necesidad de adentrarnos en

---

1 Para mayor información: [www.mardelplata.gob.ar/documentos/.../reserva%20costanero%20sur.pdf](http://www.mardelplata.gob.ar/documentos/.../reserva%20costanero%20sur.pdf)

2 Fallo CSJN 276-27701-01-1970.

3 CCyC : ARTICULO 235.- Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso.

planos que van mucho más allá del derecho. Se descubren así, entramados que requieren del entendimiento de otras ciencias, en este caso sociales, como la geografía, para analizar las particularidades del escenario y como la sociología, en torno a la búsqueda de dar respuesta a un primer interrogante: ¿Por qué existe el conflicto?

### **Aspectos ambientales**

#### *La Reserva Turística Forestal en Peligro*

Como describimos precedentemente, nos encontramos analizando un conflicto suscitado en un territorio en donde convergen espacios públicos y privados, en donde no solo existe playa, sino que también existe una Reserva “Turística- Forestal”. Ello, como espacio público, presenta la primer arista del conflicto, cuyo abordaje convoca una rama distinta del derecho tradicional, la rama ambiental. Dentro de ella, encontramos que el principio de conservación estricta es aquel por el cual se canaliza el derecho, para proteger este tipo de espacios/bienes.

Básicamente, la conservación estricta es un enfoque que pretende lograr un “status-quo”, mediante la manutención de la riqueza biológica del bien, buscando apartar en lo posible, la influencia antrópica sobre el sector. Ello combinándolo con paradigma de la sustentabilidad, genera la necesidad de regular las actividades humanas que se desenvuelven dentro del bien, dándose ello, generalmente, mediante la regulación de las actividades clasificadas en permitidas y prohibidas.

La Reserva fue declarada mediante la Ordenanza 10011/95, y es de gran atractivo turístico, pero, a su vez, muestra una gran fragilidad, ello justamente dado por el considerable flujo de personas que se percibe, temporada tras temporada. Además, como se describió, dentro del sector afectado al uso público, encontramos una franja que pertenece al dominio privado. Este nos es un dato menor, ya que al existir derechos privados sobre la zona, su limitación en miras de la protección ambiental, se vuelve una tarea ardua y compleja.

Sin detenernos mucho más en ello, durante la investigación se detectó una degradación y desprotección importante de este espacio público, resumida en el siguiente dato: la deforestación de 600 hectáreas en el balneario Horizonte en los meses de septiembre y octubre del año 2016.

Este hecho desencadenó una denuncia ante la Fiscalía N° 11 de Delitos Ambientales y un amparo presentado a comienzos del presente año. Se observa en este dato, una degradación ambiental, a lo cual se le suma un avasallamiento del espacio público.

La efectivización de las normativas vigentes, por ejemplo mediante el avance y actualización del plan de manejo de la reserva, o la diagramación de proyectos de ordenanzas que posean claridad y especificidad a la hora de su aplicación, es objeto de trabajo dentro de nuestra línea de investigación.

#### *La extracción de arena y la línea de ribera*

Otro tema que nos convoca dentro del acápite ambiental, en miras de entender posteriormente la raíz del conflicto social, es el corrimiento de la línea de ribera. Ésta línea imaginaria es aquella responsable de dividir los espacios públicos de los privados, y es un eje central dentro del conflicto social. Su indefinición es particularmente el nudo de la cuestión, por lo cual entender su situación actual es primordial en miras de arribar a una solución.

Lo primero que se detectó es el carácter dinámico que la caracteriza, esto es descrito con gran claridad en los considerandos del decreto 10391/87 de la Provincia de Buenos Aires. Allí se establece “Que es incuestionable el carácter dinámico y variable de la traza de la línea de ribera de conformidad a como varíen las circunstancias que la condicionan. Que la existencia de ecosistemas dinámicos condiciona la estabilidad de un trazado lineal el que está influenciado por un doble conjunto de factores, los naturales y los humanos.”

Ya de por sí el nuevo CCyC nos marca al definir como “playas marítimas”, en el inciso b del artículo 235, aquella superficie que es bañada y desocupada “durante las más

altas y más bajas mareas normales”. Por lo cual, la lógica indica que nos encontraremos ante un límite que será necesariamente dinámico siendo que “Para la determinación de la Línea de Ribera Marítima parece razonable tener en cuenta los siguientes factores: 1) Evolución del nivel medio del mar; 2) Contribución de la onda de tormenta; 3) Pleamares máximas ordinarias ; 4) Contribución de la ola (run up); 5) geomorfología de la costa.”(D’Onofrio,2007, Pág. 21).

Ahora bien, como se destacó precedentemente, en los considerandos del decreto provincial 10391/87, notamos que esta dinámica no solo se puede dar por factores naturales, sino también por la intervención antrópica. Así es que dentro de este cuerpo legal se dispone que la “acción depredatoria humana, como la que resulta de la extracción de arena de las playas” es un ejemplo de esta intervención humana que puede alterar la línea de ribera.

Observada entonces la característica dinámica de la línea de ribera, y habida cuenta de la posibilidad de la influencia humana en torno a su modificación, pasamos al repaso de las actividades sobre el escenario en conflicto. Siguiendo al geógrafo Cicalese (1997) la empresa “Playas del Faro S.A” (titular de terrenos sobre el sector) instaló areneras en donde “La intensa explotación que lleva a cabo la compañía en la década del 70 [...] genera procesos erosivos sobre médanos forestados y la desaparición de las terrazas marinas” (Pág. 172).

Destaca el autor el reclamo de la “Unión de Fomentistas del Sur”, dadas al diario La Nación en agosto del ’85 por la extracción (que ya había comenzado en los años ’20) en donde se decía: “Las playas para aquellos que la conocimos años atrás se han reducido a menos de una cuarta parte de lo que era entonces, y en muchas zonas, cuando hay crecida, el mar llega hasta los médanos, invadiendo zonas de carpas”. (Pág. 172)

Este dato, da cuenta de la intervención humana que hace sospechar seriamente, la causal de la disminución del espacio público al que se referían los vecinos. Suma el aporte del Ingeniero D’ onofrio (2007) el cual expone en su informe que:

“Existe en sectores de la costa atlántica bonaerense un severo proceso erosivo que se manifiesta en un retroceso de la línea de costa y en la disminución de las acumulaciones de las playas. Estos efectos son recurrentes, en particular en áreas de importancia turística sujetas a una fuerte intervención humana,” (Pág. 5)

Como corolario del presente análisis, observamos nuevamente en los considerandos del decreto provincial 10391/87, que se brinda un ejemplo de corrimiento de la línea de ribera, específicamente sobre el escenario en análisis. Así se dispone que:

“Que la posibilidad de considerar a la línea de ribera como una circunstancia inalterable, no se adapta ni al sistema natural ni al plexo legal de los cuales proviene; Que tal absurdo se puede demostrar en el caso de las playas y costas situadas al sur del faro de Punta Mogotes en la ciudad de Mar del Plata, Partido de General Pueyrredón; Que las actuaciones cumplidas y correspondientes al informe elaborado por el servicio de Hidrografía Naval de la Armada Argentina, señala que la actual línea de ribera en ese lugar, con un valor altimétrico de 1,61 mts. Respecto del M.O.S.P, en el 99% de los meses considerados desde el año 1949, estuvo inundada y aún sin considerar los fenómenos meteorológicos, en un 70% de ellos.”

Por lo cual, el fenómeno con el que uno se encuentra, es una disminución de las playas públicas del sector que tensa la relación entre los turistas y los dueños de los complejos que pregonan por la exclusividad del sector. Esta disminución, entonces, está dada por el corrimiento de la línea de ribera la cual sería una herramienta muy valiosa a la hora de dar solución a la eterna disputa.

Actualmente la línea de ribera no se encuentra trazada, a pesar de reiteradas presentaciones administrativas por parte de la “Asamblea de espacios públicos” a la Autoridad del agua, la cual en virtud del artículo 18 del Código de Aguas Provincial posee la potestad de trazarla.

Sumado al conflicto social que deriva de este fenómeno, el cual abordaremos posteriormente, no debemos de olvidar que el avance del mar trae graves consecuencias sobre el ambiente costero, y siendo ello una posible consecuencia de actividades de extracción de arena que se han dado en el sector como se reflejó, podríamos encontrarnos dentro de una problemática que posee similares características con una situación dada en la zona de Camet Norte, siendo ésta catalogada como un “daño ambiental, normado en el artículo 27 de la ley general del ambiente”. (Mantecon, C., 2016, Pág. 11).

Como se puede observar, más allá de encasillar esta primera faz dentro de problemáticas ambientales, en ningún momento se puede desligar ello del conflicto social, que brota en virtud, tanto de una disminución del espacio público, como de la restricción sobre su acceso.

#### *Aspectos sociales*

La repercusión que poseen los aspectos ambientales, se traducen en un conflicto social. El problema que nos convocó en primer medida a investigar los aspectos jurídicos de la cuestión fue el acceso a la playa pública. Avanzando con la investigación, descubrimos que ello fue la punta del iceberg, el extremo de una cuerda, el cual, al empezar a tirar de ella, desentrañó una extenso recorrido lleno de nudos, que fueron demostrando el primer aspecto irrefutable de la cuestión: en conflictos entre lo público y lo privado, el abordaje jurídico solo no basta.

La necesidad de incorporar conocimiento proveniente de otras ciencias sociales, fue una consecuencia necesaria para poder dar con el primer paso de cualquier investigación, entender el porqué del conflicto, por ello acudimos al análisis contemporáneo del reconocido geógrafo, sociólogo y político Jordi Borja (2012).

Con su aporte encontramos que se considera primordial dimensionar la existencia de una “crisis” del espacio público, reflejado en un vuelco hacia la marginalidad, que alimenta el deslinde de las clases sociales. Así es que Borja (2012) dispone que:

“La ciudad es ante todo el espacio público, el espacio público es la ciudad. Es a la vez condición y expresión de la ciudadanía, de los derechos ciudadanos. La crisis del espacio público se manifiesta en su ausencia o abandono o en su degradación, en su privatización o en su tendencia a la exclusión. Sin espacio público potente, integrador socialmente, articulador física y simbólicamente, la ciudad se disuelve, la democracia que se pervierte, el proceso histórico que hace avanzar las libertades individuales y colectivas se interrumpe o retrocede, la reducción de las desigualdades y la supremacía de la solidaridad y la tolerancia como valores ciudadanos se ven superados por la segregación y por la codicia, por el egoísmo y la exclusión.” (Pág. 1)

Analizando el escenario, podemos decir que este proceso, se empezó a reflejar a mediados del siglo pasado, en donde, en los años ‘70 según Cicalese (1997), se presentaron los proyectos para urbanizar la presente franja costera, en donde, en los mismos banners publicitarios de los folletos, el atractivo económico era el “control estricto en el ingreso”, bajo el eslogan de “playas privadas” (Pág 182).

Borja (2012) nos da cuenta de este camino hacia la marginalidad, ensamblado ello dentro del sistema capitalista, siendo justamente la exclusividad, un factor que se traduce en mayor rentabilidad del bien dentro del mercado. Así, el autor, marca esta tendencia con diversos ejemplos de ello, alrededor del mundo:

“En barrios acomodados de Ciudad de México proliferan las calles cerradas. En Rio de Janeiro las viviendas de clase alta y media tienden a cerrar la vereda la vereda en frente del edificio con rejas que de hecho impiden o dificultan mucho el paso de los peatones. En Londres, en Paris, en Barcelona, etc no solo el espacio público esta permanentemente vigilado (presencia policial, cámaras) también se cierran las plazas al anochecer, el mobiliario urbano impide que se formen grupos sentados, etc.”

Estos no son ejemplos que vayan a conmover nuestro asombro, ya que esta tendencia se ha asentado en nuestra sociedad y en el plano global, alimentado en general por razones de inseguridad.

El presente nos marca esta realidad, la playa, como espacio público, es el escenario de un conflicto que ya lleva muchos años en la ciudad y refleja un quiebre en lo social, producto de la exclusión. Esta es una corriente que ya se analiza desde los años '60 y que se ejemplifica con el conflicto en análisis. Por lo cual, la sociología brindó un gran aporte para entender el conflicto en lo macro, la tendencia social, pieza considerada vital en miras de buscar una solución a futuro.

Desde el plano jurídico, se encuentra la Ordenanza Municipal 8434/91, a través de la cual se diagramó, la ubicación y el acceso a las playas públicas. Se dispuso en su artículo 9.1 la creación de cada tres balnearios privados, un balneario público. Además, se dispuso en el artículo 9.2 que “no podrá establecerse ningún tipo de limitación al tránsito de personas”. El “ser”, no puede distanciarse más que el “deber ser” en el pertinente caso, ya que no existe ningún balneario público en toda la franja analizada. Se buscó, desde la ordenanza, conciliar los intereses públicos con los privados, permitiendo crear zonas más exclusivas, pero ordenando la creación de balnearios accesibles para cualquier ciudadano, y proclamando en todos el libre tránsito hacia el mar. Esta Ordenanza, configura un marco jurídico interesante pero, lamentablemente es otro ejemplo de “letras muertas”, en donde, ante la ausencia de intervención de la administración, la realidad es que hoy en día se incumple la ordenanza.

Otro aporte desde el derecho, fue la Ordenanza 21090/12 en donde se establece en su artículo primero, la creación de servidumbres de paso entre los balnearios. Aquí se intentó dar respuesta al conflicto en cuestión, apuntando específicamente al acceso, pero de nuevo, este acceso hoy es restringido, sólo habilitado a titulares de las carpas del balneario, no hay bajada pública en el sector. (lo cual se reflejará simplemente con una imagen)

### **Hacia un fundamento jurídico del reclamo**

*Las potestades protectorias de la administración y de los particulares*

Se apunta con la investigación en esta etapa, a encontrar el sustento jurídico en torno al reclamo por el acceso al espacio público, y siempre en miras de dar con una solución, primero abordamos el análisis, a través de la atalaya del derecho administrativo, para dar cuenta de las posibilidades que tiene la Administración para intervenir, y posteriormente del sustento del reclamo de los particulares afectados.

Siguiendo al maestro Dromi (1998) desde el plano del derecho administrativo, se puede abordar la protección de los bienes públicos por parte del Municipio desde “dos vías alternativas, la administrativa y la judicial” (Pág 651).

El autor nos describe que la Administración puede acudir a una “autotutela” del bien público, aunque disponiendo que “la administración pública actúe por sí misma sin recurrir a la autoridad judicial, es excepcional” (Pág 665), pero fundamentado ello en que “Todo lo referido a la tutela directa del dominio público, realizado por la administración, constituye facultades inherentes al poder de policía sobre el dominio público” (Pág 665).

El poder de policía entonces, constituye una herramienta de “autotutela” para proteger los bienes públicos, mediante ordenanzas, y en caso de no cumplirse esa reglamentación, tendrá a su cargo la potestad jurídica para efectivizar las pretensas limitaciones, aplicando la “policía”, facultad que emana del sistema federal republicano. En definitiva, la administración por sí misma, está facultada a intervenir en el conflicto, velando por el interés público que le da la característica distintiva a este tipo de bienes. Inspecciones para evaluar el escenario, multas, inhabilitaciones, pueden ser ejemplos de la facultad de “policía” a la cual puede hacer uso el Estado (Municipio) para salvaguardar el interés público que radica sobre el uso y goce de las playas de nuestra ciudad.

Por otro lado Dromi (1998) dispone que “Además del sujeto titular de la cosa, persona pública, estatal o no estatal, están legitimados para la tutela del dominio público los

particulares”. (Pág. 654). Por lo cual, los particulares afectados, entonces poseen un derecho subjetivo sobre el espacio público, ahora bien, ¿cuál es concretamente su derecho a reclamar por él?

Su legitimación está en la protección de los intereses colectivos y difusos, dentro de la rama de la tercer generación de derechos humanos, lo cual, en la actualidad, convoca al análisis de la posible aplicación de los denominados “Derechos Humanos Emergentes”, y dentro de estos, en particular, del “Derecho a la Ciudad”.

El urbanista, geógrafo y político Jordi Borja nos describe la contemporánea asociación existente entre el derecho a la ciudad con los espacios públicos y los demás derechos que engloba este concepto:

“De todas formas la generalización del concepto “derecho a la ciudad” y su relación con el “espacio público” entendido a la vez como espacio urbano y como espacio político es mucho más reciente, prácticamente de la última década. Lo cual se puede explicar por dos razones: las tendencias a la disolución de la ciudad en las nuevas y discontinuas periferias y la voluntad de los movimientos sociales de integrar en este concepto derechos sectoriales urbanos (vivienda, movilidad, ambiente, etc) y socio-políticos (identidad, derechos políticos, participación, etc)” (Pág. 3)

Aquello que el autor entiende como una nueva corriente urbana de “nuevas y discontinuas periferias”, es lo que refleja una “crisis” de lo urbano, una crisis social, de cambios que según los sociólogos como Borja tienden hacia la exclusividad de los espacios públicos, avasallando el interés público que motiva su creación.

Actualmente se analiza la aplicabilidad de estos “Derechos Humanos Emergentes, y encontramos que, autores como Guillén Lanzarote (2011) dispone que “el calificativo de emergente no excluye su exigibilidad o justiciabilidad ya en la actualidad” y ésta creación o documento jurídico se ensambla a los actuales derechos humanos, en donde se pretende “actualizarla y completarla desde una nueva perspectiva, la de la ciudadanía participativa.”(Pareja Morte, 2011, Pág. 8).

Se ha encontrado que este nuevo brote, dentro de la rama de los derechos humanos, teñidos por las nuevas corrientes, detectadas por la sociología, no son preceptos tan vírgenes, como uno pudiera suponer a simple vista. Es así que se realizó una recopilación normativa del derecho comparado, que da cuenta de la inserción de esta nueva corriente jurídica “emergente” dentro de instrumentos de gran jerarquía normativa, como se detalla a continuación:

- Constitución de Ecuador (2008)

Art. 31.- Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.

- Constitución Política de la Ciudad de México

Artículo 13 inciso D. Derecho al espacio público.

1. Los espacios públicos son bienes comunes. Tienen una función política, social, educativa, cultural, lúdica y recreativa. Las personas tienen derecho a usar, disfrutar y aprovechar todos los espacios públicos para la convivencia pacífica y el ejercicio de las libertades políticas y sociales reconocidas por esta Constitución, de conformidad con lo previsto por la ley.

2. Las autoridades de la Ciudad garantizarán el carácter colectivo, comunitario y participativo de los espacios públicos y promoverán su creación y regeneración en condiciones de calidad, de igualdad, de inclusión, accesibilidad y diseño universal, así como de apertura y de seguridad que favorezcan la construcción de la ciudadanía y eviten su privatización.

Artículo 16 inciso G. Espacio Público y convivencia Social.

1. En la Ciudad de México es prioridad la creación, recuperación, mantenimiento y defensa de los espacios públicos y de convivencia social. Las

calles, banquetas, plazas, bosques urbanos, parques y jardines públicos, así como los bajo puentes son el componente fundamental de la convivencia, la expresión ciudadana y la cohesión social.

- Magna Carta del Estado Brasileiro

Artículo 1º III: “El derecho urbanístico, más que el simple papel de ordenación racional del espacio urbano, actúa de forma decisiva en el proceso de inclusión social y reafirmación de la dignidad de la persona”.

