





LECCIONES  
Y  
ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decana  
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano  
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora  
Mary Beloff

Subdirector  
Sebastián Picasso

Secretaria  
Malvina Zacari



**CONSEJO DE REDACCIÓN  
PRIMER SEMESTRE 2015**

**Director**

Federico Maximiliano Mantiñan

**Secretaria de Redacción**

María de los Ángeles Ramallo

**Tutores**

Agostina Ghioldi

Francisco Sáez Zamora

**Redactores**

Milton Fellay

Adela Goberna

Ignacio Javier Lepro

**Colaboradores**

Alejandro Fernández

Patricio Enrique Kenny

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





2015
------

94
----

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

# LECCIONES Y ENSAYOS

## CONSEJO ASESOR

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

---

Algunos derechos reservados

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

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

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

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

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

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - UBA  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P  
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

## ÍNDICE

Editorial .....	15
-----------------	----

### *IN MEMORIAM* DE ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

ENRIQUE S. PETRACCHI (1935 -2014) .....	19
---	----

### LECCIONES

Barreyro, María Emilia, <i>Teoría consensual de la verdad y la rectitud. Introducción a los fundamentos teóricos de la concepción deliberativa de la democracia en Habermas ....</i>	25
--	----

Dulitzky, Ariel y Lagos, Catalina, <i>Jurisprudencia interamericana sobre desaparición forzada y mujeres: la tímida e inconsistente aparición de la perspectiva de género.....</i>	45
--	----

Lamas, Felipe y Scali, Lucas, <i>Una teoría para nada fuera de lo común. Teoría de roles: en las antípodas de la civilización del derecho penal .....</i>	95
---	----

Losardo, Martín Francisco, <i>Creación pretoriana de las acciones clase, la problemática de la objeción contramayoritaria al órgano judicial y los diferentes modos de superarla ante la mora del legislador .....</i>	107
--	-----

Valicenti, Ezequiel Andrés, <i>La libertad de expresión artística como derecho fundamental .....</i>	133
--	-----

## ENSAYOS

- GLADSTEIN, Facundo Nicolás, *El genocidio económico: los límites de la nueva economía social y comunitaria en el neoconstitucionalismo latinoamericano* ..... 167

## MISCELÁNEAS

- Martyniuk, Claudio, *Contra la renuncia escéptica a encontrar un sentido al mundo, la religión de Dworkin*..... 211

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Ambrosio Soto, Eduardo; Ferreyra, Antonela Elisabet; Frávega, María Sofía; Giovini, Luciana Paz; Massat, Julio César; Navarro, Melody; Parravicini, María Cecilia; Peralta, Elisabeth Antonia; Russo, Belén Lucilia; Totino Soto, Malena Kareen, *El falseamiento de la declaración jurada en el contrato de salud* ..... 257

## II CONCURSO DE ENSAYOS BREVES

- Baroffio, Juan Francisco y Laghezza, María Inés, *Principios de Derecho Laboral en las estancias de Juan Manuel de Rosas* ..... 273
- Brodsky, Jonathan Matías, *Los deberes personales de los cónyuges en el derecho argentino y una breve glosa del artículo 431 del “nuevo” Código Civil y Comercial de la Nación*..... 283
- Dalponte Roibás, Federico Nahuel, *Observaciones sobre la estrategia clásica para el combate del empleo no registrado en la Argentina* ..... 293
- Pszemiarower, Damián Jonatan, *Las inscripciones de nacimiento igualitarias* ..... 303

TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O. ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Ringa, Matías Manuel, <i>Un ensayo filosófico sobre las constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador</i> .....	315
--	-----

TRADUCCIÓN Y AFINES

Dworkin, Ronald, <i>Justicia para erizos</i> .....	349
Dworkin, Ronald, <i>Justice for hedgehogs to debate</i> .....	375
<i>¿Cómo publicar y participar en Lecciones y Ensayos?</i> .....	399



## EDITORIAL

Esta nueva edición de *Lecciones y Ensayos* se ha enmarcado en un contexto de grandes cambios, donde la realidad ha decidido modificar parámetros que considerábamos inamovibles. No solo hemos vivido profundas transformaciones en el Derecho, sino también hacia dentro de la Revista misma.

Por un lado, el “Nuevo” Código Civil y Comercial de la Nación –vigente al día de hoy– y el “Nuevo” Código Procesal Penal de la Nación –que entrará en vigor el año próximo–, son prueba de los nuevos retos que el Derecho ha tenido que asumir en este corto tiempo. En este sentido, se ha decidido regular sobre las técnicas de reproducción humana asistida, donde el consentimiento previo, informado y libre toma un rol preponderante, y desde el ámbito procesal penal, se incorpora la instrucción fiscal obligatoria a la vez que se le otorga a la víctima una mayor participación a lo largo del proceso, entre tantos otros cambios.

Por otro lado, en la Revista, han partido antiguos miembros, por haber terminado sus estudios, y han llegado otros y otras, con nuevas ideas y opiniones, que han fortalecido las bases de nuestro trabajo editorial. Desde el Consejo de Redacción hemos encontrado esta situación desafiante y estimulante, pues ha sido una gran oportunidad para que nuestra Revista se nutra de diversas visiones.

Finalmente, no queda más que agregar el paralelismo que existe entre el Derecho y esta publicación. La capacidad de transformación y el dinamismo son dos características que representan tanto a uno como a otro. Desde *Lecciones y Ensayos* nos comprometemos a aportar un espacio que sirva para el debate e intercambio de ideas, fundamental para el entendimiento de los nuevos procesos de los que esta comunidad es parte.

CONSEJO DE REDACCIÓN





## ***IN MEMORIAM DE ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI***

El Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* recuerda al doctor Enrique Santiago Petracchi, quien como estudiante de grado formó parte de la Revista.



## ENRIQUE S. PETRACCHI (1935 -2014)

Son muchos los rasgos elogiados de la personalidad de Enrique Petracchi, lo que explica la tristeza y el impacto que produjo su muerte en el ámbito jurídico. Los datos cronológicos y la simple acumulación de hechos biográficos no harían justicia –entonces– a su inalterable memoria. En este aspecto, pues, creo que debo ser breve.

Petracchi nació en el año 1935 y se recibió de bachiller en el Colegio Nacional de Buenos Aires y de abogado en la Universidad de Buenos Aires. Obtuvo el diploma de honor en la carrera de Derecho y su excelente promedio motivó que fuera director de *Lecciones y Ensayos*. Estudió derecho comparado en Tulane University, curso que ambos compartimos. Luego, en la Facultad de Derecho fue primero profesor adjunto y luego profesor titular de Introducción al Derecho.

En el ámbito judicial fue secretario privado del presidente de la Corte Suprema, secretario de la Justicia Federal y de la Procuración General de la Nación, así como fiscal de la Cámara Federal. Luego de un breve intervalo de ejercicio profesional, el presidente Alfonsín lo designó juez de la Corte Suprema de Justicia en el año 1983, y Petracchi integró el tribunal hasta su muerte, en el año 2014, llegando a ser presidente de este.

Es como juez de la Corte Suprema –la primera Corte de la democracia– que quiero recordarlo aquí, y pienso que es lo que él desearía que hiciéramos. Petracchi fue el gran juez liberal de la Corte, tribunal en el que tuvo la fortuna de tener como colegas a otros dos grandes talentos jurídicos liberales, Genaro Carrió y Jorge Bacqué. Los votos en los que Petracchi mostró –y defendió– los principios liberales son legión, pero pienso que hay dos que son especialmente ilustrativos y voy a confinarme a ellos, puesto que tratan dos temas que enlazan directamente con el pensamiento del más grande escritor liberal, John Stuart Mill.

El primero es el caso *Sejean*, que se refiere a la indisolubilidad del matrimonio civil. Es difícil hoy, en momentos en que el Código Civil acaba de incorporar el divorcio por decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges, colocarnos en la situación social que regía en los años 80, en la que se destacaba una feroz resistencia religiosa a la sanción de una ley

de divorcio. El Parlamento, siempre sensible a tratar aquellos temas que pudieran implicar una disminución del caudal de sus votos, demoraba el tratamiento de la cuestión. Es con el trasfondo de este panorama desalentador que Sejean recurrió a los tribunales, invocando la inconstitucionalidad de la prohibición de contraer un nuevo matrimonio, e hizo historia, porque la Corte le dio la razón.

Al votar en el caso *Sejean*, Petracchi expuso con vigor y claridad los principios liberales sobre el tema. En primer lugar, su voto enfatiza que la Constitución se encuentra destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría, aun cuando esta actuase siguiendo lo que para ella es el interés general o común. Esta era una de las preocupaciones centrales de Mill. Él pensaba que el foco de la protección de los ciudadanos debía variar en la segunda mitad del siglo XIX: antes, la amenaza estaba constituida por el Estado, mientras que la preocupación debía centrarse ahora, no en la tiranía del gobierno, sino en la tiranía de la opinión pública. Petracchi nos recuerda que la Constitución nos protege respecto de esta tiranía moderna.

Asimismo, su voto enfatiza el resguardo de la autonomía de conciencia y de la libertad individual, consideradas como fundantes de la libertad constitucional. El respeto y, en rigor, la maximización de la autonomía individual, constituye el centro del credo liberal milliano, y ello requiere –como se dice en *Sejean*– el respeto de la libertad de conciencia, de donde las normas religiosas solo deben ser seguidas fuera de toda compulsión.

En su afán liberal de proteger a los derechos, Petracchi advirtió que si el matrimonio era indisoluble, el derecho a casarse se agotaba en su ejercicio, pues solo podía ejercerse una vez, lo cual no ocurría con ninguno de los otros derechos. Y, por eso mismo, se preguntó cómo podía sostenerse que ese derecho no hubiera sido alterado por excepciones reglamentarias, puesto que se lo había transformado en una excepción absoluta dentro del orden constitucional, sustrayéndoselo del sistema de libertades individuales reconocidas a los habitantes del suelo argentino.

Otra de las tesis dominantes del liberalismo, la laicidad del Estado, es recogida en el voto cuando se recuerda la protección constitucional de la libertad de conciencia y de profesar libremente el culto. Petracchi concluye señalando que los descalabros matrimoniales no pueden prohibirse por vía legal.

He seleccionado deliberadamente el caso *Sejean* para mostrar el carácter liberal de los votos de Petracchi, porque el tema de la indisolubilidad

del matrimonio era una de las grandes inquietudes de Mill. Él pensaba que había dos contratos que el Estado liberal debía prohibir: venderse como esclavo y contraer un matrimonio indisoluble. La esclavitud fue tempranamente abolida en la Argentina, por lo cual Mill no se hubiera inquietado por nosotros en ese aspecto; Petracchi en *Sejean* contribuyó a eliminar la segunda preocupación milliana.

Es fácil adivinar cuál es el segundo voto que deseo tomar como ejemplo del liberalismo de Petracchi: es el caso *Bazterrica*, vinculado con la tenencia de estupefacientes. Creo que la decisión en *Bazterrica* se convirtió en una bisagra histórica, que separó la época de la Corte Suprema del gobierno militar de la época de la Corte Suprema de la democracia. Lo dijo el propio Petracchi en su voto, el cual resultó decisivo para esta tarea: se tomó conciencia de que el país atravesaba una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativa, se intentaba reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar las formas republicanas y democráticas de convivencia.

El centro de la discusión en *Bazterrica*, desde luego, se centró en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional. En su versión liberal el artículo se lee como equivalente al principio del daño enunciado por Mill en *On Liberty*, esto es, como sosteniendo que el único fundamento para el castigo lo constituye el daño causado a un tercero sin su consentimiento.

Pero es bien sabido que el artículo 19 es susceptible de más de una lectura y el responsable de ello es el convencional Ferré, quien incluyó en él la referencia a la moral pública. El artículo abandonó las impecables tradiciones liberales que aparecían en documentos anteriores y se convirtió en un elemento más de la transacción entre el grupo liberal y el grupo conservador de la asamblea constituyente argentina. La Corte Suprema del gobierno militar lo interpretó conservadoramente, como volvería luego a hacerlo la Corte menemista, pero la Corte de la democracia rescató sus fundamentos liberales.

Así, Petracchi lo consideró en su voto como una cláusula decisiva para la existencia de una sociedad libre, y entendió que incluye entre las acciones privadas aquello atinente a la salud e integridad física y psicológica de las personas. La garantía del artículo 19 –dijo Petracchi– establece una esfera privada de acción de los hombres, en la no puede entrometerse ni el Estado, ni ninguna de las formas en las que los particulares se organi-

zan como factores de poder. De esta manera, el artículo consagra el deber del Estado de garantizar, y –por esta vía– de promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo un igual derecho de los demás. El voto traduce, entonces, la misma preocupación por proteger los planes de vida que constituyó el objetivo central de la obra clásica de Mill.

Como hubiera dicho Mill, Petracchi señaló que incluso si se considerara que el consumo de estupefacientes no satisfacía los mínimos criterios éticos de nuestra comunidad, no se seguía de ello que el Estado estuviera en condiciones de prohibir tal conducta, con prescindencia de los peligros y daños efectivos que ella produjera. El ejemplo que Mill emplea no es el del consumo de estupefacientes, sino el de la leyes victorianas que reprimían el consumo de alcohol, pero es obvio que la estructura de la preocupación era la misma y que los argumentos de un caso de aplican exactamente en el otro.

Acorde con la mejor doctrina liberal, Petracchi dijo que el ordenamiento jurídico impone un ámbito de exclusión respecto de las conductas y creencias de las personas que no ofendan a los demás, ni se materialicen en un daño. Explícitamente sostuvo que la disposición del artículo 19 traduce el espíritu liberal de nuestro orden jurídico, el cual la legislación penal ha respetado en otros casos, tales como la represión de la homosexualidad, la tentativa de suicidio y el incesto. (Aunque lamentablemente, agregó yo, no lo haga en el caso de la eutanasia). Todos los habitantes de nuestro país, sostuvo Petracchi, deben sentirse en condiciones de disfrutar de un marco de libre decisión para proyectar su destino y programar su vida, con el límite de no producir daños a los otros conculcando su idéntico derecho. Mill no podría haberlo dicho mejor.

*Bazterrica* fue dejado de lado por la Corte menemista, pero volvió a la vida con la composición actual del tribunal, lo cual sin duda debe haber sido una fuente de gran satisfacción para Petracchi.

La larga historia de la Corte Suprema ha visto pasar por ella jueces de todo tipo, liberales y conservadores, independientes y obsecuentes, talentosos e ignorantes, trabajadores y haraganes, honestos y corruptos. Me ha interesado aquí el aspecto liberal de Petracchi, pero no puedo dejar de agregar que fue además un juez independiente, talentoso, trabajador y honesto. Lo despedimos con tristeza y lo recordaremos con admiración.

## LECCIONES





## **TEORÍA CONSENSUAL DE LA VERDAD Y LA RECTITUD. INTRODUCCIÓN A LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA CONCEPCIÓN DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA EN HABERMAS\***

MARÍA EMILIA BARREYRO\*\*

**Resumen:** El presente trabajo ha tenido por objetivo delinear y esclarecer parte del trasfondo teórico sobre el cual se sostiene la concepción de la democracia de Habermas, a saber, la teoría consensual de la verdad y la rectitud. Se trata de un trabajo pensado especialmente como material didáctico y de reflexión para todo estudiante de Derecho que, interesado en la teoría de la democracia, desee profundizar en los fundamentos de la teoría discursiva de la democracia deliberativa. El trabajo se estructura en tres partes: una primera parte que brinda una delimitación conceptual e histórica de la 'teoría de la democracia deliberativa' de la que Habermas es uno de los principales exponentes, y en cuyo marco será situado (I); luego una segunda parte donde se intenta esclarecer su teoría consensual de la verdad y la rectitud tomando como base fundamental su artículo "Teorías de la Verdad" de 1972, y la idea de la situación ideal de habla (II), para mostrar, finalmente, por qué ella constituye uno de los núcleos filosóficos básicos para comprender el papel legitimatorio de la formación pública, democrática y deliberativa de la opinión y voluntad políticas (III).

**Palabras clave:** rectitud normativa – discurso – consenso – democracia deliberativa – habermas.

**Summary:** The aim of this work has been to clarify part of the theoretical background of Habermas' conception of democracy, namely, his consensual theory of

\* Recepción del original: 24/4/2015. Aceptación: 28/6/2015.

\*\* Abogada (2006). Doctora en Derecho Político en la Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Becaria doctoral de CONICET. Docente de la materia Teoría del Estado de la misma Universidad de 2006 a actualidad.

truth and rightness. This work has been specially thought both as a teaching aid and a reflection resource for law students who, interested in theory of democracy, want to delve into the foundations of the discursive theory of deliberative democracy. It's structured in three sections: the first one gives a conceptual and historical demarcation of the 'theory of the deliberative democracy' (I); second section attempts to elucidate Habermas' consensual theory of truth and rightness, taking his article 'Truth Theories' (1972) and the idea of an 'ideal speech situation' (II). That, in order to finally show why it is one of the basic philosophical cores to understand the legitimating role of the public, democratic and deliberative formation of the opinion and political will (III).

**Keywords:** normative rightness – discourse – consensus – deliberative democracy – habermas.

## I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que es Jürgen Habermas el responsable de haber revivido la idea de deliberación en nuestro tiempo y de haberle dado una fundamentación más minuciosamente democrática; en efecto, si la deliberación está ahora 'felizmente casada' con la democracia, es él quien merece gran parte del crédito por haber armado la pareja.<sup>1</sup> Siendo el objetivo de este trabajo esclarecer los fundamentos teóricos de la concepción de Habermas de su Teoría de la Democracia Deliberativa, intentaré mostrar el papel nodal que juega en ella su concepción consensual o discursiva de la Verdad y la Rectitud, y el núcleo duro de dicha teoría, a saber, la situación ideal de habla. Esto, en el entendimiento de que solo el ideal democrático deliberativo se aproxima efectivamente a los presupuestos de la situación ideal de habla, tanto respecto a los postulados de simetría como de reciprocidad. Para ello, primero delimitaremos histórica y conceptualmente

1. Gutmann y Thompson muestran, efectivamente, que en la temprana modernidad, la deliberación era pensada explícitamente en contraste con la democracia, refiriendo a la discusión dentro de grupos pequeños y exclusivos de líderes políticos; en el siglo XVIII, la deliberación fue parte de una defensa de la representación política que marcadamente resistía apelar a la opinión popular. Las declaraciones de Edmund Burke sobre el Parlamento como asamblea deliberativa es hoy vista como una defensa de la representación más aristocrática que democrática. Es en la obra de Habermas donde la deliberación está más firmemente fundada en la idea de soberanía popular; cf. Gutmann, A. y Thompson, D., *Why deliberative democracy?*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2004, pp. 8-9.

la teoría de la democracia deliberativa (I), luego abordaremos el artículo de Habermas de 1972 Teorías de la Verdad (II) y, finalmente, daremos algunas consideraciones finales acerca de por qué su teoría consensual de la verdad es la base en la que en parte se sostiene su concepción deliberativa de la democracia.

## II.

Tomemos provisoriamente un concepto de democracia deliberativa, el que luego iremos enriqueciendo con algunos matices: *la democracia deliberativa, definida en términos generales, es cualquiera de la familia de miradas según las cuales la deliberación de ciudadanos libres e iguales es el núcleo de la formación de decisiones políticas legítimas y del auto-gobierno.*<sup>2</sup> Como podrá advertir el lector, esta 'familia de miradas' no se agota en la descripción y/o explicación de la democracia sino que comprende esencialmente miradas normativas de ella. Al afirmar que la 'legitimidad' de la formación de las decisiones políticas estriba en un determinado procedimiento, a saber, la deliberación entre ciudadanos libres e iguales, señalan cómo *debe ser* llevada a cabo esa formación de decisiones.

De esta familia de miradas es posible rastrear antecedentes mucho antes de la década de 1980, como en Arendt, Rousseau o incluso en Aristóteles,<sup>3</sup> Habermas los sitúa en Dewey y J.S. Mill quienes después de Kant, fueron quienes sobre todo analizaron el principio de publicidad y el papel que para el control del Parlamento había de desempeñar una opinión pública informada.<sup>4</sup> Sin embargo, como 'teoría', suele admitirse que surge en sus distintas vertientes en la década de 1980 y toma una forma más acabada en la década siguiente. Es el conjunto de estas vertientes que nacen y toman forma en las últimas dos décadas del s. XX lo que se entiende bajo el nombre '*Teoría de la Democracia Deliberativa*'. Esta, según Bohman, ha alcanzado, en tanto *teoría* –y no simplemente como ideal de legitimidad–, su mayoría de edad en la década de 1990 tras abordar tres núcleos

2. Cfr. BOHMAN, J., "The Coming of Age of Deliberative Democracy", en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n° 4, Malden, Blackwell Publishers, 1998, p. 401.

3. *Ibíd.*, p. 400.

4. Cfr. HABERMAS, J., *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 6° edición, 2010, p. 239.

problemáticos: problemas de justificación, de institucionalización y obstáculos empíricos; y ello, mediante tres movimientos: enfatizando el proceso de deliberación mismo antes que sus condiciones y procedimientos ideales y contra-fácticos; incrementando su interés en los problemas de institucionalización (de hacer de las instituciones tales como el sufragio y la regla de la mayoría, la representación, las cortes y la ley constitucional más deliberativas antes que rechazarlas por democracia más directa); finalmente, examinando y comparando los diferentes escenarios y procedimientos de deliberación, mostrando los problemas empíricos y los obstáculos que no siempre pueden ser anticipados por la sola argumentación conceptual.<sup>5</sup>

Hecha esta breve delimitación de tipo histórica, cabe ahora una de tipo conceptual. Siguiendo a A. Gutmann y D. Thompson, mencionaremos primero cuatro rasgos generales. El primero es la exigencia de que los ciudadanos y sus representantes '*den razones*', pero no de cualquier clase, sino razones que apelen a principios que aquellos individuos que estén tratando de encontrar términos justos de cooperación no puedan razonablemente rechazar. Las bases morales de esta exigencia son comunes con muchas concepciones de la democracia, ya que supone que las personas no deben ser tratadas como meros objetos de legislación, como sujetos pasivos a gobernar, sino como agentes autónomos que toman parte en el gobierno de su propia sociedad. Así, el '*dar razones*' no se trata solo de un medio para producir una decisión justificada sino para expresar el valor del respeto mutuo. Un segundo rasgo necesario de una democracia deliberativa es que las '*razones*' que se dan deben ser *públicas* en un doble sentido; por un lado, tales '*razones*' deben tener lugar en un lugar público y no meramente en la privacidad de la una mente individual, y por otro lado, ellas deben ser comprensibles en su contenido esencial por aquellos a quienes van dirigidas, y en este sentido no serían aceptables aquellas que apelaran solo a la autoridad de la revelación, por ejemplo. Tercero, el objetivo del proceso deliberativo es producir una decisión que sea *vinculante* por algún periodo de tiempo, es decir, no se trata de un show o de un seminario académico, los participantes no discuten por mor del argumento. Esto lleva a un cuarto rasgo y es su carácter *dinámico*, mantiene abierta la posibilidad de continuar el diálogo: aun cuando la decisión deba ser sostenida por algún tiempo, es provisional en el sentido que debe estar abierta a ser desechada en algún

5. Cfr. BOHMAN, J., *op. cit.*, 1998, pp. 400-425.

momento en el futuro. Esto se debe a que, tanto el proceso de formación de la decisión como el entendimiento humano son imperfectos, como así también a que, en política, la mayoría de las decisiones no son por consenso, entonces, aquellos ciudadanos y representantes que no acordaron con la decisión original la aceptarán más probablemente si creen tener una oportunidad de revertirla o modificarla en el futuro. Este carácter dinámico se debe regir, sin embargo, por la observancia del principio de *economía* del desacuerdo moral: los ciudadanos y sus representantes deberían tratar de encontrar justificaciones que minimicen sus diferencias con sus oponentes.<sup>6</sup> De este modo, recogiendo estos rasgos –rasgos, que en principio serían aceptados por gran parte de las miradas deliberativistas de la democracia– Gutmann y Thompson definen la democracia deliberativa del siguiente modo: *forma de gobierno en la cual ciudadanos libres e iguales (y sus representantes) justifican las decisiones en un proceso en el que se dan razones, unos a otros, que son mutuamente aceptables y generalmente accesibles, con el objetivo de arribar a conclusiones que sean vinculantes en el presente para todos los ciudadanos pero abiertas a ser cuestionadas en el futuro.*<sup>7</sup>

Tras esta segunda definición, nos encontramos con una característica que conviene no pasar por alto: la mención en la definición de los ‘representantes de los ciudadanos’. Es inexacta –sino errónea– la idea generalizada de que la concepción deliberativa de la democracia apuesta necesariamente por formas directas de democracia en oposición a la forma representativa. En efecto, varios proponentes de la democracia deliberativa se han desplazado de concepciones participativas de la ciudadanía y del bien común hacia las mismas instituciones que originalmente habían rechazado como lugares inadmisibles para el razonamiento público.<sup>8</sup> Así, si bien algunos teóricos deliberativistas apuestan por formas de democracia directa, y otros aceptan las instituciones de representación política como un mal menor, también los habrá quienes admitan positivamente estas últimas por ser la mejor forma de realizar la democracia deliberativa.<sup>9</sup> Por

6. Véase un desarrollo de estos cuatro rasgos en Gutmann, A. y Thompson, D., *op. cit.*, 2004, pp. 3-7.

7. *Ibíd.*, p. 7.

8. Cfr. BOHMAN, J., *op. cit.*, 1998, p. 400.

9. PÉREZ ZAFRILLA ha distinguido tres grupos según su posición frente a la representación política: un primer grupo que defiende la participación directa de los ciudadanos en la

lo tanto, es también un rasgo mayoritario de esta 'familia de miradas' que la apuesta deliberativa refiera a prácticas deliberativas tanto de la sociedad civil como dentro del Estado, siendo minoritario el grupo de autores que apuesta por formas directas de democracia, es decir, por prácticas deliberativas únicamente de la sociedad civil. En efecto, la posición de Habermas respecto del rol legitimante de la praxis deliberativa corta transversalmente tanto al Estado como a la sociedad civil sin abandonar la distinción entre ambos.

Esto nos lleva a destacar un último rasgo: esta 'familia de miradas' suele coincidir en que la democracia deliberativa conlleva un *valor epistémico*, esto quiere decir que las opiniones y decisiones a las que se arriba por deliberación democrática se aproximan más al criterio de justicia que las no deliberativas, siendo sus resultados más justos y más racionales que aquellos que resultan de un proceso de mera agregación de votos. Este rasgo supone una posición meta-ética afín a algún tipo de cognitivismo ético en oposición a las concepciones *antagonistas* o *agregativas* de la democracia que por lo general asumen una postura escéptica o relativista.<sup>10</sup>

---

gestión de los asuntos públicos, aquí estarían Barber y autores defensores del 'Gobierno Participativo empoderado' como Archon Fung, E.O. Wright, G. Baiocchi, D. Crocker; un segundo grupo que cree conveniente un sistema representativo, pero solo como un mal menor, ante la imposibilidad material de que todos los ciudadanos puedan participar directamente (para este grupo lo ideal sería una participación directa, pero las condiciones de nuestras sociedades a gran escala lo impiden, de allí la inevitabilidad de la representación), en este segundo grupo estaría C.S. Nino; finalmente, un tercer grupo que decididamente apuesta por el sistema representativo como la forma de gobierno que mejor realiza la democracia deliberativa, este grupo –el más numeroso– estaría compuesto por Habermas, Fishkin, Gutmann y Thompson, Christiano, Drysez, Cohen, Rawls (cfr. Pérez Zafrilla, P., *Democracia Deliberativa. Razón Pública y Razones no Públicas desde la Perspectiva de John Rawls* (Tesis doctoral), Valencia, Departament de Filosofia del Dret Moral i Polític, Ed. Universitat de València Servei de Publicacions c/ Arts Gràfiques, 2009, p. 55).

10. Este modelo de democracia, se opone así al modelo antagonista o agregativo según el cual, siguiendo aquí la caracterización que de él hace C.S. Nino, el procedimiento democrático toma los intereses y preferencias de la gente como *dados* y asume que esta actúa sobre la base de tales preferencias, generando una dinámica de acción colectiva que produce resultados moralmente aceptables sin intentar modificar las preferencias e intereses de la gente en una dirección moralmente virtuosa. Por lo general, el modelo agregativo parte de una mirada pesimista de la naturaleza humana y de la posibilidad de cambiar las inclinaciones auto-interesadas de las personas. Asimismo, esta mirada incluye una concepción de las facciones como auto-interesadas y amenazantes de los derechos individuales, pero atemperadas por la creencia de que la democracia podría neutralizar, sin disolver, el poder

Veremos en el apartado II dónde está enraizada esta suerte de cognitivismo normativo en el caso de la *teoría del discurso* de Habermas.

En relación con este último rasgo cabe mencionar que aun cuando haya distintas vertientes sobre dónde reside tal *valor epistémico* –para algunas residirá mayormente en la participación ciudadana mientras para otras ese valor será proporcional a la calidad de la deliberación–; todas ellas convergen en la *preocupación* por las condiciones adecuadas de debate y toma de decisiones. En términos generales, para aquellos según quienes el valor epistémico se incrementa a mayor número de ciudadanos, apostarán por una participación directa de los ciudadanos en la política. En cambio, para aquellos que piensen que el valor epistémico descansa en el proceso deliberativo, defenderán un sistema representativo, en el entendimiento de que la única manera de deliberar en condiciones adecuadas es sacrificar la participación de todos. Ahora bien, toda idea de la democracia deliberativa, sea que ponga el acento en la participación, sea que lo ponga en la deliberación, abogará para que el proceso de deliberación y toma de decisiones se desarrolle bajo ciertas condiciones mínimas de simetría y ausencia de coacción.

La concepción de la democracia de Habermas tiene la especificidad de proponerse como superadora de las concepciones que de ella tienen el liberalismo y la republicanismo, concepciones estas últimas en las que está presupuesta una visión de la sociedad centrada en el Estado, sea como guardián de una sociedad de mercado o sea la institucionalización autoconsciente de una comunidad ética. Esta es la principal característica que distingue la concepción de Habermas de otras concepciones de la demo-

---

de aquéllas a través de una serie de mecanismos que crean resultados respetuosos de tales derechos. Frecuentemente, quienes tienen esta mirada, asumen una postura meta-ética escéptica o relativista que duda de la existencia de razones objetivas para descalificar las preferencias de la gente como inmorales, argumentando que la pretensión de haber encontrado aquellas razones objetivas conduce a empresas o intervenciones políticas autoritarias en la vida privada de la gente. Para ellos la virtud del procedimiento democrático es que nadie puede descalificar las preferencias de otros participantes como inmorales y que el sistema busca acomodar las preferencias de cada uno sin juzgar su contenido moral (Cfr. Nino, C., *The Constitution of deliberative democracy*, New Haven & London, Yale University Press, 1996, p. 68. Asimismo, todo intento por modificar las preferencias individuales cae bajo la sospecha de ser una posición paternalista que debe ser rechazada. Para una caracterización más extensa de este modelo de democracia y de las críticas que se le lanzan desde la Teoría de la democracia deliberativa, véase Gutmann, A. y Thompson, D., *op. cit.*, 2004, pp. 13-21.

cracia y de la democracia deliberativa específicamente. El concepto de democracia en términos de teoría del discurso, ya no requiere operar con una noción de un todo social centrado en el Estado, aunque tampoco prescinde de él. La soberanía popular procedimentada y un sistema político atados a la red periférica de la esfera pública política va mano a mano con la imagen de una sociedad descentrada. La teoría del discurso hace depender el éxito de la política deliberativa no de una ciudadanía colectivamente activa sino en la institucionalización de los correspondientes procedimientos y condiciones de comunicación. Por su parte, la teoría del discurso funciona en el nivel superior de intersubjetividad de los procesos de comunicación que fluyen tanto en los cuerpos parlamentarios como en las redes informales de la esfera pública: dentro y fuera del complejo parlamentario, estas formas des-subjetivadas de comunicación constituyen las arenas en las que una opinión y formación de la voluntad en mayor o menor medida racionales pueden tener lugar.<sup>11</sup> De este modo, la formación pública de la opinión genera 'influencia', la 'influencia' es traducida en 'poder comunicativo' a través de los canales de elección política y el poder comunicativo es nuevamente transformado en 'poder administrativo' a través de la legislación.

### III.

Delineados los rasgos generales del cuerpo teórico de la democracia deliberativa, intentaré dar cuenta de uno de los núcleos teóricos en los que se apoya el papel legitimatorio de la formación pública y deliberativa de la opinión y voluntad políticas, a saber su teoría consensual de la verdad y la rectitud.

En *Theorien der Wahrheit*<sup>12</sup> de 1972, Habermas discute otras teorías de la verdad distintas de la suya, e intenta dar respuesta a las aporías que generaba la concepción *consensual* de la verdad, concepción que, con algunas especificidades, él defiende. Debemos especificar el sentido de *con-*

11. Véase HABERMAS, J., "Three Normative Models of Democracy", en Benhabib, S. (ed.), *Contesting the Boundaries of the Political*, New Jersey, Princeton University Press, 1996, p. 28.

12. Este trabajo fue publicado originalmente en 1972. Hay una versión castellana del texto, en ella aparece este artículo compilado junto a otros ensayos del autor: *Teorías de la Verdad* en HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y Estudios Previos*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 113-160.



*sensual* y de *verdad* aquí utilizados. Respecto al término 'consensual' el propio Habermas ha admitido que para evitar confusiones –ya que no se trata de un consenso contingente sino de uno racionalmente fundado– podría seguirse la sugerencia de A. Beckermann y hablar de 'teoría *discursiva* de la verdad'.<sup>13</sup> De las tres pretensiones co-originarias de validez de los actos de habla, a saber, *verdad*, *rectitud* y *veracidad*<sup>14</sup> y sus respectivas esferas, la *teoría consensual de la verdad* se referirá únicamente a las dos primeras y excluirá la tercera. El criterio para hacerlo consiste en si los actos de habla que les son propios a cada una de estas esferas son o no susceptibles de *desempeño discursivo*, esto es, de búsqueda cooperativa de la verdad.<sup>15</sup> Aquella tercera esfera refería a cuestiones no susceptibles de desempeño discursivo puesto que refería a un tipo de validez meramente subjetivo, sin pretensión intersubjetiva de validez. En este orden de ideas, la teoría de la verdad será omnicomprensiva de la *verdad constativa* y de la *verdad moral o rectitud* –aunque sea más preciso hablar simplemente de rectitud–; el fundamento para extender la *teoría de la verdad* a la segunda esfera radica en que *no solo con las afirmaciones sino también con las normas asociamos pretensiones de validez que pueden resolverse o desempeñarse en un discurso*.<sup>16</sup> Así, la teoría de la verdad referirá no solo a la verdad de los enunciados sino a la rectitud de los preceptos y valoraciones,

13. *Ibid.*, p. 139, nota al pie 33.

14. Habermas también coloca entre las pretensiones de validez a una cuarta, la 'inteligibilidad', pero luego termina ubicándola entre las condiciones de la comunicación y no entre aquéllas, que no son 'condición de' la comunicación sino que se entablan 'en' la comunicación.

15. La razón de esta exclusión de los actos de habla que pretenden *veracidad* de aquellos que sí pueden ser resueltos discursivamente radicaba en que ni los interrogatorios ni los diálogos psicoanalíticos entre médico y paciente pueden entenderse como búsqueda cooperativa de la verdad –puesto que no están jamás presupuestos en este tipo de diálogo los ideales de simetría y reciprocidad– (cfr. Habermas, J., *op. cit.*, 1997, pp. 122-3). No obstante, este es un punto controvertido, Habermas afirmará más tarde que sí es posible la fundamentación de enunciados expresivos: del mismo modo que la fundamentación de enunciados descriptivos significa la demostración de la existencia de estados de cosas; la fundamentación de enunciados normativos, la demostración de la aceptabilidad de acciones o de normas de acción; la fundamentación de los enunciados expresivos, implica mostrar la transparencia de las auto-presentaciones –aunque en rigor de verdad, no puede mostrarse la autenticidad por medio de razones sino delatarse la falta de ella ante su inconsistencia, tal es el trabajo de la crítica terapéutica– (véase Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1999, pp. 65-66).

aunque en este último caso es más preciso hablar de la 'teoría consensual de la rectitud'.

Cada una de las tres esferas, con sus respectivas *pretensiones de validez* trata *cuestiones* que les son propias con distintas *estructuras* de la racionalidad. Así, la pretensión de *verdad* tiene su esfera de validez propia, en la que los problemas son tratados bajo la estructura de la *racionalidad cognoscitiva-instrumental*; la pretensión de *rectitud* se erige en su propia esfera de validez, la de la rectitud normativa, bajo la estructura de la *racionalidad moral-práctica* y, finalmente, la pretensión de veracidad o *autenticidad y belleza*, bajo una *racionalidad estética-expresiva*. Esferas que en la modernidad, como característica específica de ella, darán lugar a la institucionalización del saber sobre las cuestiones que les son propias, a saber, el discurso científico, la moralidad y la jurisprudencia, y la producción y la crítica de arte.<sup>17</sup>

Decíamos que para distinguir las esferas de validez a las que puede referirse una teoría de la verdad el criterio era si eran o no susceptibles de *desempeño discursivo*. Debemos esclarecer este giro. Para Habermas, no toda forma de comunicación es *discursiva*, el discurso es una forma de acción comunicativa muy específica: hay formas de comunicación cotidianas y hay formas discursivas de comunicación. Como señala McCarthy, esta distinción que hace Habermas estriba en aquella otra que en el pensamiento occidental ha jugado un rol central, y que de diversos modos ha distinguido entre la actitud de la vida diaria (*doxa*, opinión, sentido común, lo irreflexivo, lo acrítico, la postura natural) y la actitud teórica (*episteme*, conocimiento, ciencia, reflexión, crítica, punto de vista fenomenológico); en efecto, para Habermas, el *discurso* representa una cierta ruptura con el contexto normal de interacción al estar la validez de los actos de habla considerada como hipotética y explícitamente tematizada.<sup>18</sup> El *discurso* sería una forma de comunicación peculiarmente 'irreal' en la que los participantes se sujetan a la *coacción sin coacciones del mejor argumento* en pos de un acuerdo sobre la validez o invalidez de cuestiones problemáticas, acuerdo que no es considerado como meramente válido 'para nosotros' —como participantes actuales del discurso— sino para todo sujeto racional —en tan-

17. Cfr. HABERMAS, J., "La modernidad, un proyecto incompleto", en AA.VV., *La posmodernidad*, 7ª edición, Barcelona, Editor FOSTER H., 7ª edición, 2008, p. 19.

18. Véase MCCARTHY, T., *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, Cambridge MA, Massachusetts y Londres, MIT Press, 1985, p. 291.

to participantes potenciales de aquél— y por ello representa un ‘consenso racional’.<sup>19</sup> Así, el objetivo de todo discurso, de toda forma discursiva de comunicación es obtener convicciones intersubjetivas basadas en mejores argumentos mediante una búsqueda cooperativa de la verdad.

Veamos algunos ejemplos:<sup>20</sup>

- [1] La epidemia se debió a una infección de origen bacteriano transmitida de guardería en guardería por el material del servicio de alimentación.
- [2] Debe usted hacer más esfuerzos por reclutar ejecutivos que sean mujeres.
- [3] Debo confesarte que estoy preocupado por lo mal que se encuentra mi colega desde que salió del hospital.

Las pretensiones de validez de cada uno de estos enunciados —en rigor, reconocibles a partir del contexto en que son emitidas— se corresponden con las tres esferas mencionadas. Para Habermas solo la validez pretendida en las dos primeras es susceptible de *crítica* en sentido estricto, esto es, susceptibles de una fundamentación o argumentación. El enunciado [1] puede ser puesto en cuestión mediante un discurso sobre los supuestos teóricos subyacentes, relativos a enfermedades infecciosas. El enunciado [2] puede ponerse en cuestión demostrando la inaceptabilidad de la acción o norma de acción a que refiere. Pero a diferencia de aquellos dos casos, el enunciado [3] no podrá desempeñarse directamente con razones, aun cuando se pueda criticar la veracidad en razón de la inconsistencia del hablante, ese hablante —puesta en cuestión su veracidad— solo podrá demostrar que piensa realmente lo que dice actuando en consecuencia.<sup>21</sup> Solo tiene sentido en los casos [1] y [2], cuando las pretensiones de validez de verdad y rectitud, respectivamente, se hayan puesto en tela de juicio, volviéndose problemáticas, hablar de ‘discursos’ o de *desempeñabilidad discursiva*, o lo que es lo mismo, decir que el desacuerdo sobre su validez, sea verdad o rectitud, se pueda resolver mediante una argumentación en la que los participantes se vean forzados a suponer que *en principio* podría

19. *Ibíd.* p. 292.

20. Estos ejemplos son algunos de los que da Habermas en el *Excurso sobre teoría de la argumentación*, en Habermas, J., *op. cit.*, 1999, pp. 43-69.

21. *Ibíd.*, pp. 67.

alcanzarse un acuerdo racionalmente motivado. "*En principio*" significa la siguiente reserva idealizadora: con tal de que la argumentación fuera suficientemente abierta y durara el tiempo suficiente; solo aquí entra a jugar el supuesto a menudo contra-fáctico de la *situación ideal de habla*, sobre el que volveremos.

Ahora bien, el que los actos de habla regulativos sean susceptibles de una búsqueda cooperativa de la verdad, no significa que los enunciados normativos en general sean susceptibles de verdad *en el mismo sentido* que los enunciados descriptivos, pero sí supone que "*la justificación de la pretensión de validez contenida en las recomendaciones, ya sea en normas de acción, o de normas de valoración, es tan susceptible de examen discursivo como la justificación de la pretensión de validez implicada en las afirmaciones*".<sup>22</sup> La diferencia descansa sobre la distinción entre *naturaleza* y *cultura*, esta última compuesta de emisiones y manifestaciones (o sedimentos de ellas) generadas conforme a reglas por sujetos capaces de lenguaje y acción que implican siempre pretensiones de validez –como las instituciones sociales, que pretenden una validez normativa–. Así, mientras la pretensión de validez de un acto de habla constatativo refiere a objetos de la experiencia y a hechos, la pretensión de validez de una norma reconocida como tal es ella misma objeto de la experiencia o hecho. La vigencia normativa es la forma de existencia de las normas –el operador modal ‘es obligatorio’, juega para los miembros de los sistemas sociales un papel similar al que juega el cuantor de existencia ‘existe’ para el observador de la naturaleza–.<sup>23</sup> En los discursos las normas quedan a disposición desde el punto de vista de si deben o no tener vigencia.

La identificación de la verdad con la rectitud en tanto pretensiones de validez susceptibles de desempeño discursivo –sin que ello implique desconocer las diferencias entre los discursos teoréticos y los prácticos– es una de las ventajas que Habermas reconoce a la teoría consensual de la verdad.<sup>24</sup> Asimismo tiene la ventaja de distinguir entre pretensiones inter-

22. HABERMAS, J., *op. cit.*, 1997, p.127.

23. *Ibíd.*, p.128.

24. Esta ventaja de la teoría consensual de la verdad se destaca por oposición a las ‘teorías metafísicas de la verdad’ cuyo desarrollo original Habermas atribuye al derecho natural clásico, y a las ‘teorías positivistas de la verdad’, que cree dominantes, que irían de la mano del nominalismo y el empirismo. Las primeras resultan demasiado ‘extensivas’ al afirmar que las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en el mismo sentido que las cuestiones teóricas, y las segundas demasiado restrictivas, al negar directamente que dichas cuestiones

subjetivas de validez y meras vivencias de certeza –de validez subjetiva únicamente–.<sup>25</sup> Pero pese a sus ventajas, se alza contra la teoría consensual de la verdad una objeción grave: dado que Habermas no entiende por ‘consenso’ uno al que se llegue contingentemente sino, un ‘consenso fundado’, las condiciones que hacen que este sea ‘fundado’ o ‘racional’ no pueden hacerse depender, a su vez, de otro consenso. Es necesario mostrar –si a la decisión positiva acerca de la justificación de una pretensión de validez problematizada solo puede arribarse argumentativamente– en qué consiste la fuerza motivacional de un argumento, es decir, la peculiar ‘coacción sin coacciones’ que ejerce el mejor argumento en virtud de las propiedades formales del discurso, fuerza que Habermas llama *motivación racional*.<sup>26</sup> Aquí viene a jugar su papel *la situación ideal de habla*.