- Guillen Lanzarote dispone además que :

“el artículo I de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, aprobada en la ciudad francesa de Saint-Denis en el año 2000 y adoptada por más de 300 ciudades de toda Europa, el derecho a la ciudad es el derecho a “un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes [los cuales] tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad””

(Pág. 21)

Así es que sobre éste nuevo soporte jurídico de derechos, de características vanguardistas, estamos actualmente investigando, para evaluar la posibilidad de que éstos sean un sustento jurídico firme, en miras del reclamo por parte de los particulares para lograr el acceso y goce de todos, a nuestro espacio público icónico por excelencia, nuestras playas marplatenses.

### **Bibliografía:**

- Borja, J. (2012) “Espacio Público y Derecho a la Ciudad”, Barcelona. Fuente: [https://debatstrebalsocial.files.wordpress.com/2013/03/espacio\\_publico\\_derecho\\_ciudad\\_jordiborja.pdf](https://debatstrebalsocial.files.wordpress.com/2013/03/espacio_publico_derecho_ciudad_jordiborja.pdf) Consultado: [20/06/2017].
- Cicalese, G. (1997); “Capítulo V: Vecinos Verdes, Playas privadas y burócratas. La construcción urbana en el Litoral Sur de la ciudad de Mar del Plata 1930-1995”; En *¿Qué hacer con la extensión? Mar del Plata, Ciudad y Territorios Siglo XIX-XX*; Alianza Editorial, 2001, Pág.

- D'onofrio, E. E. (2007). "Linea de costa y línea de ribera en zonas marítimas".  
Pág. 25. Fuente:  
<http://www.bibliotecacpa.org.ar/greenstone/collect/facagr/index/assoc/HASHfee3.dir/doc.pdf> Consultada [28/06/2017].
- Dromi, R. (1998). "Derecho Administrativo". Buenos Aires: Ciudad Argentina. Séptima Edición.
- Guillén Lanzarote, A. (2011) "El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente" En "Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El derecho a la ciudad", Barcelona, 2011, Número° 7, Págs. 16-27.
- Mantecon, C. L. y otros. (2016) "Conflictos derivados de la erosion costera: responsabilidades estatales. Camet norte, Partido de Mar chiquita, Provincia de Buenos Aires". En *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número 18, 2017, pp.1-23. Buenos Aires, Argentina, ISSN 1851-3069.
- Pareja Morte, E. (2011) "Introducción" En "Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El derecho a la ciudad", Barcelona, 2011, Págs. 8-13.

## EL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

**Fraschina, Andrea Verónica**

**Sumario:** 1- Introducción. 2- Concepto y funcionamiento. 3- Jurisprudencia ilustrativa del efecto atenuado del orden público. 4- El efecto atenuado del orden público internacional en la normativa y jurisprudencia Argentina. 5- Conclusiones.

### Introducción

El orden público internacional, como última etapa del razonamiento conflictual, es una técnica propia del derecho internacional privado que, frente a la designación de un derecho extranjero para regir el caso multinacional, permite asegurar la vigencia de los principios que el foro considera esenciales<sup>4</sup>.

Entonces el juez, conserva la posibilidad de descartar la aplicación de esa ley extranjera al caso concreto sometido a su jurisdicción, para defender los valores materiales que sustentan la propia concepción de justicia, hoy cada vez más interrelacionada y más internacionalmente coincidente. Esta noción funciona tanto en el conflicto de leyes, como en oportunidad del reconocimiento en el foro de una decisión extranjera.

El concepto del orden público internacional ha ido configurándose a través del tiempo, desde sus orígenes en los estatutarios italianos, pasando por la escuela flamenca de las comitas, hasta que Federico Carlos von Savigny lo estructura, para finalmente alcanzar su configuración actual.

---

\*El presente trabajo es un avance de la tesis doctoral en etapa de elaboración sobre el alcance y contenido del orden público internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>4</sup> NAJURIETA, MARIA SUSANA ; « *Orden público internacional y derechos fundamentales del niño* » ; La Ley ; 1997-B ; 1436.

Savigny desarrolla una acabada teoría que da fundamento jurídico a la vigencia extraterritorial del derecho. La aplicación del derecho extranjero aparece como un deber comunitario que proviene de la comunidad internacional. Su gran mérito fue, sin duda, haber planteado la cuestión con precisión y acierto al establecer los conflictos que pueden surgir en caso de que una relación jurídica pueda regirse por leyes diferentes y contrarias, advirtiendo que se deben estudiar los límites locales y temporales de las diversas leyes. Así, explica la extraterritorialidad del derecho en la “Comunidad Jurídica de los Estados”.

La función del orden público Internacional que es la de frenar, en determinadas hipótesis, el derecho extranjero en sí aplicable, en virtud del propio derecho internacional privado a causa de su incompatibilidad ideológica con el nuestro<sup>5</sup>, es unánimemente aceptada por la doctrina contemporánea, aunque las fórmulas legislativas empleadas son variadas.

Al mismo tiempo, el contenido del orden público internacional se ha ido reduciendo con el objetivo de lograr un equilibrio entre los intereses del foro, y el respeto al elemento extranjero, surgiendo las ideas del orden público de efecto pleno y orden público de efecto atenuado.

### **Concepto y funcionamiento**

La teoría del “efecto atenuado” del orden público, constituye un aporte de la jurisprudencia francesa a la conceptualización de la relatividad del OP internacional. Aparentemente la primera vez que se utilizó la expresión “efecto atenuado” ha sido en el fallo *Munzer*, de la Corte de Casación, de 7 de enero de 1964.

---

5 GOLDSCHMIDT, WERNER; Derecho Internacional Privado, 10a edición actualizada por Alicia m. Perugini Zanetti ; Abeledo Perrot ; Buenos Aires ; 2009; pág. 232.

6 Cour de cassation, chambre civile 1, 7/01/1964, se trataba de una demanda de exequátur solicitando el reconocimiento de una sentencia del estado de Nueva York del 10 de abril de 1958, obtenida por la Sra. Jacoby, que condenaba al Sr. Munzer a pagar una importante suma de dinero en concepto de deuda alimentaria desde el 10/11/1930 al 19/01/1958. El demandado ataca el fallo considerando que se viola la regla de orden público por la que las deudas de alimentos son prescriptibles, de acuerdo al art. 2277 del C.C. francés que establece la prescripción extintiva, ya que la ley francesa decidió proteger al deudor contra reclamos tardíos e impedir procesos de difícil prueba, e inoportunos como consecuencia del tiempo transcurrido. La Corte entiende que en el caso solo se trata de dejar que se desplieguen en Francia derechos

Siguiendo a los profesores Henri Battifol y Paul Lagarde<sup>7</sup>, el planteo consistía en que el OP no podía oponerse a los efectos desplegados en Francia de situaciones nacidas en el extranjero, mientras que se opondría a la creación de esas mismas situaciones en Francia.

Progresivamente apareció en la jurisprudencia francesa en los casos de divorcios pronunciados en el extranjero en la época que la ley francesa prohibía todavía el divorcio. El célebre caso *Bulkley*,<sup>8</sup> de 28 de febrero de 1860, admitió que una inglesa, legalmente divorciada en Inglaterra, se casara nuevamente en Francia sin que pudiera oponerse el orden público francés a dicho divorcio. Se entendió que la ley de 8 de mayo de 1816 -que prohibía el divorcio en Francia- debía “être renfermé dans les limites qu’elle s’est tracée” (ser confinada dentro de los límites en el cuales fue dictada), y aplicarse sólo para el futuro, y dentro del territorio francés.

La alusión al carácter territorial de la ley de 1816 evoca la tesis de Mancini. Existen en cada Estado leyes de orden público, caracterizadas por su territorialidad. Cada Estado deberá entonces aplicar las suyas sobre su territorio y correlativamente, por respeto a la soberanía de los otros Estados, no cuestionar la aplicación de las leyes de orden público

---

legalmente adquiridos en el extranjero, y que el orden público, que sólo intervendría por su efecto atenuado, sería menos exigente que si se tratara de la adquisición de los mismos derechos en Francia.

<sup>7</sup> Battifol, H., Lagarde, P., *Doit International Privé*, L.G.D.J., 8.<sup>a</sup> ed., tomo 1, Paris, 1993, pág. 580 y ssgtes.

<sup>8</sup> S. 1860. 1. 210, D.P. 1860.1.57. Marie-Anne Bulkley, de nacionalidad inglesa, se había casado en Holanda con Anthony Bouwens, Holandés, más tarde divorciada en 1958 por el Tribunal de La Haya, inscripto en los registros del estado civil conforme a la legislación de dicho país. Posteriormente se presenta ante el Oficial del estado civil del 10° arrondissement de Paris para contraer matrimonio, justificando la disolución del matrimonio precedente y no encontrándose en los casos de prohibición del art. 147 del Código Civil de Napoleón. El Oficial del estado se negó a aprobar la celebración solicitada, invocando la violación del art. 3 del C. Napoleón, y los arts. 6 y 147 del mismo Código, como también el art. 1 de la ley de 8 de mayo de 1816. “[...] Attendu que ces principes ne reçoivent aucune atteinte, en France, de la loi du 8 mai 1816 ; - Qu’en effet, si cette loi est d’ordre public, et si en conséquence il n’est pas possible d’y déroger par des conventions particulières (art. 6. c. nap.), si, par une autre conséquence, il n’est pas permis aux tribunaux d’ordonner ou de sanctionner des divorces que les officiers de l’état civil ne pourraient prononcer, la loi de 1816 doit être renfermée dans les limites qu’elle s’est tracées, par respect pour les principes du droit les plus incontestées ; - Que la loi de 1816 n’a pu vouloir et n’a voulu statuer que pour l’avenir et pour la France ; qu’elle n’a atteint, par sa disposition unique, ni les divorces antérieurement prononcés, ni les divorces prononcés régulièrement à l’étranger ; que si, ce qui n’est pas contesté, un divorce prononcé en France avant la loi de 1816, a rendu aux époux la liberté de contracter un nouveau mariage, il en est de même de la liberté acquise par l’étranger, dans son pays, au moyen d’un divorce qui y aura été légalement prononcé ; qu’il n’y a d’atteinte à l’ordre public et aux bonnes mœurs ni dans un cas, ni dans l’autre ; et que la loi française, qui ne contient aucune disposition prohibant formellement des mariages contractés dans de pareilles circonstances, n’a fait, par son silence, que confirmer, d’une part, le principe de non-rétroactivité des lois, et, d’autre part, le respect dû aux législations étrangères statuant sur l’état et la capacité des personnes soumises à leur souveraineté [...]”.

sobre el territorio de otros Estados. Como consecuencia, si se invocara en Francia una situación constituida en el extranjero, el juez francés no podría cuestionar dicha situación en nombre del orden público, sino a lo sumo oponerse a los efectos que le solicitaran dejar producir en Francia, como consecuencia de dicha situación.

Esta concepción es la que prevalece en algunos fallos de 1945, que rechazaron oponer el orden público francés a sentencias alemanas de paternidad natural, que no hubieran podido ser dictadas en Francia, estableciendo que el juez *“no debería tener en cuenta las exigencias del orden público francés, salvo sobre los efectos latentes de la situación adquirida en el extranjero”*.

Esta concepción tenía el inconveniente de acordar a la situación nacida en el extranjero una inmunidad casi absoluta respecto del orden público. Si el examen de compatibilidad con el orden público solo puede consistir sobre los efectos latentes de la situación creada en el extranjero, hay pocas chances que se llegue a una constatación de contrariedad, ya que los efectos en sí mismos (demanda de alimentos, de reparación, de partición de sucesión, de inscripción en un registro, de cambio de nombre etc) son raramente contrarios al orden público y además generalmente regidos por la ley francesa.

En su última etapa, que se remonta a la época del caso *Rivière* (1953)<sup>9</sup>, la fórmula del efecto atenuado es flexibilizada. En dicho fallo, la Corte de casación establece que *“La reacción frente a una disposición contraria al O.P. no es la misma según se trate de la*

---

<sup>9</sup> Rivière, Civ. 1°. 17 avr. 1953. Lydia Roumiantzeff, de origen ruso, nacionalizada francesa, se casa el 9 de febrero de 1934 en Francia, con Dimitri Petrov, de nacionalidad rusa, sin que el matrimonio le haya hecho perder la nacionalidad francesa. El matrimonio Petrov- Roumiantzeff mudan su domicilio a Quito (Ecuador) donde el 27 de agosto de 1936 disuelven el matrimonio por mutuo consentimiento, pronunciado por las autoridades ecuatorianas, de conformidad con la ley ecuatoriana. Luego de la ruptura, la Sra. Roumiantzeff contrae matrimonio el 19 de mayo de 1939 con el Sr. Robert Rivière, de nacionalidad francesa, en Casablanca. Posteriormente la Sra. Roumiantzeff manifiesta su voluntad de divorciarse y el Sr. Rivière alega la nulidad del matrimonio manifestando que el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos Petrov-Roumiantzeff, decretado sin fraude a la ley, carecía de efectos en Francia, y no podía consecuentemente facultar a la Sra. Roumiantzeff a contraer nuevas nupcias. “[...] Attendu que l'objection soulevée par le pourvoi, d'atteinte à l'ordre public français, doit être appréciée de façon différente suivant que le divorce litigieux a été ou non acquis à l'étranger par application de la loi compétente en vertu du règlement français des conflits ; qu'en effet, la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français. [...]”.

*adquisición de un derecho en Francia, o solamente de dejar que se produzcan en Francia los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero, y de conformidad con la ley aplicable en virtud del Derecho Internacional Privado francés”.*

A través de esta enunciación, la Corte de casación establece determinados requisitos para que esos efectos se puedan producir en Francia, tales como que no haya existido fraude y que la ley aplicable sea la que determina la norma de derecho internacional privado francés. Además deja abierta la posibilidad para el juez, de rechazar el efecto de una situación creada en el extranjero tomando en consideración no solamente las consecuencias en sí mismas, sino el caso en conjunto. En esto, es más realista que la fórmula de los fallos de 1945, pero también es menos rigurosa ya que no justifica en esta hipótesis la eventual intervención del orden público, que no puede estar justificado más que por la existencia de una conexión del caso con el territorio del foro.

### **Jurisprudencia ilustrativa del efecto atenuado del orden público.**

El divorcio y la búsqueda de la paternidad natural han sido los principales casos de aplicación de la teoría en Francia, hasta que la evolución de la legislación interna francesa hace retroceder los límites del orden público también para casos de creación de la situación en Francia.

El efecto atenuado del orden público es hoy en día frecuentemente invocado en materia de poligamia y de repudio. Si el OP se opone a la celebración en Francia de una unión de dichas características, no se opone a que ciertos efectos de una unión poligámica celebrada en el extranjero sean demandados en Francia. Así, los tribunales franceses han recibido demandas de alimentos, de liquidación de sucesiones, de regímenes matrimoniales, de acción de reparación con posterioridad a la muerte del marido.

En materia de “repudio”, se admitió que el orden público no permite que el repudio se efectúe en Francia por un marido cuyo estatuto personal conoce dicha institución. Sin

embargo, la teoría del efecto atenuado condujo, a reconocer en Francia los efectos de un repudio efectuado en el extranjero<sup>10</sup>.

Uno de los casos destacados en la jurisprudencia francesa, sobre el efecto atenuado del orden público internacional, es el caso Chemouni<sup>11</sup>. Félix Chemouni era tunecino, de confesión israelita, había contraído matrimonio en Túnez, según la forma religiosa mosaica, primero con la francesa Esther Valensi, en 1940, y luego con una tunecina Henriette Krieff, en 1945. Dos niños nacieron de esta última unión. Con posterioridad, Chemouni se instala en Francia con sus dos esposas e hijos, para luego abandonar a su segunda esposa y vivir solamente con la primera. La Señora Krieff presenta ante los Tribunales franceses una demanda de alimentos derivada de su condición de legítima esposa, ya que la ley tunecina, concede alimentos a la segunda esposa. El Sr. Chemouni, a su vez, alegó la pérdida del estatuto personal tunecino, al nacionalizarse francés en agosto de 1956, queriendo restar validez al segundo matrimonio.

La acción fue admitida en primera instancia, rechazada en apelación y finalmente anulada en casación, debido a que la Corte consideró que no era contraria al orden público francés la acción de la Sra. Krieff que pretendía que se le reconociera en Francia un derecho de alimentos, fundado en su condición de esposa legítima adquirida en Túnez, en virtud de la ley nacional extranjera de ambos esposos, competente según la regla de conflicto francesa, y sin fraude al derecho francés. En efecto, el derecho tunecino, que acepta que el hombre tome dos esposas, obliga a que se le provean alimentos a ambas, y el derecho francés vigente establecía que la validez intrínseca del matrimonio se rige por la ley de la nacionalidad de los contrayentes, y a esa misma ley somete los efectos personales del matrimonio y el derecho a alimentos.

---

<sup>10</sup> Caso Fadlallah, Sala Civil, 18/12/1979. Con posterioridad, la Corte de Casación determinó la contrariedad de esta figura del derecho musulmán con el orden público francés, en la sentencia del 04/11/2009, Sala I Civil, "La decisión de una jurisdicción extranjera que deja constancia del repudio unilateral por parte del marido, sin conceder efectos jurídicos a la eventual oposición de la mujer, privando a la autoridad competente de todo poder diferente al de estipular las consecuencias financieras de la ruptura del vínculo matrimonial, es contraria al principio de igualdad de los esposos al momento de la disolución del vínculo matrimonial, establecido en el artículo 5 del Protocolo de 22 de noviembre de 1984 n.º VII, adicionalmente al Convenio europeo de derechos humanos que Francia se ha comprometido a garantizar a todas las personas dentro de su jurisdicción y, por tanto, contraria al orden público internacional".

<sup>11</sup> Corte de Casación, Sala Civil, 28/01/1958 y 19/02/1963 "Chemouni c/Krieff".

Con posterioridad, la Corte de Casación tuvo varios pronunciamientos en los que determinó la compatibilidad de la poligamia con el orden público francés, retomando los argumentos vertidos en el caso Rivière. Así estableció en una cuestión sucesoria, que *“la reacción contra una disposición de ley extranjera que es contraria a la concepción francesa del orden público, no es siempre la misma, puesto que bien puede ser que se impida la creación en Francia de una situación jurídica prevista por esa ley, o bien puede que se trate solamente de permitir la adquisición de derechos en Francia con fundamento en una situación creada sin fraude en el extranjero, de conformidad con la ley que resulta aplicable en virtud del derecho internacional privado francés; y, que, particularmente en el caso del matrimonio poligámico legalmente contraído en el extranjero de conformidad con la ley personal de las partes, la segunda cónyuge y sus hijos legítimos pueden pretender, ejercer los derechos reconocidos por la ley sucesoria francesa tanto para la cónyuge sobreviviente como para los hijos legítimos, conjuntamente con la primera cónyuge y sus propios hijos”*<sup>12</sup>.

En otro pronunciamiento la Corte de Casación, al analizar la validez de un segundo matrimonio poligámico en el que la segunda esposa viuda pretende hacer valer su calidad de tal en territorio francés, estableció que *“No infringe los artículos 5 y 12 del nuevo Código de Procedimiento Civil, el Tribunal de Apelación al decidir, respondiendo a la solicitud presentada por la viuda (1er esposa) de un francés de origen argelino que había adquirido la nacionalidad argelina y contraído en Argelia un segundo matrimonio, con la finalidad de obtener que la segunda esposa no fuese autorizada a beneficiarse en Francia de su calidad de viuda, que la viuda argelina (2da. esposa) no podría hacer uso en territorio francés de su calidad de viuda, sino en condiciones que no fuesen contrarias al orden público”*<sup>13</sup>.