Habermas llama *ideal* a la *situación de habla* en la que las comunicaciones no se ven impedidas por ninguno de estos dos elementos:

- a. influjos externos contingentes,
- b. coacciones provenientes de la propia estructura de la comunicación (coacciones que cesan solo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla).

Veamos primero sus presupuestos, para luego evaluar cuál es el status de esta noción en la Teoría del Discurso. Los cuatro supuestos o condiciones de la *situación ideal de habla* que se verán son los que Habermas estipula en aquél trabajo de 1972, a la luz de su reformulación más reciente

---

sean susceptibles de verdad en modo alguno (cfr. Habermas, J., *op. cit.*, 1997, p. 127, 131). Estas segundas –en cuanto éticas no cognitivistas– se apoyan sobre la convicción de que la rectitud de los mandatos o las prohibiciones no es una pretensión de validez discursivamente desempeñable sino algo meramente subjetivo. Contra esto, argumenta Habermas, cobra importancia el principio de universalización que solo permite normas que en su ámbito de validez puedan encontrar un asentimiento general al excluir como no susceptibles de consenso las normas que encarnan intereses particulares. Así, el consenso alcanzado sobre normas no susceptibles de universalización no es del tipo de consensos ‘racionalmente fundados’ sino que se trata de compromisos como resultados de acciones y negociaciones inteligentes pero no como resultantes de un discurso (Ibíd., p. 149).

25. Recordemos, que esta ventaja que destacaba Habermas en 1972, de la distinción con las meras vivencias de certeza es uno de los puntos que abandonará en la *Teoría de la Acción Comunicativa*, de 1981.

26. Ver HABERMAS, J., *op. cit.*, 1997, pp. 138-140.

en *Zwischen Naturalismus und Religion* de 2005. Estos postulados pueden clasificarse<sup>27</sup> en dos tipos: aquellos que constituyen la *condición de simetría*, que refieren a los actos de habla por sí solos y a las condiciones que gobiernan su empleo, y aquellos que hacen a la *condición de reciprocidad*, que refieren a las interacciones sociales existentes y requieren la suspensión de la insinceridad e hipocresía por un lado, y de la desigualdad y subordinación por el otro.

*Postulados de la condición de simetría:* (1) *Postulado de publicidad e inclusión:* que todos los participantes potenciales tengan en todo momento la oportunidad de abrir o perpetuar un discurso, mediante intervenciones, réplicas, preguntas y respuestas; (2) *Postulado de igual derecho a hablar:* exige que todos ellos tengan igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones, de problematizar, razonar, refutar las pretensiones de validez de ellas. *Postulados de la condición de reciprocidad:* (3) *Postulado de veracidad* (propiedad formal de la acción comunicativa pura que indirectamente vale para todos los discursos para que puedan desarrollar fuerza de una motivación racional): presupone que los hablantes piensan lo que dicen; y finalmente (4) *Postulado de ausencia de coerción:* supone la completa reciprocidad de expectativas de comportamiento que excluye privilegios (en el sentido de normas que obliguen unilateralmente), en este sentido la comunicación debe estar libre de restricciones que impidan que el mejor argumento sea el determinante del resultado de la discusión.

Estos cuatro postulados, que no son un número cerrado sino los 'más importantes' son las *propiedades formales, forma del discurso o condición formal* que permite generar decisiones *racionalmente motivadas*,<sup>28</sup> y por ello el (único) criterio en referencia al cual puede distinguirse un consenso racional de uno engañoso,<sup>29</sup> una suerte de 'canon crítico' con que se puede poner en cuestión todo consenso fácticamente alcanzado y examinar si puede considerarse indicador suficiente de un consenso racionalmente fundado. Por eso mismo, también se ha dicho que se trata de una "*meta-*

27. Tomo esta clasificación de BENHABIB, S, "The Utopian Dimension in Communicative Ethics", en *New German Critique*, nº 35, Special Issue on Jürgen Habermas, Durham, Duke University Press, 1985, p. 87.

28. HABERMAS, J., *op. cit.*, 1997, pp. 150, 151.

29. *Ibíd.*, p. 154.

*norma*" aplicable tanto a la razón teórica como a la razón práctica.<sup>30</sup> Afirma Habermas que "*La situación ideal de habla no es ni un fenómeno empírico ni una simple construcción, sino una suposición inevitable que recíprocamente nos hacemos en los discursos*".<sup>31</sup> Se trata así, de una ficción siempre operante en el proceso de comunicación, aun cuando —en tanto suposición— pueda ser contrafáctica. Las exigencias de la situación ideal de habla no han de presuponerse imposibles de realización suficiente en la medida en que los obstáculos o impedimentos pueden compensarse por dispositivos institucionales o bien pueden neutralizarse sus consecuencias negativas.

La situación ideal de habla, reconoce Habermas, contiene tan fuertes idealizaciones que puede invitar a suspicacias: después de todo, la gente que se compromete en un discurso es consciente de que el círculo de participantes es altamente selecto, que un lado disfruta más que el otro la libertad comunicativa, que uno u otro persiste en el prejuicio en este o aquél tópico, que muchos se comportan ocasionalmente de modo estratégico, que las posiciones negativas o afirmativas son frecuentemente determinadas por otros motivos distintos que el mejor entendimiento de la cuestión. Sin embargo, al mismo tiempo, el participante comprometido en el discurso presume haberse aproximado al ideal: quien seriamente toma parte en un argumento procede de facto desde tales presuposiciones. El proceso mismo de argumentación es auto-correctivo: una discusión insatisfactoria genera espontáneamente razones para una liberalización de las reglas de procedimiento y discusión, para modificar un círculo insuficientemente representativo de participantes, para ampliar la agenda o mejorar la información básica.<sup>32</sup> En este sentido, cuando hablamos de la *situación de ideal de habla* no hablamos de una mera construcción idealizante sino de presupuestos realmente efectivos en la conducta de los participantes mismos. Aquél que seriamente toma parte en un argumento procede *de facto* desde sus presupuestos, los cuales despliegan su eficacia operativa en su función crítica.

30. Cfr. BENHABIB, S., *op. cit.*, 1985, p. 86.

31. Véase HABERMAS, J., *op. cit.*, 1997, p. 155.

32. Véase HABERMAS, J., *Between Naturalism and Religion. Philosophical Essays*, Cambridge, Polity, 2008, p. 50-51.

## IV.

Ahora bien, cabe preguntar ¿por qué esta teoría consensual de la verdad, o *teoría discursiva de la rectitud* –para retomar las correcciones que Habermas acepta– sería el fundamento teórico de su concepción deliberativa de la democracia?

Habermas parte de la constatación de que las sociedades modernas padecen de un déficit de legitimidad: son sociedades profundamente profanizadas en la que los órdenes normativos han de poder mantenerse sin garantías meta-sociales (sin respaldo religioso o metafísico). Esto no quiere decir que en las sociedades modernas no nos encontremos con un consenso de fondo. La integración social a través de un empleo del lenguaje orientado al entendimiento es posible porque la acción comunicativa está inserta en contextos del *mundo de la vida* que le proporcionan respaldo mediante un masivo consenso de fondo. *Mundo de la vida* que Habermas entiende como un horizonte de convicciones comunes aproblemáticas, de cuyos recursos se nutren las operaciones explícitas de entendimiento, recursos que son *siempre ya* familiares. En palabras de Habermas "*Las continuas inquietudes que vienen provocadas por la experiencia y por la contradicción, por la contingencia y por la crítica, se rompen continuamente en la práctica comunicativa cotidiana contra esa ancha e incommovible roca que surge de las profundidades y que son los patrones de interacción sobre los que hay consenso, las lealtades y las habilidades*".<sup>33</sup> Pero en las sociedades modernas, ni el *mundo de la vida* puede paliar aquél déficit de legitimidad, puesto que las certezas que él provee cada vez están más pluralizadas y diferenciadas. Así, el peso de la integración social se desplaza cada vez más a las operaciones de entendimiento intersubjetivo, y el *proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de integración social*,<sup>34</sup> de allí la exigencia de que los implicados no pueden participar solo en el papel de sujetos jurídicos que actúan orientándose al propio éxito.

Para Habermas, el *consenso* sobre la validez de normas al que apunta el procedimiento democrático no puede ser calificado de racional o racionalmente fundado si no se ha llevado a cabo una verdadera argumentación previa. Cuando se produce un desacuerdo normativo, es decir, cuando se ha

33. Cfr. Habermas, J., *op. cit.*, 2010, p. 83.

34. *Ibíd.*, p. 94.



puesto en duda la validez misma de normas vigentes o de su ausencia, es la práctica de la argumentación la que –como instancia de apelación– reemplaza a la práctica comunicativa cotidiana tratando de resolver el desacuerdo por medio de razones motivadoras para la aceptación de la pretensión de validez en litigio.<sup>35</sup>

Habrà advertido el lector que para Habermas la *legitimidad* de una regla es independiente de su vigencia o implementación fáctica, pero también es independiente de un consenso sobre su validez al que se haya arribado contingentemente o lo que es lo mismo, por una motivación racional estratégica –orientada al éxito–, impropia de la racionalidad de la esfera de validez de normas. La legitimidad de una norma es pensada como la *desempeñabilidad discursiva* de su pretensión de validez normativa, es decir, aquellos a quienes va dirigida, la comunidad jurídica tenga un consenso fundado –racionalmente– acerca de su validez. Frente al ordenamiento jurídico el implicado puede adoptar una actitud objetivante o una actitud realizativa. Para un actor que adopta la primera actitud, y se orienta al éxito la norma jurídica constituye una restricción fáctica con consecuencias calculables en caso de infracción; para un actor que se entiende como miembro de la comunidad jurídica la norma es un acuerdo racionalmente motivado y sus opciones no se restringen a atender a la legalidad de su comportamiento –como quien decide actuar estratégicamente, orientado a su propio éxito– sino que adopta una actitud realizativa siendo capaz de emprender un examen crítico de la validez de la norma, es decir, examinar su legitimidad, y por tanto actuar *racionalmente motivado*, orientado al entendimiento con los otros miembros de la comunidad jurídica. Si bien el Estado de Derecho tolera la acción estratégica –pues solo exige obediencia– tiene una pretensión de legitimidad, esto es, pretensión de aceptabilidad racional de sus normas. Esta legitimidad solo puede darse cuando los destinatarios de esas normas jurídicas puedan a la vez entenderse como *autores racionales* de esas normas.

De este modo, solamente la praxis deliberativa pública, en la que se tematice la validez normativa de las normas jurídicas, es decir, que permita un desempeño o resolución discursiva, argumentativa y fundada de las normas, bajo el presupuesto de que es posible llegar a un *acuerdo fundado* o *consenso racionalmente fundado* acerca de la validez o invalidez de nor-

35. Véase HABERMAS J., *op. cit.*, 1999, pp. 36-37.

mas de acción, hará de los *destinatarios* de las normas jurídicas, al mismo tiempo, sus *autores*. Pero la praxis deliberativa, si bien es condición de validez de las normas del orden jurídico no es suficiente. Además, la praxis deliberativa debe darse sobre la base de la soberanía popular, debe ser una praxis democrática de deliberación.

Solo la práctica deliberativo-democrática puede ostentar a nivel público una realización aproximada a los postulados de simetría y reciprocidad de la presupuesta situación ideal de habla, esa meta-norma que funciona de baremo crítico de la racionalidad de la acción comunicativa: todo reclamo absoluto de validez tiene que ser justificable en debates cada vez más amplios, más competentes, de audiencias más grandes y contra cada nueva objeción; siendo así su dinámica la de un progresivo descentramiento de la propia perspectiva interpretativa.<sup>36</sup> Es decir, no se trata de meros autores que arriban a un consenso contingente, sino uno fundado, siempre abierto a nuevo desempeño discursivo, y en este sentido, solo por medio de la argumentación llevada a cabo como praxis pública y efectiva –no como praxis privada, en la mente de cada persona– es posible que esa autoría sea una de tipo racional. Y no se trata de un grupo privilegiado de partícipes que deliberen sobre la validez de las normas: el canon meta-crítico de la situación ideal de habla obliga también –por imperativo del postulado de inclusión– a un descentramiento progresivo de la perspectiva y la aceptación de debates cada vez más amplios e inclusivos. La exclusión de individuos en el proceso de producción y validación normativo no resiste la mirada crítica a través del baremo de la situación ideal de habla. De este modo, quedan atadas en Habermas la deliberación por un lado, y la democracia por otro, en un nexo necesario en vistas de la legitimidad del Derecho.

Se podrá advertir finalmente, que los modelos agregativos de democracia de los que hemos hablado someramente no pueden ser entendidos como modelos legítimos de democracia, porque aunque democráticos, carecen del elemento deliberativo. El consenso al que se arriba por medio de la mera agregación de votos, es uno simplemente contingente: dependen de las relaciones de fuerza y capacidad de negociación de las distintas facciones guiadas por intereses y preferencias no tematizadas ni cuestionadas. La 'racionalidad' que estas posturas atribuyen al procedimiento democrático tal como lo conciben –de mera agregación de votos– es un tipo de raciona-

36. Véase HABERMAS, J., *op. cit.*, 2008, p. 52.

lidad ajena a la crítica normativa de la que son susceptibles las normas. Se trata de una racionalidad estratégica o instrumental que viene importada de una esfera ajena a la normativa, a saber la racionalidad propia de la esfera que no hace sino explicar o describir estados de cosas del mundo objetivo, pero nada puede aportar en cuanto a la legitimidad de las normas jurídicas. Más aún, el modelo agregativo de democracia no solo importa artificialmente un tipo de racionalidad ajena a la discusión acerca de normas sino que lejos está de someter a examen crítico el procedimiento de formación de la opinión y la voluntad política bajo la luz de los presupuestos de la situación ideal de habla: es indiferente a que el mejor argumento sea el que *coaccione sin coacciones* a los individuos hacia la acción, y así podrían primar normas que no supongan reciprocidad alguna si la mayoría contingente así lo quiere. Únicamente un consenso democrático acerca de normas *racionalmente motivado* –esto es, fundado en una racionalidad comunicativa– puede dotar de alguna legitimidad al orden jurídico de una sociedad, dotarlo en definitiva de algo más que mera facticidad, dotarlo de validez.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENHABIB, Seyla, "The Utopian Dimension in Communicative Ethics", en *New German Critique*, n° 35, Special Issue on Jürgen Habermas, Durham, Duke University Press, 1985.
- BOHMAN, James, *The Coming of Age of Deliberative Democracy*, en *The Journal of Political Philosophy*, vol., 6, n°4, Malden, Blackwell Publishers, 1998.
- GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis, *Why deliberative democracy?*, New Jersey, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Editorial Taurus, 1999.
- "La modernidad, un proyecto incompleto" en AA.VV., *La posmodernidad*, Barcelona, Editor FOSTER H., 7° edición, 2008.
  - *Teorías de la verdad* en HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y Estudios Previos*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.
  - *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 6° edición, 2012.

- “Three Normative Models of Democracy”, en BENHABIB, S. (ed.), *Contesting the Boundaries of the Political*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1996.
  - *Between Naturalism and Religion. Philosophical Essays*, Cambridge, Polity Press, 2008.
- McCARTHY, Thomas, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, Cambridge MA, Massachusetts y Londres, MIT Press, 1985.
- NINO, Carlos, *The Constitution of deliberative democracy*, New Haven & London, Yale University Press, 1996.
- PÉREZ SAFRILLA, Pedro Jesús, *Democracia Deliberativa. Razón Pública y Razones no Públicas desde la Perspectiva de John Rawls* (Tesis doctoral), Valencia, Departament de Filosofia del Dret Moral i Polític, Ed. Universitat de València Servei de Publicacions c/ Arts Gràfiques, 2009.

## **JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA Y MUJERES: LA TÍMIDA E INCONSISTENTE APARICIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO\***

ARIEL DULITZKY Y CATALINA LAGOS\*\*

**Resumen:** En este artículo se analizará críticamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de desaparición forzada de personas a la luz de la doctrina elaborada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, a fin de delinear el modo en que las cuestiones de género atraviesan los diferentes aspectos de las desapariciones forzadas de personas, tanto en los casos de mujeres desaparecidas, como de mujeres que son víctimas de las desapariciones forzadas de sus familiares.

**Palabras clave:** desaparición forzada de personas – perspectiva de género – desaparición forzada de mujeres – corte interamericana de derechos humanos – grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias de las naciones unidas.

**Summary:** The aim of this article will be to analyze critically the jurisprudence from the Inter-American Court of Human Rights, regarding the cases of forced disappearance, within the doctrine elaborated by the United Nation's involuntary or forced disappearance working group, as to delineate the way in which the issues regarding gender, cross the different aspects of forced disappearance, in

\* Recepción del original: 16/12/2014. Aceptación: 26/5/2015.

*Agradecemos la valiosa colaboración de los investigadores Natalia Arévalo y Branislav Marelic. También agradecemos los comentarios de Gabriella Citroni y Maria Laura Clérico. Obviamente todos los errores son nuestros.*

\*\* Ariel Dulitzky es abogado (UBA), LL.M. (Harvard), es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas (Estados Unidos) y Director de la Clínica en Derechos Humanos de esa Facultad. Catalina Lagos es Abogada (Universidad Diego Portales), se desempeña como abogada en derechos humanos y como Jefa (S) del Departamento de Relaciones Internacionales y Cooperación del Servicio Nacional de la Mujer de Chile.

cases where women are disappeared and where women are victims of the forced disappearance of their family members.

**Keywords:** force disappearance – gender perspective – women force disappearance – inter-american court of human rights – united nation's involuntary or forced disappearance working group.

## I. INTRODUCCIÓN

Si bien diferentes estudios indican que gran parte de las víctimas de desapariciones forzadas son hombres (entre 75-85%), el porcentaje de víctimas mujeres (sea que han desaparecido o que han sufrido un daño como consecuencia de la desaparición de una persona cercana) no es para nada despreciable (15-25%).<sup>1</sup> Sin embargo, la necesidad de estudiar con especial atención las desapariciones forzadas de mujeres no encuentra su principal justificación en un criterio cuantitativo, sino en el hecho de que las mujeres víctimas de desapariciones forzadas, ven vulnerados sus derechos humanos de manera diferenciada de los hombres. Ello se explica por la asignación de roles, características, prescripciones sociales diferenciados y dicotómicos que se asignan culturalmente a cada sexo. De esta manera, se requiere reconocer y visibilizar no solo que las mujeres son víctimas de desapariciones forzadas, sino también, que se ven afectadas de forma diferente que los hombres debido a los distintos efectos de la construcción social de los sexos en razón del género tanto en el goce y ejercicio de sus derechos como en los obstáculos que confrontan en la búsqueda de verdad, justicia, reparaciones, memoria y garantías de no repetición.

El concepto de "género" ha variado en alcance y significado a lo largo del tiempo y las diversas teorías que lo abordan enfatizan distin-

1. RUBIO-MARIN, R., "The Gender of Reparations: Setting the Agenda", en *What Happened to the Women?*, Nueva York, Social Science Research Council, 2006 (en el caso de Perú, las mujeres representaron el 16% del total de desapariciones); BALL, P., "Gender and Violence", en *State Violence in Guatemala, 1960-1996: a Quantitative Reflection*, Washington, DC, American Association for the Advancement of Science, octubre de 1999 (en Guatemala, las mujeres representaron aproximadamente el 15% de las desapariciones de acuerdo con la base de datos del Centro Internacional para Investigaciones en Derechos Humanos); JURCEVIC, S., "Gender differences in war-related disappearance: Croatian experiences", en *Military Medicine*, vol. 172, issue 4, Bethesda, AMSUS - The Society of the Federal Health Professionals, 2007, p. 370 (en Croacia, 21% de las desapariciones son mujeres).

tos aspectos. En palabras de Lamas, las teóricas feministas, a pesar de sus diferencias, han conceptualizado el género como “*el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos, para simbolizar y construir socialmente lo que es ‘propio’ de los hombres (lo masculino) y lo que es ‘propio’ de las mujeres (lo femenino)*”.<sup>2</sup> Estas construcciones sociales no son idénticas ni uniformes en todo lugar y época, sino que se concretan en cada sociedad de acuerdo con contextos espaciales y temporales, siendo redefinidas constantemente a la luz de otras realidades como la clase, la raza, la pertenencia a un pueblo indígena o la orientación sexual, entre otras.<sup>3</sup> Las características dicotómicas asignadas a cada sexo se caracterizan por jerarquizarse, considerándose superiores las asignadas a lo masculino e inferiores las impuestas a lo femenino. En ese sentido, incorporar un análisis con perspectiva de género, implica visibilizar los distintos efectos de la construcción social de los géneros.<sup>4</sup>

Bastante se ha escrito sobre los efectos diferenciados de la desaparición forzada en hombres y mujeres en razón del género,<sup>5</sup> visibilizándose, por ejemplo, que la forma en que los derechos humanos de las mujeres son violados en el caso de las desapariciones forzadas e involuntarias, está en gran parte definida por las relaciones de desbalance de poder entre hombres y mujeres.<sup>6</sup> Se ha planteado, también, que las relaciones, identidades y estereotipos, así como las asimetrías de poder, hacen que las mujeres y hombres como actores sociales experimenten la violencia, incluida la desaparición forzada, de manera diferente.<sup>7</sup> En relación con las afectacio-

2. LAMAS, M. “Género, diferencias de sexo y diferencia sexual”, en *Debate Feminista*, año 10, vol. 20, México, octubre de 1999, p. 84.

3. FACIO, A. y FRIES, L. “Feminismo, Género y Patriarcado”, en Facio, A. y Fries, L. (comp.), *Derecho y Género*, Santiago de Chile, LOM-La Morada, 1999, pp. 34-35.

4. FACIO, A. y FRIES, L. *op. cit.*, p. 39.

5. NI AOLAIN, F. y TURNER C., “Gender, Truth & Transition”, en *UCLA Women’s Law Journal*, n° 16, Los Angeles, 2007, pp. 229-258.

6. MOSER, C. y CLARK, F. C., *Victims, Perpetrators or Actors? Gender, Armed Conflict and Political Violence*, Nueva York, Zed Books, 2001.

7. LEVINE, C., “Gender and Transitional Justice – a case study of East Timor, UN Beijing Platform For Action”, en *Canadian Consortium on Human Security*, septiembre de 2004, p. 131; TIMMER, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 707-738.

nes particulares que sufren las mujeres, entre otras cosas se ha sostenido que la mayor parte de la violencia sexual y violaciones en particular, en los casos de desapariciones forzadas e involuntarias son perpetradas contra mujeres,<sup>8</sup> y que las mujeres desaparecidas normalmente permanecen detenidas en instalaciones dominadas por los hombres, obligadas a estar desnudas, sometidas a malos tratos psicológicos, violencia sexual y, en algunos casos, como lo veremos en este texto, a dar a luz en cautiverio.<sup>9</sup> Las desigualdades económicas entre hombres y mujeres permean todos estos elementos.<sup>10</sup>

El propósito de este artículo es identificar cómo la perspectiva de género brinda un marco conceptual más amplio que abarca todos los aspectos diferenciados de una desaparición forzada y permite comprender de mejor manera el fenómeno complejo que constituye la desaparición forzada.<sup>11</sup> Para ello, utilizaremos la doctrina elaborada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas (en adelante el Grupo de Trabajo) para leer la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, el Tribunal o la Corte Interamericana). Tomaremos la Observación General del Grupo de Trabajo sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas<sup>12</sup> como marco de análisis de las sentencias de la Corte Interamericana donde hubo víctimas mujeres que fueron desaparecidas o que son familiares de personas desaparecidas.

El objetivo que perseguimos no es ni analizar la doctrina general del Grupo de Trabajo en materia de género, las virtudes o defectos de su Ob-

8. RUBIO-MARIN, R., *supra*.

9. MARAVILLA, C. S., "Rape as a War Crime: The Implications of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia's Decision in Prosecutor v. Kunarac, Kovac, & (and) Vukovic on International Humanitarian Law", en *FLA Journal of International Law*, 13, Gainesville, 2000-2001, p. 321.

10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2011, consultado en [<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf>].

11. Corte IDH, Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Sentencia de 19 de agosto de 2013 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 64.

12. Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Observación General sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, 98º periodo de sesiones (31 de octubre al 09 de noviembre de 2012), 14 de febrero de 2013. A/HRC/WGEID/98/2.



servación General o la consistencia de su aplicación en el desempeño de su mandato. Tampoco pretendemos sostener que la Observación General es un documento de avanzada que no merece críticas. Por último, el artículo no explora la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de violencia contra la mujer ni la perspectiva de género que utiliza en sus fallos en general.<sup>13</sup>

Lo que pretendemos es utilizar un marco analítico, el propuesto por el Grupo de Trabajo, para investigar la jurisprudencia de la Corte. Ello es solo un aspecto de las múltiples posibles relaciones entre los sistemas de derechos humanos.<sup>14</sup> En este caso, simplemente utilizamos a un organismo de Naciones Unidas en una materia específica (desapariciones forzadas) y desde una perspectiva puntual (la de género) para identificar los puntos de coincidencia y los avances o vacíos jurisprudenciales del tribunal interamericano. Un estudio futuro debería utilizar el mecanismo inverso, es decir, analizar la Observación General y otras actividades del Grupo de Trabajo a la luz de la jurisprudencia interamericana para identificar los desafíos que se le presentan a las producciones del Grupo de Trabajo sobre la materia.

Nuestro análisis lo hacemos desde la convicción de la importancia de un diálogo, profundo, serio, cooperativo, pero a la vez crítico que preserva las identidades y contextos en que operan del sistema universal y regional de los derechos humanos. Desde su primera Opinión Consultiva, la Corte ha insistido en su oposición a "una distinción radical entre universalismo y regionalismo", y marcado la tendencia que surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o Convención Americana) "a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos" y al "propósito de integración del sistema regional con el universal".<sup>15</sup>

13. Puede ver, por ejemplo, Abramovich, V., "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de derechos Humanos* 6, 2011, p. 167 y Tramontana, E., "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José", en *Revista IIDH*, vol. 53, 2011, pp. 141-181.

14. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha explicado diferentes posibilidades de relaciones entre la OEA y el sistema de Naciones Unidas en su informe *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (2008), capítulo I, párr. 53.

15. Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Con-

## II. METODOLOGÍA

Se han analizado para efectos de este trabajo las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los 33 casos sobre desapariciones forzadas que ha conocido hasta noviembre de 2013, en que se ha declarado la existencia de responsabilidad internacional del Estado correspondiente.<sup>16</sup> De ellos, 8 corresponden a casos que tienen por víctima a una o más mujeres desaparecidas, y 25 son casos de hombres desaparecidos en que hay una o más mujeres familiares que, como se explica en el siguiente apartado, también son víctimas.

Los casos estudiados con mujeres desaparecidas son los siguientes:<sup>17</sup>

1. *Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención y posterior desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana.<sup>18</sup>

2. *Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de la integridad personal de las hermanas Serrano Cruz y por la falta de investigación ante su desaparición.<sup>19</sup>

3. *Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y

---

vención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrafos 40, 41 y 42 respectivamente.

16. De modo que fue excluido del análisis el Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras (Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6), referido a la falta de responsabilidad internacional del Estado hondureño por la desaparición de Francisco Fairén Garbí y Yolanda Solís Corrales.

17. En este listado no hemos incluido el caso Urrutia contra Guatemala. Ello se debe a que la Corte en dicho caso no lo considero como una desaparición forzada, a pesar que así fue concebido por ejemplo por el Procurador para los Derechos Humanos de Guatemala. *Caso Maritza Urrutia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

18. Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.

19. Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

ejecución extrajudicial de diez personas por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>20</sup>

4. *Corte IDH. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija, así como la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>21</sup>

5. *Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como de la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García.<sup>22</sup>

6. *Corte IDH. Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de niños y niñas ocurridas entre los años 1981 y 1983 por parte de miembros de diferentes cuerpos militares de El Salvador.<sup>23</sup>

7. *Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de cinco masacres en contra de los miembros de la comunidad de Río Negro ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982, así como a la persecución y eliminación de sus miembros. Algunas de las víctimas permanecen desaparecidas.<sup>24</sup>

8. *Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del

20. Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

21. Corte IDH. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

22. Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

23. Corte IDH. Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.

24. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

Estado por la desaparición forzada de 26 personas, la ejecución extrajudicial de una persona, y los actos de tortura en perjuicio de una niña, por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.<sup>25</sup>

Los casos analizados en que las víctimas desaparecidas eran hombres y había una o más mujeres familiares, son los que a continuación se enumeran:

1. *Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado hondureño por la detención y posterior desaparición de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez.<sup>26</sup>

2. *Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención y posterior desaparición de Saúl Godínez Cruz.<sup>27</sup>

3. *Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26: el caso se refiere al reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Adolfo Argentino Garrido Calderón y Raúl Baigorria Balmaceda por parte de agentes policiales.<sup>28</sup>

4. *Corte IDH. Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Ernesto Rafael Castillo Páez por parte de agentes policiales.<sup>29</sup>

5. *Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la ineficacia en la investigación y sanción de

25. Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253.

26. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

27. Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

28. Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26.

29. Corte IDH. Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

los responsables de la detención y muerte de Nicholas Blake. El Sr. Blake permaneció desaparecido por muchos años.<sup>30</sup>

6. *Corte IDH. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de José Carlos Trujillo Oroza por parte de agentes militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>31</sup>

7. *Corte IDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y desaparición de Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera en el penal de El Frontón.<sup>32</sup>

8. *Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.<sup>33</sup>

9. *Corte IDH. Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables del hecho.<sup>34</sup>

10. *Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de 19 comerciantes por parte de un grupo paramilitar, así como a la falta de una investigación para esclarecer los hechos y la falta de sanción a los responsables.<sup>35</sup>

30. Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

31. Corte IDH. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64.

32. Corte IDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

33. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

34. Corte IDH. Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

35. Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

11. *Corte IDH. Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Santiago Gómez Palomino por parte de agentes militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>36</sup>

12. *Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Oscar José Blanco Romero por parte de efectivos militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.<sup>37</sup>

13. *Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de un grupo de personas de Pueblo Bello por parte de un grupo paramilitar, así como a la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.<sup>38</sup>

14. *Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Agustín Goiburú, Carlos José Mancuello y los hermanos Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>39</sup>

15. *Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial del señor Heliodoro Portugal, la falta de investigación y sanción de los responsables de tal hecho.<sup>40</sup>

36. Corte IDH. Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.

37. Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.

38. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

39. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

40. Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

16. *Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Renato Ticona Estrada por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>41</sup>

17. *Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202: el caso se refiere a la responsabilidad internacional por la desaparición forzada de Kenneth Ney Anzualdo Castro por parte del Servicio de Inteligencia del Ejército.<sup>42</sup>

18. *Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco por parte de las Fuerzas Armadas Mexicanas, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>43</sup>

19. *Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Florencio Chitay Nech por parte de agentes estatales, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>44</sup>

20. *Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por desaparición forzada de Rainer Ibsen Cárdenas y la muerte de José Luis Ibsen Peña, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>45</sup>

41. Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.

42. Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

43. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

44. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

45. Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.

21. *Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros („Guerrilha do Araguaia“)* vs. *Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia ocurridas entre 1972 y 1975, así como por la falta de investigación de tales hechos.<sup>46</sup>

22. *Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Iván Eladio Torres Millacura, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>47</sup>

23. *Corte IDH. Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Narciso González Medina por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>48</sup>

24. *Corte IDH. Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258: el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Edgar Fernando García por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>49</sup>

25. *Corte IDH. Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274: el caso trata de la desaparición forzada del señor Osorio Rivera, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.<sup>50</sup>

46. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

47. Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.

48. Corte IDH. Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240.

49. Corte IDH. Caso García y Familiares vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.

50. Corte IDH. Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274.



Por último analizaremos una tercera clase de casos. Son casos que no fueron resueltos como desaparición forzada de mujeres. Sin embargo, se tratan de casos de desapariciones (no calificadas como forzadas),<sup>51</sup> de detenciones arbitrarias<sup>52</sup> o de detenciones en general<sup>53</sup> donde la Corte IDH aplica perspectiva de género y demuestran cómo debería analizarse un caso de desaparición forzada de una mujer, es decir qué aspectos de una desaparición forzada ocurren por el hecho de ser mujer o afectan a la mujer en forma desproporcionada.

### III. OBSERVACIÓN GENERAL SOBRE LAS MUJERES AFECTADAS POR LAS DESAPARICIONES FORZADAS DEL GRUPO DE TRABAJO

Con fecha 14 de febrero de 2013, el Grupo de Trabajo adoptó una Observación General sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas (en adelante "la Observación General"), en la que se aborda desde una perspectiva de género la situación que padecen las mujeres víctimas de desapariciones forzadas, y se explica y facilita la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992 (en adelante la Declaración) desde la perspectiva de la igualdad de género.

Esta Observación General aborda múltiples aspectos que hemos decidido agrupar en 10 temas o puntos centrales a fin de facilitar nuestro análisis, a saber: 1. Violencia de género y desapariciones forzadas de mujeres; 2. Mujeres víctimas de desapariciones forzadas; 3. Obligaciones de los Estados; 4. Reclusión de mujeres y desaparición forzada; 5. Derecho a la verdad; 6. Derecho a un recurso efectivo; 7. Protección de los testigos y las víctimas; 8. Participación de mujeres; 9. Derecho a la reparación y 10. Formación y sensibilización.

Al analizar cada una de las 33 sentencias de la Corte arriba mencionadas se consideró el desarrollo de estándares relacionados con los diez pun-

51. Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

52. Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

53. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

tos centrales que aborda la Observación General sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas del Grupo de Trabajo.<sup>54</sup>

En el resto del artículo se presentan algunos de los primeros hallazgos interesantes encontrados en dichas sentencias respecto de cada uno de los puntos desarrollados en la Observación General. El presente artículo es una invitación a estudios más profundos y detallados sobre la consistencia de la aplicación de una perspectiva de género por parte de la Corte Interamericana. No pretende constituir un estudio que desarrolle y elabore cuál es la doctrina del tribunal interamericano en materia de género. Por el contrario busca constituirse como un llamado a una investigación sobre las relaciones entre la Corte y otros órganos internacionales y una reflexión sobre las inconsistencias y limitaciones del tribunal interamericano.

#### IV. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA A LA LUZ DE LA OBSERVACIÓN GENERAL SOBRE LAS MUJERES AFECTADAS POR LAS DESAPARICIONES FORZADAS DEL GRUPO DE TRABAJO

##### IV.A. Violencia de género y desaparición forzada de mujeres

De acuerdo con la Observación General, cuando una mujer es víctima de una desaparición forzada por ser mujer, también es víctima de violencia de género. Agrega el Grupo de Trabajo que los actos de violencia de género, incluidas las desapariciones forzadas de mujeres, no admiten justificación y que los Estados deben prevenir su ocurrencia.<sup>55</sup> La Observación General no solo analiza la desaparición forzada de mujeres como una potencial forma de violencia género, sino que además desarrolla los especiales perjuicios que sufren las mujeres desaparecidas a causa del género, reconociendo la especial vulnerabilidad que sufren durante los conflictos,<sup>56</sup> la manera desproporcionada en que son objeto de violencia sexual, la posibilidad de constituirse en víctimas de embarazos no deseados y/o de exponerse a un trauma adicional por encontrarse embarazadas antes de la

54. Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Observación General sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, 98° periodo de sesiones (31 de octubre a 09 de noviembre de 2012), 14 de febrero de 2013. A/HRC/WGEID/98/2.

55. Observación General, párr. 3.

56. *Ibíd.*, párr. 7

desaparición.<sup>57</sup> Frente a ello, el Grupo de Trabajo insiste no solo en los deberes de prevenir y erradicar la violencia de género sino que explicita el deber de los Estados de garantizar la plena protección de los niños nacidos durante la desaparición forzada de su madre.<sup>58</sup>

Lamentablemente la Corte en la vasta mayoría de los casos en que mujeres han sido desaparecidas forzosamente ha omitido realizar un análisis desde la perspectiva de la desaparición como una manera agravada de violencia de género. En los cuatro primeros casos resueltos en que hay mujeres desaparecidas: Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, La Cantuta vs. Perú y Tiu Tojín vs. Guatemala no se identificaron razonamientos de la Corte sobre los especiales perjuicios que sufren las mujeres desaparecidas a causa del género. El tratamiento de la desaparición forzada se realiza sin incorporar una perspectiva de género y sin visibilizar la dimensión particular de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres víctimas de aquellas desapariciones.

Sin embargo, a partir de la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay es posible encontrar razonamientos detallados y más desarrollados en relación con algunas de las situaciones particulares de vulneración que sufren las mujeres víctimas de desapariciones forzadas, como la violencia sexual, el embarazo durante la desaparición forzada y la especial protección que merecen los niños nacidos durante la desaparición forzada de la madre.

En cuanto a la violencia sexual, la Corte ha avanzado en un sentido similar al del Grupo de Trabajo al dar cuenta de la especial vulnerabilidad de las mujeres a sufrir este tipo de violencia durante épocas de conflicto. En el caso Contreras y otros vs. El Salvador, el tribunal interamericano se encarga, además de hacer un reconocimiento en este sentido, de visibilizar la situación particular de las niñas frente a este fenómeno en el contexto de conflictos armados y realiza una conceptualización amplia de lo que significa la violencia sexual, precisando el alcance de los conceptos vertidos por el Grupo de Trabajo. En las propias palabras del tribunal:

“[...] Asimismo, ha sido reconocido por diversos órganos internacionales *que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual*, la cual en muchas ocasiones es utilizada

57. *Ibíd.*, párr.8 y 9.

58. *Ibíd.*, párr. 10.

como "un medio simbólico para humillar a la parte contraria". Además, "la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia", *siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia*. La violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno".<sup>59</sup>

Este párrafo es de particular importancia en tanto y en cuanto la Corte se refiere a "situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual". Es decir que el Tribunal entiende perfectamente la perspectiva de género en las particulares circunstancias y las visibiliza a diferencia de previos casos.

En el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala la Corte, además de referirse a la especial vulnerabilidad de las mujeres a sufrir violencia sexual, recoge el significado que la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala (en adelante la CEH) le otorga a los actos de violencia sexual al analizarlos con pertinencia cultural:

"Igualmente, este Tribunal ha establecido que *durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual*. Así, durante y de modo previo a las mencionadas masacres u "operaciones de tierra arrasada", miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos. Esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Además, cabe señalar que según la CEH, *cuando eran perpetradas en contra de comunidades mayas, "las violaciones masivas tenían un efecto simbólico, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo [... y] personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad"*.<sup>60</sup>

La incorporación de las reflexiones de la CEH es del todo relevante, puesto que al tratarse de mujeres indígenas las afectadas por los actos de violencia sexual, se hace necesario no solo introducir un análisis género sensible, sino que también, uno que se haga cargo de las particularidades

59. Caso Contreras y otros vs. El Salvador, supra. párr. 101.

60. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, supra., párr. 59.

des culturales de esas mujeres atendida su pertenencia al pueblo indígena maya.

Adicionalmente, en los casos Masacres de Río Negro vs. Guatemala y Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala,<sup>61</sup> se reconoce que la violencia sexual podría ser constitutiva de tortura. La Corte dispuso en el primero de estos casos que:

“En relación con el artículo 5 de la Convención, la Corte ha considerado que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas, e inclusive, sociales. La Corte también ha establecido que, en determinadas situaciones, *la violación sexual también puede constituir una forma de tortura de la víctima*”.<sup>62</sup>

En la Observación General se recoge el mismo estándar, expresando que, de acuerdo con la experiencia del Grupo de Trabajo, “*las mujeres que son víctimas de desaparición forzada son objeto de actos de violencia de género, por ejemplo violencia física o sexual, incluida la violación, que pueden considerarse tortura, o de amenazas de sufrir esos daños*”.<sup>63</sup>

Respecto del embarazo en cautiverio, en el caso Gelman vs. Uruguay, la Corte en vez de desarrollar un razonamiento similar al del Grupo de Trabajo –en el que se releva la doble victimización que dicha situación implica y las consecuencias que puede acarrear al exponerse a las mujeres “al trauma adicional que supone temer por su salud y por la posibilidad de dar a luz en unas circunstancias tan inhumanas y que, en muchos casos, pueden provocar la pérdida del hijo a manos de agentes del Estado”–, realiza un análisis distinto, vinculando la afectación diferenciada de la cual es objeto

61. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, supra., párr. 273. Se debe aclarar, que dicha declaración es efectuada por la Corte al referirse a las vulneraciones de derechos sufridas por una víctima de tortura, y no de desaparición forzada.

62. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, supra., párr. 132.

63. Observación General, párr. 8.

María Claudia García a aspectos de su autonomía personal como mujer más que a su integridad. En ese sentido, la Corte expresa:

*“El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. A su vez, en la Argentina ya había sido separada de su esposo y luego trasladada al Uruguay sin conocer el destino de aquel, lo que en sí mismo representó un acto cruel e inhumano. Posteriormente, fue retenida en un centro clandestino de detención y torturas, a saber, el SID, donde su tratamiento diferenciado respecto de otras personas detenidas –pues estuvo separada de estas– no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado al Uruguay y de su eventual desaparición forzada, cual era, la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad (infra párrs. 106 a 116). Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera, según fue señalado, que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridos en el marco de la Operación Cóndor”*.<sup>64</sup>

Así, el Tribunal, además de determinar que el embarazo de la mujer constituye una especial condición de vulnerabilidad, devela los fines particulares que la desaparición forzada de mujeres puede alcanzar, como lo es la instrumentalización del cuerpo y la particular manera en que se atenta contra el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En otras palabras, mientras en todos los casos de desaparición forzada se afecta el reconocimiento de la personalidad de la víctima, la vulneración de este derecho en el caso de mujeres embarazadas adquiere una particularidad especial.

Sin embargo, frente a tan importantes desarrollos sobre la maternidad en el caso, sorprende el silencio de la Corte en el caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Allí, una madre fue desaparecida forzosamente con su hija de apenas un mes. Como se ha indicado “el pos-parto requiere de una convalecencia tranquila junto con la criatura, ella no estaba en condicio-

64. Caso Gelman vs. Uruguay, supra. párr.97.

nes físicas ni siquiera de ser detenida”.<sup>65</sup> Sin embargo, la Corte guarda silencio al respecto. Una nueva muestra de las inconsistencias que venimos señalando. Por supuesto, que es importante indicar que ni la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) ni los representantes de las víctimas lo plantearon ante el Tribunal en sus escritos. Sin embargo, resaltamos que a diferencia de otras áreas, en materia de desapariciones forzadas y perspectiva de género, la Corte es muy tímida en seguir su jurisprudencia que sostiene que “Este Tribunal tiene la facultad de hacer su propia determinación de los hechos del caso y de decidir aspectos de derecho no alegados por las partes con base en el principio *iura novit curia*”.<sup>66</sup> Obviamente no pretendemos que la Corte incorpore evidencias no alegadas por las partes, sino que analice sus propias determinaciones fácticas desde una perspectiva de género, considerando las alegaciones de las partes o supliendo las deficiencias de estas, tal como lo realiza en otras áreas.

En relación con los niños y niñas nacidos durante la desaparición forzada resulta interesante que en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte, además de reconocer –como plantea el Grupo de Trabajo– la plena protección que el Estado les debe garantizar, expresa que también debe garantizarse la protección del grupo familiar:

*“En su condición de ese entonces, como niña, María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección que, bajo el artículo 19 de la Convención, correspondían a su familia, la sociedad y el Estado. A su vez, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del corpus juris de los derechos de la niñez y, en particular, según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.*

[...]