Y, finalmente en otro asunto en el que el marido falleció en un accidente laboral, la Corte consideró que la pensión debida a la cónyuge sobreviviente, debe ser por partes iguales entre las dos esposas del matrimonio poligámico<sup>14</sup>.

---

12 Corte de Casación, Sala I Civil, 03/01/1980.

13 Corte de Casación, Sala I Civil, 17/02/1982.

14 Corte de Casación, Sala I Civil, 06/07/1988.

## **El efecto atenuado del orden público internacional en la normativa y jurisprudencia Argentina**

El Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield, aprobado el 25/09/1869, mediante Ley n° 340, que entró en vigencia para la República Argentina el 01/01/1871, contenía una cláusula general de orden público Internacional en el art. 14 inc.2), que establecía: “*Las leyes extranjeras no serán aplicables: inc. 2) cuando fueren incompatibles con el espíritu de la legislación de este código...*”. Dicho artículo no hacía ninguna mención respecto del efecto atenuado del orden público, en parte es obvio, ya que recordemos que la primera vez que se utilizó la expresión “efecto atenuado” ha sido en el fallo *Munzer*, de 07/01/1964, de la Corte de Casación francesa, hasta quedar delimitada la teoría, en la época del caso *Rivière* (1953).

A su vez, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 contienen ambos una cláusula general de orden público internacional en los artículos 4 de los Protocolos Adicionales, que establecen que: “*Las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicables contra las instituciones políticas, las leyes de Orden Público, y las buenas costumbres del lugar del proceso*”, que tampoco alude al efecto atenuado del orden público internacional.

Por su parte, las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) también contienen cláusulas sobre el orden público internacional. En particular, la Convención sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (CIDIP II), incluye una cláusula general de orden público internacional (art. 5) que restringe la posibilidad de excluir la aplicación del derecho extranjero, a la hipótesis de su manifiesta contrariedad con los “principios” de orden público de la *lex fori*. Otra disposición a remarcar es el art. 22 de la CIDIP IV sobre Obligaciones Alimentarias, ya que especialmente establece que se podrá rehusarse el cumplimiento de sentencias extranjeras, o la aplicación del derecho extranjero

previsto en la Convención cuando el Estado lo considere manifiestamente contrario a los principios fundamentales de su orden público<sup>15</sup>.

Lo referenciado, pone de manifiesto el hecho que la aplicación del concepto de orden público internacional contenido en el art. 14 inc. 2 del código de Vélez Sársfield ha sido perfeccionado con el concepto de orden público internacional previsto en las Convenciones y Tratados internacionales mencionados, y también en otros, en los que la República Argentina es parte. Sin embargo en ninguno de los Tratados o Convenciones se prevé el efecto atenuado del mismo.

Finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el Título IV referido a Disposiciones de Derecho internacional privado, Capítulo 1 de Disposiciones Generales, en el art. 2600 determina el alcance del orden público internacional, con más claridad y precisiones en cuanto a su concepto y aplicación que las establecidas por el antiguo art. 14 inc. 2 del Código Civil de Vélez Sarsfield, y dice: *“Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”*.

Sin embargo, la nueva redacción no recepta tampoco la teoría del efecto atenuado del OP, entre otras cosas.

En la jurisprudencia argentina no hemos encontrado supuestos de aplicación del efecto atenuado del orden público internacional. Aunque podemos al menos mencionar el caso Solá<sup>16</sup>, en el que se ha insinuado el uso de esta teoría sin nombrarla expresamente así.

En dicho asunto, la Corte Suprema, al analizar la legitimación de la cónyuge para iniciar la sucesión del causante, debe hacer un análisis respecto de la validez del matrimonio celebrado en Paraguay en el año 1980, mientras que el marido (ahora

---

15 FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA; La Autonomía de la voluntad en la Contratación Internacional; Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo; 1991; pág. 93- 94.

16 CSJN in re “Solá, Jorge Vicente, s/ sucesión ab intestato” (Fallos 319:2779, 12/11/1996)

causante) tenía una sentencia anterior de separación judicial pero no vincular (16/02/1979), según el art. 67 bis. Ley 2393, norma agregada por la ley 17.711. Dicha separación fue convertida con posterioridad (04/05/1989) en divorcio vincular, en virtud del art. 8 de la ley 23.515.

La Corte establece “*Que en el sublite lo que se trata de verificar según el derecho internacional privado argentino es la satisfacción de los recaudos de validez de una situación creada en el extranjero y que es llamada a desplegar efectos en el foro*”<sup>17</sup>. Determinando que dicho análisis debe efectuarse según las disposiciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940, art. 4 según el cual la República Argentina puede reconocer o desconocer la validez del segundo matrimonio contraído en el territorio de otro Estado parte, según sus principios de orden público internacional.

El caso analizado, trata asimismo otras cuestiones sensibles del derecho internacional privado, como son la cuestión previa y la aplicación del derecho extranjero, amén de otros temas sustanciales sobre el mismo orden público, como es el criterio de actualidad del mismo, que es la cuestión explícitamente abordada en el fallo, señalando que “*...el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un estado determinado. De allí que la confrontación debe hacerse con un criterio de actualidad, noción que es ampliamente recibida en el derecho comparado*”<sup>18</sup>. Y dicha confrontación debe hacerse al momento del dictarse la sentencia para determinar el grado de vulneración de los principios del foro.

Otras situaciones en la que creemos podría haberse utilizado el concepto del efecto atenuado del orden público internacional, han sido los casos de parejas o personas que acudieron a la maternidad subrogada en un país que lo admite y luego pretendieron que se

---

17 Considerando n°5.

18 Considerando n°7.

reconozca al niño/a en el país que se domicilia la persona o pareja. Para rechazar la inscripción o denegar los instrumentos jurídicos que acreditan la nacionalidad en ese país, los tribunales se han valido de la excepción de orden público<sup>19</sup>.

Aunque en estos supuestos se autorizaron las inscripciones correspondientes basándose en los derechos de igualdad y no discriminación de los progenitores y de los derechos de la persona por nacer, amparados en la Convención sobre los Derechos del Niño, norma con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), teniéndose en cuenta el interés superior del niño (art. 30, CDN), también podría haberse fundamentado en el efecto atenuado del orden público internacional, toda vez que los efectos que deben producirse en la Argentina, de una situación jurídica válidamente constituida en el extranjero, no conculcan nuestro orden público internacional, máxime cuando los fundamentos para tal reconocimiento (derecho a la identidad del niño, derecho a una nacionalidad, interés superior del niño etc), también integran el orden público internacional argentino.

### **Conclusiones**

Para Savigny, la Comunidad Jurídica de los Estados se encontraba dada por la influencia de las ideas cristianas y del derecho romano, sustrato o base común que debía permitir aplicar la legislación de los distintos Estados. Por lo tanto no sólo no existía impedimento para que un Estado aplique la legislación de otro Estado, sino que ello es una obligación por cuanto existe entre ellos esta comunidad jurídica<sup>20</sup>.

Sin embargo, la realidad internacional en la que desarrolló su pensamiento el ilustre jurista ha cambiado, y al encontrarnos en un mundo de relaciones mucho más amplias y abiertas ya no todos los derechos presentan soluciones equivalentes y justas, ni se inspiran en las mismas ideas.

---

<sup>19</sup> DREYZIN KLOR, ADRIANA; “*El concepto de orden público internacional en las relaciones de familia*”; 30/09/2014; MJ-DOC-6894-AR/MJD6894.

<sup>20</sup> Biocca, Stella Maris; *Derecho Internacional Privado*; Tomo I; Ed. Lajouane; Buenos Aires; 2004; pág. 87.

El mundo globalizado es un escenario altamente propicio para el desarrollo de una permanente movilidad de las personas humanas, hecho que se patentiza desde las últimas décadas del pasado siglo en el notorio incremento de casos iusprivatistas generados por las constantes migraciones. Si bien este fenómeno se advierte en todos los ámbitos del derecho internacional privado, es en el sector del derecho internacional privado de familia, el que consideramos más sensible de la materia, el que refleja con mayor rigor el efecto que provoca tan exponencial desarrollo<sup>21</sup>.

Evidencia de ello, son los fallos referenciados que contraponen el derecho musulmán al occidental, con concepciones de familia muy diferentes.

Es por ello que, a pesar de que los casos de derecho de familia en los que se haya tornado operativa la teoría del efecto atenuado son escasos en el contexto internacional, y casi nulos en el derecho argentino, no le resta importancia a esta teoría, debido a que el contacto permanente con situaciones jurídicas creadas al amparo de derechos pertenecientes a otros sistemas jurídicos crece permanentemente, como por ejemplo matrimonios entre personas con diferentes estatutos personales, uniones convivenciales provenientes de otros Estados, reclamos de alimentos de uniones poligámicas, adopciones conferidas en el extranjero que pretenden ser reconocidas en nuestro país debido al posterior traslado del niño a la Argentina, o niños nacidos mediante procedimientos de gestación por sustitución llevados a cabo también en el extranjero, que demandan en forma creciente la intervención de nuestras autoridades<sup>22</sup>.

Además se advierte en los países de derecho occidental que frente a un eventual choque de ordenamientos jurídicos, debe primar el interés superior del niño, concepto también indeterminado y relativo, y no exento de dificultades<sup>23</sup>.

---

21 DREYZIN KLOR, ADRIANA; ob. cit.

22 Algunos ejemplos han sido extraídos del artículo de IUD, CAROLINA D. ; « *Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia* » ; DFyP 2013 ; 43 ; AR/DOC/2643/2013.

23 IUD, CAROLINA D. ; ob. cit.

Si bien el art. 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación avanza en relación al art. 14 inc. 2 del Código de Vélez Sarsfield en lo referente a la formulación de la cláusula general como en cuanto al contenido del orden público, guarda silencio sobre el efecto atenuado que aquí nos ocupa<sup>24</sup>.

Dichas omisiones o vacíos en su redacción, tendrían como consecuencia una restricción al alcance de su aplicación, que no sería acorde con el empleo esperado del concepto de orden público internacional a la luz de otros instrumentos convencionales internacionales; y de la doctrina y jurisprudencia internacionales elaborada en torno al concepto y aplicación del mismo.

Creemos que un sistema jurídico que pretende tributarle el debido respeto al elemento extranjero, debería brindar una regla clara que indique como debe proceder el juez en este tipo de situaciones en las que el orden público internacional argentino no debe reaccionar con toda su fuerza e invalidar sin más situación jurídica nacida en el extranjero. Por el contrario, disponer de una pauta flexible que le indique al juez, como debe actuar en este tipo de cuestiones, evitaría caer en rigorismos y de solucionar injustamente el caso.

### **Bibliografía consultada:**

#### A- Obras generales :

BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Doit International Privé*, L.G.D.J., 8.<sup>a</sup> ed., tomo 1, Paris, 1993.

BIOCCA, STELLA MARIS; *Derecho Internacional Privado*; Tomo I; Ed. Lajouane; Buenos Aires; 2004.

FERNANDEZ ARROYO, DIEGO P. (COORD.) ; *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur* ; Zavalía ; Buenos Aires ; 2003.

---

<sup>24</sup> Más precisamente, el art. 2600 del Nuevo código Civil y Comercial de la Nación Unificado al referirse al OP omite expresamente: 1) que la incompatibilidad sea "manifiesta" (como si lo hacen las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado, en especial el art. 5 de la CIDIP II); 2) asimismo el nuevo artículo sólo se refiere al efecto negativo del OP, pero no menciona el efecto positivo o sustitutivo como lo hacía el proyecto del 2003 que procuraba que el juez busque una solución basada en el mismo derecho extranjero y solo en su defecto aplicaba derecho argentino; y 3) finalmente, no admite la teoría del efecto atenuado del OP.

GOLDSCHMIDT, WERNER; *Derecho Internacional Privado*, 10<sup>a</sup> edición actualizada por Alicia m. Perugini Zanetti ; Abeledo Perrot ; Buenos Aires ; 2009.

HOOFT, EDUARDO R.; « *Derecho Internacional Privado al alcance de todos* »; Eudem ; Tomo I ; Mar del Plata, 2012 ; Tomo II ; Mar del Plata ; 2016, Tomo III, Mar del Plata, 2017.

SCOTTI, LUCIANA B.; *Incidencias del Código Civil y Comercial – Derecho internacional privado* ; Hammurabi ; 1<sup>a</sup> Edición ; Buenos Aires ; 2015.

B- Artículos de revista :

DREYZIN KLOR, ADRIANA; “*El concepto de orden público internacional en las relaciones de familia*”; 30/09/2014; MJ-DOC-6894-AR/MJD6894.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA LIDIA ; « *Divorcio y orden público internacional : Una pareja indisoluble para el Derecho Internacional Privado Argentino?* » ; LL ; 1997-E, 1032.

GOLDSCHMIDT, WERNER ; « *El orden público internacional en Derecho Internacional Privado* » ; ED ; 2/7/1984 ; t. 109.

HOOFT, EDUARDO R. ; « *El concepto del orden público internacional en el pensamiento de Werner Goldschmidt* » ; LL ; año LIII N°137 ; 18/7/1989.

IUD, CAROLINA D. ; « *Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia* » ; DFyP 2013 ; 43 ; AR/DOC/2643/2013.

LOZANO, GUSTAVO MARTIN ; « *El orden público internacional frente al matrimonio extranjero* » ; DFyP ; 2013 ; 99 ; AR/DOC/1608/2013.

NAJURIETA, MARIA SUSANA ; « *Orden público internacional y derechos fundamentales del niño* » ; La Ley ; 1997-B ; 1436.

RUBAJA, NIEVE ; « *Estabilidad de los vínculos filiatorios consecuentes del recurso a la gestación por sustitución en el extranjero*»; J.A.; AP/DOC/3325/2012.



## DE LA ELECCIÓN INDIVIDUAL A LA ELECCIÓN SOCIAL Y LOS CONTRATOS

**Carro Paz, Roberto**

### RESUMEN

La Elección Social surge como tal dentro de la Economía del Bienestar, con la obra de Arrow *Social Choice and Individual Values*, en los años cincuenta del siglo XX. Según algunos autores esto reintroduce en la economía los juicios de valor en las decisiones, tema analizado, pero que se pensaba ya solucionado con la mirada clásica de la Teoría de la Elección Racional y la construcción de las funciones de bienestar social<sup>1</sup>.

El Teorema de la imposibilidad de Arrow pareciera haber sepultado la idea de la elección social de tipo racional, aún dentro de la Economía del Bienestar. Esto no sería así. Amartya Sen -premio nobel de Economía 1998-, realiza aportes a la misma, que permiten pensar en soluciones basadas en la necesidad de ampliar la base de información de las elecciones sociales en un contexto democrático.

### INTRODUCCION

*“Un camello,” se ha dicho, “es un caballo diseñado por un comité.” Este parece ser un ejemplo revelador de las terribles deficiencias de las decisiones tomadas por los comités, pero en realidad es demasiado leve como acusación. Puede que un camello no sea tan rápido como un caballo, pero es de todas formas un animal muy útil y armonioso, bien adaptado a viajar largas distancias sin comida ni agua. Al diseñar un caballo, un comité que trate de acomodar los diversos deseos de sus miembros podría muy bien terminar con algo mucho menos coherente: quizás un centauro de la mitología griega, mitad caballo y mitad otra cosa—una creación volátil que combine lo salvaje y lo confuso”. Amartya Sen. Discurso Premio Nobel, 8 de diciembre, 1998*

---

<sup>1</sup> Una función de bienestar social representa posibles patrones de opción colectiva en cuanto a estados sociales alternativos.

## **LAS FUNCIONES DE ELECCION SOCIAL y LA LOGICA AGREGATIVA**

Bergson (1938) ya se había planteado “*enunciar de una forma precisa los juicios de valor requeridos para las condiciones de bienestar económico*”<sup>2</sup>, para lo cual proponía una función de bienestar social para enfocar los procesos de toma de decisiones colectivas, pero no planteaba ningún método de selección.

Lo importante que nos concentra aquí es ¿Cómo son posibles los juicios sobre el bienestar colectivo?

Si la idea dominante es que los individuos en un mercado competitivo obtienen lo mejor, se busca una noción de optimalidad que nos indique al máximo bienestar colectivo, entendiendo como tal la suma de las utilidades individuales. La optimalidad de Pareto es la que se emplea para determinar si una situación es eficiente u óptima y si un cambio dado es eficiente u óptimo en “sentido de Pareto”. En términos de decisiones, se adoptaría una solución que haga que la utilidad del conjunto sea mayor, y que nadie este peor de lo que estaba con anterioridad a esa decisión.

Bergson presentó el Bienestar Social como una función de las utilidades individuales que trazaban una curva de indiferencia para la sociedad (enfoque neo-utilitarista).

El bienestar social estaba constituido por las unidades de consumo (individuos o familias) y cada función de bienestar social representaba la preferencia de dichas unidades sobre una situación alternativa.

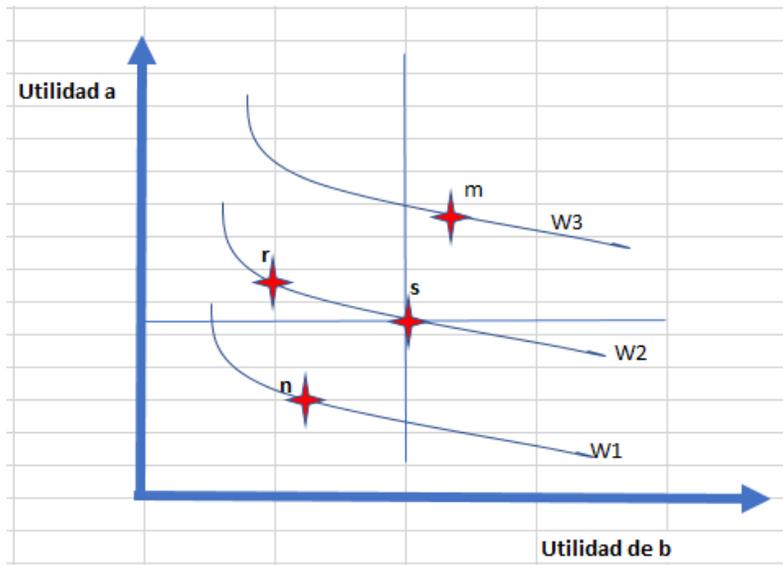
$$W = W(U_1, U_2, \dots, U_n)$$

donde U es la utilidad de los individuos desde 1 hasta n

---

<sup>2</sup>Bergson demostró cómo la economía del bienestar podría describir un estándar de eficiencia económica a pesar de prescindir de comparaciones interpersonales de utilidad cardinal. Hay una copia de este Trabajo en *Essays in Normative Economics*, Cambridge 1966

Para dos individuos tenemos una representación del tipo:3



Podemos representar la función de bienestar social  $W = W(U_a, U_b)$  de forma que cualquier situación del espacio quede ordenada según relaciones de preferencia o indiferencia. En estas relaciones se ve que:

Las situaciones **r** y **s** son indiferentes y la situación **m** se prefiere a **r** y **n**.

En esta teoría se considera:

- 1- Los individuos son los únicos legitimados para considerar su bienestar y no otros.
- 2- Los únicos argumentos relevantes para el juicio social son las utilidades individuales, tal como presentan las funciones de utilidad.
- 3- El criterio de evaluación es la maximización de las utilidades (tal como en la decisión individual).