65. Bustamante Aranco, D. M., y Vásquez Henao, P. A., “La Convención Belém Do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su entrada en vigor”, en *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 11, n° 20, 2011, pp. 15-36 en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar20/LA%20CONVENCION%20BEL%20LEMA.pdf>.

66. Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr.60.

Por otro lado, *el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella*, reconocido en el artículo 17 de la Convención, *conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales".<sup>67</sup>

En el caso en comento, la niña María Macarena Gelman, nacida durante la desaparición forzada de su madre, fue separada de aquella a las pocas semanas de nacer, habiendo sido su identidad suprimida y sustituida al entregársele a una familia que no era la suya y sin informársele a su familia biológica sobre su paradero. Estos hechos fueron calificados por la Corte como "una forma particular de desaparición forzada de personas, por haber tenido el mismo propósito o efecto, al dejar la incógnita por la falta de información sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo, en los propios términos de la referida Convención Interamericana".<sup>68</sup>

Finalmente, el caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, pese a tratarse de la última sentencia dictada por la Corte, en el periodo cubierto por esta investigación, en la que se identifican mujeres desaparecidas, no contiene consideraciones relevantes de la desaparición forzada desde una perspectiva de género. Es difícil entender este silencio, ya que en casos anteriores de Guatemala de la misma época, como en la Masacre de Río Negro, la Corte había hecho determinaciones sobre la violencia contra las mujeres. Quizás, pueda deberse a una falta de argumentación por parte de los representantes de las víctimas o a un signo más de la inconsistencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La respuesta a este interrogante es fundamental, pues hasta ahora no es posible determinar, a partir de la jurisprudencia de la Corte, si la desaparición forzada de una mujer es de por sí un caso de violencia contra la mujer, como parecería insinuar el Grupo de Trabajo. Si bien la Corte no ha respondido directamente a esta pregunta, ha dicho en el caso Perozo y otros vs. Venezuela que no toda violación a los derechos de una mujer es un caso de violencia contra la

67. Caso Gelman vs. Uruguay., supra. Párrs. 121 y 125.

68. *Ibíd.* párr.132.



mujer.<sup>69</sup> En palabras de la Corte:

“La Corte considera necesario aclarar que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Aunque las periodistas mujeres hayan sido agredidas en los hechos de este caso, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres. Los representantes no demostraron en qué sentido las agresiones fueron “especialmente dirigid[as] contra las mujeres”, ni explicaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque “[por su] sexo”. Lo que ha sido establecido en este caso es que las presuntas víctimas se vieron enfrentadas a situaciones de riesgo, y en varios casos fueron agredidas física y verbalmente por particulares, en razón de laborar para el canal de televisión Globovisión y no por otra condición personal [...]. De esta manera, *no ha sido demostrado que los hechos se basaran en el género o sexo de las presuntas víctimas.*”

Asimismo, la Corte considera que los representantes no especificaron las razones y el modo en que el Estado incurrió en una conducta “dirigida o planificada” hacia las presuntas víctimas mujeres, ni explicaron en qué medida los hechos probados en que aquellas fueron afectadas “resultaron agravados por su condición de mujer”. Los representantes de las víctimas tampoco especificaron cuáles hechos y en qué forma representan agresiones que “afectaron a las mujeres de manera desproporcional”. Tampoco han fundado sus alegatos en la existencia de actos que, bajo los artículos 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará, puedan ser conceptualizados como “violencia contra la mujer”, ni cuales serían “las medidas apropiadas” que, bajo el artículo 7.b), el Estado habría dejado de adoptar en este caso “para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”. En definitiva, la Corte considera que no corresponde analizar los hechos del presente caso bajo las referidas disposiciones de la Convención de Belém do Pará”.<sup>70</sup>

Si fuese así, parecería que habría que probar específicamente qué aspectos de la desaparición forzada de una mujer constituyen violencia contra la mujer y cuáles no. Y aun en el supuesto de constituir también violencia contra la mujer cabe preguntarse si es posible presumir o es necesaria

69. Caso Perozo y otros vs. Venezuela, supra. párr. 295.

70. Caso Perozo y otros vs. Venezuela, supra. Párr. 295 y 296.

probar de manera genérica o para la víctima en concreto dicha violencia de género. Y en el caso de ser necesario probar la violencia, cabe preguntarse si se utilizará el estándar recientemente elaborado en *J. vs. Perú* que abandona el grave precedente del caso *Loayza Tamayo vs. Perú*.<sup>71</sup> En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte avanza una respuesta, expresando:

*"Los señalados actos cometidos<sup>72</sup> contra María Claudia García pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, que habrían sido perpetrados por agentes estatales argentinos y uruguayos, que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género. Los hechos le causaron daños y sufrimientos físicos y psicológicos que, por los sentimientos de grave angustia, desesperación y miedo que pudo experimentar al permanecer con su hija en un centro clandestino de detención, donde usualmente se escuchaban las torturas infligidas a otros detenidos en el SID, y no saber cuál sería el destino de ella cuando fueron separadas, así como haber podido prever su fatal destino, constituyen una afectación de tal magnitud que debe ser calificada como la más grave forma de vulneración de su integridad psíquica"*.<sup>73</sup>

71. En el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* de 1995, a pesar de existir indicio obtenido a partir del testimonio de la Sra. Loayza Tamayo sobre el uso de la violencia sexual como tortura, la Corte IDH no se pronunció sobre el asunto por falta de prueba directa y no estableció responsabilidad internacional del Estado por estos hechos. Posteriormente el criterio del Tribunal comienza a tener una sostenida evolución en materia de violencia sexual contra las mujeres, cambiando las exigencias probatorias y de contexto con las que acreditaba o descartaba la responsabilidad internacional del Estado, lo cual se desarrolla por vez primera en los casos *Inés y Valentina vs. México* de 2010 y se reafirma en la actualidad en el caso *J vs. Perú* de 2013 en donde se acredita la violencia sexual sufrida por la víctima con especial consideración en el contexto de su detención y a sus propias declaraciones, otorgándole a estas un valor probatorio determinante en la acreditación de los hechos. Además de desarrollar con exhaustividad otros criterios probatorios que reafirmaban lo descrito por la víctima, como: los exámenes médicos, las declaraciones del ministerio público y la falta de investigación en los hechos descritos. Atendiendo siempre la particular agresión que se debe acreditar en un caso de violencia sexual.

72. La Corte IDH indica que si bien no hay información categórica acerca de lo ocurrido con la víctima después de la sustracción de su hija, se refiere en el párrafo N° 97 a los siguientes actos: detención de la víctima en estado de embarazo, separación de su esposo sin conocer su paradero, retención en un centro clandestino de detención y tortura, la utilización de su cuerpo en función del nacimiento y lactancia de su hija que luego fue sustraída y se le sustituyó la identidad.

73. Caso *Gelman vs. Uruguay*, supra. párr.98.

La Corte no solo se refiere a los actos cometidos contra la desaparecida María Claudia García como constitutivos de violencia contra la mujer basada en el género, sino que además los caracteriza como "una de [sus] formas más graves y reprochables". Este análisis diferenciado de la Corte sobre la violencia contra la mujer coincide con lo sostenido por el Grupo de Trabajo en su Observación General y representa un excelente ejemplo aplicado de la perspectiva de género en tanto y en cuanto un tipo de violencia diferenciada por el hecho de ser mujer a un caso concreto. Esta línea se inicia en el caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú y se consolida y expande fundamentalmente con el caso de González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. En este último caso, la Corte desarrolló amplias ideas sobre la violencia de género, consistentes y concordantes con lo dicho por el Grupo de Trabajo. Así la Corte observa que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género<sup>74</sup>, señalando:

"(...) distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida. El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez "tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres". A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar "no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades" y que estas situaciones de violencia están fundadas "en una cultura de violencia y discriminación basada en el género".<sup>75</sup>

Además el Tribunal considera lo señalado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al expresar que el "derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de

74. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, párr.229.

75. *Ibíd.*, párr. 127. (citas internas omitidas).

toda forma de discriminación"<sup>76</sup>. Con relación a los alcances de la discriminación, la Corte retoma lo que una vez dijera en el Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú:<sup>77</sup> que esta incluye "la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, y que abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad"<sup>78</sup>.

Si bien estos casos no tratan sobre desapariciones forzadas, estas consideraciones demuestran cómo debería analizarse un caso de desaparición forzada de una mujer, es decir, qué aspectos de una desaparición forzada ocurren por el hecho de ser mujer o afectan a la mujer en forma desproporcionada. Desde esta perspectiva es posible ver que la Corte no ha hecho un análisis consistente de la desaparición forzada de mujeres como una forma agravada de violencia de género. Sin embargo, en los últimos tiempos pareciera que el Tribunal ha comenzado a realizar una aproximación más acorde con la perspectiva del Grupo de Trabajo.

De todas maneras no es un avance lineal. Obviamente también hay aspectos donde la violencia contra la mujer se ejerce en función de su maternidad y muchos estereotipos asociados con ella. Por ejemplo, en el caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*,<sup>79</sup> que como indicamos la Corte no lo consideró un caso de desaparición forzada, el Tribunal determinó que *Maritza Urrutia* sufrió violaciones a su integridad física y psíquica que fueron calificados como actos de tortura. En relación con su maternidad la Corte considero que: "sus secuestradores la presionaron para que les diera información, la amenazaron con que la iban a matar y le dijeron que tenían a su hijo en una habitación. Estaba muy nerviosa y alterada, especialmente porque pensaba que habían secuestrado a su hijo". Sin embargo, en ningún momento la Corte analizó el impacto especial que pudo haber tenido en ella el ejercicio de este tipo de violencia.<sup>80</sup>

76. *Ibíd.* párr. 394.

77. Caso del Penal Miguel Castro Castrov. Perú, *supra.*, párr. 303.

78. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, *supra.*, párr. 397.

79. Caso *Martiza Urrutia vs. Guatemala*, *supra.*

80. CLÉRICO, L., y NOVELLI, C., "La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios constitucionales*, vol. 12, no. 1, 2014, pp. 15-70.

## IV.B. Mujeres víctimas de desapariciones forzadas

El Grupo de Trabajo no solamente realiza un análisis de género de mujeres que han desaparecido forzosamente, sino que adicionalmente, establece que las mujeres familiares de hombres desaparecidos también se consideran víctimas de desapariciones forzadas.<sup>81</sup> A criterio del Grupo de Trabajo debe utilizarse una concepción amplia de quién es una víctima de desaparición forzada, que no se limita a quien ha desaparecido.<sup>82</sup>

El Grupo de Trabajo y tal como se desarrollará en más detalle a continuación, demuestra de diversas maneras cómo las mujeres familiares de personas desaparecidas sufren de una manera diferenciada y desproporcionada. Entre otros aspectos, el Grupo de Trabajo resalta que la victimización de los familiares es aún mayor cuando el desaparecido es un hombre, ya que habitualmente estos encabezan sus familias, lo que puede tener consecuencias tales como la marginación social y económica de la familia, y la vulneración de varios derechos económicos, sociales y culturales de sus miembros.<sup>83</sup> Otro aspecto que también resalta el Grupo de Trabajo es que las madres de personas desaparecidas con frecuencia son estigmatizadas socialmente debido a que se les culpa de no cuidar adecuadamente a sus hijos.<sup>84</sup>

En relación con el reconocimiento de la calidad de víctimas de las mujeres familiares de hombres desaparecidos, de acuerdo con lo planteado en la Observación General, es posible señalar que, a partir de la sentencia dictada en el caso *Castillo Páez vs. Perú*, la Corte comienza a afirmar que los familiares de las víctimas de desaparición forzada<sup>85</sup> pueden ser,

81. Observación General. párr. 4.

82. Ver en este sentido, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Artículo 24.

83. Observación General. párr. 12.

84. Observación General. párr. 11.

85. La Corte IDH generalmente utiliza la expresión "víctimas de violaciones a los derechos humanos" y no "víctimas de desapariciones forzadas", sin embargo, se prefirió utilizar dicha expresión para los efectos de este artículo, por cuanto el universo de casos estudiados se refiere únicamente a casos de desaparición forzada. En la sentencia del caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* la corte habla de los "casos que involucran la desaparición forzada de personas" (párr. 87), sin embargo, en la sentencia siguiente sobre desapariciones forzadas, es decir, la dictada en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, la Corte vuelve a utilizar la expresión "familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos" (párr. 105).

a su vez, víctimas, de tal modo que dejan de ser reconocidos únicamente como beneficiarios de las reparaciones.<sup>86</sup> De todas maneras y a pesar de la importancia de este avance jurisprudencial, debido a que la Corte solo puede considerar la desaparición forzada a través de la violación de artículos específicos de la Convención, los familiares tan solo son considerados víctimas de violaciones al artículo 5 en tanto su integridad psíquica y moral es afectada y de los artículos 8 y 25 en tanto y en cuanto se refiere a su derecho a la justicia. Sin perjuicio de que la Corte utiliza una concepción amplia de víctima, lamentablemente hasta la fecha no ha analizado desde una perspectiva de género la situación diferenciadas de las familiares mujeres víctimas de desapariciones forzadas. Ello sin perjuicio, y a pesar de que aun sin enfocarse sobre las afectaciones específicas de género, la Corte ha considerado en algunos casos las afectaciones particulares sufridas por familiares de víctimas. Así, por ejemplo, en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, donde la madre, para buscar a su hijo, debió dejar de trabajar, el Tribunal, entre otras cosas ordeno que el Estado le brinde un curso de alfabetización.<sup>87</sup>

En la sentencia del caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, la Corte identifica y describe situaciones de violencia de género cometidas en contra de mujeres familiares de las víctimas, pero desaprovecha la oportunidad de nombrarlas como tal (violencia de género y/o violencia sexual) y hacer un análisis con perspectiva de género de ellas. Nuevamente podemos indicar que no solo la Corte sino también los representantes y la Comisión guardaron silencio en cuanto a la calificación jurídica de los hechos como violencia de género. Entre otras situaciones, se puede mencionar como ejemplo que la hermana del Sr. Goiburú –una de las víctimas desaparecidas–, fue detenida por su calidad de tal, debió pasar la mayor parte de su embarazo en prisión y que dio a luz en una Comisaría.<sup>88</sup> Y en relación con otra familiar, la Corte agrega:

“d) la hermana de Carlos José Mancuello Barreiro, Ana Elizabeth, acompañó a su madre en la búsqueda de su hermano y fue objeto de humillaciones y castigos físicos por parte de los diferentes agentes de seguridad

86. Con anterioridad al Caso *Castillo Paéz vs. Perú*, la Corte dictó sentencia en los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Godínez Cruz vs. Honduras* y *Garrido y Baigorria vs. Argentina*.

87. Caso *Gómez Palomino vs. Perú*, supra. párr. 148.

88. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, supra., párr. 99, letra b).

a los que recurrieron, "llegando incluso varios de ellos a solicitar favores sexuales de [su] parte a cambio de que [las] dejaran ver a [su] hermano, o bien prometiéndole a [su] madre que lo dejarían en libertad".<sup>89</sup>

La Corte reconoce en dicho caso que la violación a la integridad personal de los familiares se vio agravada por las circunstancias vividas por ellos durante y con posterioridad a la desaparición de sus seres queridos. Sin embargo, como ya decíamos, se efectúa un análisis neutral, que no se hace cargo de las particularidades de las vivencias de las familiares mujeres, lo que resultaba particularmente necesario por el hecho de haberse identificado situaciones constitutivas tanto de violencia de género, como específicamente, de violencia sexual. En palabras de la Corte:

"Los hechos del presente caso permiten concluir que la violación de la integridad personal de los familiares de las víctimas, consecuencia de la desaparición forzada, se ha visto agravada por las situaciones y circunstancias analizadas, vividas por algunos de ellos, antes, durante y con posterioridad a dicha desaparición. Muchas de estas situaciones y sus efectos, comprendidas integralmente ante la complejidad de la desaparición forzada, subsisten mientras persistan algunos de los factores verificados. Los familiares presentan secuelas físicas y psicológicas ocasionadas por los referidos hechos, que continúan manifestándose, y los hechos han impactado sus relaciones sociales y laborales y alterado la dinámica de sus familias. Estas situaciones continuadas surgen elocuentemente de las propias palabras de algunos de los familiares de dichas personas que rindieron su declaración en el proceso ante este Tribunal".<sup>90</sup>

A diferencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, en *Goiburú y otros vs. Paraguay* las particularidades de la vulnerabilidad de una mujer embarazada en prisión no son analizadas desde esta perspectiva. Una muestra más de las inconsistencias y vaivenes jurisprudenciales del tribunal interamericano. En marcado contraste, en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, la Corte se aproxima notablemente a lo que podría ser un análisis con perspectiva de género de la afectación que sufren los familiares de las víctimas desaparecidas, al reconocer la existencia de roles al interior de la familia, sin embargo, no llega a explicitar en su análisis la relevancia del sexo de los familiares en razón del género. El Tribunal expresa:

"Adicionalmente, la Corte observa que, según el informe sobre la afec-

89. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, supra., párr. 102.

90. *Ibid.*, párr. 103.

tación psicosocial de los familiares del señor Rosendo Radilla, su desaparición ha tenido un impacto traumático y diferenciado en la familia como colectivo, debido a la obligada reestructuración de roles de cada una de los miembros, con las evidentes afectaciones al proyecto de vida de cada uno. En tal sentido se expresaron tanto el señor Rosendo Radilla Martínez como la señora Andrea Radilla Martínez. Esta última declaró:

*[Su] vida dio un giro total, de sentir[s]e protegida, apoyada y tranquila, pas[ó] a sentir[s]e responsable de [su] madre y sus responsabilidades, [s]e sent[ió] interrogada, vigilada y sin recibir solidaridad de nadie, la angustia fue [su] estado natural".<sup>91</sup>*

El Grupo de Trabajo, destaca en su Observación General la especial afectación que provoca una desaparición forzada en las mujeres familiares de la víctima. Por una parte expresa que frecuentemente las madres de personas desaparecidas son estigmatizadas socialmente al atribuírseles la responsabilidad de no cuidar a sus hijos adecuadamente, situación que puede generar en ellas graves traumas psicológicos y emocionales.<sup>92</sup> Por otra, plantea que la victimización de los familiares es mayor cuando quien es hecho desaparecer es el hombre cabeza de familia, lo que produce un quebrantamiento de la estructura familiar y perjudica "a la mujer" económica, social y psicológicamente, situación que se agrava, material y emocionalmente, si la mujer decide emprender la búsqueda de su ser querido.<sup>93</sup> Hasta el momento, el Tribunal al analizar los obstáculos y efectos socioeconómicos de las desapariciones forzadas, lo ha hecho de una manera neutral sin prestar atención a las especiales circunstancias de las mujeres. En las consideraciones explícitas que realiza la Corte sobre las afectaciones a los familiares no realiza distinciones en cuanto al género.

#### **IV.C. Obligaciones de los Estados frente a las violaciones de los derechos de mujeres víctimas de desapariciones forzadas**

La Observación General describe los tipos de medidas que deben adoptar los Estados a fin de prevenir y responder a todas las formas de vio-

91. Caso Radilla Pacheco vs. México. supra., párr. 171.

92. Observación General, párr. 11.

93. *Ibíd.*, párr. 12.



lencia de género, incluida la relacionada con las desapariciones forzadas.<sup>94</sup> El Grupo de Trabajo puntualiza que dichas medidas deben considerar la eliminación de los obstáculos a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres víctimas de desapariciones forzadas, y que se debe tratar no solo de medidas de protección, sino también de acción afirmativa en todas las esferas, para reforzar la participación de las mujeres en la prevención y eliminación de las desapariciones forzadas.<sup>95</sup> Se señala también que los Estados deben prestar especial atención a los obstáculos que impiden a las mujeres víctimas de desaparición forzada gozar de la misma manera que los hombres de sus derechos.<sup>96</sup> Lo que el Grupo de Trabajo hace es llamar a los Estados a considerar en sus respuestas frente a las desapariciones forzadas y en el cumplimiento de sus obligaciones de prevenir y erradicar tal fenómeno, de considerar las desigualdades estructurales entre mujeres y hombres, los impactos y violaciones diferenciadas sufridas y las necesidades particulares de las mujeres.

En otras palabras, en todas las obligaciones en materia de prevención y erradicación de la desaparición forzada y en todas las medias de justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición, el Estado debe actuar adoptando una perspectiva de género. Así por ejemplo, el Grupo de Trabajo insiste que los Estados deben tener en cuenta al sancionar a los autores de las desapariciones forzadas las distintas situaciones que pueden afectar a las mujeres desaparecidas en razón del género (violencia sexual, embarazos no deseados, etc.), ya que cada uno de esos factores puede exacerbar la gravedad del delito.<sup>97</sup>

Quizá ningún otro tribunal en el mundo ha desarrollado una jurisprudencia tan de avanzada y detallada en materia de prevención, investigación, juzgamiento, sanción, reparación, derecho a la verdad y garantías de no repetición en relación con las desapariciones forzadas como lo ha hecho la Corte Interamericana. Pero al mismo tiempo, la Corte no ha avanzado en analizar la totalidad de estas obligaciones con una perspectiva de género cuando así es necesario.

Si bien las sentencias de la Corte no desarrollan de manera expresa los estándares descritos por el Grupo de Trabajo, es posible destacar que en el

94. *Ibíd.*, párr.14.

95. *Ibíd.*, párr.15.

96. *Ibíd.*, párr.16.

97. *Ibíd.*, párr.19.

caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, se hace referencia a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"), argumentando que sus disposiciones complementan las obligaciones que tiene el Estado en virtud de la Convención Americana, en particular, las obligaciones de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos denunciados. El Tribunal señala:

"Al respecto, la Corte considera pertinente señalar que *la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos* no se deriva solamente de la Convención Americana. En determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, esta obligación *también se desprende de otros instrumentos interamericanos* en la materia que establecen la obligación a cargo de los Estados Partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados. Por ejemplo, la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"*. Así, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen "el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia [...] conforme a las *obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas [...] en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer*. [D]ichas disposiciones [...] *especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado* con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana", así como "el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal".<sup>98</sup>

Lamentablemente la Corte no ha avanzado de manera detallada en lo que significan estas especificaciones y complementos que trae la Convención de Belém do Pará a la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de mujeres desaparecidas. Esto parecería que comienza a despejarse de alguna manera en este caso donde la Corte agrega que la falta de investigación de los hechos alegados de violencia sexual (entre otros) constituye un incumplimiento de las obligaciones del Estado, de conformidad a la Convención, y además, en este caso, a la luz de la Convención de Belém do Pará.<sup>99</sup> Sin embargo, aun a pesar de la repetida mención a la violencia sexual en esta masacre, la Corte no especificó

98. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, supra., párr. 222.

99. *Ibíd.*, párr. 227.

si algunos de los hechos encuadraban en violencia sexual en el contexto de una desaparición forzada. Ya que gran parte de la determinación se basa en la situación de una mujer sobreviviente de la masacre que fue víctima de violencia sexual, hubiese sido importante que la Corte fuese más explícita si extendía sus conclusiones a las mujeres desaparecidas.

En las sentencias en que las mujeres son víctimas debido a ser familiares de desaparecidos, si bien el Tribunal desarrolla ampliamente estándares sobre las obligaciones del Estado frente a las desapariciones forzadas y cómo estas influyen sobre los derechos de los familiares, la Corte no realiza análisis diferenciados respecto de las obligaciones que surgen para el Estado frente a mujeres familiares de personas desaparecidas, en razón del género. Por ejemplo, la Corte falla en realizar determinaciones sobre obligaciones de los Estados en atender las particulares afectaciones de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, de la prevención y remoción de las prácticas estigmatizadoras contra madres, esposas, hijas de personas desaparecidas, las obligaciones de proveer atención médica y psicosocial desde una perspectiva de género, de remover los obstáculos específicos que las mujeres enfrentan en el acceso a justicia por solo mencionar algunas.

En ninguna de estas categorías, la Corte incorpora la situación de las mujeres como cabeza de hogar y los impactos que estas generan en sus familiares. Tampoco presta suficiente atención a otra dimensión en la que se insertan estos casos y es el de la feminización de la pobreza.<sup>100</sup> Todo ello, demuestra que lamentablemente la Corte aún no ha incorporado la perspectiva de género de manera integral y sistémica en este área

#### **IV.D. RECLUSIÓN DE MUJERES Y DESAPARICIÓN FORZADA**

El Grupo de Trabajo señala al respecto que los Estados deben tener en cuenta las necesidades y realidades específicas de las mujeres recluidas al elaborar sus leyes, procedimientos, políticas y planes de acción pertinentes, y plantea que los Estados están obligados a velar porque las mujeres privadas de libertad sean alojadas en locales separados de los ocupados por

100. Ver por ejemplo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "Entender la pobreza desde la perspectiva de género" en, *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 52, 2004, consultado en [<http://hdl.handle.net/11362/5918>]

los hombres y a asegurarse de que su vigilancia inmediata está a cargo de mujeres.<sup>101</sup>

En las sentencias estudiadas, tanto aquellas en que se pueden identificar mujeres desaparecidas, como en las que las mujeres aparecen como familiares de otras personas desaparecidas, no se desarrollan estándares por parte de la Corte en el sentido planteado por la Observación General. Puede señalarse como una excepción el caso *Gelman vs. Uruguay* donde, tal como se explicó previamente, la Corte desarrolla amplias consideraciones sobre la situación de detención de una mujer embarazada. Ello es un ejemplo de una práctica que debería consolidarse.

Paralelamente, en otros casos de privación de libertad de mujeres como lo es el caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*,<sup>102</sup> el Tribunal sí ha desarrollado algunas importantes pautas que toman en consideración la situación específica de la mujer que se encuentra recluida y que por tanto está en custodia de funcionarios estatales. Entre estas pautas destacamos que la Corte determina que las mujeres en reclusión "no deben sufrir discriminación y que deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación, debiendo ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención".<sup>103</sup>

Asimismo, la Corte se refiere a la violencia sexual que pueden sufrir las mujeres recluidas, en donde califica la desnudez forzada como constitutiva de violencia sexual por ser las víctimas constantemente observadas por hombres, señalando que "esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado".<sup>104</sup> Concluyendo que "la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de

101. Observación General, párr. 20 y 21.

102. Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la utilización excesiva de la fuerza que resultó en la muerte de decenas de mujeres recluidas, así como de numerosas heridas en el marco de un operativo en el centro penitenciario Miguel Castro Castro.

103. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, *supra*. párr. 303

104. *Ibíd.*, párr. 306

mujeres detenidas".<sup>105</sup> Estos importantes avances demuestran la capacidad del Tribunal de realizar análisis diferenciados en materia de privación de la libertad de mujeres, aunque no se hayan extendido necesariamente a los casos de desapariciones forzadas de mujeres.

#### IV.E. Derecho a la verdad

El Grupo de Trabajo, en su Observación General plantea que la adopción de una perspectiva de género en relación con el derecho a la verdad debería permitir visualizar cómo las desapariciones forzadas han afectado de manera diferenciada a las mujeres en distintos planos.<sup>106</sup> Pero, al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo avanza al requerir que el proceso mismo de aseguramiento y consecución del derecho a la verdad se realice con una perspectiva de género. Este enfoque de género debe incorporarse en las comisiones de verdad (incluyendo la integración equilibrada de hombres y mujeres en ellas), asegurando la participación de las mujeres en los procesos de establecimiento de la verdad y se deben asignar presupuestos específicos para el análisis de las cuestiones de género.<sup>107</sup>

Si bien las sentencias de la Corte, en su mayoría, desarrollan sofisticados estándares en relación con el derecho a verdad, no se incluye en sus razonamientos una perspectiva de género.<sup>108</sup> Desde los primeros casos sobre desapariciones forzadas la Corte IDH sostuvo como principal preocupación determinar el paradero de la persona desaparecida. En este sentido, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* indica que esta certeza es un derecho de los familiares de la persona desaparecida que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.<sup>109</sup>

105. *Ibíd.*, párr. 313.

106. Observación General, párr. 22.

107. Observación General, párr. 23, 24 y 25.

108. Un buen resumen de la doctrina interamericana sobre el derecho a la verdad puede encontrarse en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la verdad en América* (2014), consultado en [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>]. Para el Grupo de Trabajo puede verse Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, consultado en [[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right\\_to\\_the\\_truth.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right_to_the_truth.pdf)]. Debe aclararse que ni el Grupo de Trabajo ni la Comisión Interamericana incluyen una perspectiva de género en estos documentos.

109. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra.*, párr. 181.

Existe una directa relación entre el deber de investigar los casos de desapariciones forzadas y el derecho a la verdad. Es así como de lo reconocido por el Tribunal en el caso Castillo Páez vs. Perú se desprende que si bien el derecho a la verdad no se encuentra expresamente consagrado en la Convención, si se comprende en la determinación del deber de investigar los hechos que dieron lugar a las violaciones<sup>110</sup> y como indica además en el caso Trujillo Oroza vs. Bolivia no solo respecto al paradero de la víctima, sino de todas las circunstancias relativas a la desaparición.<sup>111</sup> En este sentido, la Corte ha reiterado desde el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en los artículos 8 y 25 de la Convención.<sup>112</sup>

Como hemos indicado previamente, la Corte en sus análisis de los deberes emergentes de los artículos 8 y 25 en materia de justicia no ha aplicado cabalmente la perspectiva de género. Junto con esto, la Corte ha desarrollado las consecuencias que una violación al derecho de la verdad puede generar en los familiares de las personas desaparecidas, indicado al respecto que: "la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante para los familiares cercanos"<sup>113</sup> y que por tanto, "la entrega de los restos mortales en casos de detenidos–desaparecidos es un acto de justicia y reparación en sí mismo".<sup>114</sup> Por otra parte el derecho a la verdad en la jurisprudencia interamericana ha sido desarrollado como un derecho individual y también como un derecho colectivo o social. Al respecto la Corte ha señalado:

"Esta medida no solo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro".<sup>115</sup>

110. Caso Castillo Páez vs. Perú, supra., párr. 86.

111. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas, supra. 38.

112. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, supra., párr. 200. Ver también en: Caso Radilla Pacheco vs. México., supra., párr. 171; Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, supra., párr. 206; Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, supra., párr. 263 y Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú, supra., párr. 220.

113. Corte IDH. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. supra. Párr.114.

114. *Ibíd.* párr.115.

115. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, supra. párr.258 y 259. Ver también: Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, supra. párr.62; Caso Gómez Palomino vs. Perú, supra. Párr.139; Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, supra. Párr.200; Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, supra. Párr.301.

En cuanto a esta dimensión colectiva es en el Caso Gelman vs. Uruguay en donde la Corte determina con mayor precisión su alcance al indicar:

“La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades”.<sup>116</sup>

El Tribunal sostuvo luego, en el Caso Contreras y otros vs. El Salvador, la importancia del derecho a la verdad en una sociedad democrática y cómo deben actuar los poderes públicos en casos de desapariciones forzadas, señalando lo siguiente:

“El Tribunal estima que el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Resulta esencial para garantizar el derecho a la información y a conocer la verdad que los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas del presente caso”.<sup>117</sup>

Sin embargo, la Corte no ha avanzado clarificando cuáles son las obligaciones puntuales desde la perspectiva de género, ni en lo relativo al aspecto individual, ni al colectivo. Por ejemplo, al hablar de patrones y prácticas y el deber de investigar de manera diligente, podría haber insistido en la verdad en cuanto a la violencia sexual como parte de las desapariciones forzadas o en el efecto diferenciado sobre las mujeres familiares de desapariciones forzadas. Es decir que la verdad debe incluir también un análisis de cómo las mujeres son afectadas de una manera diferente a los hombres.

Respecto a las Comisiones de Verdad la Corte indicó, en el Caso Guidiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, que estas son un aporte indiscutido en muchos ámbitos, señalando:

116. Caso Gelman vs. Uruguay, *supra*. Párr.192.

117. Caso Contreras y otros vs. El Salvador, *supra*. Párr.170.

“Contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. Aun cuando estas comisiones no sustituyan la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales, la Corte ha establecido que se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues cada una tiene un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen”.<sup>118</sup>

Nuevamente, aquí la Corte hace un recitado acrítico de sus palabras estándares en materia de comisiones de verdad sin preguntarse si estas desentrañaron y visibilizaron la dimensión del sufrimiento diferenciado de las mujeres. No analiza el Tribunal si las mujeres tuvieron participación y acceso a tales comisiones de la verdad, si hubo una atención especializada a sus necesidades, por solo mencionar algunos de los temas resaltados por el Grupo de Trabajo. Cuando el Tribunal desarrolla estos estándares abstractos y realiza esta enunciación de principios universales sería de esperarse que tuviese una mayor perspectiva de género.

#### **IV.F. Derecho a un recurso efectivo**

El Grupo de Trabajo precisa que las mujeres enfrentan numerosos obstáculos en el ejercicio del derecho a la justicia, frente a lo cual los Estados deberían adoptar medidas adicionales para que las mujeres víctimas de desaparición forzada puedan acceder a los medios necesarios para ejercer sus derechos, como asimismo formular políticas públicas integrales, coordinadas y dotadas de recursos suficientes para garantizarles un pleno acceso a la protección judicial.<sup>119</sup> Señala también, que en la investigación de oficio y con seriedad de este tipo de hechos, los Estados deben velar porque los denunciantes, independiente de su sexo, reciban un tratamiento igualitario, y cuando corresponda existan procedimientos específicos para las mujeres.<sup>120</sup> Y se insta a los Estados a distribuir información sobre los

118. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, supra. párr.298 (referencias internas omitidas). Ver también: Caso García y Familiares vs. Guatemala, supra. Párr.176.

119. Observación General. párr. 26 y 29.

120. *Ibíd.* 27.



recursos judiciales existentes a la población, teniendo en cuenta la diversidad de la comunidad.<sup>121</sup>

Particularmente relevante a la luz de la jurisprudencia de la Corte resulta el estándar fijado en la Observación General en relación con la atención específica que requieren durante la investigación los actos de violencia sexual y de género que pueden venir aparejados a la desaparición forzada. El Grupo de trabajo expresa que en esos casos debería darse mayor visibilidad y atención al sufrimiento de las mujeres, y que los Estados deberían investigar los casos de mujeres actuando con la debida diligencia.

En otras palabras, el recurso efectivo frente a desapariciones forzadas con perspectiva de género, según como es concebido por el Grupo de Trabajo, abarca dos aspectos. Por un lado, garantizar el acceso y trato igualitario a las mujeres y por el otro lado, el Grupo de Trabajo insiste en un aspecto sustantivo del recurso efectivo, es decir que los aspectos de las desapariciones forzadas que se relacionan exclusivamente con las mujeres por ser dirigidos contra ellas precisamente por su condición de mujer son efectivamente investigadas y sancionadas.

La Corte ha explicado en el caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, al analizar las vulneraciones de derechos sufrida por una familiar de una persona desaparecida forzosamente, que fue ella misma víctima de violación sexual, que *"la falta de investigación de una denuncia de violación sexual, implica un incumplimiento del deber de garantizar la integridad personal así como la protección a la vida sexual"*.<sup>122</sup>

Es decir que la Corte, al menos en este caso requiere la investigación específica de la violencia sexual como parte del deber de garantía. En el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, la Corte avanza aún más y plantea la necesidad de tener en cuenta en las investigaciones de los hechos denunciados, los impactos diferenciados respecto de los niños, niñas y las mujeres de la comunidad de Río Negro. La Corte al respecto señala:

*"(...) b) deberá investigar de oficio y de forma efectiva los hechos del presente caso, tomando en cuenta el patrón sistemático de violaciones graves y masivas de derechos humanos existente en la época en que estos ocurrieron. Además de las afectaciones al derecho a la vida, el Estado debe considerar otras posibles graves afectaciones a la integridad personal y a la libertad personal, en particular, los presuntos actos de desaparición*

121. *Ibíd.* 30.

122. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, supra. párr.276.

forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales, *violación sexual*, esclavitud y servidumbre, *teniendo en cuenta, asimismo, los impactos diferenciados con motivo de las alegadas violaciones sufridas por los niños y las mujeres de la comunidad de Río Negro*. El Estado también deberá ejecutar las órdenes de captura de los presuntos responsables que se encuentran pendientes y emitir las que sean pertinentes a efecto de enjuiciar a todos los responsables de los hechos del presente caso".<sup>123</sup>

Esta decisión es de extrema importancia pues llama al Estado a investigar de manera puntual los impactos diferenciados generados con motivo de las violaciones sufridas. El caso Masacre de Río Negro vs. Guatemala, en este aspecto coincide con el Grupo de Trabajo. Hubiese sido muy importante que la Corte explicitara mejor qué significa investigar los impactos diferenciados, cuáles son ellos y cómo deberían ser investigados. Mientras el propósito de una Observación General como la del Grupo de Trabajo es brindar las pautas generales, la Corte en un caso concreto debería no solo desarrollar los estándares sino también traducirlos en cómo deberían aplicarse al caso concreto.

En el caso Contreras y otros vs. El Salvador, el Tribunal retoma la idea de los impactos o situaciones diferenciadas y estipula que es un deber imperativo estatal incluir en las investigaciones un enfoque que tenga en cuenta que las víctimas de desapariciones forzadas eran niños y niñas:

"El Tribunal reitera que *tanto las investigaciones como la búsqueda de personas desaparecidas es un deber imperativo estatal*, así como la importancia de que *tales acciones se realicen conforme con los estándares internacionales, bajo un enfoque que tenga en cuenta que las víctimas eran niños y niñas al momento de los hechos*. Para ello, la Corte considera necesario que el Estado adopte estrategias claras y concretas encaminadas a superar la impunidad en el juzgamiento de las desapariciones forzadas de los niños y niñas durante el conflicto armado salvadoreño, con el propósito de visibilizar el carácter sistemático que adquirió este delito que afectó de forma particular a la niñez salvadoreña y, por ende, evitar que estos hechos se repitan".<sup>124</sup>

Este caso es importante porque llama la atención sobre una característica puntual de las víctimas, que en este caso eran niños y niñas. Ello podría permitir que el género de la víctima también sea considerado como

123. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, supra. párr.257.

124. Caso Contreras y otros vs. El Salvador, supra. párr.184.

una característica particular que debe enfocarse de manera diferenciada en las investigaciones de desapariciones forzadas. Por otro lado, la Corte menciona que parte de las estrategias "claras y concretas" es "visibilizar" el problema (en el caso era el carácter sistemático de las desapariciones). Este propósito, el visibilizar un fenómeno particular, como es la afectación diferenciada a las mujeres en casos de desapariciones forzadas, es lo que subyace en toda la Observación General del Grupo de Trabajo.

Sin embargo, en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador* la Corte no incluye como un elemento relevante a tener en cuenta durante la investigación que se aplique un enfoque de género o especial atención a los actos de violencia sexual y de género cometidas a raíz de la desaparición forzada. Una declaración en ese sentido hubiese sido del todo pertinente, particularmente porque, como se señaló precedentemente, la Corte reconoce en ese caso la especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas a sufrir este tipo de violencia durante épocas de conflicto.<sup>125</sup>

La Corte, entendió en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México* que la obligación de investigar tiene "alcances adicionales" en casos que se enmarcan en un contexto general de violencia contra la mujer. El Tribunal sigue la jurisprudencia europea desarrollada a partir del caso *Angelova y Iliev vs. Bulgaria* indicando "cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial".<sup>126</sup> Acertadamente, la Corte adicionó "El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género".<sup>127</sup> De allí, la Corte desarrollaría pautas muy precisas de cómo debería llevarse a cabo una investigación eficaz cuando las violaciones responden a un patrón estructural o sistemático, como ocurre en un contexto de violencia contra la mujer. El tribunal reiteró que cuando ciertas líneas de investigación eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos

125. *Ibid.*, supra. párr.101.

126. TEDH. Caso *Angelova y Iliev vs. Bulgaria*. Sentencia de 26 de julio de 2007. párr.98

127. Caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, supra. párr. 293

humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones.<sup>128</sup> No aceptó como permisible que no exista una mínima valoración judicial de los efectos del contexto respecto a las investigaciones por estos homicidios de las tres mujeres,<sup>129</sup> ni que no se contemplara a las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno generalizado de violencia de género.<sup>130</sup>

Por otro lado, la Corte en este mismo caso explicó la importancia de la remoción de los obstáculos en el acceso a la justicia. La remoción de obstáculos legales y estructurales es clave para la eficaz investigación sobre hechos de violencia contra las mujeres. Como se ha explicado, las actitudes discriminatorias de las autoridades policiales y judiciales se traducen en una demora innecesaria, en la inactividad procesal, en la negligencia en la recolección de pruebas y en la falta de contextualización de la violencia motivada en el género. Una muestra de la capacidad de la Corte de analizar los obstáculos particulares que un grupo tradicionalmente marginalizado enfrenta al acudir a la justicia a la par de ser inconsistente en visibilizar y analizar los problemas particulares de las mujeres es el caso Tiu Tojín vs. Guatemala. En ella, la Corte determina que "los familiares de las víctimas desaparecidas enfrentaron obstáculos para acceder a la justicia, en razón a su pertenencia al pueblo indígena Maya".<sup>131</sup> Sin embargo la Corte no hace referencia a las dificultades mayores que pueden haber sufrido las mujeres indígenas en particular, ello a pesar de que la sentencia cita el testimonio de la hermana de la víctima sobre la discriminación que sufrió en el acceso a y ante la justicia.<sup>132</sup>

#### **IV.G. Protección de los testigos y las víctimas**

El Grupo de Trabajo señala que los Estados tienen la obligación de otorgar medidas de protección adicionales para testigos y víctimas de desaparición forzada. En los casos en que estos testigos o víctimas sean mujeres, la protección, para ser efectiva, necesita de una amplia gama de medidas de protección ya sean físicas o psicosociales. Estas medidas dependerán de la gravedad del trauma que hayan sufrido y la estigmatización

128. *Ibid.* párr.366.

129. *Ibid.* párr.369.

130. *Ibid.* párr.370.

131. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, *supra* párr.97

132. *Ibid.*

derivada de los abusos, incluyendo la violencia de género. En este contexto, la Observación General propone que para propiciar un entorno seguro es necesaria la incorporación de una perspectiva de género en los programas de protección de testigos, lo que evitaría la victimización secundaria de las mujeres. Este artículo, tal como se indicó, solo analiza las sentencias de fondos sobre casos de desapariciones forzadas. En estas sentencias, lamentablemente, no se realizaron hallazgos relevantes en las sentencias estudiadas. Por ello, sería muy importante que futuros estudios analicen medidas provisionales para determinar si la Corte utiliza una perspectiva de género en materia de medidas de protección.

#### **IV.H. Participación de las mujeres**

La Observación General indica que los Estados tienen el deber de garantizar una participación activa de las mujeres en todos los procedimientos oficiales y políticas públicas relativas a las desapariciones forzadas. El Grupo de Trabajo identifica que esta se puede ver afectada por la discriminación que sufren las mujeres al ser privadas de mecanismos legales e instituciones públicas, por lo que es preciso reforzar la creación de espacios públicos para mujeres, fomentar su educación en derechos políticos y exigir a los Estados el refuerzo de programas para capacitar a los funcionarios públicos sobre derechos de la mujer, la igualdad y no discriminación y las especiales necesidades de la mujer en las desapariciones forzadas.

Junto con lo anterior, los Estados deberían adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole para facilitar las actividades de los particulares y los grupos de base, que a menudo son el único canal para que las mujeres marginadas participen en el proceso político establecido. Lograda esta participación, el Estado debe tomar medidas para prevenir y combatir las represalias, la intimidación y las amenazas que sufren las mujeres por su activismo en respuesta a las desapariciones forzadas.