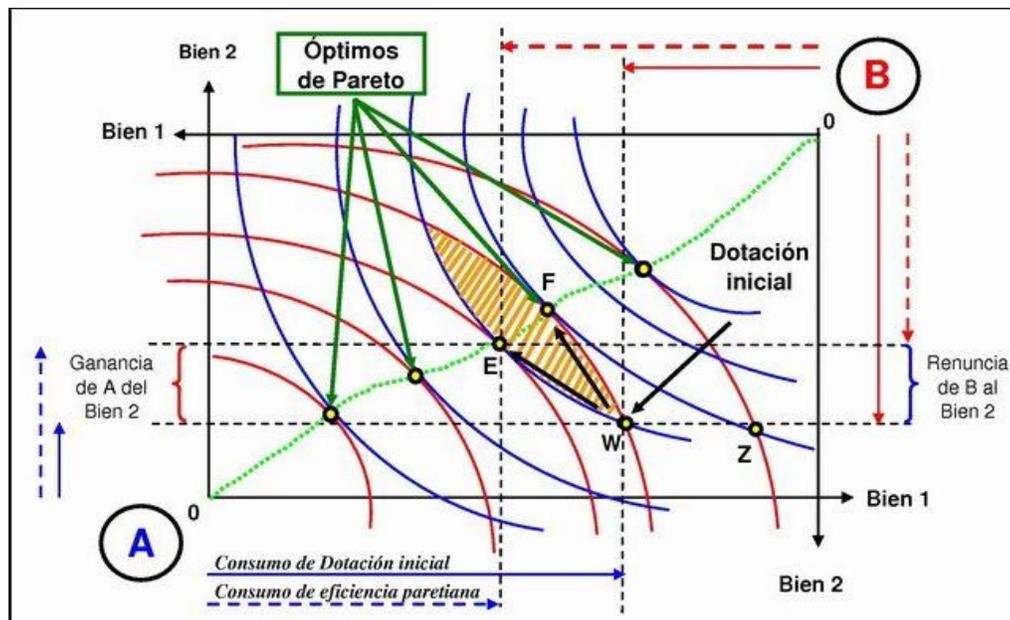
Bergson deja afuera la cuestión de los valores que conforman la función de bienestar social dejando a otros el problema. Esto no es menor ya que lleva a varios óptimos según las mismas.

---

3Grafica basada en Salcedo Megales, Damián

Representaremos esto mediante la llamada “Caja de contratos de Edgeworth” que vemos en el gráfico.

La misma es una manera gráfica de representar la distribución potencial de los recursos tomando las curvas de indiferencia, por ejemplo de dos individuos. Permite representar las dotaciones y las preferencias de dos personas y analizar el proceso de intercambio.



Tenemos representadas las curvas de indiferencia de dos individuos A y B para los bienes 1 y 2 distribuidos entre ellos.

Los puntos de tangencia de las curvas de ambos individuos representan puntos en que las utilidades marginales de 1 y 2 son iguales para ambos.

La curva OO que une esos puntos es la llamada curva de contrato y refleja puntos de intercambio igualmente beneficioso para ambos. Fuera de esa curva uno gana y otro pierde. Cada uno de esos puntos se genera para una distribución dada de bienes.

El criterio de Pareto no nos permite elegir entre todos los óptimos (por ejemplo, entre E o F), ni siquiera la comparación entre una oposición optimal y una suboptimal (la

superficie rayada). Es más, podría darse que una situación óptima de una mala distribución de bienes (ejemplo punto bajo E), sea peor que un subóptimo de una mejor distribución de bienes (por ejemplo, E), y no hay forma mediante Pareto de evaluar el cambio.

No se puede discriminar entre los diferentes estados sociales, solo se habla de una distribución dada que no se califica. Tampoco se pueden ordenar preferencialmente los puntos de la frontera de bienestar, ni decir algo sobre puntos fuera de ésta.

La eficiencia de Pareto es una condición necesaria pero no suficiente para el bienestar social. Cada óptimo de Pareto corresponde a una distribución diferente del ingreso

Si el criterio de eficiencia paretiano pretendía ser un criterio de decisión racional en bienestar social, esa pretensión no está demostrada. Podríamos tacharlo además de inmovilista, ya que, si todos prefirieran un cambio excepto uno, el cambio no se produciría. Esto manifiesta la tradicional idea de la economía positiva de separar cuestiones de producción y consumo de las cuestiones de distribución.

La distribución no puede ser exógena y un dato para incluir en los cálculos. En el gráfico se ve que moverse en la línea de contratos modifica la distribución.

Vemos entonces que la economía paretiana aplicada a las funciones de Bergson, no soluciona las preguntas:

¿Cuál de las situaciones óptimas recomendaremos?

¿Qué función de bienestar social recomendaremos?

¿Cómo se seleccionan los juicios de valor que especifican la función de bienestar social?

Bergson deja a los políticos, a los planificadores y decisores que se hagan cargo de los valores a agregar para la determinación, y vemos que el criterio de Pareto es insuficiente.

Aquí aparece Arrow que observa que no es posible excluir la ética y el sistema de valores. Cabe mencionar que Bergson ya había indicado que los valores que incorpora la función de bienestar social debían ser determinados por la comunidad cuyo bienestar se estudie, pero como vimos no nos da una solución.

La indeterminación de la forma de la función de bienestar social no obliga a determinar qué relación tiene ésta con las utilidades individuales. Entonces ¿qué carácter procedimental han de tener los fundamentos para determinar lo correcto?

## ARROW

Arrow se pregunta: ¿cómo son posibles los juicios sobre el bienestar social?

Se plantea una Función de Bienestar Social, a la que luego-para distinguirla de las de Bergson-, la llama “Constitución”, revitalizando la vieja idea del contrato social. Aquí Arrow se sale del lenguaje de la utilidad (Bergson) para ir al de la lógica formal.

Se propone que las decisiones sociales pueden ser el simple resultado de decisiones individuales en un medio libre de presiones. Arrow nos dice que puede haber tantas funciones de bienestar social de Bergson-Samuelson como juicios de valor entre los individuos, y propone construir un procedimiento en el que los valores individuales se hayan convertido en valores sociales. Para esto debe definir una regla de elección social que permita discriminar las funciones de bienestar social de Bergson-Samuelson.

¿Es posible la estructura formal de un ordenamiento? ¿Es posible un procedimiento de elección social racional? ¿se puede hacer una “constitución” que integre en un sistema de valores públicos el conjunto de ordenamientos individuales? ¿Es posible una constitución que tenga la estructura formal de un ordenamiento?

En definitiva ¿es posible un procedimiento de elección social racional?

Arrow se pregunta si puede haber una elección racional por parte de la sociedad, pero también indaga sobre si puede haber un método de elección social democrático que sea tan consistente como los métodos de elección no democráticos. ¿Se pueden reunir en una regla social valores democráticos y racionalidad? Esto es la búsqueda de una racionalidad colectiva democrática.

En general se asume que los juicios sociales estén determinados únicamente por los juicios individuales, por lo que el problema es una regla de elección social que amalgame las voluntades individuales en una voluntad común con condiciones de racionalidad y valores democráticos mínimos.

Arrow se encarga con su principio de imposibilidad de demostrar que no existe una regla de elección social que cumpla las condiciones enunciadas, y demuestra que la manera de superar el problema es violar la condición de no dictadura.

### **APORTES DE SEN A LA ELECCIÓN SOCIAL**

La Teoría de la Elección Social ha intentado escapar de la universalidad buscando otras condiciones o debilitando lo presentado por Arrow. Si se muestra que no es necesario un ordenamiento de la preferencia social, pueden existir reglas de elección social que satisfagan las condiciones de Arrow.

En general el requisito atacado ha sido el de la propiedad de transitividad. A. Sen (1970) plantea que bastaría que existiesen las “funciones de elección”. Esto es una relación que se da cuando hay una mejor alternativa en cada subconjunto del conjunto total de alternativas.

¿Pero cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para que haya una mejor alternativa como lo requiere la función de elección?

Sen analiza las condiciones que planteó Arrow para su Teorema de la imposibilidad e indica que, para los ordenamientos son necesarias la completitud y la reflexibilidad sin las

cuales el conjunto de elección sería vacío. La transitividad sería condición suficiente, y con otras condiciones más débiles podrían asegurar la existencia de una mejor alternativa. La casi transitividad pide solamente transitividad para la preferencia (no para la indiferencia).

En el caso de la aciclicidad, ésta es necesaria y suficiente. La relación funcional es acíclica cuando se determina que una alternativa es tan buena como otra, no exigiendo ni preferencia estricta ni que la indiferencia sea transitiva.

O sea, la función de elección existe cuando la relación binaria entre subconjuntos no vacíos del conjunto total de alternativas tiene las propiedades de:

- ✓ Completitud.
- ✓ Reflexividad.
- ✓ Aciclicidad.

Esta debilidad de condiciones, es la que permite que pueda existir una regla capaz de determinar una sola función de elección social para el conjunto de las preferencias individuales.

Se escapa a la imposibilidad de Arrow diciendo que, las funciones de decisión social solo tienen que determinar relaciones acíclicas en la preferencia social. Esto también ha sido cuestionado diciendo que, en relaciones binarias casi transitivas, la regla social, si bien no es dictatorial, es oligárquica.

Digamos que existe un grupo de personas que:

- ✓ Si cualquiera de ellas prefiere X a Y, la sociedad ha de considerar a X al menos tan bueno como a Y.
- ✓ Si todas las personas de ese grupo prefieren X a Y, la sociedad tiene la preferencia estricta  $X \succ Y$ . (con  $\succ$  denotamos la relación de preferencia)

También si la preferencia social es una relación funcional acíclica, la regla de elección social produce un poder de veto para cualquier miembro de una minoría asimismo oligárquica.<sup>4</sup>

Sen también indica que la regla de elección social suele pasar los test de Arrow, pero no por ello se convierte en una regla aplicable, ya que puede llevar a situaciones nefastas permitiendo posibilidades de arbitrariedad.

Por ejemplo: con la cuasi transitividad, relaciones del tipo:

XIY; YIZ ; XPZ ( *Con I notamos una relación de indiferencia*)

una función de elección ordenaría a X sobre las otras alternativas, pero si la alternativa Z no se presenta, la función declarararía a X y a Y igualmente buenas.

La pregunta aquí sería: ¿En qué sentido es racional una elección en la que se puede elegir X o Y, pero hay que elegir forzosamente X cuando se presenta Z?

De manera similar se presenta la aciclicidad, supongamos: XPY; YPZ e XIZ

la función de elección ordenaría X cuando estuviese la terna, pero dejaría X y Z si no se presenta la opción Y.

Esto puede parecer un juego lógico, pero tiene consecuencias éticas importantes.

¿Podría ser aceptable una decisión social sobre situaciones, que dependiese de la forma -tal vez interesada-, en que se hayan ido presentando a la elección?

Los intentos por no utilizar ordenamientos muestran los límites de la posibilidad de definir reglas de elección social con las condiciones de Arrow. Las condiciones alternativas, no son fiables obligando al decisor a que haga combinaciones dependiendo de su juicio.

---

4D.C. Mueller.1979. Elección Publica. Madrid.Alianza.1984

La teoría de la demanda y la teoría de la elección social consideran a las preferencias como la conducta observada. Pero si consideramos la preferencia desde un punto de vista más natural (comunicación), se podría defender la in-transitividad de la indiferencia y la no completitud de los ordenamientos de alternativas.

Cuando la preferencia se toma desde puntos de vista distintos como la introspección o la comunicación, no solo el axioma de consistencia se pone en duda sino también la pretensión que la conducta revela la preferencia (Sen 1973).

La teoría liga preferencia y elección, pero veremos que un mismo conjunto de preferencias puede originar distintas elecciones. Esto se ve en conocido Dilema del Prisionero: las preferencias que llevan a ambos jugadores al peor resultado son las mismas que llevarían al mejor resultado. La diferencia es que la elección de la estrategia no cooperativa supone la desconfianza en el compañero y, la elección de la estrategia cooperativa supone que se ha introducido un factor de confianza (pacto o una actitud moral).

Para el teórico de la preferencia revelada, cuando los jugadores eligen la estrategia no cooperativa, indica que sus ordenamientos de preferencias dan más valor a ir menos tiempo a la cárcel que más y, cuando adoptan la estrategia cooperativa, por contrario, dan más valor a ir más tiempo a la cárcel que menos. Es obvio que en ninguno de los casos su criterio de preferencia ha cambiado: los prisioneros realmente no prefieren ir más tiempo a la cárcel que menos. La confianza en la cooperación del otro relaja la relación preferencia-conducta por lo que con las mismas preferencias es posible tener diferentes elecciones.

En la teoría del equilibrio general, la alternativa ordenada más alta por el individuo en sus preferencias es la que le da mayor bienestar. Cuando la hipótesis de que la elección revela la preferencia y la elección individual está animada por la búsqueda de mayor bienestar, tenemos completa la teoría de la conducta racional del hombre en las relaciones

económicas: la única conducta racional es la conducta egoísta, o al menos, no interesada en el bienestar de los demás.

## CONCLUSION

Como conclusión se verá que, las exigencias que el procedimiento de elección social impone a la investigación, y las que impone un procedimiento contractual, no son iguales. Es más, son antagónicas.

El tema contractual lo enfrentará Rawls (1971) que se pregunta por clases de juicios de valor específicos del tipo: ¿cómo son posibles los juicios sobre la justicia de la estructura básica de la sociedad? De acuerdo con el criterio de Rawls y su “maximin”, el bienestar se maximiza cuando la utilidad de quienes tienen menos se maximiza. Ninguna actividad económica aumentará el bienestar social a menos que mejore la situación de los miembros de la sociedad que se encuentran peor.

Rawls se plantea conocer cómo es posible determinar la justicia de los fines alternativos de la sociedad. Aquí se esconde la exigencia de que la sociedad pueda elegir sus fines según Principios de Justicia.

Si bien las comparaciones interpersonales son rechazadas por el análisis clásico “...no podemos siquiera entender la fuerza de las preocupaciones públicas por la pobreza, el hambre, la desigualdad, o la tiranía, sin involucrar algún tipo de comparación interpersonal.” (Sen, 1989).

El Bienestar es noción prioritaria y determinante de otra cuestión como la Justicia, tal como indican varios autores. Hay distintos puntos de vista en esto: desde la reducción de toda cuestión de justicia a una cuestión de bienestar social (Harsanyi), hasta una paridad en la determinación de los juicios sociales de las consecuencias para el bienestar y para la justicia de los estados sociales (Sen).

La pregunta sobre fines sociales se disuelve. Vemos que la Teoría de la Elección Social va camino a convertirse en una teoría contractual.

## **BIBLIOGRAFIA**

Arrow, Kenneth J. (1951) 2nd ed., 1963, *Social Choice and Individual Values*, New York: Wiley

Foster, James E y Sen, Amartya. (1996). *La desigualdad económica*, edición ampliada con el anexo, Fondo de Cultura Económica.

Harsanyi, John C. (1987), "*Comparaciones interpersonales de utilidad*," en Samuelson, 1947, ampliada ed. 1983, *Fundamentos del análisis económico*, págs. xxi-xxiv y Cap. VIII, "Economía del bienestar"

Harsanyi, John C: "*Cardinal welfare, individualistic ethics, and interpersonal comparisons of utility*" .- *Journal of Political Economy* 63 (1955) 309-321

Salcedo Megales, Damián. (1994). *Elección Social y desigualdad económica*. Antrhopos. Mexico Universidad Autónoma Metropolitana.

Sen, Amartya K. (1998). *La posibilidad de la elección social*. *American Economic Review*. 89, Jul 1999

Sen, Amartya K. 1970 [1984], *Elección colectiva y Bienestar Social*, Cap. 3, "Racionalidad colectiva." p. 33 y Cap. 3 \*, «Funciones de Bienestar Social.» Descripción.

Sen, Amartya K (1970), *Elección colectiva y Bienestar Social* (descripción), Cap. 3, "Racionalidad colectiva". Alianza. España

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata,  
14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

Sen, Amartya K. (1963). «*Distribución, transitividad y poco criterio de bienestar,*» *Diario económico, España*. 73(292), p. 771-7



## **DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL CONTRATO. PERPLEJIDADES DE LA CONTRATACIÓN COMPULSIVA COMO POSIBLE REMEDIO TUITIVO DE LA PARTE AFECTADA.**

**Valicenti, Ezequiel**

### **PRIMERA PARTE: El principio de igualdad en el marco de la contratación**

#### **1.- Fundamentos del principio de igualdad en las relaciones contractuales**

Este trabajo parte de un interrogante: ¿es posible predicar la vigencia del principio de igualdad en las relaciones contractuales?

La construcción dogmática desarrollada en torno a la igualdad (y la no discriminación) tiene como sujeto pasivo estelar al Estado y se construye sobre la noción “clásica” de igualdad ante la ley. En consecuencia continúa siendo novedosa –y por lo tanto controvertida– la aplicación de estos conceptos a las relaciones entre particulares.

La principal dificultad que debe sortearse al postular que también los particulares son sujetos pasivos del deber de trato igualitario es que ello se contrapone, a primera vista, con otro principio cardinal de nuestro ordenamiento jurídico: el principio de libertad y, en última instancia, el principio de autodeterminación. Es decir, sostener que una persona dispuesta a celebrar un contrato debe regirse por el principio de igualdad implica que no debe adoptar un trato discriminatorio al seleccionar su cocontratante ni al determinar el contenido normativo del contrato. Para un defensor de la autonomía privada en el marco del contrato, ello implica anular –o cuanto menos, limitar– la *libertad de contratar* (de elegir con quien se contrata) y la *libertad contractual* (de auto-normar el contenido del contrato). Luego, la imposibilidad de celebrar libremente el contrato deseado implica obstruir la realización del plan de vida que el sujeto ha elegido para sí, principio de autonomía personal que se encuentra ampliamente reconocido en el art. 19 de la CN y que constituye la cúspide a las democracias liberales. En el caso de las actividades económicas, las

restricciones que plantea el principio de igualdad pueden implicar una limitación a la libertad de ejercer el comercio (art. 14, CN).

De manera que no parece tan sencillo deducir la lisa y llana vigencia del principio de igualdad en las relaciones privadas de los ciudadanos. O por lo menos, ello exige un esfuerzo adicional respecto a las construcciones que se hallan consensuadas acerca de la igualdad ante a la ley (o frente al Estado).

Adelanto mi respuesta al interrogante: entiendo que la vigencia del principio de igualdad en las relaciones contractuales -y en las relaciones en particulares en general- puede sostenerse en base a tres razones fundamentales: a) la vigencia horizontal de los derechos fundamentales; b) la exigencia derivada del mandato constitucional y convencional contenido en el art. 75 incs. 19 y 23 y en una serie de instrumentos internacionales de Derechos Humanos; c) el peligro de comprometer la responsabilidad internacional del Estado que implicaría una respuesta negativa. Por razones de espacio me referiré brevemente a cada uno de ellos.