Las sentencias analizadas no contienen razonamientos en relación con los estándares desarrollados por el Grupo de Trabajo en materia de participación de las mujeres. Ello a pesar de que la Corte tanto en el aspecto de investigación insiste en la participación de los familiares en los procesos judiciales y en varias reparaciones también indica que deben adoptarse de manera coordinada con las víctimas. Lo mismo puede decirse en medidas provisionales. Pero en ningún caso hasta ahora, el Tribunal ha indicado como debería garantizarse la participación en particular de las mujeres en

estos mecanismos. Insistimos una vez más que los representantes de las víctimas y la Comisión tampoco han hecho un buen trabajo de proveer elementos de análisis factico y jurídico al Tribunal en este área.

#### **IV.I. Derecho a la reparación**

Tanto en materia de reparaciones como en otras áreas, el Grupo de Trabajo indica que es preciso utilizar un concepto más amplio y completo de "víctima" dejando atrás la distinción entre víctimas directas e indirectas. Es decir, es víctima toda persona que ha sufrido un daño como consecuencia de una desaparición forzada. Este nuevo concepto permite señalar como víctimas a mujeres y otros familiares de las personas desaparecidas y con esto reconocer su sufrimiento y contribuir a terminar con los estereotipos y jerarquías de género.<sup>133</sup> En este sentido la Observación General señala que la reparación requiere el reconocimiento de los derechos de las mujeres como ciudadanas en pie de igualdad, observando que los programas de reparación que incorporan una perspectiva de género contribuyen de manera más eficaz a la rehabilitación de las mujeres. Se indica, además, que la reparación importa como un medida de prevención, debiendo los Estados evitar que más personas, y en particular mujeres, se conviertan en víctimas de desapariciones forzadas, especialmente en sociedades en que la violencia contra la mujer se radica en la desigualdad.<sup>134</sup>

Por otra parte, también se resalta que las reparaciones simbólicas son parte de un programa integral de reparaciones, las que contribuyen a la rehabilitación psicológica y emocional de las víctimas y añaden una dimensión de género en la sociedad, debiendo siempre tener por objetivo la eliminación de los estereotipos. Finalmente la Observación General refiere que el goce de las reparaciones puede presentar diversos obstáculos para las mujeres, lo cual debe ser abordado eficazmente por los Estados con el ofrecimiento de servicios adecuados de asesoramiento, rehabilitación y apoyo, asistencia e información.<sup>135</sup>

En ninguno de los 8 casos con mujeres desaparecidas la Corte incorpora reparaciones con perspectiva de género. El único caso en el que se incorpora un enfoque particular es Contreras y otros vs. El Salvador, en

133. Observación General. párr.38.

134. *Ibid.* Párrs. 39 y 40.

135. *Ibid.* Párrs. 42 y 43.

el que se ordena al Estado una medida específica para en relación con la desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto:

"[...] *Dada las circunstancias del presente caso*, el Tribunal considera importante la *realización de un audiovisual documental sobre la desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto armado en El Salvador*, con mención específica del presente caso, en el que se incluya la labor realizada por la Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos, cuyo contenido debe ser previamente acordado con las víctimas y sus representantes".<sup>136</sup>

Lamentablemente, el reconocimiento de situaciones de violencia de género y/o violencia sexual en varios de los casos analizados, no logró verse reflejado en las reparaciones ordenadas. Sin duda, este es un desafío para la Corte en los siguientes casos que deba abordar.

Este silencio contrasta enormemente con los importantísimos avances que la Corte ha realizado en materia de reparaciones en general como en el caso de reparaciones en supuestos de violencia contra las mujeres como es el caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Indudablemente esta sentencia da luz sobre cómo puede proceder la Corte en materia de reparaciones desde una perspectiva de género. Partió el tribunal de la idea que la reparación integral implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que estas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. No es admisible, para la Corte, una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.<sup>137</sup> Conforme a ello, la Corte valoró las medidas de reparación solicitadas a la luz de ciertos criterios entre los que incluyó que las reparaciones restablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar, se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación y se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres.<sup>138</sup>

Entre los casos con mujeres familiares de personas desaparecidas, es

136. Caso Contreras y otros vs. El Salvador, supra. párr.210.

137. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, supra. párr.450.

138. *Ibíd.* párr. 451.

posible destacar el esfuerzo –incompleto– que hace la Corte IDH en materia de reparaciones en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Tal como se expresó en el punto 2) sobre “Mujeres víctimas de desapariciones forzadas”, en el caso Goiburú, la Corte describe situaciones de violencia de género y violencia sexual cometidas en contra de mujeres familiares de las víctimas. Sin embargo, el Tribunal no llega a nombrarlas como constitutivas de violencia de género o sexual ni a hacer un análisis con perspectiva de género sobre las afectaciones diferenciadas que sufren las mujeres por el hecho de ser tales. Sin perjuicio de ello, al momento de establecer las reparaciones por daño inmaterial, la Corte dispone el pago de sumas de dinero diferenciadas, aumentándolas a quienes: 1) eran menores de edad al momento de las desapariciones, 2) promovieron el proceso penal y se vieron enfrentados a irregularidades en el proceso, 3) fueron detenidas y permanecieron en prisión por sus vínculos con los desaparecidos y 4) nacieron en prisión. En relación con el acrecimiento a las sumas de dinero a quienes fueron detenidas y sometidas a prisión, la Corte señala lo siguiente:

(...) v. la cantidad mencionada en el inciso i) será acrecida mediante el pago de \$10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para Gladis Esther Ríos de Mancuello *quien fue detenida junto con su esposo y permaneció en prisión por casi tres años; le quitaron a su hija de meses sin decirle por un tiempo a quién se la habían entregado; pasó la mayor parte de su embarazo en la cárcel y crió a su bebé en prisión durante más de dos años*. Finalmente, la Corte toma en consideración que, luego de ser expulsada del Paraguay, la señora Ríos de Mancuello vivió fuera de su país hasta que cayó la dictadura;

vi. la cantidad mencionada en el inciso i) será acrecida mediante el pago de \$8.000,00 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) para María Magdalena Galeano quien *fue detenida el mismo día de su compañero y permaneció en prisión por más de tres años*;

vii. la cantidad mencionada en el inciso ii) será acrecida mediante el pago de \$8.000,00 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) para Rosa Mujica Giménez quien *fue detenida por ser hermana del señor Goiburú. Asimismo, dio a luz en una Comisaría. Una vez liberada, sufrió prisión domiciliaria y dos años más tarde volvió a ser detenida por dos meses (...)*.<sup>139</sup>

De esta forma, podemos constatar que la Corte valora y considera al-

139. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. párr.160.



gunas de las especiales afectaciones sufridas por las mujeres familiares de desaparecidos al momento de determinar las sumas de dinero correspondientes por daño inmaterial. Pero, de manera inexplicable, no realiza un acrecimiento en la reparación correspondiente a Ana Elizabeth, hermana del desaparecido Carlos Mancuello Barreiro, quien –como adelantamos en un acápite anterior– fue “objeto de humillaciones y castigos físicos por parte de diferentes agentes de seguridad a los que recurrieron” mientras acompañaba a su madre en la búsqueda de su hermano, “llegando incluso varios de ellos a solicitar favores sexuales de [su] parte a cambio de que [las] dejaran ver a [su] hermano (...)”.<sup>140</sup> Una nueva inconsistencia de la Corte.

#### IV.J. Formación y sensibilización

De acuerdo con la Observación General, la formación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley en cuestiones relacionadas con las desapariciones forzadas, debería incluir educación sobre las consecuencias que ellas acarrearán para las mujeres, mencionándose en particular la violencia sexual. Esta formación, se expresa, debería incluir programas destinados a modificar las actitudes estereotipadas con respecto al papel y la condición del hombre y de la mujer.<sup>141</sup> Se dispone así mismo, que es esencial impartir una formación sobre cuestiones de género a los funcionarios judiciales y agentes encargados de hacer cumplir la ley, indicándose que los funcionarios públicos deben ser capaces de conocer los derechos de las mujeres, identificar los casos de violencia de género y los efectos diferenciados de las desapariciones forzadas en las mujeres.<sup>142</sup>

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, pese a la presencia de mujeres víctimas de desaparición forzada, y de haberse constatado expresamente que los actos sufridos por María Claudia García estuvieron basados en el género y podían ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, se ordena incluir en los programas de capacitación sobre desaparición forzada solo un enfoque especializado, referido a la sustracción de niños y niñas, sin incluir un énfasis particular en cuestiones de género:

“En mérito de lo constatado en el expediente, el Tribunal establece

140. *Ibid.* párr.102.

141. Observación General. párr.45.

142. Observación General. párr.46.

que, sin perjuicio de los programas de capacitación para funcionarios públicos en materia de derechos humanos que ya existan en Uruguay, el Estado debe implementar, en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, *programas permanentes* sobre Derechos Humanos dirigidos a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial del Uruguay, *que contemplen cursos o módulos sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas y de sustracción de niños y niñas*".<sup>143</sup>

Nuevamente esta posición contrasta con los avances que se observan en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México* donde la Corte con precisión explicó la importancia de la "capacidad y sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato".<sup>144</sup> Asimismo, la Corte, en otro caso, ordenó que los cursos de formación para las fuerzas armadas debían incluir la perspectiva de género y niñez, ante la constatación de masivas violaciones de derechos por parte de sus integrantes en diversas masacres.<sup>145</sup> Gelman, es una muestra de la invisibilización del género por parte del Tribunal y quizás una muestra del estereotipo de la madre sacrificándose por su hija.

## V. CONCLUSIONES

El análisis de los pronunciamientos de la Corte en materia de desapariciones forzadas y mujeres muestra sus crecientes esfuerzos por aplicar las normas interamericanas con perspectiva de género.<sup>146</sup> El Tribunal ha reconocido en varios casos las formas de victimización específica o diferenciada que sufren las mujeres y niñas. Estos avances coinciden con la aproximación general del Tribunal en los últimos años cuya jurisprudencia

143. Caso *Gelman vs. Uruguay*, supra. párr.278.

144. Caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, supra. párr.285

145. Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 368-369

146. En realidad, la Corte aparece en una posición de avanzada con respecto a otros órganos de derechos humanos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos recién en marzo de 2014 reconoció en un caso de desaparición forzada que la violación de una familiar de personas desaparecidas ha representado una violencia de género y una forma de tortura. Comité de Derechos Humanos, comunicación N° 1900/2009, *Mehalli c. Argelia*, dictamen aprobado el 21 de marzo de 2014, párr. 7.10.

ha mostrado una evolución en el tratamiento de los derechos humanos de las mujeres, incluyendo en varios casos análisis con perspectiva de género. También la Corte ha procurado determinar el alcance de los deberes de los Estados en materia de violencia de género y demostrado su capacidad de entender la especificidad del daño al que están expuestas las mujeres y de ordenar ciertas medidas de reparación específica.

En materia de desapariciones forzadas de mujeres, la Corte ha demostrado especial sensibilidad en particular cuando cuenta con evidencia de violencia sexual contra las mujeres y cuando se enfrenta a situaciones de maternidad. Sin embargo, el Tribunal no ha logrado disipar o traducir en obligaciones concretas del Estado, las dificultades diferenciadas que enfrentan las mujeres por su condición de tales y como reflejo de patrones estructurales de discriminación de las que son víctimas.

Por supuesto, que lo que hemos resaltado en cuanto a estos vaivenes, no siempre es atribuible pura y exclusivamente a la Corte. Por el contrario, los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana no han realizado, en la gran mayoría de los casos, peticiones y alegaciones desde la perspectiva de género. Ello demuestra que todos los actores del sistema son corresponsables del estado actual de la jurisprudencia interamericana. Pero estas falencias de los representantes de las víctimas y de la CIDH no son justificativo para que la Corte no haya acudido de manera más asidua, en casos de mujeres víctimas de desapariciones forzadas, al principio del *iuria curia novit* para suplir estos vacíos argumentativos.

La lectura sistémica de estas 33 sentencias demuestra que el camino recorrido por la Corte ha sido errático, actuando de una manera inconsistente y sus análisis pecan en la generalidad de los casos de una superficialidad manifiesta. Al igual que en muchas otras áreas, las sentencias en casos de mujeres afectadas por desapariciones forzadas parecen más orientadas a sentar grandes principios jurídicos de manera abstracta sin ser aterrizados de manera puntual y determinada al caso concreto y explicando de forma detallada cuales son los elementos facticos exactos y las obligaciones estatales específicas para encontrar o no una violación a los derechos de las mujeres como tales ni cuáles son las medidas claramente definidas que el Estado debería haber adoptado desde una perspectiva de género.

Como hemos dicho al principio, este artículo pretende ser solo el inicio de una línea de investigación más detallada sobre desapariciones forzadas y género. Nuestro estudio es un llamado a estudiar al Grupo de

Trabajo. En este artículo no hemos analizado la consistencia de su trabajo, no discutimos la coherencia y solidez de su Observación General. Tampoco hemos analizado por ejemplo que su Observación General es del 2012 lo que indicaría que el Grupo de Trabajo, comenzó a preguntarse o aplicar una perspectiva de género más tarde que la Corte.

Sobre la Corte también hay toda una serie de preguntas que todavía podemos formular. Solo por mencionar algunas. ¿Existe alguna influencia entre la composición del Tribunal y su jurisprudencia? ¿La presencia de mujeres entre los integrantes de la Corte ayuda a tener una perspectiva de género? ¿Ha habido argumentos de los representantes de las víctimas y de la Comisión desde una perspectiva de género que la Corte obvió revisar? ¿Existe una consistencia entre los casos de violencia de género y los de desapariciones forzadas en particular? ¿Es la Corte más sensible a las particularidades de otros grupos de víctimas como niños y niñas y pueblos indígenas que con las mujeres?

Y también pueden formularse estudios en perspectiva comparada entre el Grupo de Trabajo y la Corte. Los casos de la Corte como hemos indicado, parten de un problema concreto en un caso puntual. A partir de esta situación específica el Tribunal desarrolla su argumentación aunque, como señalamos, muchas veces lo hace de manera general y abstracta. En cambio, la Observación General persigue la fijación de estándares de manera general y no referida a un caso puntual. Todo ello a pesar de que se nutre de las sentencias como material de referencia para construir esos estándares o interpretaciones. Y a la inversa, la Corte IDH se nutre de las Observaciones Generales para interpretar los hechos y las normas para la resolución del caso concreto. Los estudios podrían analizar cómo esta diferencia de objetivos, el caso concreto frente a los estándares generales influye (o no) en la argumentación jurídica del Tribunal y del Grupo de Trabajo.

En definitiva, a pesar de que la Corte no ha logrado de manera cabal traducir el marco analítico ofrecido por el Grupo de Trabajo en su Observación General, con avances y retrocesos, con timideces, con desvíos innecesarios, el Tribunal parece avanzar por la buena senda.

Así mismo, la Corte se refiere a la violencia sexual que pueden sufrir las mujeres recluidas, en donde califica la desnudez forzada como constitutiva de violencia sexual por ser las víctimas constantemente observadas por hombres, señalando que "esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miem-

bros de las fuerzas de seguridad del Estado".<sup>147</sup> Concluyendo que "la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas".<sup>148</sup> Estos importantes avances demuestran la capacidad del Tribunal de realizar análisis diferenciados en materia de privación de la libertad de mujeres, aunque no se hayan extendido necesariamente a los casos de desapariciones forzadas de mujeres.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de derechos Humanos* 6, 2011.
- BALL, P., "Gender and Violence", en *State Violence in Guatemala, 1960-1996: a Quantitative Reflection*, American Association for the Advancement of Science, octubre de 1999.
- BUSTAMANTE ARANCO, D. M., y Vásquez Henao, P. A., "La Convención Belém Do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su entrada en vigor", en *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 11, n° 20, 2011, en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-20/LA%20CONVENCION%20C3%93N%20BEL%20C3%89M.pdf>
- CLÉRICO, L., y NOVELLI, C., "La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios constitucionales*, vol. 12, no. 1, 2014.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), "Entender la pobreza desde la perspectiva de género" en *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 52, 2004, consultado en <http://hdl.handle.net/11362/5918>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, 2011, <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf>
- FACIO, A. y FRIES, L. "Feminismo, Género y Patriarcado", en FACIO, A. y FRIES, L. (comp.), *Derecho y Género*, Santiago, LOM-La Morada, 1999.

147. *Ibíd.* párr.306

148. *Ibíd.* párr.313.

- JURCEVIC, S., “Gender differences in war-related disappearance: Croatian experiences”, en *Military Medicine*, vol. 172, issue 4, 2007. Lamas, M. “Género, diferencias de sexo y diferencia sexual”, en *Debate Feminista*, año 10, vol. 20, México, octubre de 1999.
- LEVINE, C., “Gender and Transitional Justice – a case study of East Timor, UN Beijing Platform For Action.”, en *Canadian Consortium on Human Security*, septiembre de 2004.
- MARAVILLA, C. S., “Rape as a War Crime: The Implications of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’s Decision in Prosecutor v. Kunarac, Kovac, & (and) Vukovic on International Humanitarian Law”, en *FLA Journal of International Law*, 13, 2000-2001.
- MOSER, C., y CLARK, F. C., *Victims, Perpetrators or Actors? Gender, Armed Conflict and Political Violence*, Nueva York, Zed Books, 2001.
- NI AOLAIN, F. & TURNER C., “Gender, Truth & Transition”, en *UCLA Women’s Law Journal*, n°16, 2007, pp. 229- 258.
- RUBIO-MARIN, R., “The Gender of Reparations: Setting the Agenda”, en *What Happened to the Women?*, Nueva York, Social Science Research Council, 2006.
- TIMMER, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 707-738.
- TRAMONTANA, E., “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, en *Revista IIDH*, vol. 53, 2011, pp. 141-181.

## UNA TEORÍA PARA NADA FUERA DE LO COMÚN. TEORÍA DE ROLES: EN LAS ANTÍPODAS DE LA CIVILIZACIÓN DEL DERECHO PENAL\*

FELIPE LAMAS Y LUCAS SCALI\*\*

**Resumen:** En este artículo se analizará críticamente la teoría del delito diseñada por Günther Jakobs a partir de la violación de roles establecidos normativamente; señalando aquellas nociones que, a nuestro entender, son imposibles de admitir como pilares fundamentales de una pretensa teoría objetiva que luego debe ser aplicada a la realidad social.

**Palabras clave:** teoría del delito – derecho penal – pena – violación del rol – tratamientos civilizados – conflictos – estado – imputación objetiva – normalidad social – statu quo.

**Summary:** The following essay presents a critical analysis of the theory of crime designed by Günther Jakobs from the violation of established normative roles; indicating those notions which, in our opinion, are impossible to accept as fundamental pillars of a supposed objective theory which then must be applied to social reality.

**Keywords:** crime theory – criminal law – pain – role violation – civilized treatment – conflict – estate – objective imputation – social normality – status quo.

\* Recepción del original: 5/4/2015. Aceptación: 7/6/2015.

\*\* Felipe Lamas es abogado de la Universidad de Buenos Aires, colaborador de la materia Teoría del delito, cátedra Dr. Daniel Pastor (FD- UBA). Trabaja en la Procuración General de la Nación - Ministerio Público Fiscal. Lucas Scali es abogado de la Universidad de Buenos Aires. Trabaja en la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## I. DISCIPLINANDO SOCIEDADES

Al referirnos o simplemente pensar en la teoría del delito, se nos hace imposible abstraerla totalmente de la realidad en que vivimos. Nos resulta complejo no pensar en las consecuencias que luego ella tendrá en la aplicación cotidiana por parte de las agencias judiciales, y específicamente en los intereses que propone defender. Ello es así porque "toda sistemática responde a cierta ideología: las teleológicas las muestran y las clasificatorias las presuponen: las primeras abren la polémica sobre sus fundamentos ideológicos, en tanto que las segundas suelen aspirar a un grado de asepsia científica o técnica que las preserve de tales discusiones. No por omitir la cuestión, las sistemáticas meramente clasificatorias dejan de cumplir funciones respecto del poder: solo no se preguntan por ellas".<sup>1</sup>

Pero lo que hemos mencionado resulta una nota de color, ya que lo decisivo es determinar qué intereses nos proponemos defender al momento de delinear las bases sobre las que hemos de construir nuestra teoría del delito, es decir, qué función le vamos a asignar al *derecho penal* (saber jurídico).<sup>2</sup>

Es abundante la doctrina referente al tema, y el desarrollo histórico es también interesante, pero creemos –y con ello no queremos ser simplistas– que todas estas nociones y desarrollos acerca de la función del derecho penal se reducen a i) ampliar el poder punitivo o ii) contenerlo y limitarlo.

Cuando analizamos alguna de las teorías de vanguardia en la materia, aquellas que nos son importadas, vemos que se dan varios de los aspectos que hemos mencionado. Es decir, adoptan una sistemática clasificatoria, ocultando intereses, presentando sus teorías como "científicas", "objetivas", para finalmente lograr su cometido, ampliar el poder penal estatal.

Dentro de estas "teorías importadas" se puede encontrar la "teoría de roles" desarrollada por Günther Jakobs. Para entender un poco mejor lo que intentamos explicar, haremos mención a algunos conceptos fundamentales en el desarrollo de la teoría *jakobiana*.

La pena, según Jakobs, sirve al solo mantenimiento de la realidad social.<sup>3</sup> El mal que se produce a través de la pena sirve para señalar que

1. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., y SLOKAR, A., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 377.

2. Ídem, p. 5.

3. JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena*, Monografía presentada en el Congreso de Estu-



quien quebranta la norma se halla en un mundo equivocado.

De ello podemos afirmar que Jakobs considera que el bien jurídico penal es la validez fáctica de las normas, que garantiza que se pueda esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica.<sup>4</sup> En definitiva, "los derechos individuales van dejando de constituir una prioridad para el Estado, superados en importancia por la defensa del modelo globalmente considerado".<sup>5</sup>

Con lo señalado hasta aquí basta para rechazar de lleno una teoría que se asienta sobre estas bases. No es admisible que, luego de las constantes luchas por conquistar mayores libertades para los individuos, por imponer límites al poder arbitrario del Estado se admitan este tipo de teorías con argumentos como, por ejemplo, poseer una sistemática clasificatoria que facilita decisiones. El ejercicio del poder por parte de las agencias jurídicas no puede abstraerse de tal forma que olvide que detrás de estas decisiones judiciales existe ideología, cultura, intereses, política-criminal; en definitiva, poder.

Llegados a este punto, creemos poder trazar un paralelismo entre la "sociedad disciplinada" de Foucault, y esta "sociedad-sistema" pretendida por Jakobs.

A las "sociedades disciplinadas", Foucault las describe como aquellas en las cuales se pretendía moldear a los individuos a partir de las "nuevas tecnologías" introducidas por la implementación de la cárcel y su consiguiente "*administrativización*" del castigo. La "sociedad sistema" de Jakobs utiliza el discurso jurídico para moldear, ya no al individuo –que prácticamente es un mero medio para ulteriores fines– sino a la sociedad. A través del discurso jurídico pretende "neutralizar"<sup>6</sup> a aquellos que se oponen a la sociedad existente y de esta forma universalizar los valores y normas vigentes; pregonar que la sociedad existente es la sociedad ideal. De esta forma se crea, por ejemplo, el concepto de "buen ciudadano" se mantiene

---

diantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, noviembre de 1997, p. 20.

4. JAKOBS, G., *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, p. 58

5. RAFECAS, D., *Crítica a los conceptos funcionalista-sistémicos de pena y culpabilidad*, consultado en [[http://www.catedrahendler.org/material\\_in.php?id=5](http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=5)].

6. Si bien hemos enrolado la teoría jakobiana dentro de la preventivo-general positiva, no es posible dejar de mencionar que tiene algunas características de las teorías absolutas de la pena.

el orden que predomina en la sociedad, se privilegian unos valores sobre otros, se moldea el "sentido común"; es decir, todo un discurso organizado para ejercer control social. En definitiva, utiliza el discurso jurídico para mantener un *statu quo* y ampliar el poder punitivo contra aquellos que intenten reemplazarlo o alterarlo.

Un concepto que utiliza Jakobs en su discurso jurídico es "la violación del rol". Por "rol" se entiende un "sistema de posiciones definidas de modo normativo, que puede estar ocupado por individuos cambiantes".<sup>7</sup> Para Jakobs el injusto se asienta sobre esa *violación al rol*.

## II. ¿DESCRIBIR O PRESCRIBIR?

Ser portador de un rol, nuestro rol de cada día. Es conocida la familiaridad entre ese rol y la normalidad social, o más bien, la anormalidad social de quien no lo cumple. También es conocida la familiaridad entre esa normalidad y los «valores morales» tradicionales. La pregunta en cuestión, no tan resonante, es: ¿estas familiaridades –según el discurso funcionalista– son datos meramente descriptivos de algunas realidades o son prescripciones para seguir manteniendo esas realidades?

La respuesta a esa pregunta tendría que ser contestada precisamente por quienes decidieron describir al individuo como ese ente en función de la normalidad. Sin embargo, hay quienes explican<sup>8</sup> que si bien se comenzó solo por describir realidades, con el tiempo, estos relatores de la normalidad social parecen haberse enamorado de esa explicación y sostener que ese "ser" es también el "debe ser" hasta querer llegar a transformar la estructura misma del delito, señalando que no se lo debería construir principalmente desde datos lógicos y ontológicos –como el "dolo" o la "causalidad"–, sino que el delito y su respectiva pena deberían responder, más bien, a las desviaciones de la normalidad.<sup>9</sup>

7. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., y SLOKAR, A., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 469.

8. Puede apreciarse en trabajos de Ferrajoli L., que analizaremos más adelante, o bien de Anitua, G., una visión que permite observar desde cierta perspectiva panorámica la geografía de la llamada filosofía realista, y cómo esta fue ganando terreno en el mapa político del derecho penal. Otorgando vigencia a la idea hegeliana de que "lo que es real es racional".

9. JAKOBS, G., *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 25 y 26.

Resulta ser variado el repertorio de críticas que se le han hecho a esta corriente de teorías simbólicas funcionales a valores morales tradicionales (al sistema social tradicional, o como se prefiera), sin embargo queremos destacar una en particular: cuando se separa el hecho típico de la realidad social y se disipa en una mera adscripción de significado se suprime la dimensión real de la criminalidad.<sup>10</sup>

Una mera adscripción de significado: si esto es el hecho típico –siguiendo la crítica de Roxin, expresada en el párrafo anterior– el delito sería un símbolo dentro de una teoría. Resulta difícil adherir a esta explicación del delito cuando hay que aceptar que este conjunto de símbolos es la construcción de una teoría compatible con la realidad social, que no ignora las vulnerabilidades que habitan en ella, ni desoye los motivos sociales que generan la criminalidad, ni desatiende los elementos ontológicos, ni abandona la opción antropológica a la hora de analizar los comportamientos.

En la imputación objetiva del comportamiento es un dato objetivo el que se imputen desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol.<sup>11</sup> Teniendo en cuenta este dato, cabe destacar la tendencia actual de la dogmática penal que busca, cada vez más, brindar distintas explicaciones de la teoría del delito desde la imputación objetiva.

Ya explicamos que a esta corriente no le interesa, como eje del análisis, un conflicto/delito en cuanto lesión que sufre la víctima, sino que lo importante es la violación de un rol establecido normativamente. De tal forma, en tanto los bienes jurídicos de la víctima no sean considerados como parte del eje de análisis, será muy difícil pensar en redefiniciones del conflicto que la tengan en cuenta: sean criterios de oportunidad<sup>12</sup>, sean

10. ROXIN, C., "El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania", en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, octubre de 2012, p. 16.

11. JAKOBS, G., *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 21.

12. Artículo 31 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. La finalidad de los Principios de Oportunidad apunta, tal como señala Bovino, a que sean de utilidad para el Ministerio Público a la hora de buscar criterios genéricos en política persecutoria penal. Otorgando, de tal forma, redefiniciones alternativas a la persecución. A su vez, ello remite a los supuestos de intervención de la víctima por conversión de la acción que el mismo Código plantea en su art. 33: oportunidad que podría abrir puertas no solo a la posibilidad concreta que la víctima tendría para perseguir, sino –potencialmente– a la de condicionar esta persecución de acuerdo con su interés.

resoluciones mediante tratamientos civiles; mediaciones derivadas de lo penal; u otros tratamientos alternativos al castigo carcelario.

Hablar de tratamientos civilizados, menos civilizados o incivilizados podría parecer un recurso semántico algo dramático o hasta un tanto fatalista; pero las palabras solo pueden utilizarse con esos fines si el relato que las congrega es confuso, haciendo uso de expresiones categóricas estériles o palabras vacías sin explicaciones lógicas de su contenido. Es por eso que consideramos necesario dejar en claro el origen y etimología de la palabra "civilizar": Edmundo S. Hendler ha sintetizado en esta idea el espíritu de su pensamiento: "la voz "civilizar" tuvo, hasta 1752 (...) el sentido exclusivo de denotar la conversión de un proceso penal en uno civil".<sup>13</sup> Es por ello –tal como lo señalan los compiladores de su obra homenaje– que estas palabras de Hendler tienen el punto de partida de su enseñanza: "elementos que permiten conformar un enjuiciamiento penal que responda al viejo espíritu de la voz civilizar. En otras palabras, un derecho reductor de la violencia en el proceso de redefinición de los conflictos".<sup>14</sup> Estas razones brindan un suelo fértil para generar, o al menos intentar, alguna reflexión productiva sobre los tratamientos que han recibido y siguen recibiendo las distintas conductas que realizamos en sociedad. Tratamientos más violentos, tratamientos más civilizados, unos u otros según la legitimación o deslegitimación histórica de ciertas conductas.

Dichos tratamientos y la forma en que fueron destinándose a las diversas conductas (la selectividad con que se ha hecho), dejan entrever que existe un trato *más civilizado*/menos violento, o bien, *menos civilizado*/más violento, según nos mantengamos dentro o salgamos de nuestro rol. Esta lógica, si se observa con detenimiento, es ciertamente similar a aquella que pregona un tratamiento para los enemigos y otro para los que no lo son: *lógica de la guerra*, así la llama Ferrajoli.<sup>15</sup> Este autor explica que "conocemos bien la capacidad expansiva y los efectos de contagio del imaginario penalista... hasta incluir –dentro de esta lógica, por vía del contagio

13. TEDESCO, I. F., "Hacia la civilización del Derecho penal. En homenaje al pensamiento de Edmundo S. Hendler" en *La cultura penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 569.

14. *Idem*.

15. FERRAJOLI, L., "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal", en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 19, Puebla, Siena Editores, 2007, p. 6

imaginario— los atentados contra la seguridad provenientes de la pequeña delincuencia callejera y de subsistencia.

Deviene esencial destacar la similitud entre aquella *lógica de la guerra* (aplicable al derecho penal) que postula un tratamiento para los enemigos y otro para los que no lo son, con la lógica que, de la misma forma, postula un tratamiento para quienes permanecen dentro de su rol y otro para quienes no. Es decir, quienes permanezcan dentro del rol se les otorgará tratamiento, por ejemplo, jurídico civil o de sanciones administrativas; todos ellos dentro de un marco *civilizado* o por lo menos *más civilizado* que aquel que puede otorgar el castigo penal: el derecho penal como la más grave de las sanciones estatales debe más bien, señala Roxin, "únicamente intervenir donde los medios estatales más leves, como las sanciones jurídico civiles, las prohibiciones del derecho penal público, el uso de sanciones administrativas u otras medidas político sociales no son suficientes para garantizar la paz y la libertad",<sup>16</sup> y no supeditar la intervención penal y su correspondiente tratamiento de castigo al esquema de orientación del rol de comportamiento. Lo anterior puede expresarse, en palabras de este autor, señalando que la misión del derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos (el derecho penal nunca ha tenido la función de proteger todos los bienes jurídicos de forma absoluta).<sup>17</sup>

Aceptando que el derecho penal no puede ni debe velar de forma absoluta por los conflictos de toda la sociedad (todos los bienes jurídicos que la componen), el siguiente paso sería tratar de explicar el porqué de la selectividad con la que actúa y la consiguiente inflación penal que ello provoca. Tal vez la respuesta pueda encontrarse buscando dentro de un terreno social más amplio, intentando analizar las relaciones de poder y quienes las componen. Las políticas penales que se implementan tienen "una función simbólica declarada de imponer los valores morales tradicionales. Para ello se utiliza la herramienta tradicional de construir y reprimir subjetividades... Toda esta violencia no solo será la de la imposición no lograda de valores "poderosos", sino también la ejercida por los que se definan a sí mismos o identifiquen con valores, en parte, diferentes pero también

16. ROXIN, C., "El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania", en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, octubre de 2012, p. 5.

17. Ídem.

basados en la exclusión del que no participe de esa nueva identidad".<sup>18</sup> Esta perspectiva resulta interesante dado que si bien se suele hablar de relaciones regidas por imposición de valores nombrados como "tradicionales", lo cierto es que estos pueden ir cambiando con el tiempo y diferenciarse de lo estrictamente clásico o tradicional; sin embargo permanece el denominador común de las "subjetividades poderosas" que permiten a cada *nueva* identidad expulsar o reprimir otras diferentes.

De todas formas, sería necio quien quisiera afirmar que nada ha evolucionado, que las nuevas identidades que fueron naciendo en el tiempo no han generado avances, que las subjetividades y valores "poderosos" no han cambiado desde el Antiguo Régimen a esta efímera modernidad. Antes de la perspectiva legalista característica del liberalismo, en el Antiguo Régimen, *todo* se confiaba a la ejemplaridad de ejecución –a menudo brutal– de la pena. En cambio, de la mano de Feuerbach y el liberalismo legalista "se atendió al momento de la conminación penal contenida en la ley. Para Feuerbach la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan (coacción psicológica)... Luego, con el tiempo se volvió a cambiar de perspectiva ya que en la actualidad se señala que la intimidación no es la única vía de Prevención General. Se sostiene que esta prevención no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa, sino también mediante la afirmación positiva del Derecho Penal ("estabilizadora")."<sup>19</sup> De tal forma, puede apreciarse cómo fue "evolucionando" el discurso teórico.

Sin embargo también puede observarse que, desde siempre, el discurso dominante no ha hecho más que intentar explicar el *para qué* del tratamiento de castigos menos civilizado que se le ha aplicado a quienes desestabilizaron cada nueva identidad que fue amaneciendo en la historia.

Para pertenecer a esta *identidad* se exigen formas socialmente adecuadas que responden a la construcción y represión de subjetividades. Esto se logra imputando desviaciones respecto de roles de comportamiento. Un rol *en función* de una normalidad subjetiva guiada por valores tan tradicionales como poderosos.

18. ANITUA, G. I., *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 501.

19. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2010, p. 82.

### III. ENSAYANDO UNA RESPUESTA

Lo que nos importa de este brillante relato sociológico-penal que abarca la teoría de roles difundida por los más respetados juristas del mundo, es conocer su verdadera naturaleza discursiva: cambia la matriz y toda su producción teórica en función de la naturaleza del discurso funcionalista, en caso de ser *descriptivo* el discurso sería uno, en caso de ser *prescriptivo* sería otro completamente distinto.

De ser prescriptivo, habría que comenzar por aceptar que el discurso enseña/prescribe el comportamiento funcional a la normalidad social. Con lo cual dicha normalidad sería aquello que "debe ser". Aquella realidad que "hoy es", ese "ser", vendría a ser el "debe ser".

Para preservar la vigencia de esto que "hoy es", de sus normas y todo el aparato que lo sostiene, se lo considera una universalidad indiscutida, quizás representada más visiblemente por el Estado y su sistema normativo, razón por la que, precisamente, se prescribe mantener su vigencia.

Anteriormente hemos intentado introducirnos a la idea que permite pararnos sobre el mirador que facilita cierta visión panorámica del terreno de la *filosofía realista* (aquella que otorga vigencia a la idea hegeliana de que "lo que es real es racional"), y cómo esta fue ganando terreno en el mapa político del derecho penal. Tal como lo ha explicado el mismo Hegel: "el Estado moderno, aquel que está por "encima" de la sociedad civil y sus grupos intermedios –familia y corporación– es la sustancia social consciente de sí misma. Es la organización que los hombres han elegido para vivir por voluntad de ellos mismos, de pertenecer (a una sociedad determinada). El Estado lleva consigo la marca de la universalidad".<sup>20</sup> Pertenecer a una identidad determinada por el Estado, comportarse de acuerdo con la voluntad del Estado: ese nuestro rol de cada día.

En definitiva, el bien jurídico protegido se reduce al interés estatal de que no se violen las obligaciones emergentes de roles o papeles normativizados.

En este sentido y siguiendo una concepción "*acotante*" del derecho penal, se hace imposible legitimar la teoría de los roles. Lo que intentamos señalar a lo largo de este trabajo es que la teoría de roles de Jakobs no es para nada novedosa. Es un discurso que ha dominado parte de la historia

20. FARINATI, A., *Hegel Demócrata. En torno a la filosofía del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 43.

del derecho penal. A través de la normativización de roles va moldeando el tipo de sociedad que pretende y la "clase" de integrantes que pueden conformarla, obteniendo como resultado una ampliación incontrolable del poder penal estatal.

Estas ideas, con matices, fueron dominantes a mediados del Siglo XVIII, cuando con el ascenso al poder de la burguesía se trasladó el eje de persecución penal a la defensa de la propiedad privada. El derecho a castigar se trasladó de la venganza del soberano del antiguo régimen, a la defensa de la sociedad a través de la ruptura del contrato social. Foucault señala "El criminal [...] ha roto el pacto, con lo que se vuelve enemigo de la sociedad entera; pero participa en el castigo que se ejerce sobre él. El menor delito ataca a la sociedad entera, y la sociedad entera –incluido el delincuente– se halla presente en el menor castigo [...] La infracción opone, en efecto, un individuo al cuerpo social entero; para castigarlo, la sociedad tiene el derecho de alzarse toda entera contra él. Lucha desigual: de un solo lado, todas las fuerzas, todo el poder, los derechos todos. Y preciso es que sea así, ya que va en ello la defensa de cada cual. Se constituye de esta suerte un formidable derecho de castigar, ya que el infractor se convierte en el enemigo común".

Supeditar la intervención penal y su correspondiente tratamiento de castigos (a civilizar) al esquema de orientación del rol de comportamiento, hace pensar –como venimos sugiriendo– que los partidarios de esta explicación sociológica del delito „no tuvieron muy en cuenta“ que esta teoría pretende ser aplicada a la realidad social, donde no pueden desoírse los motivos histórico-criminológicos-sociales que generan la criminalidad, ni desatenderse elementos ontológicos, ni abandonar la opción antropológica a la hora de analizar los comportamientos: "la división entre historia criminológica y derecho penal es artificial, ambos saberes siempre tuvieron que andar juntos, y aunque de vez en cuando simulasen algún divorcio o pasajera desavenencia, lo cierto es que incluso en esos momentos no dejaban –en secreto– de acostarse juntos". La construcción de una teoría compatible con la realidad social, que no ignore las vulnerabilidades que habitan en ella, es el norte que debe tener cualquier jurista para no cruzar aquel famoso *límite del dolor*. Es el camino para continuar la construcción de un enjuiciamiento penal que responda al viejo espíritu de la voz *civilizar*.



#### IV. CONCLUSIÓN CON OTRAS PALABRAS

La etimología de una palabra es su biografía. Es su historia, es el cuento que nos acostumbramos a escuchar: el relato de nuestra palabra, *civilizar*, es bien distinto al que debería ser y, desafortunadamente, empezaría más o menos así: "erese una vez, cuando comenzaron a esperar, aquellos que hoy siguen esperando a la orilla de la civilización...". Digamos que la semántica del control es la misma que yace dentro. Es aquella que moldea nuestra sociedad y la "clase" de integrantes que pueden conformarla. Es aquella que construye nuestros roles.

Aceptar un relato de la "realidad" –de sus roles y sus palabras– sin cuestionarlo, es equivalente a adherir a aquella *filosofía realista* sin siquiera saberlo. Lo que pretendemos con este trabajo es brindar un humilde mirador que permita observar desde cierta perspectiva panorámica la geografía de la llamada *filosofía realista* y cómo esta fue ganando terreno en el mapa político del derecho penal, otorgando vigencia a la idea hegeliana de que "lo que es real es racional".

Desde este mirador, y aceptando que la teoría de roles, en su discurso, prescribe el comportamiento funcional a la normalidad social, puede observarse que no solo estaría describiendo el comportamiento normativo sino que le estaría otorgando inherente racionalidad. Precisamente ahí yace la semántica del control.

Ahí continúan los controlados, a la orilla de la civilización.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- FARINATI, Alicia Noemí, *Hegel Demócrata. En torno a la filosofía del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal", en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 19, Puebla, Siena Editores, 2007.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1989.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

- JAKOBS, Günter, *Derecho penal, parte general*, Madrid 2013, Marcial Pons, 1997.
- , *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- , *Sobre la teoría de la pena*, Monografía presentada en el Congreso de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Noviembre de 1997.
- MAGARIÑOS, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2010.
- RAFECAS, Daniel, *Crítica a los conceptos funcionalista-sistémicos de pena y culpabilidad*, consultado en [[http://www.catedrahendler.org/material\\_in.php?id=5](http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=5)].
- ROXIN, Claus, "El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania", en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, octubre de 2012.
- , *Política criminal y sistema del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- TEDESCO, Ignacio Francisco, "Hacia la civilización del Derecho penal. En homenaje al pensamiento de Edmundo S. Hendler" en *La cultura penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 569.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2010.

## **CREACIÓN PRETORIANA DE LAS ACCIONES DE CLASE, LA PROBLEMÁTICA DE LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA AL ÓRGANO JUDICIAL Y LOS DIFERENTES MODOS DE SUPERARLA ANTE LA MORA DEL LEGISLADOR\***

MARTÍN FRANCISCO LOSARDO\*\*

**Resumen:** A la fecha del presente, Argentina no tiene reguladas legislativamente las llamadas "acciones de clase". Por ello, en primer lugar, realizaremos un breve recorrido histórico de las diferentes creaciones jurisprudenciales por parte de nuestro Alto Tribunal a través de los tiempos que luego fueron positivizados por el órgano legisferante o por el constituyente. Analizaremos cuál fue la razón de ello. Acto seguido, invitaremos al lector a preguntarse por qué esos órganos deberían atender a las exhortaciones del tribunal: ensayaremos nuestra respuesta al interrogante. En tercer lugar, a partir del dictado del fallo "Halabi" –que receptó las "acciones de clase" –, y ante la omisión del órgano legislativo de incorporarlas al Derecho positivo –posible caso de inconstitucionalidad por omisión–, resaltaremos esta situación de anomalía junto a un breve repaso conceptual e histórico de esta herramienta procesal que, hasta el momento, no ha corrido con la misma suerte que los antecedentes jurisprudenciales que serán citados. Es por ello que advertiremos sobre la necesidad de su recepción legislativa al considerar los beneficios que traería aparejado. Ante este panorama de "activismo judicial" –caso de "objección contramayoritaria"– propondremos un modo de superación.

**Palabras clave:** antecedentes jurisprudenciales – siri – kot – badaro – acciones de clase – activismo judicial –proyectos de ley – inconstitucionalidad por omisión – halabi – debate constituyente – marconetti – cocchia – peralta – colella – mora del legislador – objección contramayoritaria.

\* Recepción del original: 2/4/2015. Aceptación: 22/6/2015.

\*\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

**Summary:** At the date hereof, Argentina has not regulated what is legislatively-called "class actions". Therefore in the place we will take a brief historical overview of the different jurisprudential creations by our High Court throughout times that were later turned into laws by the legislative branch or by the constituent member. We will analyze what was the reason for doing that. Then, we will invite the reader to wonder why these bodies should heed the Supreme Court: we will rehearse our response to that question. Thirdly, since the enactment of "Halabi" court ruling –which contains the "class actions"– and with the omission of the legislative branch to incorporate it to the positive law –possible case of unconstitutionality by omission–, we will highlight this anomalous situation along with a brief conceptual and historical review of this procedural tool that so far, has not run with the same fate as the legal background that will be quoted. That is why we notice about the need for legislative hosting to consider the benefits that this would entail. Against this background of "judicial activism" –case of "counter-majoritarian objection"– we propose a way for overcoming it.