*a) la vigencia horizontal de los derechos fundamentales*

El primer argumento se desprende del ya superado debate acerca de si el respeto de los derechos fundamentales obliga también a los habitantes o son únicamente prerrogativas que pueden demandarse al Estado. Ninguna duda cabe que los derechos fundamentales tienen como sujeto pasivo a los particulares, conclusión que alcanza al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación<sup>1</sup>. La tesis de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a los particulares, denominada *Drittwirkung*, se remonta al año 1954 y en sus inicios comprendía, principalmente, el derecho a no ser discriminado y la libertad de expresión<sup>2</sup>. En palabras nacionales, la “fuerza normativa” de la Constitución

---

<sup>1</sup> CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA”, del 07/12/10, en *Fallos* 333:2306, consid. 4° voto concurrente de la mayoría; CIDH, “Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, del 17/09/03, párr. 87 y 88.

<sup>2</sup> ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p.59. La tesis de la *Drittwirkung* fue formulada por primera vez por un autor alemán, Nipperdey.

alcanza no sólo a los órganos estatales sino también a los particulares<sup>3</sup>. En definitiva, la vigencia horizontal del principio de igualdad –y de otros derechos fundamentales– es otro resultado del proceso de constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado.

b) *el mandato constitucional y convencional*

La segunda razón tiene mayor fuerza aún. Las normas de rango inferior que imponen a los particulares respetar el principio de igualdad se encuentran habilitadas por dos cláusulas constitucionales incorporadas en la reforma del año 1994. El art. 75 inc. 19 establece que corresponde al Congreso “*sancionar leyes (...) que aseguren (...) la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*” y, con mayor énfasis aún, el inc. 23 del mismo artículo lo faculta (¿lo obliga?) a “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato*”.

En este panorama, podemos advertir una serie de normas vigentes en el ordenamiento argentino que ponen en marcha este mandato constitucional<sup>4</sup>. Así, existe una marcada protección contra la discriminación en el microsistema del Derecho del Consumo (arts. 1098 y 1101 inc. c, Código Civil y Comercial; art. 8 bis, Ley de Defensa del Consumidor). Pero también es posible identificar normas en ciertos contratos en particular, como el art. 1195 del Código sobre el contrato de locación -que establece la nulidad de la cláusula que impide el ingreso o excluye del inmueble locado a la persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo guarda, asistencia o representación del locatario- y el art. 10 de la ley 26.282 (Ley de Medicina Prepaga) -que prohíbe recharzar la admisión alegando la presencia de una enfermedad preexistente-. En última instancia, estas normas resultan tributarias de la integración de la *protección de la persona* en el marco del contrato y del acto jurídico en general (arg. arts. 54, 279, 1004, Cód. Civ. y Com.)<sup>5</sup>.

---

3 BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., 2004, p. 150.

4 Este argumento es sugerido por SABA, Roberto P., “Igualdad de trato entre particulares”, en *Lecciones y Ensayos*, n°89 (2011), p. 230 y 231.

5 Conf. ALPA, Guido, *¿Qué es el Derecho Privado?*, Zela, Perú, 2017.

c) *la eventual responsabilidad internación del Estado*

La jurisprudencia de la Corte Suprema añade una tercera razón: toda vez que puede comprometer su responsabilidad internacional, el Estado se encuentra obligado a asumir un deber de protección frente a actuaciones y prácticas de particulares “*que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia*”, deber que incluye acciones positivas y, particularmente, la sanción de legislación adecuada (como la Ley Antidiscriminatoria, 23.592)6.

## 2.- Manifestaciones del principio de igualdad en las relaciones contractuales

No caben dudas entonces que el principio de igualdad tiene vigencia en las relaciones contractuales, aún cuando ello suponga una necesaria limitación del derecho de libertad del empresario. El eje de discusión es entonces diferente: no se discute la vigencia de la igualdad en las relaciones entre particulares, y específicamente las contractuales (incluidas las de consumo), pero si puede objetarse la mayor o menor intensidad que este principio puede tener.

En otro lado he repasado con detalle la extensión de la vigencia del principio en las relaciones contractuales, especialmente en las relaciones de consumo<sup>7</sup>. Retomo aquí las conclusiones para sostener que la presencia del principio de igualdad en las relaciones entre particulares –y, como veremos, del “test de razonabilidad”– se encuentra supeditada, en gran medida, a la inexistencia de una *confianza especial* entre las partes<sup>8</sup>. Cuándo el negocio jurídico se plantea en estrictos términos económicos –sin involucrar motivaciones afectivas, familiares, o personales–, es posible someter la decisión de las partes al *test de*

---

6 CSJN, “Alvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA”, cit. consid. 5° del voto concurrente de la mayoría, con cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación General n°3”, párr.3; *Idem*. “Partido Nuevo Triunfo”, del 17/03/2009, en *Fallos* 332:433.

7 VALICENTI, Ezequiel A., “El principio de igualdad en las relaciones de consumo. La protección contra la discriminación del consumidor”, en *Jurisprudencia Argentina*, fasc. del 12/04/17, pp. 5 y ss.

8 En este sentido, la Directiva 2000/113/CE en su art. 3.1. excluye a los actos o contratos que tengan lugar en el “*ámbito de la vida privada y familiar*”. Sobre la interpretación de la exclusión ver, NAVAS NAVARRO, Susana, “El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXI, 2008, fasc. III, p. 1477; GIMÉNEZ COSTA, Ana, “El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (dir), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012).

*razonabilidad* para determinar la presencia de tratos discriminatorios contrarios al principio de igualdad.

En otras palabras, la igualdad en las relaciones particulares está atada a la presencia de una “esfera pública” –por oposición a la estrictamente privada, una zona en la que la igualdad en términos de no discriminación encuentra mayores dificultades para desarrollarse sin afectar el principio de autonomía personal (art. 19 CN)–. Esto implica reconocer que hay una serie de contratos que son ofrecidos de un modo abierto al público, que no están “cerrados” a determinadas personas previamente identificadas, sino que son ofrecidos a una pluralidad más o menos indeterminada de sujetos concurrentes. La presencia de un elemento indeterminado –identificado con el “acceso público”– aleja a estas relaciones del absoluto espacio privado y, en consecuencia, es mucho más fuerte la penetración del principio de igualdad y la tutela contra la discriminación.

Por ello, en el *acceso al contrato*, cuando este se ofrece de modo abierto al público –situación particular del contrato de consumo– no es permitido que el oferente seleccione arbitrariamente al co-contratante<sup>9</sup>. Esta conclusión –útil para lo que deseo abordar en el punto siguiente– no implica que, en ciertos casos, la protección contra la discriminación se extienda a otras etapas del contrato como a) las prácticas comerciales desarrolladas en la *oferta al público* de un contrato a potenciales consumidores; b) la publicidad; c) el contenido del contrato (especialmente el de consumo), lo que implica construir el concepto de *clausula discriminatoria*, como especie de cláusula abusiva; d) los comportamientos desarrollados en la ejecución del contrato<sup>10</sup>.

### 3.- ¿En qué consiste la igualdad? Diálogo de fuentes e hipervínculo conceptual.

---

<sup>9</sup> En el derecho contractual general, Federico De Lorenzo señala que la “selección al contratante o discriminación lícita, es la regla que opera en el derecho común de los contratos, salvo que: (a) medie oferta al público; o (b) la discriminación sea “arbitraria” en los términos de la ley 23.592” (en “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, en *La Ley* 2011-E, p. 1258, nota 27).

En el caso del contrato de consumo ver: HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., “Prácticas comerciales abusivas”, en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Bs. As., 2015, T. I, p. 613; KIPER, Claudio, “Comentario al art. 8 bis”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Bs. As., 2009, T. I, p. 131.

<sup>10</sup> Remito nuevamente a VALICENTI, Ezequiel A., “El principio de igualdad en las relaciones de consumo...”, cit.

El *concepto* de igualdad no es una noción propia de las relaciones contractuales, ni siquiera del Derecho Privado. Por el contrario, se trata de un concepto foráneo. El principio de igualdad de trato se encuentra consagrado constitucionalmente en el art. 16 de la CN, y convencionalmente en varios tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22], 2° párr., CN)<sup>11</sup>. En el plano infraconstitucional, la norma más importante es la Ley Antidiscriminatoria (ley 23.592) que, como reiteradamente lo ha dicho la Corte Suprema, es la norma que reglamenta el art. 16 de la CN.

Por ello, para determinar cuáles son los efectos y las exigencias de la igualdad en el marco de las relaciones entre particulares, especialmente las contractuales, es preciso establecer un *diálogo de fuentes* con las normas y los conceptos propios del sistema de derechos fundamentales y del microsistema de tutela de la persona. En otras palabras, normas como el art. 1098 del CCC (y también el art. 8 bis de la LDC) contienen un *hipervínculo conceptual* hacia otros textos normativos, en particular los arts. 16, 75 incs. 13 y 19 de la CN y la mencionada Ley Antidiscriminación.

A resultas de esta ingeniería, se advierte fácilmente que La hipervinculación propuesta permite importar los desarrollos producidos en torno a este concepto jurídico y *adaptarlos* a la lógica propia del Derecho Privado. El diálogo de fuentes –y los hipervínculos generados– nos conducen entonces a otra tecnología igualmente incorporada por el Código Civil y Comercial : la *constitucionalización y convencionalización del Derecho*. La “constitucionalización del Derecho Privado” es un concepto que se desarrolló con posterioridad a la reforma constitucional del año 1994, aunque tal vez su significado haya mutado con el tiempo<sup>12</sup>. En su versión actual, entiendo que la constitucionalización y

---

11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). Existen además instrumentos internacionales sobre igualdad y no discriminación en áreas específicas, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°).

12 Me refiero a que los primeros autores aludían a la Constitución como norma jurídica que contenía reglas de Derecho Privado, lo que se llamó Derecho Civil Constitucional, o “*contenido civil de las normas constitucionales*” (LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni,

la convencionalización del Derecho Privado implica: a) eficacia directa de las normas contenidas en la Constitución y en los Tratados internaciones (efecto receptado expresamente en el art. 1, CCC)<sup>13</sup>; b) determinación interpretativa de de las normas constitucionales y convencionales (lo que aparece expresado en el art. 1, CCC)<sup>14</sup>; c) comunidad de principios entre el Derecho Público y el Derecho Privado, especialmente, en la protección de la persona humana, los derechos de incidencia colectiva, los derechos de la mujer, del niño, de las personas con discapacidad, del consumidor, y la tutela del ambiente<sup>15</sup>; d) exigencia de justificar, justificación que se construye sobre métodos de argumentación y reposa en la *razonabilidad*<sup>16</sup>.

En pocas palabras, el diálogo de fuentes es el *procedimiento* que permite el desarrollo efectivo de la llamada constitucionalización del Derecho Privado y, en el caso que analizamos, permite la fluida penetración del principio de igualdad en ciertas relaciones contractuales.

Ahora bien, la formulación del principio de igualdad es problemática. La aparente sencillez se esfuma al intentar definir *qué es la igualdad*, o mejor, *qué es lo que exige el principio de igualdad*. Según la formulación clásica, la igualdad consiste en “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*” En otras palabras, *trato igual a quienes se encuentren en igualdad de circunstancias*<sup>17</sup>. La definición no es en sí misma satisfactoria, pues mantiene la indefinición acerca cuál es el criterio que permite diferenciar los iguales

---

Santa Fe, 1995, p.202). Se trataba del fenómeno opuesto al ocurrido con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, pues en aquel entonces se analizaba primordialmente “*la incorporación del Derecho Privado a la Constitución*” (RIVERA, Julio C., “El derecho privado constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 7 (1994), p.29, 45 y ss.)

<sup>13</sup> RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis D., *Derecho Civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, pp. 8 y 9.

<sup>14</sup> Estas dos características llevan a abandonar la “centralidad” –y en muchos casos, la exclusividad– del Código Civil en la resolución de los casos (RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis D., *Derecho Civil. Parte General*, cit. p. 13).

<sup>15</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, La Ley, Bs. As., 2016, p.3. En el mismo sentido, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Infojus, Bs. As., 2012, p.523

<sup>16</sup> Ver al respecto, ARIZA, Ariel, “En torno al razonamiento judicial en Derecho Privado”, en *Jurisprudencia argentina*, fascículo del 31/03/04, pp.3-17; VIGO, Rodolfo L., *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, esp. Capítulo III.

<sup>17</sup> La Corte Suprema ha reconocido esta formulación de la igualdad desde el año 1875 (caso “Criminal c. Olivar, Guillermo”, del 01/05/1875, en Fallos 16:118)

de los desiguales. En otros términos, la formulación no dice nada respecto a la pauta usada para distinguir y, a partir de esa distinción, dar un trato desigual<sup>18</sup>.

En cambio se llega a otros resultados si, la misma formulación es entendida como un principio *material*, que permite indagar el *contenido* de la norma que establece la desigualdad de trato<sup>19</sup>. Si continuamos por este sendero, es preciso recurrir a un estándar auxiliar que permita analizar el contenido del criterio que ha sido utilizado para fundar la diferenciación de trato. El criterio auxiliar es la *razonabilidad*. Con ello, el interrogante adquiere una nueva enunciación: ¿es razonable el criterio de distinción invocado por quien dicta una norma o quien establece una regla que forma el contenido de un contrato? En consecuencia, la igualdad opera mediante un *test de razonabilidad*, que es aplicable tanto al legislador como al proveedor que predispone unilateralmente el contenido de la oferta o del contrato.

Bajo este razonamiento, la igualdad es entendida como el equivalente a la *no discriminación*: se exige que las personas sean tratadas de un modo diferente únicamente si ese trato se encuentra justificado por la aplicación de un *test de razonabilidad*. El estándar de la razonabilidad con el que se analiza el cumplimiento del principio de igualdad –o, lo que es lo mismo, con el que se pondera si existe o no un trato discriminatorio– se compone de dos evaluaciones coordinadas. En primer lugar, se analiza la legitimidad del fin buscado al establecer un trato diferenciado; en segundo lugar, se evalúa si el criterio escogido para hacer la diferencia es *razonable* para alcanzar el fin buscado. Es decir, el trato desigual no sólo debe buscar un fin legítimo, sino que además debe valerse de un criterio que tenga una relación de *funcionalidad*, que sea razonable<sup>20</sup>.

---

18 Siguiendo aquella definición de la igualdad, el organizador de una competencia de tiro podría permitir la participación a cualquier persona que fuere hombre y prohibirlo a quienes fueran mujeres. Entonces, si *todos* los hombres pueden ingresar y *ninguna* mujer puede hacerlo, el mandato constitucional se encuentra *prima facie* cumplido. En cambio, si a un hombre determinado se le hubiere prohibido el ingreso (o a una única mujer se le permitiese entrar), se violaría el principio de igualdad. Una definición de igualdad en estos términos limita el análisis de la constitucionalidad del trato desigual.

19 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 352.

20 SABA, Roberto P., "Igualdad de trato entre particulares", cit., p. 230 y 231.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho con claridad que una distinción es discriminatoria cuando “*carece de justificación objetiva y razonable*”<sup>21</sup>. En sentido coincidente el Comité de Derechos Humanos de la ONU sostuvo hace varios años que “*no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo*”<sup>22</sup>. La misma línea interpretativa ha seguido la Corte Suprema nacional, estableciendo que para decidir si una diferencia de trato es legítima o ilegítima corresponde analizar su razonabilidad<sup>23</sup>, es decir, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es adecuada para alcanzar los fines propuestos<sup>24</sup>.

Como vemos, el *quid* del funcionamiento del principio de igualdad –y la consecuente protección contra la no discriminación– yace sobre el *test de la razonabilidad*, mediante el cual se analiza la justificación de un trato desigual. Y este es el *test* que cabe aplicar para determinar si, al seleccionar a su co-contratante, el oferente violó la garantía de igualdad.

## **SEGUNDA PARTE: Los remedios frente a la discriminación en el acceso al contrato**

### **1.- Panorama de los remedios en general**

Los remedios frente al trato discriminatorio del consumidor o del potencial consumidor dependen de la fase de la relación en la que se produzca la afectación al principio de igualdad. Normalmente, la respuesta frente al trato discriminatorio en el marco

---

21 CIDH, “Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, del 17/09/03, párr. 89, con cita a números precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos. En el mismo pronunciamiento se aclara: “*El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos*” (párr. 84).

22 ONU, Comité de Derechos Humanos, “Observación General 18. No discriminación”, del 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 13.

23 CSJN, “Partido Nuevo Triunfo”, cit., consid. 5º: “*El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados (Fallos: 229:428), o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Fallos: 229:765)*”.

24 CSJN, “Azar, Juan R.”, del 28/12/77, en Fallos 299:428, consid. 5º; “Vizzoti, Carlos A c. AMSA S.A.”, del 14/09/04, en Fallos 327:3677, consid. 12.

de un contrato ha sido la indemnización de los daños provocados por la conducta discriminatoria. En el campo contractual, también es posible declarar la nulidad de la cláusula que es discriminatoria, la que juzgo como una cláusula abusiva (pese al concepto estrictamente económico contenido en el art. 1119 del Cód. Civ. y Com.). Además, existen algunos precedentes jurisprudenciales que han condenado al pago de daños punitivos<sup>25</sup>. Por último, frente a la publicidad discriminatoria, es posible interponer una acción de cese (arts. 1101 inc. c) y 1102, Cód. cit.).

El art. 1 de la Ley Antidiscriminatoria determina que el accionado puede exigir que se deje “sin efecto” el acto discriminatorio y que se le resarzan los daños y perjuicios sufridos. De manera que existen dos remedios independientes: a) la acción de cese o restitución, que busca que el acto discriminatorio deje de producir sus efectos ilícitos y; b) la indemnización de los perjuicios que provoca el trato discriminatorio en sí mismo<sup>26</sup>. La acción indemnizatoria independiente es similar en cualquier caso de discriminación en el ámbito del consumo, pero las acciones de restitución o cese dependen directamente del modo en que se manifieste la discriminación, esto es, si opera como negación a contratar, como cláusula discriminatoria, o como trato discriminatorio.

## **2.- Perplejidades de la contratación compulsiva como posible remedio**

Ahora bien, el punto álgido del interrogante con el que inicié este trabajo consiste en determinar si es posible que, frente a la negativa discriminatoria a contratar, se obligue al oferente remiso a hacerlo compulsivamente. En pocas palabras, ¿puede obligarse a contratar frente a la negativa discriminatoria?

Para analizar la cuestión, empiezo recordando que la Corte Suprema ha dicho que “el objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos (...)

---

<sup>25</sup> Cam. Nac. Civ., Sala H, "P., D.N. c. General Paz Hotel SA", del 12/12/16, en *Rubinzal Online*, cita: RC J 760/17; SCBA, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina SA", del 06/11/12, en *La Ley Online*, cita: AR/JUR/59228/2012 (que confirma el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, del 27/05/09, en *La Ley Online*, cita: AR/JUR/10675/2009).

<sup>26</sup> Respecto a la acción individual de daños y perjuicios, la jurisprudencia considera al daño originado en la discriminación como probado *in re ipsa* (Cam. Nac. Com., Sala D, "Gasulla, Eduardo y ot. c. Altos Polvorines S.A.", del 29/07/09, en *Rubinzal Online*, cita: RC J 22206/09).

debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado”<sup>27</sup>.

El precedente es pertinente. Allí se debatió si, frente a un despido discriminatorio, podía ordenarse la reincorporación del trabajador a la empresa. La cuestión dividió las opiniones de los magistrados. El voto mayoritario (Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) entendió que correspondía ordenar la reinstalación de los empleados despedidos, agregando que, si bien el empresario tiene facultades de dirección y de organización de la empresa, esas facultades y la discrecionalidad de su ejercicio, *“por más amplios que fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto a la dignidad del trabajador y el jus cogens que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación”*. La opinión minoritaria (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay) sostuvo que, aún cuando existe una protección más intensa para el despido discriminatorio respecto al supuesto general de despido sin causa, esta circunstancia no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral. Por ello, la posición minoritaria propone que, frente a la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado voluntariamente, se otorgue una indemnización adicional a la fijada en el art. 1 de la Ley Antidiscriminación<sup>28</sup>.

La dificultad en el ámbito de los contratos es determinar si la negativa a contratar, o la negativa a renovar o a continuar un contrato vigente, por motivos discriminatorios, puede ser revertida por la contratación compulsiva. Se trata de dos situaciones diferentes: por un lado, el acceso negado; y por el otro, la negativa a renovar un contrato de duración.

Aplicando el precedente “Álvarez” de la Corte, entiendo que es posible ordenar la “reinstalación” cuando se trata de un contrato de larga duración que el proveedor se ha negado a continuar, con base en un criterio discriminatorio. Esto es particularmente

---

27 CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.”, cit., consid. 8, voto de la mayoría.

28 “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.”, cit., consid 14, voto de la minoría.

aplicable al problema de la negativa a “rematricular” a un estudiante<sup>29</sup>, o a continuar la relación de medicina prepaga luego de extinguido el vínculo laboral anterior del afiliado<sup>30</sup>.

En cambio no resulta sencillo determinar el remedio jurídico frente a la discriminación en el acceso al contrato. Se trata de un verdadero “caso difícil”. Valorando la importancia de los principios en conflicto –el principio de autonomía privada, y el principio de igualdad y no discriminación–, se ha propuesto que la celebración compulsiva del contrato sea impuesta cuando se cumplan tres condiciones: a) no exista alternativa en el mercado; b) no se haya celebrado por el discriminador el contrato con un tercero de buena fe; c) estén determinados o sean determinables los elementos esenciales del contrato<sup>31</sup>.

En mi opinión, las respuestas no pueden darse en abstracto. Se trata de una colisión entre dos principios y, por lo tanto, la resolución de cada caso en concreto exigirá efectuar un *juicio de ponderación* para decidir la *precedencia condicionada* de uno sobre otro. Concretamente, habrá que determinar si, frente al acto discriminatorio, la obligación de celebrar el contrato constituye la medida más *idónea* –porque permite desarrollar el mandato de optimización implicado en el principio de igualdad–, *necesaria* –porque no existe otro remedio menos restrictivo de la libertad contractual y la autonomía privada del empresario– y *proporcional* –pues el nivel importancia de la satisfacción del principio de igualdad es superior al nivel de restricción de la libertad contractual–<sup>32</sup>.

Cuándo la acción de restitución no sea posible, el remedio será la indemnización compensatoria, la que mantiene su independencia y no debe ser confundida con la acción general de reparación de los perjuicios ocasionados por el acto discriminatorio considerado en sí mismo<sup>33</sup>.

---

29 Se ordenó la rematriculación obligatoria en el caso Cam. Civ. y Com Junin, “L., M. I. y D. P., M. c. I.C.M.”, del 03/07/07, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2007, p. 533.

30 La Corte Suprema ordenó la afiliación compulsiva en el caso “Etcheverry, R. E. c. Omit S.A.”, del 13/03/01, en *Fallos* 324:677.

31 GIMÉNEZ COSTA, Ana, “El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia”, cit., pto. 4.1.3.

32 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp.70, 91 y 138.

33 En uno de los pocos precedentes nacionales, aunque no se trataba de un contrato de consumo, fue ordenada la indemnización sustitutiva ante la negativa a celebrar un contrato de locación por motivos discriminatorios (Cam. Nac. Civ., Sala J, “Hertzriken, Luicano y ot. c. Sanfuentes Fernández, Magdalena”, del 11/10/06).



## LA CAUSALIDAD Y LA FUNCION PREVENTIVA. UN DESAFÍO DE CREATIVIDAD EN LA LABOR DEL ABOGADO

**Oviedo, Claudia Lujan**

*Elemento básico de la responsabilidad civil.* Es la relación causa efecto que debe existir entre un acto u omisión y el daño ocasionado. Esta causa, que debe ser previsible y evitable, establece la llamada causalidad adecuada o base razonablemente suficiente para generar la correspondiente responsabilidad civil por el mismo.

En la obra de Guido Calabresi "The Cost of accident" la definición del concepto de nexum traducida al español puede expresarse como: "...exacta concatenación entre el hecho dañador y el daño..."

Según Tony Honoré ...cuando se escrutina la noción a la luz de su aplicación se puede identificar la causalidad como una herramienta para múltiples propósitos...Una función clave es predecir lo que se avecina...la noción de causa se asocia a un proceso.

La cuestión es conocer que tipo de condiciones ha de atribuírsele al agente para que su acción o intervención cuente como causal?

Para ello hay que centrarse en el sistema que integran los 1710, 1711, 1712,1713 y 1714 del Código Civil y Comercial estableciendo el instituto de función preventiva indicada en el Libro Tercero, Título V de la Sección 2ª del Código Civil y Comercial, hace referencia al llamado «principio de prevención», el cual debe ser catalogado como un principio general del derecho, que fuera ya receptado como principio en la ley 25.675 general del ambiente.

En el marco del derecho ambiental el principio de prevención invoca la necesidad de impedir la producción de un daño ambiental mediante una práctica, respecto de la cual, se sabe conocido y previsible. La ley 25.675 lo define indicando que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. La reparación en el caso del daño ambiental deviene tardía y a veces imposible.

### **Elementos de la Función Preventiva**

Según Jimena Márquez en su capítulo La Tutela Preventiva en el Derecho de Daños en la obra Colectiva Revista de Derecho Privado señala cuatro elementos:

- a) Amenaza de Lesión
- b) Antijuricidad
- c) Relación de Causalidad entre la amenaza de daño y la conducta o inactividad del sujeto pasivo. Posibilidad de que la práctica contraria a derecho tenga como consecuencia un resultado lesivo, su repetición o continuación.
- d) Posibilidad de que a través de la tutela inhibitoria, por medio de la obligación de hacer o no hacer que se imponga, los efectos del acto ilícito puedan disminuirse, evitarse o detenerse y se logre evitar la irrogación de un daño irreparable...)

*Deber de prevención impuesto a las personas de manera general.* El nuevo Código establece un deber que recae sobre toda persona, en cuanto de ella dependa (art. 1710 CCyCN), de:

- a) *Evitar* la producción de daños injustificados.
- b) *Adoptar medidas razonables*, de buena fe y conforme a las circunstancias, para *evitar daños o disminuir su magnitud*,
- c) *No agravar* los daños ya producidos. Si bien hasta ahora los deberes de evitación y no agravamiento de daños existen como asociados al deber genérico de no dañar —de un lado—, y a los deberes propios de una función, cargo, profesión, etc., hacia personas determinadas —de otro—, la disposición comentada sin duda propone ir más allá.

### **DESAFIO DE LA LABOR JURIDICA PARA QUE PROCEDA LA ACCION.**

El elemento activante de esta tutela es la simple posibilidad de un ilícito futuro, la amenaza de violación, la cual lleva a prescindir de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza. Ello en términos de probabilidad objetiva de que la actividad antijurídica siga causando el perjuicio.

Legitimación activa y pasiva:

En primer término, de la lectura de los artículos mencionados surge que la norma está dirigida a quien debe evitar, disminuir, etc.

Pareciera que la parte activa recae sobre quién debe obrar conforme los principios de la prevención.

En la práctica, la labor jurídica toma relevancia, cuando es solicitada por la parte pasiva. Es decir cuando un sujeto, individual o colectivamente requiera medidas judiciales para evitar la producción de un daño.

La legitimación es amplia, pues incluye no solo a los afectados directos sino también a quienes podrían llegar a serlo en calidad de usuarios, consumidores, etc. y si se plantea un daño a un derecho de incidencia colectiva, la legitimación debe ampliarse siguiendo los lineamientos del fallo "Halabi" de la CSJN. Indudablemente se trata de una legitimación activa amplísima.

Esta temática debe ser abordada desde varios ángulos, ya que el abogado se encuentra frente a un verdadero desafío creativo al momento de poder completar los elementos de la función preventiva mencionados ut supra.

El demandante Individual o colectivo, ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla.

La posibilidad de detener la actividad: Debe tratarse de actos aún no realizados o de continuar produciéndolo.

La complejidad radica en que solo es posible sino se produjo por completo el daño, si esto ocurrió solo resta resarcirlo.

Ante este panorama es necesario identificar los conceptos centrales de la estructura normativa para el planteo de la pretensión, fuente de juzgamiento jurisdiccional al momento de habilitarse o no la Tutela Inhibitoria.

Propongo analizar las palabras claves ante las que se debe situar el abogado,  
Prevención. Causalidad. Evitar. Riesgo

Todos términos con más de un significado en la lengua española.

#### a) **PREVENCION**

Del latín *praeventio*, prevención es la acción y efecto de prevenir.

Preparar con antelación lo necesario para un fin, anticiparse a una dificultad, prever un daño, avisar a alguien de algo.

La prevención, por la tanto, es la disposición que se hace de forma anticipada para minimizar un riesgo. El objetivo de prevenir es lograr que un perjuicio eventual no se concrete. Es posible asociar la noción de prevención al cuidado o la precaución,

Prevenir también puede ser la acción de advertir a alguien sobre algo o acerca del peligro.

#### b) **EVITAR**

El término evitar se origina en el latín, proviniendo de *evito*, *evitas*, *evitare*, *evitavi*, *evitatum* que está constituido por el prefijo *-ex* -separación del interior y por el verbo *vito*, *vitare*, *vitavi*, *vitatum* traducido como esquivar, sustraerse de.

Su etimología es impedir que algo desagradable ocurra.

Asímismo significa intentar una persona no hallarse en una cierta situación o eludir el trato con otra persona.

Si bien la actitud de evitación es posible, no siempre es viable. En esos casos no se puede evitar lo que vaya a ocurrir, o sea: hay que afrontarlo.

Es así que, entonces se efectúa esta acción con el significado de sortear, obviar o soslayar. También puede tener la connotación de escaparse, cuando en realidad se necesita que la persona asuma cierta responsabilidad y no lo hace.

Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos Vox © 2016 Larousse Editorial, S.L

### c) **RIESGO**

Tiene su origen etimológico más lejano en el vocablo árabe *rizq*, que significa “lo que queda para la providencia”. El término está vinculado a la proximidad de un posible daño y a la vulnerabilidad que el mismo produce en quienes lo percibirán.

La prevención del riesgo hace referencia a la acción y efecto de prevenir. El concepto, por lo tanto, permite nombrar a la preparación de algo con anticipación para un determinado fin, a prever un daño o a anticiparse a una dificultad, entre otros significados.

### d) **CAUSALIDAD.**

Relación de causa y efecto.

Uno de los axiomas fundamentales del pensamiento es: *todo fenómeno tiene una causa*. La noción de causalidad presenta dos formas fundamentales:

- Relación de carácter racional: noción receptada por la física clásica. todo efecto es consecuencia de una causa que le antecede, siempre hay un acontecimiento que origina otro.

- *Relación de carácter probable.*

Postula que entre causa y efecto no existe relación alguna; son dos sucesos, pero no su nexos causal.

La causa es la conexión necesaria de los fenómenos, uno de los cuales (denominado causa) condiciona a otro (denominado efecto). Se distingue la causa absoluta y la causa específica.

La causa absoluta es el conjunto de todas las circunstancias cuya presencia determina necesariamente el efecto.

La causa específica es el conjunto de circunstancias cuya aparición que existen ya en la situación dada, antes de que se produzca el efecto y que forman las condiciones para que la causa actúe y produzca el efecto.

Establecer la causa absoluta sólo resulta posible en casos relativamente sencillos. Pero la causa específica requiere de la investigación científica orientada hacia el descubrimiento de un fenómeno dado.

En la causa específica se unen las componentes de la causa absoluta más esenciales en la situación dada, y los componentes que quedan aparecen sólo como *condiciones* de la acción de dicha causa específica.

El problema de la causalidad es campo de una enconada lucha entre materialismo e idealismo.

El materialismo defiende la tesis de que la causalidad posee un carácter objetivo y universal, los cuales existen fuera de la conciencia e independientemente de ella.

“...El idealismo subjetivo o bien niega en general la causalidad reduciéndola a una mera sucesión de sensaciones habitual para el hombre (Hume), o bien, reconociendo que la causalidad constituye un nexo necesario, estima que el sujeto cognoscente la aporta al mundo de los fenómenos (carácter apriorístico de la causalidad, Kant)...”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>[www.filosofia.org/filomat/df144.htm](http://www.filosofia.org/filomat/df144.htm)

Sin profundizar en los postulados filosóficos, se puede deducir que las conexiones causales poseen un carácter multiforme y no es posible reducirlas a un solo tipo.

Sin embargo es muy posible que al momento de poder argumentar la acción tendiente a aplicar la función preventiva el abogado se encuentre frente a un trabajo de investigación, donde deberá recurrir a fuentes de información científicas calificadas.

La razón es que se encuentra frente al desafío de demostrar el nexo de causalidad entre un hecho generador y un posible daño.

Al profundizar su investigación es posible encontrarse frente a una falta de certeza científica, escollo que deberá sortear citando fuentes de investigación de varias áreas del conocimiento. Para ello tendrá que incursionar en mecanismos de búsqueda científica especializados, donde tendrá que ser muy riguroso con la fuente. No sólo citar la información sino que además deberá verificar la publicación, teniendo en cuenta varios puntos, entre otros, seriedad de la publicación, comité científico de evaluación, institución que la avala, visitas a la página web, comentarios, refutaciones y lo más importante, actualidad de la investigación.

### **IMPACTO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO**

Es una temática que deberá repensarse en la metodología en la enseñanza del Derecho, proponiendo nuevas herramientas de investigación y consulta de fuentes científicas interdisciplinarias.

Es necesario analizar y evaluar distintas estrategias didácticas que han sido diseñadas y aplicadas para generar conocimiento en las ciencias sociales.

“...Enseñar a investigar es un proceso complejo y una actividad ampliamente diversificada; así, so es más fecunda y da mejores resultados la didáctica de la investigación que tiene como referentes las prácticas concretas y los procesos efectivos de la generación de conocimiento. Si se quiere enseñar el

oficio de investigador, no basta con fundar la propuesta programática en la mera descripción, análisis y crítica de ese quehacer, es necesario que quien desea aprender se involucre en todas las tareas de esta práctica, aliado de otra persona con mayor experiencia y en un ejercicio institucional en el que se promueva la investigación científica...”<sup>2</sup>

No se trata de proponer una nueva teoría de la ciencia, sino una modalidad distinta de la enseñanza de la investigación de la Ciencia del Derecho.

La creatividad es fundamental para elaborar un esquema explicativo que permita al juzgador llegar a la misma conclusión que se propone.

La originalidad y la descripción de posturas novedosas son fundamentales al momento de argumentar la acción preventiva.

## **BIBLIOGRAFIA**

De Bianchetti, Alba Esther. La enseñanza del Derecho. Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas. UNNE [www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2002/01-Sociales/S-053.pdf](http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2002/01-Sociales/S-053.pdf). Recuperado el 21 de junio de 2017.

Calabresi Guido, The Cost and the Accidents. A legal and economics Analysis. [https://en.wikipedia.org/wiki/The\\_Costs\\_of\\_Accidents#/media/File:The\\_Costs\\_of\\_Accidents\\_-\\_bookcover.jpg](https://en.wikipedia.org/wiki/The_Costs_of_Accidents#/media/File:The_Costs_of_Accidents_-_bookcover.jpg). recuperado el 22 de junio de 2017.

Verneti Ana, Oviedo Claudia. La configuración Didáctica del pensar a la luz de las reformas legislativas. Ponencia presentada en el Congreso Enseñanza del Derecho "Camino a lo Nuevo" Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de La Plata, 20/21 de Octubre de 2016. La Plata. Buenos Aires.

---

<sup>2</sup>[www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2002/01-Sociales/S-053.pdf](http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2002/01-Sociales/S-053.pdf)

Carli Alberto, La ciencia como herramienta. Ed. Biblos. Metodologías. Buenos Aires, 2008.

García Lilian Grisel. Las nuevas demandas Sociales y la Enseñanza del Derecho. Ponencia presentada en el Congreso Enseñanza del Derecho "Camino a lo Nuevo" Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de La Plata, 20/21 de Octubre de 2016. La Plata. Buenos Aires.

Gozaíni Osvaldo Alfredo. La Enseñanza del derecho en Argentina. Capital Federal y Gran Buenos Aires, en particular situación de alumnos, profesores y abogados. Habilitación Profesional. Ed. Ediar. Sociedad Anónima Editora. Comercial. Industrial y Financiera. Buenos Aires. 2001.

Maggio Mariana, Enriquecer la Enseñanza. Los ambientes con alta disposición tecnológica como oportunidad. Paidós. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2012.

Marquez Jimena,.La Tutela Preventiva en el Derecho de Daños. Revista de derecho de Daños. 2016-2 .Prevención del Daño. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2016.

Pelayo García Sierra. Diccionario Filosófico. Manual de materialismo filosófico. Revisado por Gustavo Bueno. Noviembre 1999. Recuperado el 21 de junio de 2017. [www.filosofia.org/filomat/df144.htm](http://www.filosofia.org/filomat/df144.htm)

Prayones Eduardo. Las reformas en la Facultad de Derecho, método de estudio y enseñanza del Derecho Civil. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 4, número 7, 2006, ISSN 1667-4154, págs. 293-322.

V Jornadas sobre Enseñanza del Derecho. Universidad Nacional de Buenos Aires. 17 y 18 de setiembre de 2015. Eje Métodos, estrategias y dispositivos - Mesa 5 - Aula 217, segundo piso.

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata, 14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

Rosatti Horacio dirigido por Jorge Mosset Iturraspe; Ricardo Lorenzetti. La Tutela del Medio ambiente en la Constitución Nacional Argentina. Daño Ambiental. Revista de Derecho de Daños. 2008-3. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2009.

Rodriguez Carlos Aníbal. El Derecho Humano al Ambiente Sano. Los Derechos Ambientales desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 2012.

Yuni Jose, Urbano Claudio. Técnicas para Investigar 1. Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación. 2 ed. Editorial Brujas. Córdoba.



## **DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE. IMPLICANCIAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA JUDICIAL. PROPUESTA LEGISLATIVA**

**Orellano, Veronica y Dominoni, Juan Facundo**

### **INTROITO**

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo visibilizar las implicancias positivas del conocimiento y recepción judicial fáctica del denominado “Derecho a una Alimentación Saludable”, comprendido dentro del genérico “derecho a la prestación alimentaria”.

Ello de modo que se propenda a garantizar y brindar a los beneficiarios - en casos judicializados o que en un futuro se judicialicen –una adecuada respuesta, tanto a niños, niñas o adolescentes, como de los adultos, con especial ahínco en los adultos mayores.

### **DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y MALNUTRICIÓN**

Sabido es que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios y en especial *la alimentación*. Ello hubo sido consagrado como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 25.

La Alimentación en los individuos no solo es el acto que permite la sobrevivencia, sino que resulta ser uno de los factores gravitantes que condicionan el desarrollo físico, la salud, el rendimiento en la vida cotidiana y con ello sus posibilidades de mejora.