**Keywords:** jurisprudential background – siri – kot – badaro – class actions – judicial activism – bills – unconstitutionality by omission – halabi – constitutional debate – marconetti – cocchia – peralta – colella – legislative debt – countermajoritarian objection.

## I. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE LUEGO FUERON POSITIVIZADOS

A continuación haremos un repaso histórico, a modo ilustrativo, de los institutos más importantes avalados por la CSJN –en adelante, la "CSJN"– que luego fueron legislados y/o incorporados a la Constitución Nacional. De ningún modo la lista que se transcribe a continuación es acabada,<sup>1</sup> sino que es al simple efecto ejemplificador.

Tal vez un ejemplo paradigmático sea la actitud de la CSJN respecto a la acción de amparo.<sup>2</sup> Durante décadas, la Corte venía señalando al legisla-

1. Contrariamente, esta cuestión merecería un trabajo exclusivo.

2. SAGÜÉS, N. P., "Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en VEGA GÓMEZ, J. y CORZO SOSA, E. (coords.), *Instrumentos de tutela y Justicia constitucional*, elaborado en el marco de actividades del Centro interdisciplinario de

dor que esta herramienta procesal no existía positivamente y que los jueces no podían inventarla. Se trataba y trata de una figura procesal necesaria para un proceso rápido, expedito y comprimido para proteger los derechos constitucionales fundamentales. Además, indicó que el Habeas corpus, vigente en ese momento, tutelaba la libertad personal pero no podía usárselo para cubrir otros derechos constitucionales. Sin embargo, en 1957, en el caso "Siri"<sup>3</sup> el Tribunal cambió de parecer ante la violación por la autoridad pública de los derechos constitucionales de libertad de imprenta y de trabajo, y el planteo de su restauración por un trámite que no podía ser el del de Habeas corpus, sino uno nuevo y distinto.

Al año siguiente, en el caso "Kot SRL",<sup>4</sup> la Corte ratificó esa tesis y la amplió: por un lado, habilitó el amparo contra actos de particulares. Por otro lado, lo entendió como una garantía no enumerada que estaba en el paquete de derechos implícitos del art. 33 de la Constitución Nacional. El discurso jurídico de la Corte, en verdad no fue el de acusar al legislador de mora por inconstitucionalidad en el dictado de la Ley de Amparo, al que definió estructuralmente. Es interesante lo señalado a la luz de que la figura del amparo como tal fue incorporada legislativamente por la Ley 16.986<sup>5</sup> –es decir, ocho años después–. Pero lo más llamativo de la cuestión fue el tratamiento que se le dió constitucionalmente en el año 1994. Prueba de ello son los debates pronunciados en las sesiones del constituyente con la Reforma constitucional. Repasemos un poco lo que se ha dicho y cómo la Corte siempre estuvo presente en estos debates.<sup>6</sup> El Sr. Díaz dijo:

*"[t]uvimos que llegar en 1957 para que en el leading case de 'Siri' la CSJN estableciera por primera vez el amparo en nuestro orden jurídico".* También citó el posterior caso "Kot".

Por otro lado, la Sra. Ancarani esgrimió:

*"[e]n rigor de verdad, no estamos siendo sinceros porque no estamos creando absolutamente nada, sino que se está recepcionando un extenso y medular tratamiento doctrinario. Obviamente, todo está generado, en primera instancia, en la actuación de la justicia ordinaria y, después, en la*

---

Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina, México, DR, 2002, p. 614.

3. CSJN, 27/12/1957, "Siri, Ángel", *Fallos* 239/459.

4. CSJN, 5/9/1958, "Kot, Samuel S.R.L.", *Fallos* 241:291.

5. Ley 16.986, sancionada y promulgada el 18/10/1966; "B.O.", 20/10/1966.

6. Debate Constituyente: sesiones del 11/8/1994 y 12/8/1994.

*de la Corte (...) Esto es producto de una larga y fecunda tradición jurídica argentina e internacional".*

Por último, el Sr. Quiroga Lavié expresó:

*"[f]rente a la omisión del legislador es posible que cuando el nivel de orden público o el estado de necesidad generado por la omisión implican para la Justicia la necesidad de hacer lugar a la tutela, es posible que la Justicia sustituya al legislador para hacer prevalecer la supremacía de la Constitución".*

En este orden de ideas, en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", la CSJN se adelantó una vez más al constituyente cuando estableció la operatividad de los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos, en referencia, en el caso concreto, al Pacto de San José de Costa Rica. Textualmente el Alto Tribunal afirmó:

*"[t]oda vez que el Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional sobre derechos humanos, le resulta aplicable la citada presunción de operatividad".<sup>7</sup>*

Ya vimos cómo la Corte se adelantó jurisprudencialmente, una y otra vez, estableciendo en este caso la reseñada operatividad. Sin embargo, debieron pasar dos años para que el constituyente aplicase esta doctrina. La Corte siempre estuvo presente en los debates constituyentes sin estarlo físicamente.<sup>8</sup> Algunos constituyentes, como el Sr. Barra, dijeron entonces [en referencia a la operatividad de los tratados]:

*"[n]uestra Corte Suprema de Justicia recibió estos principios en las causas 'Ekmekdjian c. Sofovich' de julio 1992 y un año después en 'Fibra c. Comisión Mixta de Salto Grande (...)' [del 7/7/1993].*

Análogos fueron los casos de movilidad jubilatoria. A partir de los fallos "Badaro"<sup>9</sup> y similares que siguieron a sus dictados, no solo el Poder Legislativo tomó cartas en el asunto, sino que también lo hizo el Gobierno Nacional cuando anunció, por decreto, un aumento del 13% a los jubilados. En resumidas cuentas, el 8 de agosto de 2006, la CSJN resolvió por primera vez la causa "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/ reajustes

7. CSJN, 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", considerando N° 16, *Fallos* 315:1492.

8. Debate Constituyente: sesiones del 2/8/1994.

9. CSJN, fallos del 6/8/2006 (*Fallos* 329:3089) y 26/11/2007 (*Fallos* 330:4866), "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios".

varios",<sup>10</sup> por el que exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que, en lo que respecta a la movilidad jubilatoria por el período posterior al 31 de marzo de 1995, en un plazo razonable adoptasen las medidas legislativas necesarias para efectuar las correcciones con el objeto de hacer cesar la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor, el cual resultaba superior a mil pesos. Sin embargo, en lugar de declarar la inconstitucionalidad del sistema de movilidad vigente en ese momento (Ley 26.198<sup>11</sup>) por resultar contraria al art. 14 bis de la Constitución Nacional y fijar sin más la movilidad, la Corte, "a fin de no menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar", dijo que correspondía diferir el pronunciamiento sobre su validez hasta tanto los órganos exhortados adoptasen las medidas requeridas.

En su segundo pronunciamiento,<sup>12</sup> que se enmarcó en la línea trazada sobre la vigencia de los derechos sociales, la Corte volvió sobre el rol del Poder Judicial ante la omisión de los otros poderes respecto de su efectivización, tornando la inacción del Legislativo como una „omisión normativa inconstitucional". No habiendo el Poder Legislativo cumplimentado tal omisión, la Corte lo exhortó a la modificación del sistema de movilidad de la Ley 24.463 (de 2005) por otro que cumpliera con los postulados constitucionales. Ante la falta de respuesta del Legislativo, luego de su intimación, la CSJN se reservó la posibilidad de adoptar, para el caso concreto, las medidas correctivas necesarias a fin de cumplir con el cometido constitucional de „jubilaciones y pensiones móviles“, que no podía ser otro que un sistema que contemplase los cambios económicos y sociales: en el caso, el índice general de variación salarial. Luego de estos paradigmáticos fallos, y otros numerosos que les sucedieron, no podemos dejar informar como novedoso cómo la Corte ha sido escuchada nuevamente, a la luz del reciente proyecto de ley de movilidad jubilatoria<sup>13</sup> aprobado por el Congreso de la Nación (su art. 2 imponía que el haber mínimo garantizado

10. CSJN, 8/8/2006, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/reajustes varios", *Fallos* 329:3089.

11. La ley 26.198, que aprobó el presupuesto general de la administración nacional del año 2007, convalidó las modificaciones en los valores mínimos de las prestaciones dispuestas en los decretos 391/03, 1194/03, 683/04, 1199/04, 748/05 y 764/06, el suplemento por movilidad establecido en el decreto 1199/04 y el incremento general de los beneficios dispuesto por el decreto 764/06 (art. 48).

12. CSJN, 26/11/2007, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS", *Fallos* 330:4866.

13. Proyecto de Ley N° 26.649 (14/10/2010).

en el art. 1 se aplicaría a los treinta días de promulgada la ley; se puede establecer así un paralelo con el plazo en el que se ordenan las medidas cautelares por las que se dispone el pago de la movilidad garantizada en el precedente "Badaro"). Sin embargo, cabe mencionar que esta ley fue vetada por la Presidente de la Nación<sup>14</sup> pero surgió luego de la presentación de diversos proyectos de Ley en los que siempre, quienes los propusieron, citaron al Alto Tribunal. Por ejemplo, en el proyecto de la senadora Sonia Escudero,<sup>15</sup> se dijo textualmente:

*"[a]simismo, como todos sabemos, la actual situación motivó una avalancha de reclamos ante la Justicia, cuya respuesta fue categórica. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el fallo 'Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nacional de la Seguridad Social', dejando muy en claro la inconstitucionalidad del actual régimen y el llamado al Congreso para que corrija este sistema, que, solo en parte, fue atendida por la reforma previsional".*

Por su parte, María J. Bongiorno<sup>16</sup> argumentó:

*"[m]e parece adecuado dedicar otro debate adicional a la actualización de las pautas jubilatorias conforme los precedentes 'Badaro y otros', de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Estimo que, una vez recompuerto el 82% móvil y asegurado su financiamiento, tendremos que dar, desde este Parlamento, solución definitiva a este tema que abarca a miles de jubilados y provoca verdaderos colapsos en nuestro fuero de la Seguridad Social".* Por último, el senador Rolando A. Bermejo<sup>17</sup> expresó que *"[p]or su parte es dable destacar, los antecedentes que avalan el tratamiento de esta cuestión, considerando los fundamentos vertidos en múltiples fallos judiciales que fueran subsumidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el renombrado caso „Badaro“ (...)"*.

Otros casos resonantes resultan ser los de "Marconetti"<sup>18</sup> –que encontró su similar en el actual art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional: doctrina de la no interferencia de la legislación local sobre la legislación nacional que regule los fines de los establecimientos de utilidad nacional–,

14. Decreto 1482/2010 (14/10/2010).

15. S-2013/07, proyecto de ley de la senadora Sonia Escudero.

16. S-3150/10, proyecto de ley de la senadora María J. Bongiorno.

17. S-3271/10, proyecto de ley del senador Rolando A. Bermejo.

18. CSJN, 9/8/1968, "S.A. Marconetti Ltda"., Fallos 271:186.



“Cocchia”<sup>19</sup> –el que también encontró su correlato en la reforma constitucional de 1994, en el actual art. 76: prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo–, “Peralta”<sup>20</sup> –que halló su sucesión inmediata en texto del actual art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional: admisión de los decretos de necesidad y urgencia a modo de excepción–, y “Colella”<sup>21</sup> –del que se hizo eco el actual art. 80 de la Constitución Nacional: promulgación parcial de las leyes–, entre otros.<sup>22</sup>

## II. ¿POR QUÉ EL ÓRGANO LEGISFERANTE DEBERÍA ATENDER LOS LLAMADOS DE ATENCIÓN DE LA CSJN?: EL ROL DEL PODER JUDICIAL

Como afirmó el gran maestro Cassagne,

“[e]l fin del Estado consiste, en definitiva, en la realización de la Justicia, cuyo sentido se halla universalmente admitido en todos los pueblos”.<sup>23</sup>

Pero la existencia del Estado está determinada por la misma Constitución. Consecuencia de ello es que, según el prestigioso profesor Ekmejdjian,

“[l]a supremacía constitucional significa que la Constitución normativa es el fundamento y la base de todo orden jurídico-político (...) Finalmente, significa que todas las normas y actos que forman el amplio universo del orden jurídico positivo, deben adecuarse a la Constitución, en su fondo y en su forma; es decir, deben concordar con ella, ser compatibles con ella, tanto formal como materialmente (...)”<sup>24</sup>

Ahora bien, cabría preguntarse por qué el órgano legislativo, que debe cumplir con su cometido constitucional, debería tomar los recaudos que la propia Corte le indica, como vimos anteriormente. La re-

19. CSJN, 2/12/1993, “Cocchia, Jorge Daniel c. Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, *Fallos* 316: 2624.

20. CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía --Banco Central--)”, *Fallos* 313:1513.

21. CSJN, 09/08/1967, “Colella, Ciriaco c. Fevre y Basset, S. A. y/u otro”, *Fallos* 268:352.

22. Este resulta ser un tema de suma relevancia para futuros trabajos.

23. CASSAGNE, J. C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, 7ma edición, p. 87.

24. EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1995, t. 3, p. 269.

puesta la hallamos en el carácter de intérprete final<sup>25</sup> y guardián de la Constitución<sup>26</sup> que tiene el Tribunal Supremo, el que, a través de sus fallos, va completando el texto constitucional. Como mencionábamos previamente,

*"[I]a argumentación admisorio de la gestión judicial para atender la inconstitucionalidad por mora legislativa, en la producción de normas generales, parte del supuesto de que la Constitución es una norma jurídica obligatoria, a la que están sometidos el legislador y el juez. Si el primero no dicta la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (...) el poder judicial debe hacer prevalecer la Constitución tornándola operativa en todo lo que pueda e intimidando al órgano moroso a que cumpla con su deber constitucional. De fracasar esa tentativa, le corresponde al juez cubrir dentro de lo razonable y posible el vacío lagunoso, para el caso a resolver (...) Resulta de interés destacar que en ese quehacer, la judicatura, que podríamos llamar "activista", ha hecho uso de diversas herramientas para superar la inconstitucionalidad por omisión (...)"*<sup>27</sup>

Continuando el razonamiento, el Dr. SAGÜÉS afirmó:

*"[e]n las últimas décadas, en cambio, ha crecido la doctrina que reputa a la inconstitucionalidad por omisión como un tema preocupante, que debía exigir remedios constitucionales para resolverlo, sea por la Constitución misma, por leyes ordinarias e incluso respuestas pretorianas por los tribunales, aunque no hubiese ley reglamentaria sobre el tema. Se trata, por tanto, de un capítulo en permanente y eruptiva elaboración, donde confrontan posiciones conservadoras frente a posturas activistas que reclaman un mayor protagonismo judicial. Es notorio que todo ello muestra un cambio en la conciencia jurídica constitucionalista: la sociedad contemporánea reclama al Poder Judicial soluciones, aunque ellas no hayan sido previstas por los poderes legislativo o ejecutivo (...)"*<sup>28</sup>

Corolario,

25. CSJN, 17/12/1997, "Rodríguez, Jorge" en "Nieva, Alejandro y otros c. PEN", Fallos 1:1340.

26. SAGÜÉS, N. P., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 208.

27. SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 613.

28. *Ibíd.*, p. 618.

*“[I]o importante es imaginar y aplicar una solución operativa. Lo inadmisibles que los tribunales se queden cruzados de brazos, so pretexto de que no hay una norma procesal explícita para combatir a la inconstitucionalidad por omisión (...).”<sup>29</sup>*

En el mismo sentido se enmarcó Jorge Ignacio Sobrino Reig<sup>30</sup> cuando nos dice:

*“[d]esde ya que se requiere una actitud audaz, pues, como es sabido en algunos sectores, provoca escozor la intervención del Poder Judicial en caso que se alegue mora del legislador. Pero esa audacia no debe verse como una facultad sino como una obligación de los jueces; debe tenerse fundamentalmente en cuenta que así como el órgano legislativo es quien tiene la potestad exclusiva de dictar la norma en cuestión, al no hacerlo se aparta del mandato constitucional conferido y es allí donde debe intervenir el Poder Judicial como intérprete último y guardián de la Constitución. Traigo a colación lo sostenido desde antaño por el Alto Tribunal en el sentido que ‘El mandato de la Constitución que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto que se oponga a aquélla’” (...).<sup>31</sup>*

La Corte ha resuelto, a su vez:

*“[n]o hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de estos entre sí. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por este tribunal, desde 1864, en cuanto a que ‘es el intérprete final de la Constitución’ (...).”<sup>32</sup>*

### III. LA CORTE AVALA LA FIGURA DE LAS “ACCIONES DE CLASE”

Luego de expuestas las creaciones jurisprudenciales que luego fueron tomadas por el constituyente o por el legislador, creemos necesario dar cuenta del reciente dictado de un conocido fallo que reguló, estructuralmente

29. *Ibíd.*, p. 619.

30. Sobrino Reig, J. I., *La conveniencia del control de constitucionalidad difuso para superar la inconstitucionalidad por omisión*, ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

31. CSJN, *Fallos* 32:120.

32. CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, *Fallos* 332:111.

y desde la judicatura, las llamadas "acciones de clase" en nuestro país a partir del conocido caso "Halabi".<sup>33</sup>

Prudente sería no explayarnos en demasía respecto a un análisis conceptual en lo que a "acciones de clase" se refiere: tan solo debemos aclarar que es una herramienta procesal jurídica que tiene en miras la defensa de derechos individuales homogéneos, generalmente de consumidores o defensores de cuestiones medioambientales. Esta clase de derechos, enunciados pretorianamente por la misma Corte, rompió con la tradicional trilogía de la doctrina italiana de "derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple". Lo que nos interesa analizar –para no hacer sobreabundante y tediosa la lectura del presente– es tomar a la "acción de clase" como iniciativa de un órgano contramayoritario que ha sido tenido en cuenta, por lo menos en proyectos de ley, por un órgano mayoritario.

En palabras del Dr. Bianchi, no se trató tan solo de una creación jurisprudencial propiamente dicha, sino de un aval constitucional donde se establecieron las pautas necesarias a la hora de legislar en materia de "acciones de clase". En otras palabras, la Corte entendió que, implícitamente, las "acciones de clase" ya existían como herramienta procesal (garantizada en la misma Constitución Nacional). Por eso mismo, una vez más, exhortó al Poder Legislativo a que dicte una ley al respecto<sup>34</sup> que, en definitiva, es el tema bajo análisis. Bianchi consideró que la exhortación por parte de la Corte al órgano Legislativo no debe ser considerada un agravio para la división republicana de poderes, ya que el llamado que hace el Alto Tribunal para que se legisle en la materia debe ser tomado como una exhortación *no vinculante*.

Resulta conducente analizar las ventajas que poseen las "acciones de clase", tanto desde el lugar del particular –o miembro de la eventual clase– como desde el Estado mismo. En Estados Unidos han sido permitidas porque aseguran un menor costo del litigio, la oportunidad para los demandantes de buscar alivio con pequeñas cantidades de dinero, mayor eficiencia judicial –menor tiempo judicial invertido–, mayor uniformidad de las recuperaciones de los demandantes similares –porque están respaldadas por un solo acuerdo o una sola decisión del juez–, mayor uniformidad para

33. *Ibíd.*

34. BIANCHI, A., "El fallo 'Halabi', las acciones de clase en la Argentina", en Del Carril, E. V. (pte.), *La Hoja Online*, nro. 123, publicación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, La Ley, junio de 2009.

los acusados y la oportunidad de que a todos los demandantes se les cubran daños y perjuicios –ya que el acusado no se enfrentará a múltiples demandas–.<sup>35</sup> En su visita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 2008, el Dr. Timothy Eble enumeró varios aspectos positivos de las “acciones de clase”, entre los que se encuentran: la unificación de la representación, el consiguiente decrecimiento de la burocratización del proceso y el abaratamiento de costos judiciales.<sup>36</sup> Como la justicia es un recurso escaso, según J. SOLA, entendemos que las “acciones de clase” son una forma de reducir los costos de transacción en que incurre el Estado a la hora de garantizar el acceso a la justicia.<sup>37</sup> Entre otras ventajas debemos destacar las consignadas en los argumentos del proyecto de ley de “acciones de clase” de los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez<sup>38</sup> que rezan, en su parte pertinente:

*“[I]as acciones de clases son una de las más importantes innovaciones en materia de responsabilidad civil. La razón de su presencia tan amplia está basada en su versatilidad. Son fundamentalmente un procedimiento que permite agregar pretensiones separadas que por sus propias características no están unidas por ninguna teoría sustantiva. En teoría permiten unir números muy grandes de pretensiones de individuos separados independientemente del tema a que se refieren (...) La principal ventaja de las acciones de clase es que efectivamente unen acciones separadas sobre una misma cuestión que por los altos costos procesales serían impracticables si se litigaran individualmente. La acción de clase permite la amplificación de acciones de un monto reducido y que requieren una prueba compleja y muy costosa en la producción. Disminuye los costos del litigio y permite traer mayores recursos y un asesoramiento jurídico especializado y de alto nivel (...) Las acciones de clase no tienen una función exclusiva de defensa de los derechos constitucionales. Pero son una herramienta útil en aquellos casos que una misma violación de esos derechos afecta a muchas personas que por los costos del proceso no pueden acceder a la*

35. Corte Suprema de Justicia de Canadá, 18/10/2001, Hollick, John c. Toronto (Ciudad).

36. EBLE, T. E., “Conferencia - Problemática de las acciones de clase”, en *Revista Derecho al Día*, nro. 108, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho, 28 de junio de 2007.

37. SOLA, J. V., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2006, pp. 634-635.

38. 2199-D-2009, proyecto de ley de los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez.

*justicia. De esta manera se reducen los costos de prueba, de honorarios de letrados, del esfuerzo en demandas diferentes y finalmente del procedimiento en múltiples juzgados. Los Constituyentes del '53 no conocían estas acciones pero podemos adoptarlas en su homenaje para poner en vigencia definitiva los derechos que ellos crearon (...)*".

Otra de las razones de ser de las "acciones de clase", a nuestro entender y según posicionamientos de la doctrina más calificada en la materia, es el fortalecimiento de la parte actora –v. gr. consumidores frente a una gran empresa, una sociedad con gran poder económico o el mismísimo Estado, si se quiere, "omnipotente"–.

En suma, las "acciones de clase", siguiendo el razonamiento expuesto, vienen a reforzar a la parte más débil del litigio. En otras circunstancias, si hipotéticamente un consumidor se presentase aisladamente a litigar contra una gran empresa que ofrece servicios públicos, que tiene un enorme poderío económico y con un gran estudio de abogados detrás entre otras particularidades, las posibilidades de presión/negociación por parte del consumidor aislado y sus recursos económicos –que son escasos o prácticamente nulos– serían evidentemente desproporcionadas.

El demandante quizás hasta ni pueda afrontar los costos del litigio. Sin embargo, si el consumidor formase parte de una clase, donde se presentan un número considerable de consumidores en una misma "acción de clase" con singulares particularidades e intereses afectados, las posibilidades económicas del grupo así conformado serían mayores. La presión y poder de negociación que ejercerían quizás llevase a los demandados a transaccionar las sumas de dinero reclamadas antes que tener que enfrentarse a una condena, en su caso, más onerosa. Así, dentro de las ventajas que poseen las "acciones de clase", están las de obtener resultados equitativos para los demandantes y justicia para los acusados.<sup>39</sup>

La ventaja de concebir las "acciones de clase" como herramienta procesal para el fortalecimiento de la parte actora frente al demandado ha encontrado un antecedente legislativo del Derecho comparado que merece ser traído a colación: es el caso de Suiza, en donde se propuso la creación de un nuevo Código Civil en 2006, en el que se introducirían las "acciones de clase"; su introducción fue rechazada por considerarse que podrían ser utilizadas como forma de abuso en el sentido de que las sumas de dinero

39. Corte Suprema de Justicia de Canadá, 18/10/2001, "Hollick, John c. Toronto (Ciudad)".

solicitadas por el actor generalmente eran muy altas, por lo que el demandado estaría forzado a responder por ellas, si no quisiese enfrentar grandes endeudamientos e insolvencias, le llamaron "chantaje legal".<sup>40</sup>

Vemos, en el ejemplo dado, cómo una "acción de clase" podría ejercer una fuerte presión sobre el demandado y reforzaría al actor hasta el punto de considerarlo "abusivo". Pero deberíamos interrogarnos si ello no generaría una situación de injusticia, no queremos garantizar con esto la omnipotencia del actor, sentando como un principio el de "*in dubio pro-clase*".

Creemos que fortalecer a la parte actora no sería tan mal visto teniendo en cuenta las características que generalmente presentan los demandados en estos casos. Consecuentemente, el Dr. Castelli nos indica que, respecto de la necesidad de regulación en la materia,

*"[l]as acciones de clase son promovidas principalmente por ciudadanos que ven vulnerados sus derechos por la actuación del Estado, de corporaciones estatales o privadas, por organizaciones financieras, todos entes de gran poder económico y político que arrasan con los derechos individuales, en aras de intereses económicos o políticos, por ello es vital contar con los instrumentos legales idóneos (...)"*.<sup>41</sup>

En el ámbito legislativo local, en su proyecto de ley de "acciones de clase" los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez dijeron:

*"[a]l mismo tiempo la acción de clase fortalece la posición negociadora del actor. En este tipo de acciones el actor individual es generalmente mucho más débil que el demandado, ya sea este una empresa de seguros en un caso de accidentes masivos, una empresa contaminante o un banco. La acción de clase, al extender el caso a todos los afectados, equilibra las partes en el proceso; esto es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la pru-*

40. SCHELLENBERG WITTMER, "Draft of the Swiss Code of Civil Procedure", febrero de 2007. El 28-6-2006 el Gobierno suizo envió al Parlamento un proyecto para un nuevo Código Procesal Civil. Además del citado, otro de los argumentos esgrimidos fue que la figura de las "acciones de clase" resultan ajenas al pensamiento jurídico europeo, por permitir a alguien el ejercicio de derechos en nombre de un grupo de personas si estas no participan como partes en la acción. Por otra parte, la acción de clase resulta controversial, incluso en su país de origen, ej. Estados Unidos, ya que puede dar lugar a problemas significativos de procedimiento.

41. CASTELLI, L. "Acciones de clase: necesidad de su regulación" en ALTERINI, J. H. (dir.), *Revista La Ley*, nro. 113, Buenos Aires, La Ley, junio de 2010, p. 1.

*eba. Evitan también las negociaciones para la formación de un litis consorcio, hacer asambleas de posibles actores; y unificar la participación en la demanda supone un costo muchas veces insuperable. Las acciones individuales hacen imposible pleitos donde hay muchos perjudicados por pequeños montos y demandados muy poderosos (...)"*.<sup>42</sup>

No tan propagado como otros de los antecedentes históricos de las "acciones de clase" en Estados Unidos, ha sido la defensa de las minorías raciales. En efecto, profesionales y académicos han contado diferentes historias acerca de las fuerzas que motivaron en 1966 la revisión de la norma 23 ("Rule 23"). De acuerdo con John Frank, miembro del Comité Asesor, las deliberaciones de ese cuerpo fueron fuertemente afectadas por los trastornos sociales de los años 60 porque:

*"[I]as relaciones raciales, eco de aquella década, estuvieron siempre en la sala de comisión. Si hubo (una) simple e indudable victoria, la fuerza enérgica que motivó toda la norma, fue la firme determinación de crear un sistema de acción de clases ("class actions") que pudiese tratar los derechos civiles y, explícitamente, la segregación. Una parte de la norma que nunca había sido cuestionada fue la '(B) (2)' y, sin su gran utilidad, en el espíritu de esos tiempos, podríamos no haber tenido nunca una norma (...)"*.<sup>43</sup>

42. 2199-D-2009, proyecto de ley de los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez.

43. FRANK, J. P., "Response to 1966 Circulation of Proposed Rule 23 on Class Actions: Memorandum to My Friends on the Civil Rules Committee", 20 de diciembre de 1966 [la traducción es nuestra]. Este antecedente de las minorías raciales también ha sido tomado como evidencia en el artículo "Trask, A. J., "The Class Action Devise in Antisegregation Cases" (Comment, "The Class Action Devise in Antisegregation Cases") en *University of Chicago Law Review*, nro. 1953, Chicago, The University of Chicago, agosto de 2011, p. 577". "Los últimos años han tenido un incremento en el número de quejas llevadas a las cortes federales mostrando descontento por la negativa hacia los grupos minoritarios sobre reclamos que involucran garantías constitucionales. La conducta que se cuestiona ha sido denominada "discriminatoria" – la negativa debido al color (raza) o estrato social para permitir a un grupo "minoritario" el acceso a ciertas facilidades o al disfrute de ciertos privilegios que, urgentemente, deben ser viables para el beneficio de todos los ciudadanos por igual. Muchas de estas acciones han sido aseguradas por la Norma Federal N° 23, o reglas estatales similares, en representación de todos los miembros del grupo afectado, en lugar de hacerlo solo en nombre de los demandantes que han acudido a la Corte". [la traducción es nuestra]. En el mismo sentido, la senadora Escudero, en su proyecto de ley sobre acciones de clase (S-1496/09), dijo que "la 'acción de clase' constituye un pilar fundamental de la organización político-judicial de los Estados Unidos, cuyos fundamentos se



Desde el punto de las minorías de género, el ex ministro de la CSJN, el Dr. R. Zaffaroni y el actual Presidente del órgano, el Dr. R. Lorenzetti, han advertido nuevamente en el resonante fallo "Mujeres por la vida"<sup>44</sup> el hecho de la mora del legislador y la necesidad de regulación legislativa de las "acciones de clase".

Por último, desde la óptica de las minorías sexuales, ya la LGBT –LAS/ELC– está utilizando como herramienta legal las "acciones de clase".<sup>45</sup> Lo mismo viene sucediendo con respecto a las personas con discapacidades, con el objeto de eliminar las barreras arquitectónicas y otros obstáculos sistémicos en las escuelas.<sup>46</sup>

#### IV. "ACCIONES DE CLASE": FORTALECIMIENTO DE LA PARTE ACTORA VISTO DESDE LA TEORÍA DISCURSIVA COMO FORMA DE SUPERACIÓN DE LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

El Alto Tribunal ha sido víctima de profundas críticas en virtud de su actividad jurisdiccional de control judicial de constitucionalidad por su carácter de órgano "contramayoritario" que podría, sin más, declarar la inconstitucionalidad de una ley emanada de un órgano mayoritario como lo es el legislativo. Creemos dable atender esta cuestión en virtud de que consideramos que como un basto sector de la más experimentada doctrina, toda sentencia del Poder Judicial, declare o no la inconstitucionalidad de una ley, es consecuencia de un previo control de constitucionalidad. Ahora bien, ¿merece la CSJN ser estigmatizada como órgano contramayoritario? Creemos que sí. Sin embargo, ¿significa este rótulo merecer la condición y condena de órgano ilegítimo a la hora de proceder en el control judicial de constitucionalidad? La respuesta es rotundamente negativa. En todo caso

---

*han situado en el 'Bill of Peace' del derecho anglosajón del siglo XVII y que fuera utilizada exitosamente en los procedimientos de defensa contra la discriminación racial durante las décadas del '50 y '60".*

44. CSJN, 31/10/2006, "Mujeres por la Vida -Asociación Civil sin fines de lucro -Filial Córdoba- v. Estado Nacional", Fallos 329:4593 (considerando N° 11).

45. The Legal Aid Society – Employment Law Center, *Los Derechos de las Personas Homosexuales, Bisexuales y Transgénero*, consultado en [[http://www.las-elc.org/work-lgbt\\_sp.html](http://www.las-elc.org/work-lgbt_sp.html)] el 15/2/2015.

46. The Legal Aid Society – Employment Law Center, *Los Derechos de las Personas Discapacitadas*, consultado en [[http://las-elc.org/work-disability-rights\\_sp.html](http://las-elc.org/work-disability-rights_sp.html)] el 19/2/2015.

el órgano judicial es legítimo y su legitimidad, a la hora de efectuar el control judicial de constitucionalidad, proviene propiamente de su carácter de contramayoritario. Solo que es una legitimidad diferente a la que tienen los poderes políticos. El rótulo de "contramayoritario" al poder judicial ha hecho que la mismísima Corte, en palabras del Dr. Fayt, se autolimitara ("self-restraint") en su accionar quizás en cuestiones que merecían su tratamiento.

Resulta esencial que el órgano que controle precisamente la constitucionalidad de las leyes sea contramayoritario, ya que sus funciones son las de desobstaculizar los canales de cambio político y evitar perjuicios de las minorías en beneficio de las mayorías que los colocan sistemáticamente en situación de desventaja a los primeros.<sup>47</sup>

De otra manera, controlante y controlado serían la misma persona estatal y esto rompería con el principio básico de que el controlante debe ser una persona diferente que el controlado.

Entendemos que una de las formas de superar el estigma de la llamada "objeción contramayoritaria" –según lo ha expuesto A. Bickel junto a diferentes propuestas de su superación, como las de L. Tribe, R. Dahl, J. H. Ely, C. Nino, entre otros– que ha merecido injustamente el órgano jurisdiccional, es la teoría del prestigioso jurista argentino Juan V. Sola,<sup>48</sup> que analiza la cuestión desde la teoría discursiva de Habermas, en similar sentido: Dworkin y Ackerman.

De modo sucinto, podemos dar los lineamientos básicos de su teoría: en principio, toda sentencia de la CSJN debe ser fundada, y ese fundamento es la base de un precedente futuro, es decir, una norma constitucional creada por los órganos jurisdiccionales. Los fundamentos de la decisión de la CSJN deben estar basados en los expuestos por las partes durante el debate constitucional. Es decir, que el precedente es el producto del debate formulado por las partes. La importancia de la doctrina del discurso jurídico y su expresión en Habermas es la de señalar el carácter democrático que supone el debate constitucional ante la Corte Suprema en la determinación de la futura norma constitucional. Así, la creación de una nueva norma constitucional requiere de un debate amplio en el que se incluyan

47. ELY, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1980, p. 640.

48. SOLA, J. V., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2010, p. 33.

todos los argumentos posibles. La inclusión de todos los argumentos existentes implica un debate democrático amplio que asegure la participación de sus ideas, argumentos e intereses. Al mismo tiempo, el debate judicial incluye un elemento importante como lo es el de la *igualdad entre las partes*. Nuestra sociedad no es igual. Sin embargo, el momento en que las partes aparecen con mayor cercanía al ideal de igualdad es en el proceso judicial. Esta igualdad se ve favorecida por la representación letrada y el acceso a la información. Estas situaciones no ocurren generalmente en el órgano legislativo, el cual puede estar influenciado por grupos de interés.

En ese mismo sentido, el Dr. César Álvarez, ha dicho:

"la decisión judicial no *encuentra* su legitimación única ni principal en la fortaleza y sabiduría del juez o los jueces, *sino en el hecho de ser el resultado de un proceso de discusión, claramente dialógico, de intercambio discursivo. La decisión judicial es la conclusión dialéctica del debate previo*. Es por esto que las decisiones constitucionales de entidad deben ir precedidas necesariamente por un debate público que, si bien no se lleva a cabo solamente en los procesos judiciales, debe mantenerse alejado de la impronta mediática que arrebató y simplifica a fin de evitar la maleabilidad (...)"<sup>49</sup> [el resaltado es nuestro].

Ahora bien, ¿qué relación merece esta teoría con las "acciones de clase" consagradas jurisprudencialmente en "Halabi"? A nuestro entender, si el debate judicial es concebido como uno de los momentos más democráticos de la vida del ciudadano en cuanto a la situación de paridad que ocurre entre las partes, la deliberación pública de ambos y la igual atención que le debe prestar el juez a los litigantes –todo lo que normalmente no sucede en la vida diaria–, esta teoría se ve erosionada en determinados litigios con determinada "calidad" –si se nos permite el término– de partes.

Volvamos al ejemplo dado: un consumidor aislado –actor, usuario de telefonía móvil, por ejemplo– que litiga frente a una empresa de telefonía móvil líder en Argentina y un gran estudio jurídico contratado. Las posibilidades de recursos de uno y otro son evidentemente diferentes. Ni que hablar si el consumidor solo puede hacer frente a los gastos judiciales, lo que podría configurar un caso de negación de acceso a la justicia, más allá de todos los mecanismos existentes que sirven como herramienta para

49. Voto del Dr. César Álvarez en "Maldonado, Gustavo Gabriel", 19/5/2009, publicado en: LLBA 2009 (septiembre), 902, considerando N° 3.

garantizarlo. En esta situación, la paridad de partes parece más bien un postulado teórico que una realidad existente. Una expresión de deseo más que un derecho garantizado.

Es cierto que a la hora de evaluar las pruebas el juez tendrá en cuenta las producidas por ambas partes: en palabras del Dr. Álvarez, tendrá en cuenta ese debate previo producto de un intercambio dialógico del que emanará la sentencia, sin tener en cuenta si los argumentos vertidos en el proceso provienen del consumidor o de la gran empresa, si tomamos el ejemplo dado. En esto no diferimos en absoluto ni con el Dr. Sola ni con el Dr. Álvarez. Sin embargo, evidenciamos una situación de disparidad al momento anterior a la hora en la que el juez evalúa las pruebas. Es posible que la empresa con su gran estudio jurídico tenga la posibilidad de que la producción de sus pruebas sea más eficiente y motivadora para una sentencia a su favor, en comparación con las que la que el actor pudiese llevar a cabo en soledad con sus escasos recursos.

Es justamente este el momento de traer a colación los argumentos vertidos en el ya citado proyecto de ley de "acciones de clase" de los diputados Villariño, Salum y Diez cuando dice, en su parte pertinente:

*"[I]a acción de clase, al extender el caso a todos los afectados, equilibra las partes en el proceso; esto es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la prueba (...)".<sup>50</sup> [el subrayado es nuestro].*

Pero al estar desequilibradas las partes en este tipo de litigios, es decir, al no haber sido reguladas por ley "las acciones de clase" en el seno de un marco legal claro, si bien el juez atenderá el debate con igual atención a todos los litigantes, lo producido por aquél debate estará viciado por la disparidad a que hicimos referencia por la diferente "calidad de parte" y los recursos que cada una de ellas posee para asumir, por ejemplo, los costos de producción de la prueba.

Corolario: si por su lado la teoría discursiva puede ser utilizada como forma de superación al rótulo que ha merecido el órgano jurisdiccional de "contramayoritario", las "acciones clase" terminan por ser una herramienta procesal que refuerzan la situación del actor que se encuentra en una posición desventajosa frente al demandado.

Una y otra forma de "democratización" del proceso judicial no son

50. 2199-D-2009, proyecto de ley de los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez.

excluyentes sino que a nuestro entender, confluyen en un mismo objetivo: democratizar un órgano que ha merecido los estigmas más cruentos, injustos e infundados al garantizar la igualdad procesal, el acceso a la justicia, entre otros objetivos que creemos positivos y productivos.

## V. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA: EL ROL DEL ÓRGANO JUDICIAL

Hasta aquí hemos visto cómo las "acciones de clase" han sido plasmadas jurisprudencialmente a partir del fallo "Halabi". Sin embargo, como hemos notado hasta la fecha del presente trabajo no han encontrado su correlato en el Derecho positivo como sí ha ocurrido en los casos citados "ut supra".

También hemos advertido un interrogante: ¿Por qué el órgano legislativo debería atender las exhortaciones del órgano judicial? Tanto en el fallo "Halabi" como en tantos otros numerosos fallos, el Alto Tribunal ha exhortado al órgano legislativo a que dicte una ley siguiendo los parámetros expuestos en sus mismos fallos –que, dicho sea de paso, son prácticamente similares a los de su origen en la Norma N° 23 de los Estados Unidos–. Por ello, nuestra CSJN dijo en ese entonces:

*“[f]rente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (...).”<sup>51</sup>*

Una vez más, la Corte exhortó al órgano legislativo –de ninguna ma-

51. CSJN, 24/2/2009, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", Fallos 332:111, considerando N°12.

nera, obligó– a que solucione la cuestión de vacío legal respecto de esta herramienta procesal.

Cabría preguntarnos si la omisión por parte del órgano legisferante constituye un caso de inconstitucionalidad. Siguiendo al gran maestro Sagués,

“[I]a inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional. Ese ‘encargo constitucional’ puede ser expreso o tácito (...)”.

Este tipo de inconstitucionalidad asume diferentes modalidades (por mora o por negación). Dentro de la categoría “mora”, como el caso actual, encontramos la que ocurre por tardanza en la producción de normas generales, por ocio legislativo en sancionar leyes reglamentarias de la Constitución o el “desarrollo constitucional”, o para ejecutar las cláusulas programáticas del referido plexo normativo.<sup>52</sup> En lo que respecta al deber de los órganos del Estado, se encuentra el de ajustar sus conductas a la norma fundamental. Las normas emanadas del órgano legislativo deben ser coherentes materialmente con el mencionado instrumento fundacional no pudiendo alterar las declaraciones, derechos y garantías que ella consagra.<sup>53</sup> Creemos que esa coherencia es sinónimo tanto de una actitud activa del órgano en cuestión como así también de una actitud pasiva (su omisión legislativa).

Las “acciones de clase” integran la Constitución Nacional, en tanto que el Alto órgano jurisdiccional es su intérprete final<sup>54</sup> y ha deducido la operatividad de esta herramienta procesal a partir de la reforma de 1994 (en especial, a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional).

En consonancia con lo argüido anteriormente, la Corte debe asumir el papel de “legislador precario” –si se nos permite el término– para mantener la supremacía constitucional. Sería inadmisibles que los jueces se quedasen cruzados de brazos, so pretexto de que no hay una norma procesal explícita que admita las referidas “acciones de clase”. Como dijimos, la Constitución justifica la existencia del Estado; el Estado está conformado por los tres poderes que, a su vez, están sometidos a la Constitución. De haber fórmulas constitucionales o legales que llenen el vacío jurídico, el

52. SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, pp. 605-606.

53. EKMEKDJIAN, M. A., *op. cit.*, pp. 269-270.

54. CSJN, 17/12/1997, “Rodríguez, Jorge” en “Nieva Alejandro y otros c. PEN”, *Fallos* 1:1340.

camino debe ir por ese sentido. Pero si no existen, la inconstitucionalidad por omisión merece ser purgada por los órganos jurisdiccionales. Recordemos que "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".<sup>55</sup>

Es justo decir que, actualmente el legislador ha tomado nota de las diferentes exhortaciones que le ha hecho la CSJN para que avance en el dictado de una ley que regule las "acciones de clase". Prueba de ello son los diferentes proyectos de ley que han ingresado por las mesas de entradas de las Cámaras Alta y Baja, de los cuales la mayoría perdió estado parlamentario.<sup>56</sup>

Como sucedió con otros antecedentes jurisprudenciales que luego fueron positivizados según el recorrido histórico que hemos hecho al comienzo, en los argumentos de algunos proyectos de ley sobre "acciones de clase" también se citó una y otra vez al Supremo Tribunal casi hasta al hartazgo, reivindicando a nuestro comprender su rol de intérprete final de la Carta Magna. Como hemos advertido, parte de la doctrina ha sido tajantemente lastimosa hacia la Corte Suprema en cuanto a lo que "objección contramayoritaria" se refiere, según lo analizado oportunamente. Sin embargo, no deja de ser un dato interesante que los legisladores, como miembros de un órgano mayoritario, pongan el ojo en lo que ha dicho el prestigioso Tribunal en sus fallos al reproducir casi textualmente en sus proyectos de ley los parámetros delineados por él, como el caso en el fallo "Halabi". Por ejemplo, la senadora Sonia Escudero<sup>57</sup> en su proyecto luego de hacer un análisis de ese fallo, dijo:

*"[e]stas consideraciones y parámetros que la Corte ha establecido en el fallo son de suma importancia y deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de legislar sobre las acciones de clase. De allí que en este proyecto de ley contemplemos escrupulosamente dichas pautas a fin de que la regulación sea lo más correcta posible (...)"*.