Por consiguiente, garantizándose una ALIMENTACION ADECUADA y EQUILIBRADA, entendida como aquella que cubra las necesidades nutricionales en las distintas etapas de la vida (v.gr: en los niños promoviendo el desarrollo y crecimiento

adecuados; en los adultos previniendo el desarrollo de enfermedades crónicas no transmisibles tales como diabetes, enfermedades cardiovasculares, cáncer, enfermedades respiratorias crónicas y enfermedad renal), puede sostenerse sin hesitación que el abordaje del individuo, en forma conjunta desde los profesionales de Nutrición y Justicia, debería orientar su norte en garantizar dicha integridad del individuo in tórum, más aún en aquellos individuos que son más vulnerables.

En la actualidad, el mundo se enfrenta a una doble carga de malnutrición que incluye la desnutrición y la alimentación excesiva.

La **malnutrición** se caracteriza por la carencia de diversos nutrientes esenciales en la dieta, en particular hierro, ácido fólico, vitamina A y yodo, y, en cualquiera de sus formas, presenta riesgos considerables para la salud humana. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el sobrepeso y la obesidad infantil constituyen uno de los principales problemas de salud pública del siglo XXI. Tanto es así, que se calcula que la obesidad infantil se ha casi triplicado en los últimos 30 años. Por su parte, la **desnutrición** estadísticamente se erige en causa de cerca de un tercio de todas las muertes infantiles. Ambas, están afectando con cifras crecientes a las personas pobres y las más vulnerables.

## CONCEPTUALIZACION DEL DERECHO ALIMENTARIO

Sabido es que la prestación alimentaria, cuando de menores de edad se trata, se erige en uno de los deberes impuestos a los progenitores como contenido de la responsabilidad parental, implicando ello que, quien ha tenido hijos, asume el deber de proveer a sus necesidades.

No solo el interés individual de los hijos se halla comprometido, sino que -a través de él- aparece el interés de la sociedad, puesto que la protección de los menores debe estar a cargo de sus progenitores. Para ello, los titulares de la responsabilidad parental, deben aunar todos los esfuerzos que resulten necesarios, realizando trabajos productivos, sin que

puedan excusarse de cumplir su obligación alimentaria invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes, cuando ello no se deba a imposibilidades insalvables.

Así la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental tiene por fin inmediato la protección integral de la infancia y adolescencia, recayendo principalmente sobre ambos progenitores quienes deben cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo teniendo en consideración sus específicas necesidades, características psicofísicas y desarrollo madurativo (**conf. art. 646 CCyC**).

Al respecto el **art. 6 de la CDN** claramente enuncia el concepto de desarrollo del niño al indicar que "*Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y desarrollo*".

En idéntico sentido el **art. 7 de la Ley 26.061** señala que "*El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos*".

La nueva normativa de fondo que rige en nuestro país a partir del 1 de Agosto de 2015<sup>1</sup> reconoce que en materia alimentaria parental se contempla un niño o joven que evoluciona, que está en desarrollo, que va ganando autonomía progresiva; y, por consiguiente, el derecho alimentario como instituto jurídico debe reflejar el dinamismo propio del crecimiento del niño.

Es por ello que el derecho alimentario, cuando se trata de NNA, despliega su máxima protección receptando el principio de favor minoris a través de diversas normas (**arts. 541, 568, 659, 664, 665, 669 conjugadas con los arts. 706, 709 y ccdtes del CCyC; arts. 3, 18 inc. 1 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño**).

---

<sup>1</sup> Conf. Ley 27077, publicada en el Boletín Oficial el 16/12/2014 se dispone que la Ley 26994 (Sanción del Código Civil y Comercial) entrará en vigencia en la fecha indicada.-

Calificada doctrina indica que *"En los procesos donde se ventilan conflictos de familia, el Juez debe proceder con un criterio amplio y flexible en torno a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas. Consecuentemente, se produce el desplazamiento de la carga de la prueba y se atribuye el deber al sujeto que se encuentra en mejores condiciones para producirla"* (Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación T. IV Edit. Rubinzal Culzoni p. 590).

En ese entendimiento debe el magistrado resolver atendiendo al interés superior de los alimentados y su inalienable derecho alimentario (*arg. art. 658 CCyC*) corolario del derecho a la vida y dignidad en consonancia con el principio del favor alimentorum, meritando asimismo su capacidad progresiva (*arg. art. 639 CCyC*).

Por tal razón estimamos que el Juzgador debe contar - amén de la prueba que cada una de las partes allegue a la causa - con una serie de herramientas que le permita brindar un trato preferencial orientado especialmente a la protección y eficacia del derecho a una alimentación adecuada de acuerdo a las propias características del alimentado, dentro de las cuales resulta ser la propuesta de justipreciación mediante las tablas que se indicarán infra.

Por las especiales características que detenta el derecho alimentario, esto es: ser de neto corte asistencial, extrapatrimonial, fundado en un deber legal, emergente de la responsabilidad parental o solidaridad familiar; cabe colegir que *"nuestro ordenamiento jurídico ha dotado los alimentos de una exclusiva, potente y eficaz protección cuya finalidad es garantizar su inatacabilidad al brindarles un trato preferencial y excepcional, que se traduce en el principio del favor alimentorum"* (Fanzolato Eduardo, "Alimentos y Reparaciones en la Separación y el Divorcio", Edit. Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 97 y 190) y es por ello que consideramos que resulta ser un recurso útil la propuesta aquí formulada.

## SITUACION ARGENTINA

Según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC) la población de nuestro país alcanza la cifra de 43.590.368 habitantes, estimándose - del último informe realizado por dicho organismo - que hay un 30.3% de personas bajo la línea de pobreza en el último semestre de 2016, es decir: cerca de 13.208.000 personas son pobres, de las cuales 6.049.210 de niños y jóvenes con edad de 0 a 14 años viven por debajo de la línea de pobreza.

Dicha cruda realidad exhibe que la desnutrición se constituye quizás en una de las causas más dramáticas e inconcebibles de mortalidad infantil que avanza y se instala en poblaciones vulnerables y rodeadas de extrema pobreza (aunque no con exclusividad) como un mal silencioso.

El director del Centro de Estudios Sobre Nutrición Infantil (CESNI) doctor Esteban Carmuega ha señalado que *"La desnutrición en la Argentina abarca muchas formas. La más cruel, de curso corto y que potencia el riesgo de morir es la desnutrición aguda. Por cada chico con desnutrición aguda, hay no menos de 12 otras formas de desnutrición solapadas; que no sólo aumentan el riesgo de enfermedades no transmisibles, sino que limitan la potencialidad de una persona. Estos chicos rinden menos en la escuela, en la actividad física y se insertan peor en el mercado laboral (...) Muchos de los chicos que padecen desnutrición crónica, desarrollarán en su infancia y juventud sobrepeso y obesidad. De alguna manera potencian el efecto deletéreo de su condición de desnutrición temprana. Tendrán un retraso en su crecimiento y guardan un 60% más de riesgo cardiovascular y de sufrir diabetes"*

Tal como surge de estadísticas a la fecha vigentes como la de ENNYS (Encuesta Nacional de Nutrición y Salud)<sup>2</sup> y las que se desprenden de las Encuestas Nacionales de Lactancia Materna [realizada por la dirección Nacional de Maternidad e Infancia del

---

<sup>2</sup> Las Encuestas Nacionales de Nutrición y Salud (ENNYS) aportaron datos tales como diagnósticos nutricionales en niños con presencia de anemia, obesidad y sobrepeso en menores de 6 años que son alarmantes, así como la presencia de baja talla para la edad, lo que implica que hay y que hubo déficit nutricional a lo largo de los años, lo cual compromete la salud, con la posibilidad de que incidan en el desarrollo y calidad de vida futuro.-

ministerio de Salud de la Nación en el año 2005 y publicada como documento de resultados en 2007] *la desnutrición aguda en la Argentina existe*<sup>3</sup>.

Por otro lado, según datos de 2010 de la Base de Datos Global sobre Crecimiento Infantil y Malnutrición de la OMS, nuestro país presenta el mayor porcentaje de obesidad infantil en niños y niñas menores de cinco años en la región de América Latina con un 7,3% de prevalencia, surgiendo de la Encuesta Mundial de Salud Escolar realizada en Argentina en 2012, que en los últimos cinco años, en el grupo de adolescentes de 13 a 15 años, aumentó el sobrepeso del 24,5% al 28,6% y la obesidad pasó del 4,4% al 5,9%.

Asimismo, el indicador barrial de situación nutricional elaborado por el Instituto de investigación social, económica y política ciudadana en conjunto con el Movimiento Barrios de Pie, arroja que durante el último semestre de 2016 un 47% de los niños, niñas y jóvenes que asisten a comedores y merenderos en el área metropolitana, padecen malnutrición.

La situación Alimentaria de Nuestro País es alarmante y debe reflejar la necesaria **EMERGENCIA ALIMENTARIA** pues el 45,8% de los niños y niñas entre 0 y 14 años son pobres (alrededor de 6 millones) de los cuales aproximadamente la mitad de ellos sufren de malnutrición en nuestro país.

**A nivel global**, la prevalencia estimada de sobrepeso y obesidad en niños de **América Latina** conforme de un estudio sistemático realizado en 2014, da cuenta de los siguientes índices: en edad pre-escolar (menores de 5 años) es de 7,1%; en escolares (5 a 11 años) del 18,9% al 36,9%; y, en adolescentes (12 a 19 años) es del 16,6% al 35,8%. De ello se desprende que del 20% al 25% de la población de niños y adolescentes de América Latina tiene sobrepeso y obesidad. Es decir, 1 de cada 4 niños y adolescentes de América Latina.

---

<sup>3</sup> La encuesta Mundial de Salud Escolar (EMSE) realizada en 2012, exhibió en el grupo de escolares un aumento de casi un 5% de sobrepeso y 1,5% de obesidad con respecto a la que se realizó en 2007. Otras encuestas llevadas a cabo por Organizaciones No Gubernamentales en los últimos años, confirman este diagnóstico, sobre todo entre los sectores de la sociedad ubicados por debajo de la línea de pobreza.-

Dicha cifra, terrible tanto humana como numéricamente, merece ser destacada pues si bien hasta hace pocos años existía la creencia que el sobrepeso y la obesidad eran problema de los países desarrollados, en la actualidad dicho escenario ha cambiado radicalmente por extenderse con una velocidad alarmante a los países de bajos y medianos ingresos (particularmente en grandes ciudades), arrojando el siguiente resultado: En el mundo, alrededor de 42 millones de niños y niñas tienen sobrepeso, de los cuales más del 80% viven en países en desarrollo, esto es, más de 33 millones.

La importancia de las cifras señaladas debe marcar la agenda legislativa, como política pública, para declarar la Emergencia Alimentaria Nacional y propender a las reformas legislativas necesarias, una de las cuales postulamos con el presente trabajo.

En razón de lo señalado y la relevancia, a continuación daremos a conocer nuestra postura en cuanto a la Necesidad e Importancia de la intervención de los/as profesionales de Nutrición en la justicia a fin de garantizar el Acceso y Derecho a una Alimentación Saludable acorde a particularidades del individuo, garantizando su cumplimiento desde la Justicia, basados en la realidad.

## **ALIMENTACIÓN: CONCEPTOS CLAVE EN EL DESARROLLO HUMANO**

La Alimentación es imprescindible para el mantenimiento de la vida y la reproducción social de los grupos humanos. Si bien en tanto necesidad, es universal, las formas de satisfacerla han sido y son ampliamente diversas, pues lo que se considera comida es fruto de una construcción social e histórica<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>“La Venus de Willendorf”, homónima de la región de Austria donde fue encontrada, es una de las primeras esculturas humanas. Dicha estatuilla “obesa” prometía defensa y beneficios ante el ambiente. El déficit energético era la amenaza potencial cotidiana. La incertidumbre alimentaria y la preocupación por morir de inanición eran constantes y fueron labrando en el cerebro de los seres humanos circuitos de alertas, de protección y sobrevivencia, re direccionando los excesos alimentarios asociándolos al placer y el bienestar inmediato. Sin embargo, en el siglo XXI la obesidad, no es considerada conveniencia, triunfo, ni belleza, sino desventaja: la ganancia de peso es percibida como situación amenazante. El desarrollo tecnológico y la globalización fueron autores al dar acceso a una insospechada cantidad de energía alimentaria. La Obesidad ya que no el privilegio de pocos sino el problema de muchos ya que su mecanismo causal, la sobrealimentación, surge fácil y espontáneamente y aun contra la voluntad del que la padece.-

Los seres humanos, por ser omnívoros, nos caracterizamos por tener una alimentación generalizada y ellos nos ha permitido una gran flexibilidad y capacidad de adaptación a ecosistemas diversificados (desde el Ártico, trópico, valles o desiertos). No obstante, esta gran plasticidad acarrea un condicionamiento: no podemos obtener todos los nutrientes necesarios de una sola fuente alimenticia, nos es imprescindible un mínimo de variedad de nutrientes.

Durante varios siglos se ha intentado determinar el mínimo y el óptimo consumo de diversos nutrientes. Ya en 1941 el Consejo de Alimentación y Nutrición de los EE.UU (Food and Nutrition Board, FNB) estableció los primeros estándares dietéticos para evaluar la ingesta nutricional de grandes grupos poblacionales. Estos valores de referencia se denominaron RDA(Recommended Dietary Allowance o Ingesta Dietética Recomendada): desde entonces, se han ido revisando periódicamente(cada 10 años aprox.) basándose en la cantidad necesaria para prevenir la deficiencia de los mismos y con ello prevenir deficiencias clínicas, incluyendo recomendaciones para el consumo de energía, proteínas y varias vitaminas y minerales.

De ello se desprende que para que la dieta sea adecuada y nutricionalmente equilibrada tienen que estar presentes la energía y todos los nutrientes en cantidad y calidad adecuadas y suficientes para cubrir las necesidades del hombre y conseguir un óptimo estado de salud<sup>5</sup>. Una buena manera de llevar una alimentación saludable es comer de forma variada combinando todo tipo de alimentación.

No obstante, ningún tipo de alimento o grupo de alimentos contiene, por sí solo, todos los nutrientes necesarios para el organismo. Tampoco una cuota alimentaria que se fije judicialmente en un monto determinado (extensión cuantitativa) a priori señala cual o cuales alimentos deben serle provistos al alimentado para que su dieta sea saludable sino

---

<sup>5</sup>Las necesidades de cada nutriente son cuantitativamente muy diferentes. Así, las proteínas, los hidratos de carbono y las grasas, únicos nutrientes que nos proporcionan energía o calorías, deben consumirse diariamente en cantidades de varios gramos, por lo que se denominan macronutrientes. El resto, vitaminas y minerales, se necesitan en cantidades mucho menores (micronutrientes).-

solamente se limita a indicar que el responsable de abonar la prestación alimentaria debe hacerlo en la extensión, modalidad y en un tiempo determinado para que su provisión sea constante a la necesidad a satisfacer<sup>6</sup>.

## NECESIDAD DE INTERVENCIÓN. CASOS CONCRETOS

La casi total ausencia de intervención de nutricionistas en expedientes judiciales en los cuales se aborde la fijación, aumento o disminución de cuota alimentaria provoca que cuestiones que hacen a garantizar el desarrollo y cuidado de los principales beneficiarios (en particular, los más vulnerables) no se cumplan.

Sobre la base señalada quienes suscribimos el presente trabajo *consideramos adecuado y necesario ampliar el cuerpo técnico de los peritos de los Juzgados de Familia y de las Asesorías Periciales Departamentales con profesionales de la nutrición*, a fin de resolver de manera justa, eficiente y acorde a las necesidades alimentarias – tanto generales como particulares - los casos sometidos a decisión.

Específicamente, sostenemos dicha necesidad en los casos recurrentes de niños con Síndrome de Down y distintos padecimientos discapacidades tales como Patologías Cardíacas o Discapacidad Neural, siendo el 70 al 80% de los casos que asisten donde las asistentes se encuentran con un individuo menor o mayor con Aumento de Peso de relevancia en poco tiempo, denotando un factor de riesgo en relación a su/s patología/s de base, en función de complicaciones a corto y mediano plazo. La intervención inmediata en este tipo de casos, no solo determina un diagnóstico nutricional de la situación, sino que también analizaría la forma en la que se estaría brindando la alimentación diaria, mejorando

---

<sup>6</sup>Puntualizando, otra enfermedad por malnutrición es la Celiaquía, alteración común, auto inmunitaria y de base genética, que causa inflamación del intestino delgado proximal. Se caracteriza por una reacción inmunitaria al consumo del gluten del trigo y proteínas en avena, centeno y cebada inflamando y reduciendo la cantidad de vellosidades intestinales con menor superficie de absorción de nutrientes y enzimas. El diagnóstico y tratamiento adecuado, son la base para asegurar la adecuación nutricional y prevenir la desnutrición, con seguimiento de la DIETA de por vida.

la misma en cuanto a Cantidad y Calidad Nutricional y por consecuente evitar que continúe enfermando.

Asimismo lo consideramos importante para el abordaje adecuado de los casos de la denominada Tercera Edad, donde muchas veces al contrario que el caso mencionado anteriormente, los profesionales en nutrición se encuentran con casos Agudos y Crónicos de Desnutrición. En relación a dicha franja etaria, se presentan casos que bajo el objeto procesal ‘Protección de la Persona’, dan cuenta de casos frecuentes de Alzheimer, en donde la mencionada enfermedad afecta directamente la parte motriz y el sistema digestivo, cobrando suma importancia la Alimentación con el objetivo de evitar o mejorar la desnutrición y sus enfermedades asociadas .

Empero, situaciones tales como rupturas convivenciales o conyugales con hijos en común exhiben situaciones en donde uno de los progenitores demanda al otro por la “mala alimentación” o “falta de una alimentación acorde a una patología de base” de su/s hijo/s. Usualmente, se refieren a niños con diagnóstico de obesidad, desnutrición, celiaquía o síndrome de insulina resistencia, respecto de las cuales la Alimentación se erige en la mejora de su patología<sup>7</sup>, presentándose casos donde las elecciones de Alimentación por parte de uno de sus progenitores pueden afectar al desarrollo normal del niño, tal como la alimentación Vegetariana – Vegana, no equilibrada sus nutrientes.

En efecto son recurrentes los casos extrajudiciales, o riginados a partir de una ‘separación’ con hijo/s con obesidad o desnutrición, en que los profesionales actuantes a priori no cuentan con las herramientas para determinar dicha situación, debiendo recurrirse a informes clínicos de parte del médico de sus progenitores, demorando la resolución del caso, pero - lo más grave - afectando la salud del niño/a que no recibe la Alimentación Adecuada en tiempo y forma, con sus previsibles consecuencias a nivel metabólico

---

7V.gr.: Un plan acorde en calorías pero con características propias al control de la patología de base, léase Diabetes , ha demostrado disminuir las hiperglucemias (glucemias elevadas), la dislipemias (alteración de grasas sanguíneas: triglicéridos, colesterol, colesterol LDL) y la hipertensión arterial . Las personas con diabetes deben seguir un plan individualizado para ajustarse a la edad, necesidades biológicas, a patologías concomitantes, cultura, estilo de vida, posibilidades económicas, actividad habitual y preferencias personales.