Caso análogo fue el proyecto de Ley de los diputados Fernando Yarade y Mónica Liliana Torfe que dijeron:

55. Art. 15 del anterior Código Civil de la Nación (y su equivalente art. 3 del actual Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 29.994).

56. Proyectos de Ley N° 3472/2014 (15/10/2014), 1999/2014 (18/6/2014), 66/2013 (04/03/2013), 1045/2011 (11/05/2011), 18/11 (02/03/2011), 3396/2010 (30/09/2010) y 1786/09 (18/06/2009).

57. S-1496/09, proyecto de ley de la senadora Sonia Escudero.

*“[e]n febrero de 2009, la CSJN dictó el fallo „Halabi, Ernesto c. PEN –Ley 25.873– Dto. 1563/04 s. Amparo” (...) en el cual delineó por primera vez los caracteres de la acción de clase que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial, diferenciándola de aquella que tiene por objeto la protección de derechos colectivos que por su naturaleza son individuales”.*

Completaron su argumentación al decir:

*“[I]a CSJN explicó que la norma contenida en el artículo 43 de la CN es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. La CSJN concluyó que la mora del legislador debe ser solucionada y que es deber de los jueces garantizar el acceso a la justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (...).”<sup>58</sup>*

## VI. CONCLUSIONES Y PREGUNTAS FINALES

En el presente trabajo nos hemos puesto como meta analizar las creaciones jurisprudenciales del Alto Tribunal que han merecido posterior recepción legislativa y/o constitucional. Todo ello ha sido para contrastar la ausencia de una ley que regule las llamadas “acciones de clase” las que, si bien han sido incorporadas al orden jurídico pretorianamente, no han encontrado su correlato a la fecha del presente en el Derecho positivo.

Por su parte, nos preguntábamos por qué el órgano legislativo debería atender a los llamados de atención de la CSJN –como quedó en evidencia en “Halabi”–. La respuesta la hemos hallado por su carácter de “intérprete final” y guardián de la Constitución Nacional.

Ante la omisión del órgano legislativo y a partir del dictado de “Halabi”, hicimos un breve repaso conceptual e histórico de esta herramienta procesal. Es que, a partir del análisis sobre los beneficios que traería aparejado la incorporación de las “acciones de clase” al Derecho positivo –su recepción legislativa–, hemos advertido la imperiosa necesidad de que el Poder Legislativo ponga en marcha los mecanismos correspondientes a fin

58. 5996-D-2010, proyecto de ley de los diputados Fernando Yarade y Mónica Liliana Torfe.



de dictar una ley con parámetros claros, y posterior reglamentación en la materia, que subsane el vacío legislativo que la propia CSJN viene advirtiendo hace años.

Hemos puesto de manifiesto que la CSJN es un órgano necesariamente contramayoritario en esencia, como lo es el Judicial en general. También es cierto que, como órgano no elegido democráticamente, ha dado los indicios y pautas que luego han sido tomados casi de forma textual por los legisladores y/o constituyentes que luego se han convertido en ley o en artículos de la Constitución Nacional respectivamente.

Cabría preguntarse si sobre la base de los argumentos expuestos con anterioridad y sin entrar en estado dubitativo sobre la necesidad de regulación normativa de las "acciones de clase" el órgano legislativo, de aprobar alguno de los proyectos con estado parlamentario o tomar en cuenta alguna doctrina pretoriana para su incorporación posterior a la Constitución Nacional –en el caso de una reforma–, no estaría legislando en materia de minorías cuando su función es legislar materia de mayorías. ¿Estaría un órgano mayoritario legislando a favor de requerimientos contramayoritarios? Creemos que, si bien las "acciones de clase" tienen un origen y una esencia minoritaria, en la actualidad resultan ser una herramienta útil para masivos grupos de por ejemplo consumidores; en el sentido de mayor equidad en el proceso judicial, reducción de costos, unificación de las decisiones judiciales, entre otros factores que ya hemos advertido.

Mientras tanto, y hasta no contar con una ley que regule las "acciones de clase", mientras el legislador siga haciendo caso omiso de los diversos y reiterados llamados de atención de nuestra CSJN a pesar de su misión de cumplir con el cometido constitucional, repitiendo lo antedicho, es entendible:

*"[I]a sociedad contemporánea reclame al Poder Judicial soluciones, aunque ellas no hayan sido previstas por los poderes legislativo o ejecutivo".<sup>59</sup>*

## BIBLIOGRAFÍA

BIANCHI, Alberto, "El fallo 'Halabi', las acciones de clase en la Argentina", en DEL CARRIL, Enrique V. (pte.), *La Hoja Online*, nro. 123, publicación

59. SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 618.

- del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, La Ley, junio de 2009.
- CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, 7ma edición.
- CASTELLI, Leandro, "Acciones de clase: necesidad de su regulación" en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Revista La Ley*, nro. 113, Buenos Aires, La Ley, junio de 2010.
- EBLE, Timothy E., "Conferencia - Problemática de las acciones de clase", en *Revista Derecho al Día*, nro. 108, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho, junio de 2007.
- EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 2000.
- ELY, John H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1980.
- FRANK, John P., "Response to 1966 Circulation of Proposed Rule 23 on Class Actions: Memorandum to My Friends on the Civil Rules Committee", 20 de diciembre de 1966.
- SAGÜÉS, Néstor P., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- , "Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y Justicia constitucional*, elaborado en el marco de actividades del Centro interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina, México, DR, 2002.
- SHELLENBERG WITTMER, "Draft of the Swiss Code of Civil Procedure", febrero de 2007.
- SOBRINO REIG, Jorge I., *La conveniencia del control de constitucionalidad difuso para superar la inconstitucionalidad por omisión*, ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- SOLA, Juan Vicente, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006.
- , *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- TRASK, Andrew J., "The Class Action Devise in Antisegregation Cases" (Comment, "The Class Action Devise in Antisegregation Cases") en *University of Chicago Law Review*, nro. 1953, Chicago, The University of Chicago, agosto de 2011.
- THE LEGAL AID SOCIETY – EMPLOYMENT LAW CENTER, *Los Derechos de las*

*Personas Homosexuales, Bisexuales y Transgénero*, consultado en [[http://www.las-elc.org/work-lgbt\\_sp.html](http://www.las-elc.org/work-lgbt_sp.html)] el 15/2/2015.

THE LEGAL AID SOCIETY – EMPLOYMENT LAW CENTER, *Los Derechos de las Personas Discapacitadas*, consultado en [[http://las-elc.org/work-disability-rights\\_sp.html](http://las-elc.org/work-disability-rights_sp.html)] el 19/2/2015.



## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

EZEQUIEL ANDRÉS VALICENTI\*

*A la memoria de L. Iván Ahets Etcheberry.*

**Resumen:** El trabajo aborda el concepto y la estructura de los derechos fundamentales, de acuerdo a los desarrollos de Robert Alexy. Se intenta demostrar la utilidad de esta teoría para descubrir los contornos de cada uno de los derechos fundamentales en particular. En particular, el trabajo pretende responder el interrogante acerca de si cabe tutelar de manera especial la libertad de expresión cuando lo expresado constituye una manifestación artística. A partir de normas fundamentales y antecedentes jurisprudenciales, se identifican razones iusfundamentales de justificación que permiten sostener la existencia un derecho a la libertad de expresión artística. Posteriormente se analiza su tutela jurídica, la que no se abasteca con la sola abstención de injerencia del por parte del Estado, sino que requiere además concretos derechos prestaciones.

**Palabras claves:** teoría de los derechos fundamentales – libertad de expresión artística – derechos culturales – derecho y arte.

**Abstract:** The paper deals with the concept and structure of constitutional rights, according to the developments of Robert Alexy. It tries to demonstrate the usefulness of this theory to explore the contours of each of the constitutional rights. Specifically, the work seeks to answer the question about if should protect specially freedom of speech when the expressed is an artistic expression. From the constitutional rules and court precedents, identifies iusfundamentals reason which allowing upholds the existence of a right of artistic speech. Later his juridical protection is analyzed, which is not satisfy

\* Recepción del original: 7/3/2015. Aceptación: 18/5/2015.

*A la memoria de L. Iván Ahets Etcheberry.*

\*\* Becario doctoral del CONICET y alumno del Doctorado de la Facultad de Derecho (UBA).

whit the alone abstention to interference by the state, and requires further specific rights provision.

**Key words:** theory of constitutional rights – freedom artistic speech – cultural rights – law and art.

## I. INTRODUCCIÓN

Al cumplirse 30 años de la aparición en su lengua original y más de 20 de la primera edición en español, la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy ha provocado un gran impacto en la discusión acerca de los derechos fundamentales. Especial importancia ha tenido su “teoría de los principios” y sus construcciones en torno a la *ponderación* –conceptos revisados y “ampliados” en el célebre “Epílogo” realizado por el autor en el año 2002–, sobre la que largamente se ha discutido en la literatura jurídica.<sup>1</sup>

El presente trabajo abarcará el concepto de *derecho fundamental* que propone el autor alemán, sus clases y su estructura. En particular, se intentará demostrar la utilidad e importancia de dichas ideas, no solo para lograr un acercamiento a las cuestiones vinculadas a la existencia y extensión de los derechos fundamentales con auténtico rigor científico, sino también como construcción que permite indagar y descubrir los concretos contornos de cada uno de los derechos fundamentales en particular.

En concreto, se abordará la *libertad de expresión artística* en el derecho argentino, para lo cual –siguiendo los conceptos y enseñanzas de Alexy– se intentará *justificar* la existencia de dicha libertad y, posteriormente, abordar su *protección*. Es decir, partimos del interrogante: ¿es posible postular una norma según la cual la libertad de expresión artística se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales previstos en el ordenamiento jurídico argentino? Y si ello fuera así, ¿de qué manera se encuentra *protegida*?

1. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª ed, trad. Carlos Bernal Pullido). En esta obra se encuentra además, el mencionado *Epílogo* del mismo autor. Ver asimismo, ALEXY, R., “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 32, Alicante, Universidad de Alicante, 2009, pp. 67-84.

## II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Antes de ingresar en el análisis de los interrogantes planteados, conviene repasar ciertos conceptos fundamentales vinculados, en primer lugar, al *concepto* y la *estructura* de los derechos fundamentales según postula Alexy y, por otra parte, a los perfiles dogmáticos que caracterizan la *libertad de expresión*, sobre lo que luego habremos de preguntarnos si la libertad de expresión artística es una especie dentro del género.

### II.A. Los derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy

En términos generales, la postulación de derechos fundamentales atiende a la positivización de los derechos humanos.<sup>2</sup> Con mayor precisión metodológica, se denomina "derechos fundamentales" al conjunto de *normas* expresadas mediante *disposiciones de derecho fundamental*. Dichas disposiciones se constituyen de los *enunciados* contenidos en el texto de la Constitución –o, como luego veremos, en los textos que integran el llamado *bloque de constitucionalidad*– que establecen, justamente, los derechos fundamentales.<sup>3</sup> Es decir, las *normas* de derecho fundamental –expresadas en una *proposición* que indican que algo está *prohibido*, *ordenado* o *permitido*– se derivan *directamente* de los enunciados contenidos expresamente en la Constitución –es decir, de las llamadas *disposiciones de derecho fundamental*–.

Lo dicho basta para sugerir ya dos interrogantes. El primero de ellos, refiere a cómo identificar en la Constitución argentina las mentadas disposiciones de derecho fundamental; el otro finca en determinar si únicamente pueden concebirse normas de derecho fundamental que se derivan *expresamente* del texto constitucional –o, si se sigue la idea que luego desarrollaremos, de los textos que integran el *bloque de constitucionalidad*, compuesto por los textos de la Constitución Nacional (CN) y los tratados con jerarquía constitucional–, o si pueden también *adscribirse* otras normas de igual tenor.

2. "Los derechos fundamentales son derechos que han sido recogidos en una constitución con el propósito de positivizar los derechos humanos. Los derechos humanos son derechos morales de índole universal, fundamental, abstracta y prioritaria" (ALEXY, R., "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", cit.).

3. La distinción entre *enunciado normativo* y *norma* es ampliamente difundida y constituye una de las bases sobre el que se estructura el desarrolla de la teoría de Alexy (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 33 y ss.).

Respecto al primero de los interrogantes, el propio Alexy indica que es posible recurrir a tres criterios para identificar las disposiciones de derecho fundamental en el texto constitucional: el criterio *material*, el *estructural* y el *formal*. Sin embargo, a la postre, el profesor alemán acaba indicando cuáles son concretamente dichas normas en la Ley Fundamental alemana, por lo que sus conclusiones no pueden trasladarse sin más a nuestro ordenamiento jurídico nacional.<sup>4</sup>

Con todo, siguiendo estas ideas y sin ingresar en el debate que suponen, probablemente el lector comparta que las disposiciones contenidas en los capítulos primero y segundo de la primera parte de la Constitución Nacional (arts. 1 a 43) constituyen *disposiciones de derecho fundamental*, pues ellas contienen *normas de derecho fundamental*. A ello podría agregarse ciertas disposiciones de la segunda parte, por caso, varios incisos del reformado art. 75 –como los incs. 17, 19 y 22–. Como fuere, no nos interesa aquí dar el catálogo definitivo de *disposiciones de derecho fundamental* contenidas en el texto constitucional, sino tan solo referir preliminarmente a la cuestión de su identificación. Volveremos sobre el punto únicamente a los efectos de constatar la existencia de al menos una disposición de derecho fundamental que eventualmente contenga una norma de derecho fundamental referida a la libertad de expresión artística.

No obstante –y previo a pasar al segundo de los interrogantes–, es este el espacio para plantear la vinculación entre el extendido concepto de “bloque de constitucionalidad” y las *normas de derecho fundamental*. En particular, nos preguntamos: ¿las disposiciones de derecho fundamental deben buscarse únicamente en el texto de la Constitución Nacional o, producida la reforma del año 1994, es posible identificar *también* disposiciones de esa naturaleza en los tratados con jerarquía constitucional que integran el llamado *bloque de constitucionalidad*? El interrogante equivale a preguntarse si es posible *adscribir* normas de derecho fundamental a los tratados de derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22 de la CN –o los posteriormente incorporados mediante el mecanismo legislativo allí previsto–.

La noción de *bloque de constitucionalidad* fue desarrollada por autores como Bidart Campos, aunque, como el mismo autor reconoce, tiene un frondoso y previo desarrollo en el derecho comparado. De acuerdo al autor, el bloque de constitucionalidad se conforma de “*un conjunto normativo*

4. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 48. El autor parece finalmente inclinarse por el criterio *formal*.



que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita".<sup>5</sup> Más allá de esta versión amplia del concepto –que permite incluir tratados internacionales, costumbre e incluso decisiones jurisdiccionales–,<sup>6</sup> lo cierto es que *en sentido estricto*, el bloque de constitucionalidad se compone de la Constitución Nacional más los tratados enumerados en su art. 75 inc. 22 que, de acuerdo a este mismo artículo, "*tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*".<sup>7</sup>

En definitiva, aún cuando debe compartirse la opinión de quienes sostienen que el mecanismo previsto en el art. 75 inc. 22 de la CN no supone la incorporación de los instrumentos internacionales a la Constitución,<sup>8</sup> sino que simplemente basta con sostener su jerarquía constitucional, lo cierto es que ello no excluye la posibilidad de sustentar válidamente la siguiente afirmación: a los efectos de determinar la *existencia* (adscripción) de una norma de derecho fundamental deben tenerse en cuenta, además de las *disposiciones de derecho fundamental* contenidas en la CN, las disposiciones de igual naturaleza contenidas en los tratados internacionales con la mencionada jerarquía.

La dificultad *práctica* para determinar concretamente cuáles son *disposiciones de derecho fundamental* y cuáles no –dificultad que no desconocemos– no parece ser razón suficiente para invalidar tal conclusión. Después de todo, el llamado a que los jueces realicen un *control de convencionalidad* cada vez que se involucre un derecho fundamental, parece ser una prueba de que es válido adscribir normas de derecho fundamental a los referidos tratados que son válidas para el ordenamiento jurídico argentino.<sup>9</sup>

5. BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. 1, p. 9

6. BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución...*, cit, p. 9

7. Ha sido amplio el debate en la doctrina respecto al sentido de dicha cláusula, discusión que ha sido encausada hacia una resolución a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJN). Es frondosa la literatura al respecto.

8. SABSAY, D. A., "El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2013-B, p. 944.

9. En un artículo reciente, Gutiérrez Posse ha reafirmado que "*si el tratado es complementario de los derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional y si su contenido no deroga artículo alguno de la primera parte, ha de corresponder, en última instancia, a la*

Ahora bien, como ya adelantamos, es posible derivar *directamente* normas de derecho fundamental de las referidas disposiciones de derecho fundamental. El interrogante es si puede haber normas derivadas *indirectamente*, o al decir de Alexy, simplemente *adscriptas* a una disposición de derecho fundamental.

La respuesta es afirmativa: es posible adscribir normas *válidas*, para lo cual habrá de exigirse una *relación de fundamentación iusfundamentalmente correcta*.<sup>10</sup> La fuerza expansiva de este criterio hace que incluso se diluya la necesidad de mantener viva la diferencia entre normas *directamente* estatuidas y normas *adscriptas*, pues en última instancia, la *validez* de cualquier norma que se postule dependerá de la *argumentación* ("de derecho fundamental") que pueda aducirse a su favor. Cuando se trate de una norma directamente estatuida bastará, en principio, con hacer referencia al texto de la Constitución para abastecer tal *fundamentación iusfundamentalmente correcta*; el mayor esfuerzo argumental pesará, en cambio, sobre las que se adscriban indirectamente.<sup>11</sup>

Llegado a este punto, es posible avanzar sobre la *estructura* que tienen las normas de derecho fundamental. Alexy sostiene que las normas que acuerdan derechos fundamentales pueden adoptar la forma de *principios* –según su clásica definición como *mandatos de optimización* que ordenan que algo sea realizado en la *mayor medida posible* dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas–, o de *reglas* –mandatos definitivos sobre las que únicamente es posible predicar su cumplimiento o su no cumplimiento–. De esta manera, los principios acuerdan mandatos *prima facie* –contienen derechos *prima facie*–, que podrían ser desplazados en determinados casos en concreto;<sup>12</sup> las normas, en cambio, exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, se prohíbe o se permite, razón por la cual contienen una precisa indicación del ámbito fáctico y jurídico al que se aplican.<sup>13</sup>

En lo que aquí interesa, es posible vincular lo dicho a la tesis según

---

*Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ejercicio del control de constitucionalidad que le corresponde*" (GUTIÉRREZ POSSE, H., "Los tratados internacionales y el derecho interno", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 17/06/14).

10. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 52.

11. Por todo lo dicho, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 55.

12. La aplicación de los principios se produce mediante *ponderación*.

13. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 79. La aplicación de normas se realiza como una *subsunción*.

la cual, principios y normas se diferencian también en cuanto a que son *razones* de tipo diferente. Así los principios constituyen razones *prima facie* para la adscripción de normas que contienen derechos –también *prima facie*–, mientras que las reglas pueden concebirse como razones *definitivas* que, frente a un caso concreto, acuerdan un derecho igualmente *definitivo*.<sup>14</sup>

En definitiva, y esto no es ninguna novedad, la teoría alexyana deriva la *racionalidad* del sistema de un *procedimiento de argumentación*, conformado por determinadas reglas generales que aseguran, justamente, la racionalidad del sistema<sup>15</sup>, y por ende, su validez metodológica.<sup>16</sup>

En apenas algunas carillas no podemos más que acercarnos preliminarmente a tan basta teoría, lo que de ninguna manera abastecer el más mínimo resumen posible. En la segunda parte de este trabajo podremos hacer alusión a las *clases* y la *estructura interna* de los derechos fundamentales; baste lo hasta aquí dicho para pasar al desarrollo general del tema propuesto.

## II.B. La libertad de expresión como derecho fundamental

Aunque hoy se sostiene que la libertad de expresión tiene un doble perfil individual y social,<sup>17</sup> su tutela asume una larga tradición en el libe-

14. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 82/83.

15. Reglas como la no contradicción, la universalidad, la consideración de consecuencias, la ponderación, etc. Conf. ALEXY, R., "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", cit., pto. 1.2.1.

16. Conf. BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 30, Alicante, Universidad de Alicante, 2007, p. 273 y ss., pto. 3.1. Sostiene Alexy: "La estructura argumentativa que los derechos *prima facie* implican, es racional, porque es racional practicar las fundamentaciones jurídicas como un juego de razones a favor y en contra" (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 458).

17. CSJN, "Grupo Clarín y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/acción meramente declarativa", del 29/10/2013 (La Ley 2013-F, 36): "Esa libertad [de expresión] comprende tanto el derecho de cada individuo a expresar su pensamiento y a difundirlo a través de cualquier medio apropiado, como el derecho colectivo a recibir todo tipo de información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 30)". Un reciente resumen de las diferentes tesis y posturas puede verse en Laplacette, C. J., "Libertad de expresión ¿derecho individual o colectivo?", en *La Ley-Suplemento Constitucional*, Buenos Aires, la Ley, agosto de 2014, p. 17 y ss.

ralismo que inspira y forma nuestro sistema constitucional. De allí que en el art. 14 de la CN –que enumera un generoso plexo de derechos individuales– se incluya el enunciado según el cual todos los habitantes de la nación gozan del derecho “*de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa*”. Este es la principal *disposición de derecho fundamental* que tiene el texto constitucional sobre la libertad de expresión –además de la distribución de competencias establecida en el art. 32–.

Es decir, aplicando los conceptos que repasáramos precedentemente, podemos ver que la CN contiene el siguiente enunciado (disposición de derecho fundamental): *Todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas en la prensa sin censura previa*.

A esta disposición podemos *adscribir directamente* al menos dos *normas* de derecho fundamental, formuladas con relación al rol del Estado.

- a) *Está prohibido que el Estado interfiera en la publicación de ideas en la prensa.*
- b) *Está prohibido que el Estado censure previamente una publicación de ideas efectuada en la prensa.*

De esta manera, la norma *a)* tiene una formulación como *principio*, es decir, es un *mandato de optimización* que concede un derecho *prima facie* para el sujeto –publicar sus ideas en la prensa–,<sup>18</sup> que no obstante puede ser desplazado frente a determinados conflictos –en rigor, *colisiones*– que requieran una *intervención* del Estado sobre dicha libertad –por ejemplo, frente a derechos de terceras personas o frente a determinados bienes colectivos–. En otros términos, el Estado debe abstenerse *en la mayor medida posible* de interferir en la publicación de ideas en los medios de prensa, salvo cuando –como resultado de una *ponderación*– se acuerde una *intervención*, por ejemplo, mediante una sentencia condenatoria que ordene pagar daños.

Por otra parte, la hipótesis *b)* parece adoptar una formulación más cercana a la *regla*, pues su mandato es definitivo: es decir, el Estado tiene *prohibido* realizar cualquier acción que constituya una *censura previa*, cuando se trate del caso de una *expresión de ideas* y ella se haga en la *prensa*.<sup>19</sup>

18. Según la interpretación histórica, atiende a los medios gráficos de aparición periódica, diarios y revistas.

19. Esta es la hipótesis sostenida por cierta doctrina que concluye que la protección del art.14 –y en particular la veda de censura previa– únicamente se acuerda a la *libertad de prensa*, es decir a los medios de información gráficos y periódicos, de modo que para prote-

Sin embargo, también puede acordarse una formulación como principio, y de esta manera, de acuerdo a la interpretación constitucional hoy vigente, se pueden incorporar otros *medios* por los cuales se expresen opiniones, más allá de los medios de prensa, como las producidas en la televisión, el cine e inclusive internet.<sup>20</sup> Entonces, el *principio* referido a la veda de censura previa que se adscribe a la disposición del art. 14 podría tener la siguiente formulación:

c) *Está prohibido que el Estado censure previamente una expresión de ideas...*

Con ello, se establece el *mandato de optimización* que exige cumplir con la directiva del principio en la *mayor medida posible* y a resolver las eventuales colisiones mediante una *ponderación* de principios contrapuestos.

Es claro que los principios postulados requieren un mayor grado de precisión pues, como reiteradamente se ha sostenido, la libertad de expresión no concede derechos absolutos y debe ser compatibilizada con los derechos fundamentales del resto de los habitantes y con ciertos bienes colectivos. Por ello, a los principios así formulados deberían adicionársele ciertas *cláusulas restrictivas*. Sin embargo, tratar las restricciones –y su formulación en *normas de derecho fundamental*– es asunto que demandaría una larga extensión. Renunciamos aquí a ello.

Lo interesante, para postular la libertad de expresión artística, es retomar la distinción señalada entre libertad de expresión y libertad de prensa,<sup>21</sup> muchas veces tratados como sinónimos en la literatura y en la jurisprudencia argentina.

Existe entre ambas una relación de *genero-especie*. Con ello anticipamos, en gran medida, lo que luego hemos de sostener: en estrictos términos analíticos, el texto de la Constitución Nacional refiere en modo expreso

---

ger cualquier otro *medio* de expresión (por ej. los *medios cinematográficos*, según veremos) se requiere una *modificación* del mentado art. 14. Así, por ej. PELLET LASTRA, A., *La libertad de expresión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993 (2º ed. actualizada y ampliada), p. 64; igualmente la primera opinión de Bidart Campos en su *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1986, t. 1, p. 270. Esta postura es hoy claramente minoritaria.

20. Conf. BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 462 y ss.

21. LINARES QUINTANA, S., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Alfa, 1956, t. 3, p. 605.

*únicamente* a la libertad de prensa –es decir, la libertad de publicar ideas en la prensa–; la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental se logra únicamente *adscribiendo* a la disposición del art. 14 una norma según la cual la libertad de expresión constituye un derecho fundamental protegido. Es decir, los términos de la teoría alexyana ponen orden al debate y otorgan rigor conceptual a las expresiones: el derecho a la libertad de expresión se logra solo mediante una *iusfundamentación adecuada* que permita la *adscripción* de una norma de derecho fundamental que lo contemple en el catálogo de *derechos fundamentales*.

Con ello no hemos dicho nada nuevo; nadie podría discutir que la libertad de expresión no se encuentra protegida en el ordenamiento jurídico argentino con carácter de derecho fundamental. Largos años de evolución jurisprudencial en los fallos de la CSJN son el *fundamento* adecuado para sostener dicha tesis.<sup>22</sup> Sin embargo, hemos querido así presentarlo pues es de este modo que podremos afirmar que *también* existe una norma de derecho fundamental que protege la *libertad de expresión artística*.

Antes de pasar a ello, una última adición a lo dicho. Más allá de lo referido respecto del art. 14 de la CN, y su limitación o extensión a los *medios* tutelados diferentes a la *prensa*, lo cierto es que el panorama se aclara y el debate se diluye frente a la incorporación de ciertos tratados internacionales con jerarquía constitucional, conformando como dijimos el *bloque de constitucionalidad*.

De esta manera, si es posible también adscribir normas de derecho fundamental a los textos normativos de dichos tratados, entonces debemos tener en cuenta los que se refieren a la libertad de expresión. De esta manera se encuentra, entre otras, la disposición establecida por el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH).<sup>23</sup>

22. FAYT, C. S., *La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

23. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 13.1: "1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Argentina

Con lo que, a partir de la extensión provocada por la última reforma constitucional, es posible concluir que existen *razones iusfundamentales* para sostener la existencia de una norma que protege la libertad de expresión en su sentido más amplio.<sup>24</sup>

### III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL (PRIMERA PARTE)

En primer lugar, tendremos que decir qué entendemos por *libertad de expresión artística*.<sup>25</sup> Sin dudas el concepto participa de libertad de expresión en general, pero se diferencia en cuanto al *modo* en que se expresa el *pensamiento*,<sup>26</sup> lo que ocurre mediante una *manifestación artística*.

Es decir, la manifestación no es *artística* por referencia al sujeto –de acuerdo a lo cual quien se expresa debe ser artista–, sino por referencia al objeto –a lo que se dice y *como* se lo dice–. De esta manera, quedan cubiertas las más variadas expresiones que reconozcan la cualidad de arte –en

---

ratificó la Convención en 1984 (ley 23.054, hoy ley H-1409 según el nuevo Digesto Jurídico Argentino).

24. Entre los muchos precedentes, recientemente la CSJN ha dicho: “*El derecho humano a la libertad de expresión está consagrado en la Constitución Nacional (artículos 14 y 32) y en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 13 de la Convención Americana; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)*” (CSJN, “*Grupo Clarín y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/acción meramente declarativa*”, cit.)

25. En ocasiones se refiere a la “*libertad de creación artística*” (Conf. Rogel Vide, C., “Libertad de creación y derecho de autor”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 20/02/14, p.1). Creemos que resulta más adecuado hablar de libertad de expresión que de libertad de creación, pues pareciera que el *crear* se agota en el acto de mismo de producir, de dar nacimiento a la obra, y con ello se desentiende del “manifestar”, es decir el comunicar lo que mediante la obra se quiso decir, que es la esencia del arte y conjuntamente la razón de ser de la tutela jurídica a la libertad de expresión: permitir no solo pensar algo, sino también comunicarlo sin problemas.

26. “*El pensamiento es la actividad intelectual del ser humano consistente en el ejercicio de la facultad del espíritu que le permite concebir, percibir, razonar, deducir o inferir conclusiones para arribar, conciente o inconscientemente, al conocimiento de un objeto material o inmaterial determinado (...) Las opiniones consisten en conceptos que, eventualmente, pueden alcanzar la categoría de juicios. Su expresión puede ser verbal, escrita o simbólica, y también mediante las actitudes (...)*” (BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, cit. p. 445/446).

sentido genérico—: literatura, música, danza, artes visuales, cine, teatro, arquitectura, etc. Abarca además cualquier manera de expresarse: mediante la palabra, mediante imágenes, mediante sonidos, e inclusive, mediante meros gestos.<sup>27</sup>

Ahora bien, la pretensión de adscribir una norma de derecho fundamental referida específicamente a la libertad de expresión artística, no puede tener como fin una mera disquisición teórica reducida a lo conceptual. Por el contrario, como vamos a proponer, concluir en la existencia del amparo a tal libertad tiene como fin acordar una protección *diferenciada*, con un *plus* a la tutela que, de corriente, tiene cualquier manifestación de opinión.

Es decir, así como la libertad de prensa y las opiniones periodísticas tienen una protección específica —dada por institutos y reglas particulares, como por ejemplo la llamada “doctrina de la real malicia”—, pensamos que también las expresiones artísticas deben contar, en cuanto a la libertad de expresión, con una protección dotada de un contenido particular.

Así las cosas, debemos en primer término interrogarnos sobre la *existencia* de la norma, y luego entonces podremos abordar su *contenido*. Pues bien: *¿es posible adscribir la norma que protege la libertad de expresión artística?*

Algo ya adelantamos sobre el concepto de adscripción y la posibilidad de incorporar normas fundamentales a determinadas cláusulas constitucionales —disposiciones de derecho fundamental— mediante una adecuada *relación de fundamentación* entre la norma que se propone y la disposición constitucional a la que se la liga. En el caso que tratamos, parecen existir sólidos fundamentos para sostener que las *manifestaciones artísticas* son uno de los tipos de expresiones amparadas por el principio de libertad de expresión —adscripto, según vimos al art. 14 de la CN y al art. 13 de la CADH—. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional ha transitado por esa senda.

Las razones se fueron reconociendo, en primer lugar para la actividad cinematográfica. En el “caso Mallo”, fallado en mayo de 1972, se sostuvo que el cine quedaba amparado por la garantía de la libre expresión de ideas.<sup>28</sup>

27. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la Constitución Reformada*, cit., t. 2, p. 13.

28. “La garantía constitucional que ampara la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica (arts. 14, 32 y 33, Constitución Nacional; ídem de USA, enmiendas 1ª y 14ª; “Burstyn, Inc. vs. Wilson”, 343 US 495 -1952-



Lo mismo había sido dicho algunos años antes –aunque tangencialmente– respecto de las obras literarias, al decidir acerca de la “moralidad o inmoralidad” del clásico “Lolita” de Vladimir Nabokov.<sup>29</sup> Posteriormente, similares razones fueron sostenidas con relación a las expresiones de arte visual: el “caso Colombres” extendió también la protección de la libertad de expresión a dichas manifestaciones artísticas.<sup>30</sup> Reciente jurisprudencia de los tribunales inferiores convalida la norma propuesta, según la cual, existe una norma de derecho fundamental referida a la *libertad de expresión artística* que se encuentra adscripta a las disposiciones de derecho fundamental.<sup>31</sup>

Incluso en el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó específicamente sobre el punto en el conocido caso “La última tentación de Cristo”, del año 2001. Allí se analizó la decisión de la Corte Suprema de Chile que validó la prohibición de exhibir la obra cinematográfica que llevaba aquel nombre, respecto de lo cual se concluyó que tal proceder resultaba violatorio de la garantía de libertad de expresión referida por el art. 13 de la CADH.<sup>32</sup>

---

)” (CSJN, “*Mallo, Daniel*”, del 10/05/1072, en Fallos 282:392). La tesis fue ratificada por el máximo tribunal, nuevamente con referencia al cine, en el caso “Armando Bresky”, del 1/09/1988 (Fallos 311:1781). Sobre el caso del cine, ver COLAUTTI, C. E., *Libertad de Expresión y Censura Cinematográfica*, Buenos Aires, Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983.

29. “*La Constitución Argentina, así en su letra como en su sentido, edifica un sistema que defiende la libertad creadora del arte con la misma energía que repudia la inmoralidad. Así lo ha consagrado, con variantes, una tradición jurisprudencial (...) cabe, asimismo, recordarlo, la tutela constitucional de la libertad de expresión literaria ha de vincularse con los demás derechos del ordenamiento jurídico vigente (...)*” (CSJN, “*Editorial Sur SRL c/ Municipalidad de la Capital*”, del 27/12/1963, en LL 115, p. 437)

30. “*La garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los arts. 14, 32 Y 33 de la Constitución Nacional, sino que abarca las diversas formas en que estila se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística, que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte*” (CSJN, “*Ignacio Colombres y otros v. Nación Argentina*”, del 29/06/76, en Fallos 295:215). Paradójicamente la contundencia de estas expresiones luego no se vio reflejada en la decisión del tribunal que acabó convalidando un claro acto de censura efectuada por el poder ejecutivo de facto en el año 1971.

31. **Cam. Contenciosoadm. y Tributario, Sala I**, “*Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires*”, del 27/12/2004, en LL 2005-C, p. 709); **Juz. Nac. Civ. N°89**, “*Dalbón, Gregorio J. c Responsables Crash-Extraños Placeres*”, del 28/11/1996, en LL 1997-B, p. 546.

32. **Corte IDH**, “*Olmedo Bustos y otros c. Chile*”, del 05/02/01 en LL 2001-C, p. 135

En cuanto a la doctrina argentina, como ya mencionáramos, una primera corriente –sostenida sobre todo en las décadas finales del siglo pasado– consideraba que no resultaba justificado extender la protección conferida a la *prensa* en los artículos 14 y 32 de la CN a otras manifestaciones –es decir, no hallaban razones *iusfundamentales* para adscribir la norma del tipo que proponemos–.<sup>33</sup> A partir de la jurisprudencia que citáramos y la incorporación de ciertos instrumentos de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, la doctrina parece hoy acordar la existencia de –cuanto menos– una protección en los términos generales de la libertad de expresión.<sup>34</sup>

Para concluir este desarrollo, parece interesante destacar que existen además otras disposiciones de derecho fundamental a las cuales es posible adscribir el principio que protege la libertad de creación artística, lo que será importante sobre todo para pensar el *modo* en que debe protegerse esta libertad. En este sentido, el art. 75 inc. 19 de la CN establece que corresponde al Congreso la tarea de “*dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales*”. Habrá que preguntarse entonces, si se trata de una mera atribución de competen-

33. PELLET LASTRA, A., *La libertad de expresión*, cit.; BALLESTER, Eliel, *Teoría y cuestiones de la libertad de información*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 52 (citado por BADENI, G., “La libertad de expresión y de conciencia: el caso ‘La última tentación de Cristo’”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2001-C, p. 134).

34. BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, cit. p. 462, quien sostiene que “*no existe en la materia una laguna constitucional. La solución consiste en acudir a la aplicación de las reglas teleológica, práctica, semántica, sistemática y dinámica de interpretación constitucional*”. El constitucionalista Germán Bidart Campos, quien en primer lugar se manifestó por el criterio restrictivo, sostiene que “*cuando encontramos en el texto histórico de la constitución formal las normas sobre libertad de prensa (arts. 14 y 32) y, en cambio, no encontramos expresamente ninguna norma que cubra a la libertad ‘de expresión’ en todas sus formas (incluidas las distintas a la prensa), decimos que respecto a la expresión a través de medios que ‘no son prensa’ hay una carencia histórica de norma, o sea, una laguna en el orden normativo. Esa laguna suscita la integración del orden normativo para llenar el vacío, y tal integración nos remite en primer lugar a la norma análoga (es decir, a la más parecida que hallamos en la constitución, que es la referida a la prensa) y a los valores y principios generales del derecho constitucional*”, explicando además que el cambio de interpretación debió producirse luego de la ratificación argentina de la CADH (1984) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1986) (BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, cit., t. 2, p. 14. En la postura amplia se pronuncia también NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 280.

cias del sistema republicano de gobierno, o si de dicha cláusula pueden derivarse auténticos derechos subjetivos, exigibles judicialmente.<sup>35</sup>

#### IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL (SEGUNDA PARTE)

Ahora bien, si tenemos por *iusfundamentalmente* justificada la existencia de una norma de derecho fundamental de acuerdo a la cual la libertad de expresión artística se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico argentino con la jerarquía de derecho fundamental, entonces podemos preguntarnos cuál es la protección acordada para tal derecho y cuáles son sus particulares exigencias. Es decir, de cuáles *derechos subjetivos* se compone la tutela de este derecho fundamental a expresarse por medio de manifestaciones artísticas.

Para abordar el tema, es necesario referirse a la estructura que tienen los *derechos fundamentales*. Según Alexy, de una norma que acuerda un derecho es posible derivar la *posición jurídica* en la que se encuentra el sujeto titular. Así, de la norma general que acuerda la protección a la libertad de expresión artística, podemos derivar la siguiente norma individual:<sup>36</sup>

*Una persona (S) tiene frente al Estado (E) el derecho de expresar libremente su opinión y pensamiento mediante una manifestación artística.*

De este modo, el sujeto titular (S) se encuentra en una *posición jurídica* en la cual tiene frente al Estado (E) un derecho específico (O) descrito en la norma. De allí que resulta posible enriquecer el concepto que originalmente diéramos de *derechos fundamentales*, y decir que los derechos fundamentales se constituyen de *derechos subjetivos* en tanto *posiciones* y relaciones jurídicas.<sup>37</sup>

35. Más allá de la discusión, la cláusula es también una nueva razón para la adscripción de la norma de derecho fundamental que analizamos. "Asimismo, el art. 75 inc. 19 cuarto párrafo alude a la facultad del congreso para dictar leyes que protejan la libre creación y circulación de las obras del autor; lo que —aparte del consiguiente derecho de propiedad intelectual— significa reconocer la libertad de expresión, y la difusión del producto elaborado por el autor" (BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, cit., t. 2, p. 17).

36. Seguimos en este desarrollo la tesis pronunciada por ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 155 y ss.

37. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 156; BERNAL PULLIDO, C., "Estudio introductorio", en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. XXIX.

La *posición jurídica* puede ser presentada, en la mayoría de los derechos fundamentales, como relaciones jurídicas entre el sujeto titular y el Estado, o entre el sujeto titular y otros individuos, generalmente con una estructura *tríadica* compuesta por un *sujeto activo* (S), un *sujeto pasivo* (E), y un *objeto* determinado (O).

Siguiendo estas ideas, los *derechos fundamentales* presentan una triple división de posiciones posibles: a) el "*derecho a algo*"; b) las libertades; c) las competencias.<sup>38</sup>

En el tema que abordamos, el lector imaginará que nos encontramos frente a una típica *libertad*. Y entonces, podría pensarse que su protección se compone esencialmente de un "dejar hacer", es decir de no interferir en la acción de expresarse libremente por la manifestación artística que el sujeto haya escogido. Desde este punto, la protección de la libertad se abastecería con la sola *abstención* del Estado y, en su caso, de los particulares. Tal es lo que parece surgir de las ideas jurídicas tradicionalmente vinculadas a la libertad de expresión, reflejadas incluso en el art. 14 de la CN y la prohibición de censura previa.<sup>39</sup>

El concepto de libertad es cuestión bien compleja, aunque en el marco de la teoría de los derechos fundamentales, puede distinguirse la posición de libertad jurídica que se encuentra *no protegida* –que consiste simplemente "*en el permiso de hacer algo y en el permiso de omitirlo*" y "*no incluye como tal ningún aseguramiento por medio de normas o derechos que protejan la libertad*"–,<sup>40</sup> y la libertad jurídica *protegida*. El caso que tratamos se cuenta, sin dudas, entre las libertades protegidas.

Ahora bien, es hora de interrogarse en qué consiste dicha protección, y si ella se agota con la abstención de intromisiones por parte del Estado. Adelantamos desde ya la opinión de que, en el caso de la libertad de expresión artística, no solo es posible sostener la insuficiencia de esta postura, sino que además es necesario asegurar determinados derechos *positivos*, prestaciones jurídicas y fácticas en cabeza del Estado, para lograr su auténtica protección.

38. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 163

39. Entre muchas opiniones al respecto, se ha dicho que "*el carácter estratégico de la libertad de prensa solo requiere de normas que impidan las trabas para su manifestación, pero no de cauces prefijados para su desenvolvimiento*" (BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., p. 503)

40. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 199

En este sentido, la protección de una libertad puede presentarse como la conjugación entre cierta *protección negativa* –consistente en los típicos deberes de abstención por parte del Estado, denominados en general “derechos de defensa”– y cierta *protección positiva* –que involucra determinados “derechos prestacionales” con referencia a prestaciones jurídicas y también, en ciertos casos, concretas prestaciones fácticas–.<sup>41</sup> Y de esta manera, hemos dado el salto del terreno de la libertad y la pura abstención a la órbita del “derecho a algo”.

Cuando el “derecho a algo” se enfrenta al Estado puede hablarse de *derechos de defensa* y de *derechos a acciones positivas*. Los primeros involucran derechos a acciones negativas, tales como el “derecho a no impedimento de acciones”, el “derecho a la no afectación de propiedades y situaciones”, y el “derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas”.<sup>42</sup> En cambio, los derechos a acciones positivas son derechos cuyo objeto es que el Estado haga algo concreto, lo puede consistir en “prestaciones normativas”, vinculadas a la creación de normas, o en “prestaciones fácticas”, que incluye acciones materiales del Estado.<sup>43</sup>

A continuación pretendemos analizar este complejo entramado conceptual en relación con la libertad de expresión artística, para de esta manera determinar cuál es el contenido específico que sostiene su especialidad frente a la libertad de expresión en general.

1) *La protección negativa: los “derechos de defensa” frente al Estado.*

En lo general, la *protección negativa* de la libertad jurídica se expresa mediante la *titularidad* de la libertad, adosada de un *derecho* a la no obstaculización por parte del Estado y una *competencia* para exigir judicialmente su respeto frente a cualquier vulneración.

Como ya advertimos, en la relación (jurídica) tríadica que involucran los “derecho a algo” –entre los que se encuentran los *derechos de defensa* exigibles frente al Estado–, la categoría de “sujeto titular” (S) se completa con la fórmula “*todo habitante*” (art. 14, CN), o “*toda persona*” (art. 13.1, CADH). Es decir, la libertad de expresión artística presenta una amplia titularidad.

Ahora bien, en cuanto al “objeto” de la relación que emerge de la *posición jurídica* frente al Estado, cabe analizar cuáles son concretamente los

41. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 200.

42. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 165 y ss.

43. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 171 y ss., y p. 383 y ss.

derechos de defensa que cabe vincular al principio que ordena proteger la libertad de expresión artística.

La prohibición de censura –tradicional deber de abstención en cabeza del Estado– se cuenta entre los “*derechos al no impedimento de acciones*”, de acuerdo al cual el titular puede exigir que el Estado se abstenga de imposibilitar *fáctica* o *jurídicamente* el ejercicio de la libertad, en este caso, la que permite realizar la manifestación de la expresión artística. No es este el espacio para referirnos concretamente a los alcances y las consecuencias provenientes de la prohibición de censura previa, sin perjuicio de lo cual, cabe observar que el pensamiento jurídico la ha llevado hasta límites casi absolutos,<sup>44</sup> reducida únicamente a la específicas hipótesis para la protección de terceros (en particular, los menores y adolescentes, conf. art. 13. 3, CADH).<sup>45</sup>

Más allá del indiscutido deber que tiene el Estado de abstenerse de efectuar cualquier acto que, directa o indirectamente, implique una *censura previa*, desde hace algún tiempo se postula además el adosamiento de otro deber –que también constituye un *derecho de defensa* que el titular de la libertad puede exigir al Estado–. La cuestión se vincula con la *responsabilidad ulterior* a que puede estar sometido quién expresa su pensamiento en caso de, por ejemplo, afectar derechos de terceras personas (los ejemplos más comunes, su honor o su privacidad). En tal sentido, se ha dicho que el Estado debería abstenerse de llevar adelante *condenas judiciales* que impongan responsabilidades a los autores de una manifestación, pues ello podría constituir una *indirecta* limitación de la libre expresión bajo la forma de “autocensura” frente al temor a la eventual condena.<sup>46</sup>

44. Ver, BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., p. 513; LORETI, D. y LOZANO, L., *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 71 y ss.

45. Desde la teoría de los principios, la cuestión jurídica vinculada a la *censura previa*, puede ser analizada como una *colisión de principios*, entre, por ejemplo, el principio que acuerda la libertad de expresión y el que asegura la protección del honor de la persona. En este caso, en el actual pensamiento jurídico, la *ponderación* efectuada por el legislador y por la jurisprudencia, ha dado como origen la posibilidad de sostener una norma según la cual tiene un mayor *peso* el principio de libertad de expresión frente al honor de las personas, y por lo tanto, no es posible *censurar previamente* las manifestaciones aún cuando lesionen el honor de un tercero (Conf., CSJN, “*María Romilda Servini de Cubría*”, del 08/09/92, en Fallos 315:1943).

46. Conf. BERTONI, E. A., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores”, en BERTONI, E. A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2000, p. 27 y ss.

Más aún, tal tesis ha sido sostenida de algún modo por los tribunales argentinos incluso en el caso de la libertad de expresión artística.<sup>47</sup>

En términos generales, la *tipificación* de determinados delitos penales ha sido uno de los mecanismos indirectos de censura y, a la postre, un importante entorpecimiento de la libertad de expresión por parte del Estado. La cuestión también se reduce a una colisión de principios entre la libertad de expresión (artística) y el principio que faculta al Estado a perseguir y reprimir determinadas conductas calificadas como ilícitas, con fundamento en la defensa de ciertos bienes públicos como la seguridad general, el orden, etc.

En este punto, pueden traerse a colación dos comentarios. El primero: en los días que corren existe cierto consenso en que la *ponderación* que habrá de hacerse para la resolución de este tipo de conflictos la libertad de expresión tiene un "peso abstracto" superior al principio democrático que permite al Estado penar ciertas conductas. A tal conclusión puede arribarse con la lectura del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que condenó al Estado argentino a adecuar su legislación referida a los delitos de injurias y calumnias y de este modo cumplir adecuadamente con el principio de libertad de expresión, toda vez que una tipificación genérica podía constituir una restricción emanada del Estado.<sup>48</sup>

Por otra parte, puede pensarse que, más allá de las razones generales expuestas al momento de *ponderar* la aplicación del principio de libertad de expresión, cuando se trata del caso de una manifestación artística, la propia naturaleza y la importancia que las producciones culturales tienen para el desarrollo de una sociedad, impactan directamente en el *peso* de dicho principio. Es decir, existiría un *plus* de importancia por la calidad de "arte" que se produce al expresarse, situación que los operadores jurídicos deberían tener en cuenta. En línea con lo que sostenemos, un reciente estudio sostuvo que la "cumbia villera" no puede implicar la comisión de eventuales delitos penales, como la apología del crimen o la instigación a cometer delitos.<sup>49</sup>

47. Cam. Nac. Civ., Sala A, "*Galeano, Blanca R. c/ Piglia, Ricardo y otro*", del 15/07/03, LL, diario del 28/01/04.

48. CADH, "*Kimel c/ Argentina*", sent. del 02/05/2008, en LL 2008-D, p. 484. Las consideraciones allí vertidas, que involucran la actividad periodística, resultan plenamente aplicables al caso de la libertad de expresión artística.

49. SAGÜES, M. C., *¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera"*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

Ahora bien, lo hasta aquí dicho, aún cuando resulta plenamente aplicable al caso de la libertad de expresión artística, emerge de la garantía "general" de libertad de expresión. Sin embargo, creemos que en cuando se trata de manifestaciones artísticas, existen algunas normas *específicas* que indican concretos derechos de defensa frente al Estado.

## 2) *La protección positiva*

La síntesis con la que hemos tratado la *protección negativa*, que obedece al holgado desarrollo que grandes juristas han dado al tema, nos permite referirnos ahora con mayor detenimiento a la *protección positiva* del derecho de libertad de expresión artística y constatar que, a pesar de la tesis contraria y la suposiciones ordinarias, existen concretos *deberes activos* en cabeza del Estado.

La *protección positiva* de los derechos a menudo suele ser asociada con la concesión de determinados beneficios económicos que el Estado otorga a los ciudadanos –subsidios, prestaciones de seguridad social, exenciones impositivas, y un largo etc. –. Sin embargo, lo que el Estado puede *hacer* no se limita únicamente al terreno económico o *fáctico*, sino que también pueden existir concretas *prestaciones normativas*, es decir acciones mediante las cuales se estatuyen normas jurídicas.

Por ello, Alexy sostiene una división tripartita de los *derechos prestacionales* (en sentido amplio) entre: a) *derechos de protección*; b) *derechos a la organización y al procedimiento*; c) *derechos prestacionales en sentido estricto*.<sup>50</sup>

Los derechos prestacionales también pueden entenderse en términos de *posiciones jurídicas* nacidas de relaciones *triádicas* entre un *sujeto titular*, un destinatario (el Estado) y un objeto (acción positiva debida).

Vamos a enumerar a continuación algunas de las muchas cosas que el Estado puede –y debe– *hacer* con relación a la protección de la libertad de expresión artística.

### a) *Derechos de protección*

En términos de la teoría de los derechos fundamentales, los *derechos de protección* son aquellos que el titular de un derecho fundamental tiene frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros –y ya no, como vimos en el punto anterior, de las propias intervenciones del Estado–.

50. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 393.



De allí que *derechos de defensa* y *derechos de protección* se presenten como similares, pues ambos atienden a la protección del sujeto *frente* a cualquier injerencia ajena. No obstante, existe entre ellos una diferencia basal: mientras los *derechos de defensa* son *prohibiciones* de obstruir o de perjudicar, los *derechos de protección* son auténticos *mandatos* que indican apoyo o protección.<sup>51</sup>

De esta manera, en el caso de los *derechos de protección* el Estado cuenta con cierto “margen de acción” que le permite elegir los *medios* con los que cumplirá sus obligaciones. Ello no es cosa menor, pues se vincula directamente con la debatida posibilidad de reclamar *judicialmente* su cumplimiento –lo que implícitamente supone reconocer un *derecho subjetivo* en cabeza del titular de la libertad– y, en última instancia, la posible injerencia (ilícita) del poder judicial en orbitas que son propias del poder legislativo. El debate, como se avizora, excede las posibilidades de este trabajo.<sup>52</sup> Dejamos pendiente los interrogantes que retomaremos en el punto c) cuanto tratemos los *derechos prestacionales en sentido estricto*.

La adopción de *derechos de protección* es a menudo conflictiva pues, por definición, involucran la *colisión* de principios rivales que amparan derechos del titular de la libertad y, por otra parte, terceras personas.

Retomando el tema en análisis, podemos identificar algunos derechos de protección específicos en el caso de la libertad de expresión artística. Concretamente, ¿qué es lo que puede hacer el Estado para resguardar la libertad de expresión artística frente a terceros? Una cuestión vinculada a la respuesta a este interrogante involucra la pregunta acerca de si la consagración de “*derechos de autor*” es necesaria para asegurar una plena *libertad* al momento de crear una obra artística.

Como audazmente se ha dicho, “*no es lo mismo poder crear libremente que tener un derecho sobre lo creado*”.<sup>53</sup> De manera que la concesión de derechos autorales no constituye en principio uno de los casos

51. ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales de protección”, en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009 (2da edición), p. 54.

52. Ver, ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales de protección”, cit.; GIL DOMINGUEZ, A., *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, p. 150 y ss.

53. Opinión del jurista español Justo Gómez, citado por ROGEL VIDE, C., “Libertad de creación y derecho de autor”, cit.

en que el Estado debe efectuar una *prestación normativa* y sancionar determinadas leyes.<sup>54</sup>

Por el contrario, visto desde el otro extremo, las normas de derecho de autor pueden significar una restricción a la libre manifestación de las expresiones artísticas. Es decir, el *monopolio* de facultades que acuerdan las leyes de propiedad intelectual para quién crea una obra (conf. arts. 1 y 2, ley de propiedad intelectual argentina), puede ingresar en directo conflicto con aquel que quiera expresarse *utilizando* la obra creada y protegida por el derecho de autor.

En nuestro país un caso paradigmático –que recientemente ha generado una nueva resolución judicial– puede ilustrar lo que tratamos de exponer. El escritor argentino Pablo Katchadjian realizó y publicó hace algunos años una singular obra titulada “*El Aleph engordado*”, creada justamente a partir del célebre cuento de Jorge Luis Borges al que le adicionó más de 5.000 palabras y frases. La viuda de Borges y titular de los derechos de autor sobre su obra –María Kodama– querrello al escritor argentino por el delito de plagio y falsificación (tipificados por los arts. 71 y 72 de la ley de propiedad intelectual). He aquí entonces una nueva colisión de principios. En primera instancia se rechazó el procesamiento de Katchadjian, pero la Cámara de Casación Penal en reciente fecha revocó la decisión del tribunal inferior.<sup>55</sup>

Si bien este tipo de conflictos se cuentan entre los próximos desafíos que el Derecho deberá asumir, frente al cambio de contexto provocado por el advenimiento de las nuevas tecnologías de creación y difusión, lo cier-

54. LOVERA PALERMO, D., “El mito de la libertad de expresión” en *Revista de Derecho de Valdivia*, consultado en [[www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art07.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art07.pdf)] el 15/09/14. Ello sin perjuicio de que la tutela de la propiedad intelectual pueda también ser considerada como un derecho fundamental (Conf. GIL DOMINGUEZ, A., “Derecho constitucional de la propiedad intelectual”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 27/02/2009).

Desde otro punto de vista se ha señalado que “una manera de silenciar a los artistas es impedir sus opciones de vida como profesionales en una carrera dedicada a las creaciones artísticas” (Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, SHAHEED, F., “*El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*”, 2013, pto. 79, consultado en [<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>] el 17/09/14).

55. Cam. Fed. Casación Penal, “*Katchadjian, Pablo s/recurso de casación*”, del 15/09/14 (inédito). Hemos comentado críticamente la resolución en, “Los usos creativos de obras artísticas y literarias. Tensiones entre el mundo artístico y el mundo jurídico”, consultado en [[www.microjuris.com](http://www.microjuris.com)] el 27/10/14, cita: MJ-DOC-6932-AR | MJD6932.

to es que, a la luz de la importancia que las expresiones artísticas tienen para el desarrollo y la transformación de la cultura, conflictos como el de este tipo exigen claros *derechos de protección* para el sujeto creador. Ello puede lograrse, por ejemplo, incorporando excepciones al actual régimen de derecho de autor, que permita una apertura hacia los “usos creativos” de las obras, hoy limitados por la necesidad de contar con la autorización del titular del derecho, conf. art. 2 y 10 de la ley de propiedad intelectual. Las exigencias y el peso propio de la libertad de expresión artística así lo requieren.<sup>56</sup>

Desde otro punto de vista, también es posible colegir la existencia de otros *derechos de protección* vinculados específicamente al principio de libertad de expresión artística. Se ha destacado la vinculación que la libertad de expresión tiene con la “identidad cultural” propia de cada sociedad. En este marco de ideas, el efectivo ejercicio de la libertad de expresión por medio de manifestaciones culturales supone la necesidad de adoptar conductas *activas* frente al irrestricto ingreso de manifestaciones extranjeras, que circulan dinámica e irrestrictamente por todo el mundo.<sup>57</sup> Veamos, por ejemplo, el caso de las expresiones cinematográficas.

Frente al dominio que en la distribución y difusión tiene el cine de origen norteamericano (“hollywoodense”),<sup>58</sup> el Estado argentino ha planteado tradicionalmente determinados mecanismos de protección de los films de origen nacional. Así lo ha hecho con el mecanismo de la “*cuota de pantalla*”, consistente en la obligación de proyectar una cantidad mínima de

56. Es claro que en la actualidad se encuentra *legitimado* desde el campo artístico la utilización de ciertas *técnicas* artísticas que utilizan obras previas, como la *parodia*, el *ready-made* (en el caso de las artes visuales), el *remix* o el *mashup* (en la música), la *intertextualidad* (en la literatura), entre otros. Ampliamos la discusión de estos temas en “*Todos los derechos reservados. El monopolio de la exclusividad en el derecho de autor*”, consultado en [www.microjuris.com] el 04/12/12, cita: MJ-DOC-6095-AR | MJD6095. Ver además, entre muchos, POSNER, Richard, *El pequeño libro del plagio*, Madrid, El hombre del Tres, 2013; CARLON, M. y SCOLARI, C. (comps.), *Colabor\_arte*, Buenos Aires, La Crujía, 2012; LESSING, L., *Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*, Barcelona, Edit. Icaria, 2012.

57. ONAINDIA, J. M., “La libertad de expresión e identidad cultural”, en *La Ley* 2004-E, 1299.

58. Tengamos en cuenta que, aún en el florecimiento vivido en los últimos años, el cine de producción nacional participa únicamente en el 8,5% de la recaudación total por exhibiciones en el país (cifras año 2012, consultado en [http://sinca.cultura.gov.ar/sic/estadisticas/] el 17/09/14)

películas nacionales que abarca a todas las empresas que por cualquier medio o sistema exhiban películas.<sup>59</sup> De otra manera, las películas argentinas liberadas a la pura "libertad de mercado" no encontrarían espacio para exhibirse y comunicarse al público, caso en el que, como vimos, no puede hablarse de una auténtica vigencia de la libertad de expresión.

Se ve claro así que, dentro del "margen de discrecionalidad" que debe tener el Estado para definir los *medios*, lo cierto es que la *protección* de la libertad de expresión artística no se agota con la mera abstención, sino que requiere prestaciones concretas, sean normativas como vimos, sean fácticas, como veremos.

b) *Derechos a la organización y al procedimiento*

Son pocas las particularidades que la libertad que tratamos exige respecto a los derechos a la organización y al procedimiento, en tanto derechos que exigen una conducta activa por parte del Estado. Tal vez baste con recordar la garantía a la *tutela judicial efectiva* de los derechos que ha sostenido reiteradamente la CSJN, de acuerdo a la cual el Estado debe asegurar los procedimientos idóneos que permitan garantizar el acceso a una instancia judicial frente a la vulneración de derechos,<sup>60</sup> lo que además ha sido reforzado con la *constitucionalización* de la acción de amparo (art. 43, CN).

En lo particular, la tutela judicial efectiva importará muchas veces la posibilidad de *revisar judicialmente* determinadas decisiones administrativas que puedan afectar la libre expresión artística, por ejemplo, en los casos en que se produce la eliminación de determinadas obras participantes concursos de artes plásticas<sup>61</sup>; frente a la calificación de las obras cinema-

59. El sistema se halla regulado por el art. 9, ley 17.741 (denominada Ley INCAA), el decreto reglamentario 1405/73 y las resoluciones 2016/04 y 1582/06 del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)

60. Los debates actuales se dirigen a pensar el *tiempo* como factor determinante de la garantía de una tutela judicial efectiva (CSJN, "*Poggio, Oscar Roberto c Estado Nacional*", del 08/11/2011, La Ley 2012-A, 150. Conf., IVANEGA, M., "Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales", en *La Ley* 2013-B, p.989; DIEGUES, J. A., "La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 31/12/12.

61. Tal es lo que aconteció en el caso "Colombres" citado *ut supra*, en el que el Poder Ejecutivo mediante decreto 5696/71 excluyó la obra presentada por los artistas Ignacio Colombres y Carlos Pereyra que resultara ganadora del II Certamen Nacional de Investigaciones Visuales. No obstante, la Corte consideró que no podía revisar esa decisión por tratarse del ejercicio del "poder de policía".

tográficas instrumentado administrativamente por el INCAA;<sup>62</sup> o ante la limitación a la circulación de obras literarias.<sup>63</sup>

c) *Derechos prestacionales en sentido estricto*

Por último, en la protección activa de las libertades, se encuentran los derechos prestacionales en sentido estricto, o lo que en estos hemisferios se denomina "derechos sociales, económicos y culturales". La libertad de expresión artística tiene una dimensión vinculada directamente a estos conceptos, agrupado bajo el concepto general de "promoción" de las expresiones artísticas. Es que en los tiempos que corren es imprescindible un rol activo por parte el Estado en estos aspectos, asegurando que a la *libertad jurídica* que aparece mencionada en los textos normativos le corresponda una *libertad fáctica*, de acuerdo a la cual existan *reales* posibilidades de ejercer dicha libertad.<sup>64</sup> En otras palabras, el Estado debe proveer los medios materiales que permitan a las personas *expresarse* libremente mediante manifestaciones artísticas.<sup>65</sup>

Entonces diremos que los *derechos prestacionales en sentido estricto* son los derechos individuales que tiene el individuo *a algo* que no puede obtener por sí mismo, o no puede obtenerlo de terceras personas, por no contar con los medios económicos suficientes o por no existir la oferta adecuada.<sup>66</sup>

Como ya adelantáramos, el dilema aquí es si de esta enunciación genérica puede concluirse que existen auténticos *derechos subjetivos* para el sujeto titular –y por lo tanto exigibles judicialmente–, o si se trata de meros

62. COLAUTTI, C. E., *Libertad de Expresión y Censura Cinematográfica*, cit., p. 54 y ss.

63. CSJN, "Editorial Sur SRL c/ Municipalidad de la Capital", del 27/12/1963, cit.

64. Sobre los conceptos de libertad jurídica y libertad fáctica, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 193.

65. De algún modo, esta norma puede adscribirse a las disposiciones contenidas en el art. 75 inc. 19 de la CN, aún cuando ello sea considerado como una mera *facultad* para el Congreso y no un auténtico *deber*. Disposiciones similares, e incluso con un auténtico grado de compromiso jurídico para los Estados suscriptores, pueden hallarse en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece: "1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural (...); 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora".

66. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 443.

deberes generales que tiene el Estado –de lo que tradicionalmente se ha derivado en el carácter *programático* de este tipo de derechos–.

Quienes se oponen a la *subjetivización* de los derechos prestacionales –derechos económicos, sociales y culturales–, alertan además sobre el peligro de una indebida injerencia de los jueces en las órbitas del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. Se dice que, de haber plenos derechos subjetivos, el juez debería atender a las demandas que exigen su cumplimiento, borrando de esta manera el “*margen de apreciación*” que corresponde al Congreso para decidir *cómo* habrá de cumplir con el deber de otorgar el derecho prestacional que se reclama.

Es decir, ¿puede un artista exigir judicialmente la entrega de fondos para poder *desarrollar* en los hechos su libertad de expresión?

Con todo, la conceptualización de los principios como *mandatos* de optimización permite esclarecer el panorama. Así, aún cuando no pueda sostenerse seriamente que el Estado deba cumplir completamente con todas las *prestaciones* a que se halla obligado, lo cierto es que debe hacerlo en términos de *optimización*, es decir en la *mayor medida posible* –dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas–, o, de acuerdo a la fórmula tradicional *positivizada* en el derecho internacional, hasta “*el máximo de los recursos disponibles*” (art. 2.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).<sup>67</sup>

Frente a las posturas críticas que señalan una ilegítima injerencia del poder judicial en los otros poderes, o ven una excesiva constitucionalización de los derechos, Alexy responde analizando los alcances de la *discrecionalidad* (margen de acción) que tradicionalmente fue otorgada al Poder Legislativo. Así, la *discrecionalidad sustantiva* –es decir, aquello que las normas constitucionales ni ordenan ni prohíben, en donde podríamos incluir la ya referida disposición del art. 75 inc. 19, CN– puede desmembrarse en tres tipos de discrecionalidades: a) la discrecionalidad para seleccionar los medios, como vimos al tratar la diferencia entre *derechos de seguridad* y *derechos de protección*; b) discrecionalidad para la fijación de fines; y como colorario de estas dos, c) la discrecionalidad para resolver mediante *ponderación* la eventual colisión entre principios de diferente naturaleza e intensidad.<sup>68</sup>

En lo que aquí interesa, y en lo que hace a las prestaciones vinculadas

67. GIL DOMÍNGUEZ, A., *Constitución socioeconómica y derechos económicos...*, cit., p. 167

68. ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales de protección”, cit. p. 79

a la libertad de expresión artística, deben analizarse los límites de la *discrecionalidad* para seleccionar los *finés* y, en su caso, los *medios* con los que se propenderá al cumplimiento de esos fines. Es claro que, por un lado, la selección de fines debe atender a un nivel *mínimo* que garantice adecuadamente la libertad de expresión; en otras palabras, no puede haber discrecionalidad respecto la decisión de *proteger* o *no proteger*. Luego, la selección de *medios* resulta una cuestión compleja cuya resolución exige la selección de aquellos medios que, de acuerdo a la *ponderación* de principios que se enfrenten, resulten en la *mayor protección* posible.

En términos prácticos, Alexy ensaya una suerte de esquema general construido en torno al concepto y procedimiento de *ponderación*, de acuerdo al cual cuando de prestaciones *fácticas* se trata, deberá lidiarse con la colisión entre diferentes *mandatos de optimización*, es decir de principios, entre los que se cuentan el "principio de libertad fáctica", los principios formales que delimitan la competencia del legislador y el de la división de poderes, y principios materiales referidos a la libertad jurídica de los demás, a otros derechos sociales fundamentales y a bienes colectivos.<sup>69</sup>

En recientes pronunciamientos, aunque con referencia a derechos sociales más sensibles y urgentes, como la cuestión habitacional, la CSJN ha sostenido que los derechos fundamentales consagran obligaciones *de hacer* a cargo del Estado, y que tienen las siguientes características particulares de: a) "*no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad*"; b) "*la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado*"; c) dicha obligación de hacer con "*operatividad derivada*", supone que "*están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial*".<sup>70</sup>

De modo que, preliminarmente, puede decirse que la CSJN no ha descartado que, en determinados casos, pueda existir para el ciudadano un auténtico derecho subjetivo.

En el caso específico de la libertad de expresión artística, en ocasiones se ha mencionado la necesidad de que el Estado promueva, con acciones materiales concretas, ciertas "voces" que resultan *críticas* a los postulados vigentes en una sociedad y que por ello usualmente quedarían *calladas* si

69. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 454.

70. CSJN, "Q.C., S. Y. c Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24/04/12, en LL 2012-C, p. 257

son liberadas a libre distribución de medios y oportunidades. Tal es lo que puede deducirse del renombrado "Caso Ferrari", originado a partir de la muestra organizada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en un centro cultural de carácter público, en la cual se exhibió una retrospectiva general de la obra de León Ferrari, en muchas de las cuales cuestiona el rol de la Iglesia Católica.<sup>71</sup>

A estas alturas ya estamos en condiciones de sostener que es un *deber mínimo* del Estado desarrollar programas regulares de promoción de las manifestaciones artísticas, mediante los más variados sistemas de becas, subsidios y cualquier otro derecho prestacional fáctico. Entre las muchas acciones que desarrolla el Estado Nacional, podemos mencionar el sistema de subsidios previstos en el INCAA para el caso de la producción audiovisual,<sup>72</sup> o el sistema de becas y financiaciones del Fondo Nacional de las Artes.<sup>73</sup>

Mayores dificultades provoca la *distribución* de los subsidios, becas o cualquier otra ventaja fáctica acordada por el Estado. Pueden hacerse algunas anotaciones al respecto: en primer lugar, se trata de una *margin de acción* en cuanto a los *medios*; ello hace que, si bien el poder legislativo o el ejecutivo tienen cierto espacio para la discrecionalidad, no puede caer en la *arbitrariedad*, y, además, como ha dicho el máximo tribunal nacional, se encuentran sujetos al control de *razonabilidad* por parte del poder judicial.

Quizás resulte pertinente aplicar *mutatis mutandi* los estándares aplicables a la distribución de la publicidad oficial. En estos casos se concluye que, aún cuando no exista un derecho subjetivo de los medios a recibir publicidad, ella no puede ser asignada de manera arbitraria, pues su distri-

71. Cam. Contencioso Adm. y Tributario, Sala I, "Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires", cit. en donde se dijo que "El Gobierno de la Ciudad debe ajustar su política cultural a lo dispuesto por la Constitución local, que dispone, cfr. art. 32: 'La ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras (...) En la realización de dicha política constitucional debe actuar de forma pluralista, acogiendo la diversidad estética y sin incurrir en discriminación (...) Esto significa que en esa diversidad estética pueda estar legítimamente incluido el arte crítico, provocador o que hiera la sensibilidad de algunas personas'" (Voto Dr. Corti).

72. Es innegable que, dado los altos costos que demanda cualquier producción cinematográfica por mínima que sea, no existiría cine argentino sin la presencia de dichos subsidios (ver ley 17.741; [www.incaa.gov.ar]). Mientras en 1994 solo se estrenaron 8 películas de origen nacional, en 2012 la cifra se sitúa en la cantidad de 136 films ([http://sinca.cultura.gob.ar/sic/estadisticas], consultado el 17/09/14).

73. Conf. dec. ley 12.204; [www.fnartes.gov.ar]. Recientemente se ha creado el Instituto Nacional de la Música (ley 26.801).



bución en forma discriminatoria e irrazonable significa una violación a la libertad de expresión.<sup>74</sup>

Como señala la Relatora especial de los derechos culturales de la ONU, cuestiones como las políticas públicas culturales y la tutela de la libertad de expresión artística, deberían ser desarrolladas bajo un “*principio de pluralismo*” y un “*principio de independencia*”, de acuerdo los cuales debería encomendarse a “*expertos independientes, en particular homólogos, la asignación de los fondos y donaciones por un período de tiempo limitado*”.<sup>75</sup>

En el mismo informe, se pone atención en otras acciones que involucren prestaciones fácticas adecuadas para lograr la *protección positiva* de la libertad de expresión, indicando que “*otra forma de apoyar las artes sin injerirse en los contenidos es mejorar la situación social de los artistas, en particular su seguridad social, algo que, al parecer, es una preocupación ampliamente compartida por ellos*”.<sup>76</sup>

## V. CONCLUSIÓN

De esta manera finalizamos el trabajo, con la pretensión de habernos acercado a la doble meta propuesta: en primer lugar, sostener la utilidad de la teoría de los derechos fundamentales, en la construcción realizada por Robert Alexy, para la *fundamentación* y delimitación de los derechos humanos positivizados como derechos fundamentales; y por otra parte, pensar la libertad de expresión artística como un típico derecho fundamental, amparado por las normas fundamentales y necesitado de específicos mecanismos de protección, que superen la clásica *protección negativa* que se ha exigido al Estado en materia general de libertad de expresión.

En definitiva, se trata de cumplir progresivamente con el *mandato de optimización* que supone el principio de libertad de expresión artística,

74. CSJN, “*Editorial Río Negro SA c Provincia del Neuquén*”, del 05/09/2007, en LL 2007-E, p. 438; “*Editorial Perfil SA y otro c Estado Nacional*”, del 02/03/2011, en LL 2011-B, 243

75. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, SHAHEED, F., “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, cit. pto. 71

76. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, SHAHEED, F., “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, cit. pto. 71 y ss.

procurando la *mayor* de las protecciones y medidas posibles de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Existe un verdadero *tránsito hacia la optimización* del principio, que puede observarse en el corrimiento de los *límites jurídicos* –por ejemplo en cuestiones vinculadas a la censura o a ciertas responsabilidades penales– y, en menor medida, ciertos *límites fácticos* –a partir del progresivo desarrollo de las *políticas culturales*–. Con todo, la libertad de expresión como derecho fundamental exige seguir adelante y atender a los nuevos desafíos que amenazan su plena vigencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- , “Sobre los derechos constitucionales de protección”, en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- , “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, n° 32, 2009.
- BADENI, Gregorio, “La libertad de expresión y de conciencia: el caso ‘La última tentación de Cristo’”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2001-C.
- , *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, n° 30, 2007.
- BERTONI, Eduardo A., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores” en BERTONI, Eduardo A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- , *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1986.
- CARLON, Mario y SCOLARI, Carlos (comps.), *Colabor\_arte*, Buenos Aires, La Crujía, 2012.

- COLAUTTI, Carlos E., *Libertad de Expresión y Censura Cinematográfica*, Buenos Aires, Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983.
- DIEGUES, Jorge A., “La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 31/12/12.
- SHAHEED, Farida, “*El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*”, consultado en [<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rw-main/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>] el 17/09/14.
- FAYT, Carlos S., *La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.
- , “Derecho constitucional de la propiedad intelectual”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 27/02/09.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, “Los tratados internacionales y el derecho interno”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 17/06/14.
- IVANEGA, Miriam, “Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2013-B.
- LAPLACETTE, Carlos J., “Libertad de expresión ¿derecho individual o colectivo?”, en *La Ley-Suplemento Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, agosto de 2014.
- LESSING, Lawrence, *Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*, Barcelona, Edit. Icaria, 2012.
- LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Alfa, 1956, t. 3.
- LOVERA PALERMO, Domingo, “El mito de la libertad de expresión” en *Revista de Derecho de Valdivia*, consultado en [[www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art07.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art07.pdf)] el 15/09/14.
- LORETI, Damián y LOZANO, Luis, *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.
- ONAINDIA, José M., “La libertad de expresión e identidad cultural”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- PELLET LASTRA, Arturo, *La libertad de expresión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

POSNER, Richard, *El pequeño libro del plagio*, Madrid, El hombre del Tres, 2013.

ROGEL VIDE, Carlos, “Libertad de creación y derecho de autor”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 20/02/14.

SABSAY, Daniel Alberto, “El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2013-B.

SAGÜES, María Candelaria, *¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la “cumbia villera”*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

## ENSAYOS



## EL GENOCIDIO ECONÓMICO: LOS LÍMITES DE LA NUEVA ECONOMÍA SOCIAL Y COMUNITARIA EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO\*

FACUNDO NICOLÁS GLADSTEIN\*\*

*“Hay delitos económicos que son más graves que los homicidios porque son más conscientes y son la causa no de una, sino de muchas muertes y de la corrupción”*,  
Padre Hurtado.

**Resumen:** El presente ensayo analiza el cambio de paradigma constitucional neoliberal por el de constituciones de matriz social y comunitaria que acontece actualmente en América Latina, especialmente en Bolivia y Ecuador, desde la perspectiva de las cláusulas económicas del “bloque neoconstitucional”. Estudia los fundamentos iusfilosóficos de ese pasaje y, en ese marco, realiza una clasificación de las innovaciones normativas en materia económica e intenta delimitar los debates de política legislativa alrededor de cada temática.

**Palabras clave:** neoconstitucionalismo latinoamericano – derechos económicos neoconstitucionales – giro biocéntrico – prohibición de transgénicos – soberanía alimentaria – propiedad de la tierra – propiedad intelectual – conocimientos indígenas tradicionales – soberanía de los recursos naturales.

**Summary:** The following essay analyses the change of model from neoliberal constitutions to the social-communitarian ones. This new model is the one being used in Latin-American, especially in Bolivia and Ecuador, focusing in economy clauses of what is known as the “neoconstitutional bloc”. It studies the iusphilosophic foundations of this change and it creates a classification of the new norms

\* Recepción del original: 20/11/2014. Aceptación: 24/3/2015.

*Agradezco al profesor José María Monzón por confiar en mí para esta investigación, a Mailen Ferez las traducciones y a mi familia por el apoyo incondicional.*

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

in economical matters as it tries to set the limits of the debates regarding legislative policies surrounding each subject.

**Keywords:** latin-american neoconstitutionalism – neoconstitutional economic law – giro biocéntrico – transgenics ban – food sovereignty – land ownership – intellectual property – traditional native knowledgement – natural resources sovereignty.

## I. EL GENOCIDIO ECONÓMICO

Durante el último cuarto del siglo XX, un modelo económico que aún hoy pretende expandirse por el mundo creó las estructuras financieras que consolidaron la desigualdad y pobreza en América Latina. Las políticas neoliberales fueron el sistema de ideas individualistas, utilitaristas y ahistoricas de la sociedad y la economía<sup>1</sup> cuyas consecuencias constituyeron verdaderamente un genocidio económico.

Sus ideas centrales fueron la eliminación de las interferencias que limitan el “juego del libre mercado” (especialmente aquellas provenientes del Estado), la “racionalización” de la economía capitalista, el libre comercio y movimiento de capitales financieros y cuyo objetivo primordial fue favorecer las condiciones de acumulación capitalista<sup>2</sup> en detrimento de las grandes masas poblacionales de los países. El eje jurídico fue el diseño de un Estado neoliberal (a través de constituciones y leyes) cuya condición existencial necesaria fue destruir la libertad del Estado Nacional: restringir al Estado para permitir el libre despliegue de los intereses hegemónicos del mercado.<sup>3</sup>

Desde el Consenso de Washington, el neoliberalismo logró imponer en la agenda de América Latina la batería de medidas económico-políticas concretas en las cuales consistió el curso de acción de este genocidio económico. Específicamente implicó: recortes masivos al gasto público, la liberalización

1. BELL LARA, José y LÓPEZ, Delia Luisa. “La cosecha del neoliberalismo en América Latina”, p. 1, consultado en [[http://www.sagradorazon.edu.ar/web/tercero\\_hist/Pob\\_Pol\\_Jur\\_Ciud/NEOLIBERALart\\_JBell5.pdf](http://www.sagradorazon.edu.ar/web/tercero_hist/Pob_Pol_Jur_Ciud/NEOLIBERALart_JBell5.pdf)] el 01/09/2014.

2. BELL LARA, José y LÓPEZ, Delia Luisa. “La cosecha...” ob. cit. 1, p. 1.

3. FERRER, Aldo. “La construcción del Estado Neoliberal en la Argentina”, en *Revista de Trabajo*, Año 8, Número 10, Paris, 2012, pp. 1-2.



financiera, un tipo de cambio competitivo, la liberalización del comercio, el fomento de la inversión extranjera directa, la desregulación de la actividad económica y privatización de las empresas estatales, la desregulación y protección de los derechos de propiedad, el control y reducción de los salarios, la flexibilización laboral, la apertura externa al flujo de mercancías y capital, y la reforma tributaria para ampliar la base impositiva, entre otras medidas. Todo ello significaba el refuerzo y/o la creación de estados mínimos, la concentración de la actividad económica en monopolios financieros e internacionalizados, la imposibilidad de progreso de todos los países desarrollados y su consecuentemente desastroso costo social.<sup>4</sup>

Para imponer esta serie de cambios a los estados latinoamericanos las dictaduras y luego los gobiernos democráticos, al servicio de los intereses transnacionales, dejaron una herencia económica basada en deudas externas impagables,<sup>5</sup> desordenes en las finanzas públicas y la balanza de pagos y una inflación monstruosa.<sup>6</sup> Además, la extranjerización del aparato productivo fortaleció los lazos de dependencia neocolonial insertando a la región en el mundo como proveedora de productos primarios junto con una concentración de la propiedad de los recursos naturales.<sup>7</sup> Así, el extractivismo llegó a ser el modelo de saqueo de estos debido a la eliminación de las barreras impositivas. Las empresas nacionales y extranjeras actualmente pueden explotar los hidrocarburos, minerales a cielo abierto, bosques latinoamericanos y extraer desmedidamente materias primas para exportar y ampliar la frontera agrícola para sembrar soja o maíz y consolidar estas relaciones de producción basadas en los agronegocios y el monocultivo<sup>8</sup> gracias a la conformación del aparato productivo desarrollada en las décadas neoliberales.

Las consecuencias de este genocidio económico son estrepitosamente escandalosas: hacia fines de la década de los noventa el 43,8% de la po-

4. BELL LARA, José, LOPEZ, Delia Luisa. "La cosecha...", ob. cit. 1 pp.1-10.

5. GARCIA FAURE, Arián y GAGO MENOR, Andrea (coord.). *¿Por qué es la soberanía alimentaria una alternativa?*, Toledo, Paz con Dignidad, Junio de 2011, pp. 17-18.

6. FERRER, Aldo, "La construcción...", ob. cit. 3, pp. 2-4.

7. ARCEO, Enrique, "El fracaso de la reestructuración neoliberal en América Latina. Estrategias de los sectores dominantes y alternativas populares" en BASUALDO, Eduardo y ARCEO, Enrique, *Neoliberalismo y sectores dominantes*. Buenos Aires, CLACSO, 2006, p. 28.

8. RAMIREZ, Silvina. "Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza: encuentros y desencuentros" en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 12, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, Diciembre de 2011, p. 7.

blación de la región se hallaba en condiciones de pobreza, arrojando un saldo de 211 millones de personas en esta situación, de las cuales más de 89 millones se encontraban debajo de la línea de indigencia.<sup>9</sup> La pobreza se concentró, en cifras absolutas, en el área urbana ubicando a 134 millones de personas, frente a las 77 millones de personas pobres situadas en zonas rurales. No obstante en cifras relativas la pobreza rural superó ampliamente a la urbana (54% y 30% de los hogares respectivamente),<sup>10</sup> incluso en pobreza extrema también la supero en cifras absolutas, dejando al descubierto la miseria que acarrea para las poblaciones locales el modelo de estado extractivista.

El fenómeno de la pobreza vino acompañado de la deserción escolar en algunos hogares, de la incorporación temprana al trabajo en otros y de muchos niños y jóvenes que no estudiaron ni trabajaron. La población en edad productiva creció hasta alcanzar la cifra de 212 millones de personas, disminuyó la calidad del empleo y aumentó la informalidad incluyendo a más de 20 millones de personas en ese sector. Durante toda la década de 1990 hubo un considerable aumento del número de desempleados, a razón del 10,1% anual, cuyo mayor esplendor se produjo en el período comprendido entre 1997-1999.<sup>11</sup> Como si fuera poco, en 1999, casi 77 millones de personas residían en viviendas hacinadas y 165 millones de personas (¡de las cuales más de la mitad no era pobre!) no tenían acceso al agua potable.<sup>12</sup>

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), alrededor de 1999, la desigual distribución del ingreso continuaba siendo un rasgo sobresaliente de la estructura económico social de América Latina, ganando la reputación a nivel global de ser la región menos equitativa del mundo. Más aún, muchos países se jactaban de haber logrado expandir su economía y aumentado el gasto social, sin embargo no lograron (y hasta el día de hoy tampoco) modificar sustancial y posi-

9. CEPAL, *Panorama social de América Latina 2000-2001*, Naciones Unidas, Primera Edición, Impreso en Santiago de Chile, Octubre de 2001, p. 13.

Las cifras son contundentes si tomamos como parámetro que en 1980 había 135,9 millones de pobres en América Latina, y ese número luego, en el transcurso de la era neoliberal, se elevó en 1999 hasta alcanzar la cifra de 211,4 millones. Ello demuestra que estas políticas no solo fracasaron en su dimensión de perspectiva social, sino que contribuyeron a profundizar la miseria en todo el mundo.

10. CEPAL, *Panorama social...*, ob. cit. 9, p. 14.

11. CEPAL, *Panorama social...*, ob. cit. 9, pp. 20-23.

12. CEPAL, *Panorama social...*, ob. cit. 9, p. 16.

tivamente la distribución del ingreso. El ejemplo de Brasil es el más vergonzoso: donde el decil más rico tenía en ese año 32 veces más recursos económicos que los cuatro deciles más pobres.<sup>13</sup> En el balance de un informe del Banco Mundial, debido a las políticas impuestas por el Fondo Monetario Internacional (FMI) durante la década neoliberal, en Latinoamérica el ingreso de los trabajadores disminuyó en un 25% mientras que el de los empresarios aumentó más del 15%.<sup>14</sup>

Como resultado global, la inmensa mayoría de la sociedad sufrió un deterioro en sus condiciones de vida y una movilidad social de carácter descendente. Repercutió con mayor fervor este proceso en los sectores minifundistas agrícolas, artesanos, obreros manufactureros, empleados públicos y en las clases medias. A la mala alimentación, la insalubridad, la precarización o desempleo y las pésimas condiciones de vida se sumó también un deterioro social en tanto que aumentaron los índices de violencia y criminalidad.<sup>15</sup>

Pero las consecuencias de la ola destructiva del genocidio económico no terminan allí, fueron mucho más profundas. En un artículo elaborado por la CEPAL, el Programa Mundial de Alimentos y Fondo de las Naciones Unidas (UNICEF), se puede apreciar el peor de todos los males que este genocidio económico perpetró: la desnutrición. La situación nutricional de la región es producto de la desigualdad y, a la vez, causa y consecuencia de la pobreza. En 2006, mientras la producción de bienes e insumos alimentarios triplicaba los requerimientos energéticos de la población, 53 millones de personas tenían un acceso insuficiente a los alimentos. Para ese año, la desnutrición crónica afectaba a 8,8 millones de niños menores de 5 años.<sup>16</sup> Las razones son multifactoriales, heterogéneas respecto de cada país e incluyen causas medioambientales, sociales, culturales y económicas.

Sin embargo lo más irracional de este problema es que según estimaciones del Programa Mundial de Alimentos (PMA), el costo anual de combatir la desnutrición en todos los niños menores de 5 años en la región

13. CEPAL, *Panorama social...*, ob. cit. 9, pp.17-20.

14. BELL LARA, José y LOPEZ, Delia Luisa. "La cosecha...", ob. cit. 1, p. 3.

15. BELL LARA, José y LOPEZ, Delia Luisa. "La cosecha...", ob. cit. 1, p. 5-8.

16. CEPAL. "Desnutrición infantil en América Latina y el Caribe" en Unicef, *Desafíos: Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de desarrollo del milenio*, Santiago de Chile, 2006, p.5.

ascendía a 2,5 mil millones de dólares pero el de no combatirla oscilaba entre 104 mil millones y 174 mil millones de dólares.<sup>17</sup>

Luego del paso funesto de la ola de medidas neoliberales, actualmente mueren diariamente en el mundo 18.000 niños, más de 6 millones al año por causas totalmente evitables.<sup>18</sup>

“Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal” pregona el preámbulo boliviano a su obra magna de 2009, y proclama “asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”, dejando en claro sus intenciones de refundar un nuevo modelo estatal.<sup>19</sup> Para intentar cumplir con esta meta han surgido algunas constituciones regionales nuevas que incluyen medidas concretas para hacer frente al flagelo neoliberal.

## II. LOS LÍMITES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El oleaje ultracapitalista de las décadas de los ochenta y noventa se plasmó jurídicamente en constituciones de matriz neoliberal, cuyos mayores exponentes latinoamericanos son las constituciones de Colombia de 1991 y de Argentina de 1994. En sus textos se reflejó el pensamiento, la filosofía y la concepción económica del genocidio financiero que arrasó con las haciendas latinoamericanas en aras del mercado pero diezmando a las sociedades, y como ya hemos visto, empobreciéndolas hondamente.