(hipertensión, diabetes, síndrome de insulina resistencia, enfermedades por carencias de nutrientes, enfermedades cardíacas, afecciones del riñón, entre otras).-

Asimismo se presentan casos donde los niños, bajo el cuidado de personas referentes (sea familiares o allegados) u operadores del Poder Ejecutivo (por actuación de los Equipos o Servicios Locales de Niñez o Zonales), en guardas con fines de adopción y adopciones, modifican su estado nutricional en poco tiempo, principalmente con aumento de peso, evidenciando la calidad nutricional inadecuada.

Lo mencionado supra visibiliza la importancia de una correcta y adecuada alimentación y el rol y fin de los alimentos que se recepcionen judicialmente, los cuales en nuestra opinión, tendrían que indicar – basados en los profesionales de la nutrición – el monto adecuado del dinero destinado a cubrir aquella. Para ello hemos elaborado una tabla sobre la cual el Magistrado contará con la técnica que permita determinar objetivamente los COSTOS DE ALIMENTOS dentro de la cuota alimentaria, que garanticen el desarrollo normal del niño/a, tendiendo a evitar casos de malnutrición y mejorando aquellos que según la patología de base el Alimento cumple un Rol primordial.

Por consiguiente, proponemos y estimamos ajustado establecer los costos de alimentación mensual y diarios integrantes del concepto de cuota alimentaria en el siguiente caso ejemplificativo que contempla datos del sexo masculino y edad de 1 a 9 años (aunque puede confeccionarse y ampliarse a mas rangos de edades, al igual que incluir el sexo femenino tal como se ha efectuado a la fecha en la presente investigación).

Bajo la misma se describe y desarrolla costo alimentario mensual y diario (dato resaltado) de Niños VARONES de 6 a 7 años bajo estado nutricional NORMAL cuyo COSTO ALIMENTARIO, al mes de agosto del 2017, arroja el monto mensual de \$2152 y un costo diario es de \$71,74.

En cuanto a la metodología se determina costo alimentario mensual y diario con base en requerimientos energéticos según sexo, edad y peso (según particularidades del

caso). Las kilocalorías necesarias según el peso y particularidades del caso, se traducen en costo diario y mensual.

La mencionada tabla, es elaborada bajo el concepto de niños sin patologías y con crecimiento normal, pero debemos tener presente particularidades del caso donde este valor mensual y diario puede verse incrementado, por ejemplo en los supuestos de niños que padecen Celiaquía cuya alimentación diferencial en el mercado tiene costos superior al normal (hasta un 50% más del precio del producto de consumo masivo y sin restricción) de los cuales el niño no puede prescindir.

Debe tenerse en cuenta que al hablar de COSTO DE ALIMENTOS es de suma importancia mencionar la variabilidad que representa el mismo, teniendo en cuenta las diferentes mediciones realizadas en nuestro país específicamente en lo que a CANASTA BASICA DE ALIMENTOS refiere<sup>8,9</sup>

## **DESARROLLO – CALCULOS - TABLAS**

### *CASO EJEMPLIFICATIVO: REQUERIMIENTO NUTRICIONAL NIÑO 6 A 7 AÑOS*

---

<sup>8</sup>En cuanto la metodología la CBA se determina tomando en cuenta los requerimientos normativos kilo calórico y proteico imprescindible para que un varón adulto de entre 30 y 60 años, de actividad moderada, cubra durante un mes esas necesidades. Para este trabajo, el Indec selecciona los alimentos y las cantidades en función de los hábitos de consumo de la población, a partir de la información provista por la Encuesta de Ingresos y Gastos de los Hogares, a su vez el valor de la Canasta Básica de Alimentos, determina la Línea de INDIGENCIA . Actualmente los precios de la Canasta Básica Alimentaria (CBA) subieron durante mayo el 1,01%, informó el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec). De esta manera, una pareja con dos niños de 8 y 5 años requirió el mes de mayo de \$ 5.986,07 para comprar la alimentación indispensable para no caer en la indigencia.-

<sup>9</sup> Otra fuente que brinda dicha información es la que refiere al ISEPCI (Instituto de Investigación Social, Económica y Política Ciudadana ) informando que en julio los alimentos de la Canasta Básica subieron 1,55% , por lo que una familia de dos adultos y dos niños pequeños necesita \$1700 más que en diciembre pasado para cubrir sus necesidades básicas. Después de dos meses de cierto alivio en la suba de los precios (0,37% en mayo y 0,38% en junio), en julio los alimentos de la canasta básica (CBA) volvieron a repuntar con un +1,55%, según la medición mensual del Índice Barrial de Precios (IBP) en 350 comercios del conurbano bonaerense. De acuerdo a este relevamiento, el mes pasado una familia de dos adultos y dos niños pequeños necesitaba \$5.793,55 para poder alimentarse durante treinta días y no caer en la indigencia. En lo que va de 2017 la CBA se incrementó un 12,40% En diciembre de 2016 la misma familia gastaba \$5185.15 en alimentos. Siete meses después necesitó \$608,40 más para solventar los mismos alimentos. Los productos de almacén volvieron a liderar los aumentos con un 2,35% (15,49% en lo que va del año), seguido por las carnes con 1,31% (12,74% desde el inicio de 2017), y -0,30% (+3,66% en los primeros siete meses). En estos siete primeros meses del año, entre los productos de primera necesidad que más aumentaron se encuentran, la papa (+30%), carne picada (27,14%), yogurt (+26,67%), queso cuartirolo (+20,91%), azúcar, queso de rallar y espinazo (+20%) y el litro de leche (+19,74%).-

**TABLA 1:** COSTO MENSUAL Y DIARIO SEGÚN REQUERIMIENTOS NUTRICIONALES.

NIÑOS - EDAD 1-9 años.

Valores actualizados al MES DE AGOSTO 2017

REQUERIMIENTOS ENERGETICOS NIÑOS SIN PATOLOGIAS ASOCIADAS Y ESTADO NUTRICIONAL NORMAL - VARONES DE 1 A 9 AÑOS

REQUERIMIENTOS ENERGETICOS NIÑOS SIN PATOLOGIAS ASOCIADAS Y ESTADO NUTRICIONAL NORMAL - VARONES DE 1 A 9 AÑOS				
EDAD-AÑOS	VARONES -KCAL /PESO	KCAL DIARIA / VARONES PESO Y TALLA PC 50	COSTO MENSUAL S/REQ.NUT. DIARIO VARONES	COSTO ALIMENTACION DIARIO VARONES
1--2	82	1060 KCAL (P= 13 KG)	1267	42,2
2--3	83,6	1150 KCAL (P=14 KG)	1395	46,5
3--4	79,7	1275 CKAL (p=16 KG)	1524	50,8
4--5	76,8	1380 KCAL (P=18 KG)	1651	55,03
5--6	74,6	1500 KCAL (p=20KG )	1793	59,76
6--7	72,5	1800 KCAL (P =25 KG )	2152	71,74
7--8	70,5	1850 KCAL (P =26 KG)	2211	73,7
8--9	68,5	1900 KCAL	2271	75,7

	(p=28KG )		
--	-----------	--	--

**TABLA 2:**

FORMULA SINTETICA: consistente en la distribución EQUILIBRADA en nutrientes (en gramos y Kcal) según requerimiento calórico – 1800 Kcal / DIA

CALCULOS				
VCT	NU T.	%	K CAL	R
1800 Kcal	H C	55	990	47
	PR	15	270	7,5
	G R	30	540	0

**TABLA 3:**

FORMULA DESARROLLADA TRADUCIDA EN COSTO DIARIO Y MENSUAL:

Describe la cantidad de alimentos que deberían consumirse de manera diaria a fin de cubrir los requerimientos nutricionales Energéticos, en este caso 1800 Kcal. Estas cantidades se valorizan en costo diario y mensual.

VALORES ACTUALIZADOS AL MES DE AGOSTO DEL 2017

Formula Desarrollada						Costo S/ Req. Nut. diario 1800 kcal	
Alimento	Ca ntidad	Vo l.gr/cc	C	rot.	íp.	Cant idad por 30 días .-	V alores
Leche Fluida Parcial descr.	40	40				12	262,28

	0	0	0	2		LITROS	
Quesos Promedio	20	20		,4	,8	600 GR	108
Huevo Entero	25	25				15 huevos	37,5
Carnes promedio Gral.	15 0	15 0		0	,5	4,5 KILOS	585
Vegetales A	20 0	20 0					
Vegetales B	20 0	20 0	6				
Vegetales C	10 0	10 0	0			15 kilos	568
Frutas promedio	30 0	30 0	6			9 kilos	416,3
Cereales	50	15 0	5			1,5 KG	26,8
Pan tipo común francés	60	60	6			1,8 KG	63
Azúcar	30	30	0			1 KILO	17,12
Dulces promedio gral	30	30	1			1 KILO	33,15
Aceite	35	35			5	1 LITRO	35,85
	<b>Gramos</b>		46	0,4	6,3		<b>\$ 2152 Valor mensual</b>
	<b>kcal</b>		84	81,6	06,7		<b>\$ 71,74, valor</b>

								<b>diario (30 días )</b>
--	--	--	--	--	--	--	--	----------------------------------

**TABLA 4:**

REFERENCIAS DE PRECIOS – ALIMENTOS – METODOLOGIA

<b>PRODUCTOS FRESCOS Y SECOS</b>	<b>Metodología.</b> Se promedian 3 marcas de características similar del mismo producto, mas el valor del producto según precios cuidados. <b>Valores comercializados , CADENA DE SUPERMERCADOS JUMBO- DIGITALIZADO , Al 20-9-2016</b> <a href="https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx">.https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx</a>
<b>CARNES</b>	Se promedian 10 cortes, <b>Valores comercializados , CADENA DE SUPERMERCADOS JUMBO- DIGITALIZADO , Al 20-9-2016</b> <a href="https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx">https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx</a>
<b>VERDURAS</b>	10 variedades. <b>Valores comercializados , CADENA DE SUPERMERCADOS JUMBO- DIGITALIZADO , Al 20-9-2016.</b> <a href="https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx">https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx</a>

<b>FRUTAS</b>	6 frutas de estación <b>Valores comercializados ,</b> <b>CADENA DE SUPERMERCADOS JUMBO-</b> <b>DIGITALIZADO , Al 20-9-</b> <b>2016.</b> <a href="https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx">https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx</a>
---------------	--

**TABLA 5: DESCRIPCION DE PRODUCTOS, MARCAS, PRECIOS CUIDADOS Y PROMEDIO ALIMENTOS SEGÚN FORMULADA DESARROLLADA – PRODUCTOS FRESCOS Y SECOS.**

ALIM ENTO	CAN TIDAD	MARCAS					Valor promedio
<b>LECHE</b>		la armonía	la suipachense	sancor	Precios cuidados		
	1 litro	15,9 5	20,4 5	29,9 0	La lácteo 21,40		
<b>Promedio</b>						<b>\$21.92</b>	
<b>QUESOS</b>	1 kilo	<b>Jumbo</b>	<b>Parmalat</b>	<b>cremac</b>	-		
Crema	1 kilo	129	149	139	-	139	
Port salut	1 kilo	<b>La paulina</b>	<b>Par malat</b>	<b>ver ónica</b>	-		
		249	199	220		222	
<b>Promedio</b>						<b>\$180</b>	
<b>HUEVO</b>	1 mapple 30 huevos					<b>\$75</b>	
<b>CEREALES</b>		<b>Canalé</b>	<b>knoor</b>	<b>matarazo</b>	<b>marolio</b>		
Fideos	500	8,9	22,8 4	24,4 0	10,49	<b>16,6</b>	
Arroz	500	<b>moli</b>	<b>luch</b>	<b>Ju</b>	<b>cóndor</b>		

		<b>nos ala</b>	<b>etti</b>	<b>mbo</b>		
		24,5	13,1 5	25,2 5	8,99	<b>17,97</b>
<b>Promedio</b>						<b>\$17,28</b>
<b>PAN</b>	1 kilo					<b>\$35</b>
<b>AZUC</b>	1 kilo	cha ngo				<b>\$17,12</b>
<b>ACEIT</b>		<b>coci</b>	<b>Cad</b>	<b>nat</b>	Cañuela s	
<b>E</b>	1500 cc	33	29,9	53,5 9	27	
<b>Promedio</b>						<b>\$35,85</b>
<b>DULC</b>						
<b>ES</b>						
dulce de leche	500 gr	<b>san ignacio</b>	<b>sancor</b>	<b>serenísima</b>	<b>Casanto</b>	
		36,9 0	36,9 9	40,9 9	<b>23,93</b>	
<b>Promedio</b>						<b>\$33,15</b>

**VALORES DE ALIMENTOS DE CARNICERIA Y VERDULERIA SEGÚN CADENAS DE  
SUPERMERCADO JUMBO .ARGENTINA . DIGITALIZADO AL 20-10-2016 .**

<https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx>

Carnes corte	C cantidad	alor \$	Vegetales	C cantidad	V alor \$	Fr utas	C cantidad	V alor \$
Cerdo	1 kilo	35	Acelga	1 kilo	40	per a	1 kilo	39 ,9

Bola de lomo	1 kilo	89	Batata	1 kilo	6,9	kiwi	1 kilo	70
Cuadril	1 kilo	34	Berenjena	1 kilo	6,0	Mandarina	1 kilo	18,9
Osobuco	1 kilo	3	Cebolla	1 kilo	9	Manzana	1 kilo	99,9
falda	1 kilo	04	Lechuga	1 kilo	5,0	Naranja	1 kilo	19,9
Tapa de asado	1 kilo	49	Papa	1 kilo	2,0	po melo	1 kilo	29,9
Roastbeef	1 kilo	34	Tomate	1 kilo	5,0	<b>Pr</b>	1 kilo	<b>\$4</b>
Pollo	1 kilo	8	Zanahoria	1 kilo	1,9,9	<b>FRUTAS</b>		<b>6,26</b>
Picada	1 kilo	0	zapallito	1 kilo	4,9			
Paleta	1 kilo	59	Zapallito largo	1 kilo	6,5			
<b>Promedio</b>	<b>1 kilo</b>	<b>130</b>	<b>Promedio</b>	<b>1 kilo</b>	<b>\$</b>			
<b>o CARNES</b>			<b>VEGETALES</b>		<b>37,98</b>			

**TABLA 6: DESCRIPCION DE ALIMENTOS Y PRECIOS, PRODUCTOS CARNICOS, FRUTAS Y VERDURAS.- AGOSTO 2017**

**SITUACION NUTRICIONAL EN CIUDAD DE MAR DEL PLATA.  
PARTIDO DE GENERAL PUEYRREDON**

Conforme lo señalado por el coordinador del ISEPCI, Rodrigo Blanco “en 17 barrios de Mar del Plata el 45% de los niños sufre malnutrición”. Dicha afirmación se basa en el primer relevamiento nutricional entre niños, niñas y adolescentes que concurren a los

más de veinte comedores y merenderos del Movimiento Social, en diecisiete barrios de las ciudades de Mar del Plata y Batán, realizado entre los meses de Septiembre/Octubre de 2016 por los Institutos ISEPCI (Instituto de Investigación Social, Económica y Política Ciudadana) e INNOBA (Investigación Para una Nueva Buenos Aires), junto a la organización Barrios de Pie.

En dicha oportunidad se pesaron y midieron 503 niños/as y adolescentes de 0 a 19 años, a partir de lo cual se construyeron tres indicadores antropométricos: peso/edad e Índice de Masa Corporal (IMC) y Talla/edad para niños y adolescentes de 0 a 19 años, arribándose a la conclusión que es notoria la preeminencia del sobrepeso y obesidad que se conjuga en muchos casos con la baja talla, para limitar preocupantemente la salud integral de estos niños/as en niños de 0 a 6 años; siendo alarmantes los índices de obesidad y sobrepeso de niños y niñas escolarizados dentro de la franja de 6 a 12 años.

Similares estadísticas reportó el segundo relevamiento anual, efectuado en idéntica fecha, entre niños y adolescentes que concurren a los comedores y merenderos del Movimiento Social, en 24 distritos del conurbano bonaerense. Una de las conclusiones a las que se arribó en el mismo es que la deficiencia en la alimentación demuestra la ausencia de consumo de carnes, frutas y un notorio exceso de harinas y grasas, cuestión que se ha agravado por los elevados aumentos de los precios de aquellos productos<sup>10</sup>, que han sido dejados de consumir por los sectores más comprometidos.

## CONCLUSION

*El Poder Judicial debe contar con herramientas y conocimientos técnicos a partir de la intervención de Nutricionistas* a fin de garantizar el Acceso y Derecho a una

---

<sup>10</sup> Según el relevamiento realizado cada treinta días en 320 comercios de 20 distritos del conurbano bonaerense, se observa claramente que el rubro de las carnes es el que lidera los aumentos con un 47% en la variación interanual. Esto explica la retracción del consumo de carnes y el crecimiento proporcional que se produjo en las ventas de pastas secas, incluido durante enero y febrero, cuando habitualmente en esos meses su consumo es menor. Siendo notorio el incremento de la CBA (canasta básica de alimentos). Ante ello es dable apreciar que tomando los tres productos por rubro que más aumentaron, y que están por encima del promedio general, se visibiliza que todos ellos son alimentos que contienen nutrientes básicos irremplazables.-

Alimentación saludable acorde a las particularidades de los justiciables, el beneficiario y el caso en particular. Ello a fin de evitar complicaciones metabólicas del individuo que afecten directamente su desarrollo normal con implicancias a nivel social.-

Garantizar e identificar según particularidades del caso el acceso Económico a los Alimentos de los justiciables y de los beneficiarios de los mismos asegura no solo cubrir las recomendaciones Nutricionales, sino brinda protección y asistencia integral al individuo, permitiéndole su desarrollo normal y tutela adecuada de su derecho a una alimentación saludable.-

Mar del Plata, 25 de Agosto de 2017.-

## **BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL Y PÁGINAS WEB CONSULTADAS**

ABAJO V. FIGUEROA E. “Derecho a la Alimentación“, Conclusiones del Grupo de Soberanía Alimentaria. Revista Daieta. Vol. 28.-

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI – MARIEL F. MOLINA DE JUAN (Directoras) “Alimentos”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2016.-

AURA RAQUEL PIAGGIO. ANDREA MONICA SOLANS, “Enfoques Socioculturales de la alimentación“, Editorial Akadia. 2014.-

CARLOS A BAUZA, OSCAR CELIZ, “Obesidad“, Editorial Corpus, 2007.-

EDUARDO FANZOLATO "Alimentos y Reparaciones en la Separación y el Divorcio", Edit. Depalma, Buenos Aires, 2003.-

<http://www.nutricionespecializada.com/html/alimentacion.html>

<https://www.isepci.org.ar/>

<https://www.jumbo.com.ar/Login/PreHome.aspx>

XXI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Mar del Plata,  
14 al 16 de septiembre de 2017. ISBN 978-987-544-779-0

LOMA – OSSORIO. E. “El derecho a la Alimentación, definición, avances y retos“. Centro de investigación para la paz. Boletín ECOS n4 .sept.-oct. 2008.-

MARIA ELENA TORRESANI, MARIA INES SOMOZA, Lineamientos para el cuidado Nutricional; Argentina; Editorial Eudeba, 2003.-

RICARDO LUIS LORENZETTI, “Código Civil y Comercial de la Nación”, T. IV, EDIT. RUBINZAL CULZONI P. 590.-

RODOTA-CASTRO. Nutrición Clínica y Dietoterapia. España Editorial Medica Panamericana 201.-

SYLVIA ESCOTTO - STRUMP. Nutrición, Diagnóstico y Tratamiento”. Barcelona España. Editorial WoltersKluwer 2011.-