Ejemplo de ello son normas de carácter meramente enunciativo y generales, sin delimitar el diseño económico del aparato estatal. Textos, como en el caso de Argentina y Chile, sumamente cortos y ambiguos, representan el constitucionalismo clásico. La exclusión de las minorías en general en la consagración de derechos especiales y la consolidación de la propiedad privada como un baluarte inamovible. Debe reconocerse de todos modos que la constitución de Colombia de 1991, es para varios autores un punto de inflexión que marca el inicio y las bases para un nuevo

17. CEPAL. “Desnutrición infantil...”, ob. cit. 16, p. 12. Esta diferencia se basa entre otras causas por la mortalidad infantil, la pérdida en la productividad, por el retardo en el crecimiento y pérdidas por enfermedades crónicas.

18. KLIKSBERG, Bernardo, “Muertes gratuitas”, consultado en [<http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-259184-2014-11-06.html>] el 18/11/2014.

19. CORAGGIO, José Luis. “Economía social y solidaria: el trabajo antes que el capital”, Quito, Abya-Yala, 1era Ed., FLACSO Ecuador, 2011, p. 174.

constitucionalismo latinoamericano diferenciándose del constitucionalismo clásico imperante hasta el momento.<sup>20</sup> Moción de ello son entre otras propuestas: la exaltación de la soberanía nacional y la integración latinoamericana (art. 9), el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (art. 64), la protección de la producción de alimentos (art. 65), la regulación de los derechos colectivos y la sustentabilidad del ambiente (arts. 78 a 82), la inclusión de una circunscripción especial de senadores por las comunidades indígenas (art. 171), el establecimiento de jurisdicciones especiales para los pueblos indígenas (art. 246), el reconocimiento de funciones sociales a la economía (arts. 333 y 334), el desarrollo de tendencias anti monopolísticas (art. 336), el planteo de un Plan Nacional de Desarrollo (arts. 339 a 344), el reconocimiento de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos (art. 365 a 370). Sin embargo, con el debilitamiento de la izquierda y el viraje a la derecha conservadora en la escena política colombiana hacia 1992, las políticas de ese país muchas veces en contra del tenor progresista y los derechos de esa constitución opacaron la semilla innovadora tornándola solo un antecedente que no logró detener el modelo socioeconómico de la época.

En un contexto distinto, en la década siguiente, tres jóvenes cartas de derecho bajo el mote de "neoconstitucionalismo",<sup>21</sup> se proponen rebatir estas ideas, imponiendo límites a la economía tradicional y retomando la función social del Estado. Me refiero a las constituciones de Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. Ellas simbolizan el cambio de paradigma filosófico que está operando en América Latina este siglo XXI, son los testigos jurídicos del pasaje de una lógica constitucional neoliberal

20. NOGUERA-FERNANDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina" en *Revista Estudio Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2011, pp.17-19.

21. No son pocos los autores que cuestionan acerca de la significancia del vocablo "neoconstitucionalismo", preguntándose si representa una nueva realidad o tan solo una nueva etiqueta vacía suficientemente útil para presentar bajo un nuevo ropaje un fenómeno ya existente. No es el objeto de este texto extendernos en ese debate, por ello utilizaremos el término únicamente con fines didácticos para referirnos a las nuevas constituciones de Bolivia 2009, Ecuador 2008 y Venezuela 1999. Para ampliar, véase CARBONELL, M., "¿Que es el neoconstitucionalismo?", en *El mundo del abogado*, octubre de 2012, disponible en [<http://elmundodelabogado.com/que-es-el-neoconstitucionalismo/>] o GUASTINI, R., "Aproposito del neoconstitucionalismo", en *Doctrina Constitucional, Gaceta Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 67, pp. 231-240.

a una lógica constitucional social y comunitaria. El Estado comienza a implementar límites a los atropellos de quienes tienen posiciones hegemónicas en el mercado mundial para garantizar los derechos fundamentales que la humanidad ha pregonado desde las revoluciones ilustradas del siglo XVIII.

Así consagran: la propiedad comunitaria, el régimen de explotación de cada uno de los recursos naturales, los derechos de la naturaleza, los principios que rigen la política económica y financiera de cada Estado, que son aquellos diques que analizaremos en este trabajo.

Es objeto de esta investigación asentar las propuestas que el neoconstitucionalismo ha planteado para lograr una economía más justa y, a través de ella, una sociedad más igualitaria en un mundo desigual. Pero quiero adelantar, como columna vertebral de mi análisis, que estos límites que las cartas magnas latinoamericanas han consagrado, no son límites clasistas, sino muy por el contrario, son el basamento jurídico del intento de construir una nueva economía alternativa a la pauta por el genocidio económico que permitió el libre mercado desmedido de estados ausentes avalados por sistemas legales en el último cuarto del siglo XX.

La posmodernidad intentó destruir los postulados epistémicos y culturales hegemónicos de la modernidad. En este sentido, la posmodernidad decreta entre otros el fin de la historia, de las identidades nacionales y de las utopías de liberación nacional. Se han planteado disyuntivas frente a la posibilidad de una modernidad no euro céntrica y existen quienes reivindican la utopía latinoamericana. Varios pueblos indígenas se han movilizado gracias al tejido de resistencia y de proyectos que fortalecen la conformación de utopías políticas. Las ideas de emancipación y liberación latinoamericana históricamente han estado acompañadas de un entramado utópico, tal como sucede actualmente con el movimiento zapatista en México o con la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). Estos movimientos lograron la cohesión de sus discursos entre sus integrantes cuyo eje es la identidad de resistencia de los pueblos indígenas combinado con la proyección como utopía política de sus objetivos. En esta dirección la utopía impulsa críticamente su propia tradición.<sup>22</sup>

22. ESCALANTE RODRIGUEZ, J. D., "La identidad como utopía en América Latina. Palabra y movilización de los pueblos indígenas", en *Dossier de filosofía: destino, futuro y utopía*, DF, Universidad Nacional Autónoma de México, La Colmena 75, julio-septiembre 2012, pp.49-51.

En definitiva, el debate de fondo que aquí se plantea es: ¿Son estos límites neoconstitucionales del siglo veintiuno verdaderos proyectos alternativos a la modernidad capitalista? ¿O tan solo son utopías políticas que buscan proyectarse e impulsarse en el seno de sus contradicciones?

Según Luis Alberto Arce Catacora, ministro de economía y finanzas públicas de Bolivia desde 2006, "*No es la pretensión del Nuevo Modelo Económico, Social, Comunitario y Productivo ingresar directamente al cambio del modo de producción capitalista, sino, sentar las bases para la transición hacia el nuevo modo de producción socialista*".<sup>23</sup> No sabemos aún en términos históricos si esta es verdaderamente una etapa de transición hacia el socialismo u otro modo alternativo al modo de producción capitalista. Pero sí considero que del mismo modo en que la Revolución Francesa de 1789 simbolizó la consolidación discursiva de derechos como la libertad de culto, de pensamiento, la prohibición de la tortura y la esclavitud que permitieron ingresar en una nueva era de la historia universal, en el siglo XXI en América Latina, se están construyendo los cimientos filosóficos de una nueva economía global basada en el respeto por el medio ambiente, una distribución más equitativa de los recursos naturales y su explotación transfiriendo excedentes del sector estratégico al sector generador de empleos, etc.

El caso de Bolivia es en todos los planos de análisis el más significativo. Como sus propios protagonistas lo indican,<sup>24</sup> la gestión de un presidente indígena surgido atípicamente de una unión de movimientos sociales, ha planteado la creación de un nuevo modelo económico, social, comunitario y productivo a partir de la atribución de nuevas funciones al Estado cuyo objetivo primordial es crear una Economía Plural. Un modelo de Estado plural orientado a la industrialización en virtud de la coordinación planificada de cuatro agentes esenciales: el Estado y los sectores privado, cooperativo y comunitario.

La concepción del Estado liberal tradicional implicaba que el poder ejecutivo solo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley, y en el ámbito privado, las personas no podían hacer únicamente lo que estaba expresamente prohibido. Sin embargo, en el Estado constitucional los órganos

23. ARCE CATACORA, L. A., "El Nuevo Modelo Económico, Social, Económico y Productivo" en *Publicación Mensual del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas Economía Plural*, Año 1, Nº 1, La Paz, septiembre de 2011, p. 3.

24. ARCE CATACORA, L. A., "El Nuevo Modelo Económico...", *ob. cit.*, p.3-7.

públicos y el ejecutivo en particular definen y ejecutan políticas públicas. Las políticas públicas se materializan en planes, cronogramas, recursos, destinatarios y responsables, por ello su manejo conlleva un mayor margen de discrecionalidad.<sup>25</sup> En este sentido es el que avanza el movimiento neoconstitucional: la creación de un "Estado constitucional de derechos".

Pero no se detiene allí, sino que continúa innovando en el pasaje de la arquitectura de un Estado liberal a un Estado social. Ávila Santamaría afirma: "*El Estado social conjuga el modelo de Estado liberal y Estado de bienestar. El gran salto al Estado social, desde la perspectiva jurídica, es la constitucionalización de los derechos económicos y sociales y, en consecuencia, su reconocimiento como derechos que pueden ser exigibles judicialmente. En este sentido, podríamos concluir que el Estado social es una evolución del modelo liberal clásico de Estado*".<sup>26</sup> Debo resaltar que estas constituciones conjugan los derechos y límites económicos que configuran el estado social, concentrando en el Estado las mayores obligaciones.

En el caso de la Constitución de Ecuador de 2008, cuando enumera sus principios, dice que: un principio fundamental del estado es "la distribución equitativa de los recursos y la riqueza" (art. 3), el estado adoptará medidas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (art. 11), la política económica tiene como objetivo, entre otros, asegurar la distribución del ingreso y la riqueza nacional (art. 284), la política fiscal tiene como objetivos, entre otros, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados (art. 285), el desarrollo de políticas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras (art. 334), la elaboración de una política comercial que contribuya a reducir las desigualdades internas (art. 304), el sector financiero tiene como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros; el crédito se orientará de manera preferente a los grupos menos favorecidos (art. 310), el estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos (art. 314), el estado garantiza igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad (art. 324), el estado evitará el acaparamiento o la concentración de factores y recursos productivos, promoverá su redistribución y eliminará privilegios

25. ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El Neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la constitución de 2008*, 1era. Edición, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, pp.128-129.

26. ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El Neoconstitucionalismo transformador...*, ob. cit., pp.169-170.



o desigualdades en el acceso a ellos (art. 334), el estado generará condiciones de protección integral que aseguren la igualdad en la diversidad y no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia (art. 334), la distribución de los recursos destinados a la educación pública se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial (art. 348).<sup>27</sup>

Aquí se proclaman las ideas y la lógica del modelo igualitarista que propone esta constitución. La propuesta es claramente modificar el orden social que la precedía.

Nuestro objetivo de aquí en más es clasificar cuáles son estos límites económicos que acabamos de conceptualizar, qué concretamente propone el neoconstitucionalismo latinoamericano del siglo XXI, partiendo de la premisa que este es un movimiento que viene a proponer nuevos derechos, nuevas ideas y una nueva filosofía.

### III. LOS LÍMITES ECONÓMICOS DERIVADOS DE LA NATURALEZA

#### III.A. El giro biocéntrico

Una de las características de las constituciones latinoamericanas posteriores a la década del 80 es que incluyen aunque sea de manera enunciativa los denominados "derechos de tercera generación". Entre ellos se incluyen los derechos ambientales.

Las nuevas administraciones de América Latina se han apropiado en sus discursos de la temática ambiental pero entre todos los gobiernos que se reconocen progresistas es en Ecuador donde se ha volcado intensamente el debate ambiental hacia una nueva óptica.<sup>28</sup>

La nueva constitución de 2008 de ese país incorpora a la naturaleza o *pachamama* como sujeto de derechos propios que deben ser defendidos por el estado y todos los habitantes, pero da un salto más novedoso aún al plantear una restauración ecológica como otro derecho específico. Desde la visión de la ecología política, este pasaje de una concepción constitucional

27. ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El Neoconstitucionalismo transformador...*, ob. cit., pp.160-162.

28. GUDYNAS, E., "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador" en *Revista de Estudios Sociales*, N° 32, Bogotá, abril de 2009, pp. 34-47.

antropocéntrica en la cual el hombre es el centro de la problemática ambiental y quien tiene el derecho a un ambiente sano a una concepción biocéntrica donde la naturaleza tiene derechos propios con valores intrínsecos que el estado tiene la obligación de respetar se ha denominado "giro biocéntrico".<sup>29</sup> Desde este enfoque, por un lado cada persona tiene el derecho a "un ambiente sano y ecológicamente equilibrado", como pregona el artículo 14 de ese texto, pero también la propia naturaleza es un sujeto con derechos.

El derecho a la restauración ecológica se plasma en el artículo 72: "*La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados*".

En este sentido merece mencionarse que la constitución argentina en su artículo 41<sup>30</sup> también consagra aunque de un modo más débil el principio contaminador-recomponedor, por encima del principio contaminador-pagador que impera en el derecho internacional.

El giro biocéntrico en el neoconstitucionalismo ecuatoriano se encuentra atravesado por el influjo de tres corrientes de ideas básicas: la interculturalidad, el pachamamismo y el Sumak Kawsay. Estas tres concepciones resultan inéditas en los idearios constitucionales y aportan una nueva cosmovisión de todas las actividades humanas, incluyendo la sustentabilidad y distribución económica.

En primer lugar, la interculturalidad significa el levantamiento de las barreras raciales y los "prejuicios civilizatorios" que teñían la cultura, el arte, la tecnología y las ciencias impidiendo la comunicación entre las comunidades indígenas y los cánones de la modernidad.<sup>31</sup> Esta corriente de pensamiento no distingue como décadas antaño entre lo culto y lo inculto, lo racional y lo irracional, lo civilizado y lo incivilizado, sino que consolida en el seno de la institución estatal el valor ecuánime de todas las culturas que integran ese Estado.

Tanto es así que en su primer artículo la Constitución ecuatoriana se

29. GUDYNAS, E., "La ecología política", *ob. cit.*, pp. 34-47.

30. Constitución Argentina, artículo 41 "(...) *El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley* (...)".

31. KOWII, A., "Cultura Kichwa, interculturalidad y gobernabilidad", en *Revista Aportes Andinos*, N°13, *Gobernabilidad, Democracia y Derechos Humanos*, Programa Andino de Derechos Humanos - Universidad Andina Simón Bolívar, marzo de 2005, p. 2.

autodefine: "*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*". En el resto del articulado también se desprende el interés de esta carta de derechos por integrar a todas las comunidades indígenas en cada una de las instancias de participación "*sin perjuicio de la pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional*" (art. 6). En ese sentido quisiera diferenciar plurinacionalidad de interculturalidad. La primera se refiere a la coexistencia de varias nacionalidades frente a un mismo Estado, mientras que la segunda, a la forma de participar y de integrar cada una de las instancias de ese estado.

El neoconstitucionalismo boliviano aporta una definición concisa de esta corriente en su artículo 98: "*La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones*".

En segundo lugar, la *pachamama* o Madre Tierra, configura una expresión reciente en la recuperación de las miradas de los pueblos indígenas y los saberes populares sobre la naturaleza. Actualmente, existen posturas respecto a la invocación de la *pachamama* que representan, en un extremo, la idea de que el concepto es una posición inútil anclada en viejas mitologías y, en el otro, la vanguardia de un nuevo pensamiento político y la antesala de una nueva cultura<sup>32</sup>. Mientras, entre estos dos posicionamientos, existe una innumerable cantidad de interpretaciones intermedias.

Para Gudynas, estamos en el comienzo de un nuevo debate ambiental donde aún es temprano para afirmar que "*existe un conjunto de ideas de tal volumen y calidad que permitan delimitar un 'pachamamismo' como una corriente con identidad propia*".<sup>33</sup> En esencia la *pachamama* configura una nueva ética ambiental desarrollada en los pueblos andinos que asigna a la naturaleza valores intrínsecos (por lo menos desde la perspectiva neoconstitucional que expondremos a continuación), y pretende establecer una relación de respeto alternativa al extractivismo entre el ser humano y el resto de la vida en la tierra.

Por último, el tercer elemento que debemos exponer es el *Sumak Kawsay*. Ariruma Kowii desarma lúcidamente este concepto para su entendimi-

32. GUDYNAS, E., "La Pachamama: ética y desarrollo ambiental" en *Le Mond Diplomatique*, N° 27, La Paz, junio-julio de 2010, pp. 4-6.

33. GUDYNAS, E., "La Pachamama: ética y desarrollo ambiental", p. 5.

ento universal de la siguiente manera: *"El 'sumak kawsay' es una concepción andina ancestral de la vida que se ha mantenido vigente en muchas comunidades indígenas hasta la actualidad. 'Sumak' significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización; y 'kawsay', es la vida, en referencia a una vida digna, en armonía y equilibrio con el universo y el ser humano, en síntesis el 'sumak kawsay' significa la plenitud de la vida"*.<sup>34</sup>

A mi modo de ver, en el Sumak Kawsay el respeto a los antepasados y los ancestros es la fundamentación que para muchas comunidades indígenas justifica continuar cuidando y respetando la sustentabilidad de la naturaleza y sus ciclos. Desde la óptica occidental tradicional, así se entiende el valor espiritual del giro biocéntrico para las comunidades indígenas.

Tan fuerte es este concepto que un capítulo entero del texto constitucional enuncia las premisas del Sumak Kawsay, bajo el título de "Derechos del Buen Vivir". Entre los artículos 12 y 34 se garantiza: el derecho al acceso al agua y los alimentos, a un ambiente sano, la promoción de tecnologías y energías sustentables, la prohibición armas químicas y contaminantes persistentes, el derecho a la comunicación y la información, los derechos derivados de la cultura, el esparcimiento, el ejercicio físico y las ciencias, el derecho a la educación, el derecho a disfrutar la ciudad y la vivienda, el derecho a la salud, el derecho y deber de trabajar, y el derecho a la seguridad social.

Merece apuntarse que en la constitución boliviana, a pesar de no utilizarse la misma metodología jurídica, los principios que aquí enumeramos como Derechos del Buen Vivir, allí se vislumbran en más o en menos las mismas normas presentes entre los "Derechos Económicos y Sociales" y los "Derechos Culturales". Por ello me refiero siempre al neoconstitucionalismo como un bloque de ideas y no como normas aisladas.

Relacionando el Sumak Kawsay con el pachamamismo, *"en suma – dice Kowii– los lugares y los individuos están íntimamente relacionados, el nivel de influencia es mutuo y son elementos que permanentemente rememoran la relación espiritual que ha logrado desarrollarse entre las personas y la naturaleza, por esa misma razón la comunidad kichwa, constantemente se refiere a la pacha mama, es decir al universo"*.<sup>35</sup> Como vemos estas tres corrientes de ideas están interrelacionadas y se complementan

34. KOWII, A., "El Sumak Kawsay" en *Revista Aportes Andinos*, N° 28, Quito, Programa Andino de Derechos Humanos - PADH, 2011, p. 5.

35. KOWII, A., "El Sumak Kawsay", *ob. cit.*, p. 2.

mutuamente, solo tomando en cuenta estos conceptos es que pueden entenderse los límites a la economía tradicional que impone el neoconstitucionalismo latinoamericano, muchas veces elevando el valor espiritual por encima del fetichismo del mercado.

En el innovador Preámbulo de la Constitución ecuatoriana se plasma la conexión lógica y jurídica entre estas tres vertientes volcadas a la naturaleza: "*NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador, RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religión y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra*".

Habiendo asentado las líneas de pensamiento que sustentan el bloque o movimiento neoconstitucional latinoamericano corresponde analizar aquellos límites económicos concretos y tangibles en los cuales se trasluce.

### **III.B. Prohibición de los transgénicos**

Uno de los más audaces límites lo constituye la prohibición constitucional de transgénicos en Ecuador en su artículo 401: "*Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y solo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales*". El precepto es extremadamente claro, la regla que se desprende de la norma es la prohibición de cultivos y se-

millas transgénicas siempre, en todo el territorio, salvo y como única excepción, que se den cinco requisitos: que exista un interés nacional comprometido, que ese interés sea fundamentado por el máximo órgano del ejecutivo, que su introducción (solamente para ese caso particular) sea aprobada por la Asamblea Nacional, que respete todas las normas de bioseguridad existentes, y que la introducción de un elemento transgénico o biotecnológico no sea riesgosa o experimental. En este sentido, la prohibición es absoluta, no se puede bajo ninguna circunstancia aplicar biotecnologías experimentales o riesgosas.

En Ecuador es reforzado este concepto por la segunda parte del artículo 73: "*Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.*" Como parte del movimiento neoconstitucional latinoamericano que se opone a los transgénicos debe remarcarse que en Venezuela también se encuentra en vilo un Proyecto de ley para frenar la invasión de cultivos transgénicos en territorio latinoamericano de conformidad con su artículo 127. En Bolivia se ha tomado nota del debate en el artículo 409 de su constitución: "*La producción, importación y comercialización de transgénicos será regulada por ley*".

Debemos distinguir antes de continuar, la diferencia entre biotecnología y producción transgénica. La biotecnología según la Sociedad Española de Biotecnología es "*la utilización de organismos vivos o parte de los mismos, para obtener o modificar productos, mejorar plantas o animales o desarrollar microorganismos para objetivos específicos*".<sup>36</sup> La biotecnología existe desde hace miles de años, e incluye numerosas técnicas, instrumentos y tecnologías, que pueden ser utilizados en el desarrollo de actividades económicas sostenibles.<sup>37</sup> En cambio, los organismos genéticamente modificados (de los cuales nos ocupamos en este apartado), son aquellos que han sido manipulados en laboratorios para modificar sustancialmente algunas de sus características específicas. Se puede introducir en su ADN un gen de otro organismo de esta o de distinta especie, o bien se puede modificar o suprimir un gen del mismo organismo.<sup>38</sup>

En torno a la problemática de los transgénicos existen dos posturas an-

36. BELLORIO CLAVOT, D., *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 123.

37. BELLORIO CLAVOT, D., *Tratado de Derecho Ambiental*, ob. cit., pp.123-124.

38. BELLORIO CLAVOT, D., *Tratado de Derecho Ambiental*, ob. cit., pp.114-115.

tagónicas. La primera de ellas, la cual nosotros defendemos, sostiene que los transgénicos son una amenaza para la salud de los seres humanos, el medioambiente y la biodiversidad autóctona, y que en el plano económico, benefician a los grandes hacendados que los emplean para reducir la mano de obra, abaratar la existente, bajar los costos de producción y aumentar la concentración de la propiedad de la tierra con la consecuente expulsión de los pequeños productores.<sup>39</sup> En Argentina, además de la contaminación persistente de los agroquímicos como el glifosato que arruinan la tierra para las futuras generaciones, se manifiesta la complicidad de los dueños de los campos con los capitales financieros internacionales a través de la modalidad de pool de siembra. Entre los discursos funcionarios al uso de transgénicos para la soja, se encuentran quienes destacan el aumento del empleo, lo cual es erróneo: la producción agropecuaria requiere cada vez de menos mano de obra. En los Estados Unidos, el mayor productor de soja mundial, la producción demanda un empleo por cada 500 hectáreas, y a corto plazo se supone que demandara uno cada 1000 hectáreas.<sup>40</sup> A pesar de que se contrargumenta que los empleos se desatan en las cadenas posteriores de su comercialización, la producción no debería estar subordinada a la comercialización, y el fenómeno keynesiano que se describe es inherente a todas las industrias del mundo capitalista. El uso de semillas modificadas genéticamente para aprovechar la siembra directa y el uso de herbicidas y otros agroquímicos persistentes no supone una productividad mayor por hectárea, sino menores costos por unidad de producto.<sup>41</sup>

Una segunda posición, a favor de la producción transgénica, sostiene que los alimentos transgénicos son inocuos para la salud y que mejoran el rendimiento de los cultivos, lo cual es imprescindible para el futuro en un mundo cuya población está en aumento.<sup>42</sup> Aumentar la producción de alimentos, dicen, será necesario para alimentar a todo el planeta en las próximas décadas.<sup>43</sup>

39. MILLÁN FUERTES, A. A., "Seguridad alimentaria, conocimiento gremial y percepción social. El debate sobre los alimentos transgénicos", en Sandoval Godoy, S. A., y Melendez Torres, J. M (coords.), *Cultura y Seguridad Alimentaria: enfoques conceptuales, contexto global y experiencias locales*, D. F., Plaza y Valdés, 2008, pp. 85, 93-96.

40. SCALETTA, C., "Ese yuyo", en *Dossier ¿Podemos vivir sin soja?*, *Le Mond Diplomatique*, Año XV, N°179, Buenos Aires, mayo de 2014, p. 6.

41. SCALETTA, C., "Ese yuyo", *ob. cit.*, p. 4.

42. BELLORIO CLAVOT, D., *Tratado de Derecho Ambiental*, *ob. cit.*, p.115.

43. Muchas veces cumplen un "discurso gremial" en consonancia con los intereses de las

Este planteo es falso. Los problemas del actual sistema alimentario mundial no son de producción sino de distribución.<sup>44</sup> Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO),<sup>45</sup> 1300 millones de toneladas de alimentos son desperdiciados por año. Esas exorbitantes cantidades se derrochan en toda la cadena de suministro de alimentos; por falta de infraestructura durante la producción agrícola, de poscosecha, almacenamiento o procesamiento, por los altos estándares de mercado en cuanto a su apariencia estética y por las demoras en colocar los productos en los mercados de consumo, entre otras. No solo se desperdicia comida, también se derrocha con ella una enorme cantidad de agua, energía y otros recursos al servicio de la producción.

Incluso los defensores de este modelo sostienen que los mayores beneficios de rendimiento se dieron en los países en vías de desarrollo como Brasil y Colombia.<sup>46</sup> No obstante, es en esos países donde se desperdician los alimentos en las primeras fases de la cadena productiva por falta de infraestructura, entre otras razones, dejando al desnudo el verdadero quid de la cuestión: los productores irresponsables quieren invertir poco y obtener más ganancias de lo que la agricultura históricamente ha rentado. En efecto, según la FAO, en América Latina las principales pérdidas se producen en la cadena de las frutas y hortalizas que alcanzan un pico del 72%. Luego le siguen los cereales que se desperdician en un 23%. La exclusión alimentaria latinoamericana es un fenómeno multicausal que abarca desde la falta de precisión en la programación del calendario de cosecha hasta el uso de técnicas y equipos inadecuados en la recolección y el almacenamiento.<sup>47</sup> América Latina produce una cantidad de alimentos tres veces mayor a la

---

multinacionales, augurando beneficios económicos, medioambientales y fitosanitarios. Ello se realiza en conjunto con estudios científicos pagados por las propias transnacionales argumentando que los alimentos modificados genéticamente poseen un mejoramiento nutricional o sensorial. Incluso se llega a postular que son la respuesta correcta contra el hambre que como dejamos en claro es exactamente al revés.

MILLÁN FUERTES, A. A., "Seguridad alimentaria...", *ob. cit.*, pp. 86-87.

44. GARCÍA FAURE, A. y GAGO MENOR, A. (coord.), *¿Por qué es la soberanía alimentaria una alternativa?*, Toledo, Paz con Dignidad, 2011, p. 17.

45. FAO, Informe "Global Food Losses and Food Waste" (Pérdidas y desperdicios de alimentos en el mundo), Düsseldorf Alemania, Save Food!, 2011, pp.1-17.

46. El Tiempo, "Los transgénicos aportan a la economía y al medio ambiente", 19 de mayo de 2014.

47. NIRINO, M., "Consumo responsable. al rescate de los alimentos" en *MUY INTERESANTE*, N° 345, Buenos Aires, julio de 2014, p. 18.



necesaria para alimentar a toda su población: es por ello que éticamente ninguna constitución latinoamericana puede permitirse que exista un solo hambriento sobre su territorio.

No solo se cae de maduro que el argumento de la necesidad de incrementar la producción alimentaria es inconsistente, sino que los daños a la salud humana que se intenta ignorar, no se producen solo en la fase de consumo, sino también durante los procesos de producción, y quedan las huellas transgénicas impregnadas en la tierra y el aire, contaminando los recursos de las generaciones futuras.

El meollo de la cuestión se halla en los participantes del debate; por una parte están los productores del conocimiento científico y tecnológico, los productores de mercancías agroindustriales, portavoces de las transnacionales agroquímicas, los productores de normas representantes de organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud o la Organización Mundial del Comercio junto a determinados políticos y juristas, y por el otro, miembros de movimientos ecologistas, sindicalistas, representantes de organizaciones de consumidores, científicos, intelectuales junto a otros políticos y juristas.<sup>48</sup>

Producir orgánico es más caro y los rendimientos son menores,<sup>49</sup> este es en definitiva el problema que la economía tradicional capitalista pretende eludir con el uso de transgénicos en Latinoamérica.

### **III.C. Soberanía alimentaria**

Frente a esta avanzada del mercado sobre la soberanía de las naciones, las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, responden recreando otro principio económico: "La Soberanía Alimentaria".

El derecho a la alimentación se basa en el acceso a estos y a los recursos productivos para obtenerlos por los habitantes de un estado y a una alimentación adecuada en términos sanitarios, económicos y culturales, y como contrapartida, en la obligación del Estado de respetar, proteger y garantizar este derecho. No obstante, el sistema actual de producción, distribución y consumo de alimentos rompe con este esquema ideal. Renace así el concepto de soberanía alimentaria como alternativa construida desde

48. MILLÁN FUERTES, A. A., "Seguridad alimentaria...", *ob. cit.*, pp. 83-84.

49. SCALETTA, C., "Ese yuyo", *ob. cit.*, p. 4.

abajo por los pueblos latinoamericanos para romper con esta realidad.<sup>50</sup>

En la Cumbre Mundial de la Alimentación en 1996, la FAO brindó la definición más actual que existe sobre la seguridad alimentaria, afirmando: "*Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas, en todo momento, tienen acceso físico y económico a suficiente cantidad de alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades dietarias y preferencias alimentarias para mantener una vida activa y saludable*" (Organización Mundial de la Salud –OMS– 2005). Aquí vemos como se despliegan del concepto transcripto dos aristas: por un lado la disponibilidad de suficientes alimentos ante la escasez, y por otro, a la inocuidad y salubridad de esos alimentos disponibles.<sup>51</sup> Y es justamente este punto, la seguridad alimentaria, el que une la "soberanía alimentaria" y la "prohibición de los transgénicos", como normas constitucionales, en tanto ambas son las herramientas para garantizarla en América Latina.

La política alimentaria actual del Estado boliviano se expresa en el Plan Nacional de Desarrollo el cual amplía el concepto de Seguridad Alimentaria al de Soberanía Alimentaria, al plantear que el desarrollo productivo se basa en "*la seguridad y soberanía alimentaria entendida como el derecho del país a definir sus propias políticas y estrategias de producción, consumo e importación de alimentos básicos*". Se trata de la primera política que maneja como eje central el tema de Seguridad y Soberanía Alimentaria, y plantea una participación a nivel de varios ministerios que están estrechamente relacionados con el tema.<sup>52</sup>

La normativa madre de la cual deviene esta política es obviamente su constitución. Dice el artículo 309, "*La forma de organización económica estatal comprende a las empresas y otras entidades económicas de propiedad estatal que cumplirán los siguientes objetivos: (...)Promover la democracia económica y el logro de la soberanía alimentaria de la población.(...)*", y el artículo 16, "*I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. II. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población*".

Tengo el deber de recordar las carencias nutricionales que mencion-

50. GARCÍA FAURE, A. y GAGO MENOR, A. (coord.), *¿Por qué es ....*, ob. cit., p. 7.

51. MILLÁN FUERTES, A. A., "Seguridad alimentaria...", ob. cit., p. 92.

52. COMUNIDAD ANDINA, Secretaría General. *Estrategias, políticas y acciones de seguridad alimentaria para poblaciones indígenas en los países de la Comunidad Andina*, p. 15.

amos en la primera parte de esta investigación respecto a los pueblos producto del neoliberalismo al cual denominamos genocidio económico. Solo así puede entenderse que sea un objetivo central de las constituciones de estos Estados garantizar la soberanía alimentaria.

*"I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones. II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. (...) III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley"*, reza el artículo 20 de la constitución boliviana. Podemos observar que los alimentos obtienen en este encuadre jurídico la categoría de derecho humano.<sup>53</sup> Para resguardar el acceso al agua, el más básico de los recursos que el Estado necesita para garantizar la soberanía alimentaria, se recurre a una prohibición constitucional concreta: se prohíbe la privatización de los servicios de agua y alcantarillado. La contrapartida es la responsabilidad del Estado en garantizar su provisión, pero su fundamento debe encontrarse en que el sistema de producción, distribución y consumo de alimentos ha ido liberalizándose desde la década del '90 en todo América Latina para ubicar a la región como productora de alimentos internacional<sup>54</sup> y los servicios de agua durante ese proceso en muchos países fueron traspolados a la órbita privada. Ello dejó a los consumidores en una situación de indefección frente a los privados que manejaron el servicio en pos de sus intereses y no de los de las economías nacionales. La importancia del agua radica en su función de riego, basta recordar que por ejemplo en Ecuador se abandonaron los programas de riego en 1980 y en 2011 solo el 30% de las tierras tenía la infraestructura necesaria para el regadío.<sup>55</sup> Allí radica la importancia que se le asigna al riego y a los recursos hídricos en las constituciones latinoamericanas.

En Ecuador también la constitución ha centrado los intereses de la

53. El "*derecho al agua es la madre de todos los derechos humanos*", afirmó el 27 de julio de 2011 el presidente de Bolivia, Evo Morales, ante la Asamblea General de la ONU al participar en un debate sobre agua y saneamiento. Considero un hito que Naciones Unidas reconozca el acceso al agua como una garantía fundamental.

54. GARCÍA FAURE, A. y GAGO MENOR, A. (coord.), *¿Por qué es ....*, ob. cit., p. 9.

55. GARCÍA FAURE, A. y GAGO MENOR, A. (coord.), *¿Por qué es ....*, ob. cit., pp.50-51.

política económica y comercial del país a los efectos de resguardar el derecho alimentario, en el artículo 284 inciso 3, "*La política económica tendrá los siguientes objetivos:(...) Asegurar la soberanía alimentaria y energética(...)*", y el artículo 304 inciso 4, "*La política comercial tendrá los siguientes objetivos:(...) Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas*".

Las luchas del movimiento campesino en ese país lograron incorporarse a la constitución vigente en el artículo 281: "*La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente*". Pero para efectivizar este precepto, la misma normativa, previó que la ley Orgánica de Soberanía Alimentaria<sup>56</sup> se sancionara dentro de un plazo de 120 días, lo cual se cumplió. La propuesta del Régimen del Buen Vivir se vio subordinada a la prioridad que requería la soberanía alimentaria, y consecuentemente los dos pilares que el modelo de desarrollo propuesto tuvo fueron la construcción de un mercado interno amplio y garantizar el abastecimiento de materias primas. Ambas reformas necesitan incorporar a los agricultores campesinos como factores de peso en la economía del país.<sup>57</sup>

El mismo artículo indica la dirección política que debe tomar el Estado ecuatoriano para hacer efectivo este derecho. Entre otras acciones: "*Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria. Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos. Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria. Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos produc-*

56. La Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria fue aprobada en febrero del 2009 y publicada en el Registro Oficial 583 el 05 de mayo del 2009. Su objetivo fue establecer los mecanismos mediante los cuales el Estado cumpla con su obligación y objetivo estratégico de garantizar a las personas, comunidades y pueblos la autosuficiencia de alimentos sanos, nutritivos y culturalmente apropiados de forma permanente.

COMUNIDAD ANDINA, Secretaría General. *Estrategias, políticas y acciones de seguridad alimentaria para poblaciones indígenas en los países de la Comunidad Andina*, p. 60.

57. GARCÍA FAURE, A. y GAGO MENOR, A. (coord.), *¿Por qué es ...., ob. cit.*, pp. 46-50.

tivos. *Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores y productoras, facilitándoles la adquisición de medios de producción(...)*". La constitución ecuatoriana tiene el enorme valor de plasmar cuáles son las medidas concretas que debe llevar a cabo el Estado, ese es uno de los rasgos sobresalientes del movimiento neoconstitucional latinoamericano.

El artículo 334 inciso 4 "*El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá: (...)Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado.*"

En el caso de Bolivia, el artículo 407: "*Son objetivos de la política de desarrollo rural integral del Estado, en coordinación con las entidades territoriales autónomas y descentralizadas: Garantizar la soberanía y seguridad alimentaria, priorizando la producción y el consumo de alimentos de origen agropecuario producidos en el territorio boliviano(...)*". La estrategia de numerosos empresarios extranjeros ha sido especular con el uso de agua y tierras ajenas para cultivar alimentos y luego exportarlos a sus naciones,<sup>58</sup> esta norma limita la posibilidad de efectuar un agronegocio poco competitivo para la región.

En Venezuela se ha esbozado una óptica interesante de resaltar en torno a la relación que debe articular el Estado entre la soberanía alimentaria y la agricultura sustentable: "*Artículo 305. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a estos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación (...)*".

Aquí se confirma la importancia de la política agraria en el diseño constitucional como habíamos recalcado anteriormente pero se incluye un tema trascendental que veremos más adelante: la propiedad de la ti-

58. BOIX, V., "*La FAO y el acaparamiento de tierras*", consultado en [<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2012052303>] el 18/11/2014.

erra. Quisiera sin embargo, observar que durante la llamada "revolución verde"<sup>59</sup> que ocurrió entre los años '60 y principios de los '90, financiada entre otros por el Banco Mundial y el FMI, se multiplicó vorazmente el uso de fertilizantes, lo cual agotó y degradó el suelo. A su vez, invadieron los cultivos intensivos, arruinaron la capacidad de los campesinos de autoabastecerse y la introducción de los transgénicos trajo muchas de las consecuencias nefastas que ya hemos analizado. La cadena de intermediarios y distribuidores que se generó perjudicó a los pequeños productores rurales.<sup>60</sup> Pero a lo que verdaderamente me quiero referir, es a que debería ser fundamental para el nuevo constitucionalismo latinoamericano adecuar su sector rural en beneficio de los productores locales y la agricultura sustentable como pilares para lograr la soberanía alimentaria. El desarrollo de un régimen agroalimentario latinoamericano que persiga este objetivo con estos medios es posible si se combinan los derechos, políticas y normativas constitucionales más progresistas de las tres cartas de derechos que conforman el objeto de análisis de nuestra investigación, entre otros: la prohibición de privatizar los servicios hídricos y energéticos esenciales para la producción, elevar el derecho alimentario a la categoría de derecho humano, enderezar la política comercial y financiera del sector estatal en favor de la soberanía alimentaria, prohibir el modo de producción transgénico, proteger a los productos y productores locales, promover zonas destinadas a la economía social, alentar créditos blandos y subsidios a los pequeños y medianos productores, el libre acceso a las semillas para producir, regular estándares regionales en las normas de bioseguridad, beneficiar impositivamente a los pequeños y medianos productores locales y crear fondos alimentarios regionales para prevenir desastres alimentarios.

### III.D. La propiedad de la tierra

La gran razón detrás de la utopía capitalista que persiguen quienes impulsan el actual sistema agroalimentario mundial es sencilla: la agroex-

59. La revolución verde consistió en la venta de paquetes tecnológicos (semillas híbridas, fertilizantes, pesticidas químicos) a los agricultores para intensificar la producción de alimentos mediante el incremento de insumos. Este modo de ubicar a la región como fuente proveedora de alimentos transgénicos, benefició a los grandes productores e invadió los bosques, selvas tropicales, tierras bajas, etc., cuya superficie fue invadida por el monocultivo y la calidad de los suelos degradada.

60. GARCÍA FAURE, A. y GAGO MENOR, A. (coord.), *¿Por qué es... ob. cit.*, pp. 10-13.

portación internacional y la intensificación de los sistemas de producción necesitan la concentración de tierras.<sup>61</sup> En ese juego, el neoconstitucionalismo latinoamericano no podía sino avanzar también en sus propuestas principistas para abarcar el tercer gran eje de límites derivados de la concepción de la naturaleza a la economía tradicional: la propiedad de la tierra.

La tenencia de la tierra fue uno de los componentes estructurales del genocidio económico neoliberal. Basta tomar el caso de despojo de los productores de la agricultura familiar en Ecuador, que según un estudio del Sistema de la Investigación de la Problemática Agraria del Ecuador (SIPAE), en 2011 representaban el 80% de las unidades de producción agropecuaria con un promedio de 1,3 tierras, a manos de 1.300 grandes propietarios cuyo promedio es de 1.400 hectáreas.<sup>62</sup>

Transcribiré a continuación los artículos que identifican los límites constitucionales a esta problemática. En la constitución de Bolivia: "*Artículo 315. I. El Estado reconoce la propiedad de tierra a todas aquellas personas jurídicas legalmente constituidas en territorio nacional siempre y cuando sea utilizada para el cumplimiento del objeto de la creación del agente económico, la generación de empleos y la producción y comercialización de bienes y/o servicios. II. Las personas jurídicas señaladas en el párrafo anterior que se constituyan con posterioridad a la presente Constitución tendrán una estructura societaria con un número de socios no menor a la división de la superficie total entre cinco mil hectáreas, redondeando el resultado hacia el inmediato número entero superior*".

El concepto es claro, establecer un límite numérico a la concentración de la propiedad de la tierra.<sup>63</sup> Debe rescatarse que el territorio para muchas comunidades en los países sudamericanos tiene un valor espiritual agrega-

61. GARCÍA FAURE, A. y GAGO MENOR, A. (coord.), *¿Por qué es...*, ob. cit., pp. 19-20.

62. GARCÍA FAURE, A. y GAGO MENOR, A. (coord.), *¿Por qué es...*, ob. cit., p. 49.

63. Debo recalcar que actualmente existen debates respecto al planteo que efectuó el MAS de realizar una reforma agraria integral en Bolivia, donde algunos entienden que el país está en camino a conseguir el modelo rural "plural y diverso", o si por el contrario, en realidad el gobierno mantuvo la estructura neoliberal de la concentración parcelaria y se redujo la intensión originaria a una "reducción comunitaria de la reforma agraria". No es de importancia para nuestro análisis evaluar el desempeño factico de la política de ninguno de los países cuyas constituciones investigamos, sino únicamente, analizar su cuerpo normativo en un contexto de ideas. Para ampliar, véase CEDLA. *El MAS apuntala al agronegocio*, Bolpress, Área Economía: Agricultura, 4 de abril de 2012.

do debido a sus connotaciones culturales, se relaciona también con la forma de escolaridad y desempeño en el medio social y reconoce la práctica de trabajo mercantil autogestionado.<sup>64</sup>

La misma norma fundamental, entre sus artículos 393 a 404 –que por razones de extensión no particularizaremos– puede resumirse en uno solo de ellos: “*Artículo 393: El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social, según corresponda*”. Esencialmente, la sociedad a partir de este trazado reconoce dos tipos de sectores o funciones económicas, uno mayoritario compuesto por el sector de economía empresarial privada y otro sector de economía social y solidaria.<sup>65</sup> Es este último el que estaba casi oculto hasta el siglo XXI y el cual pretende acrecentar el estado boliviano para desarrollar su economía.<sup>66</sup> El artículo 398 prohíbe el latifundio y la doble titulación.

En la Constitución de Ecuador también se incluye la función social de la tierra en su artículo 282: “*El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra. Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes. El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental*”.

Nuevamente nos volvemos a topar con el mismo objetivo: prohibir la propiedad latifundista y la concentración de la tierra para incluir al sector popular encendiendo la función de la economía social.

Paralelamente en Ecuador, también encontramos una norma análoga al artículo 393 de la constitución boliviana, “*Artículo 321: El Estado reco-*

64. CORAGGIO, J., L., *Economía social y solidaria: el trabajo antes que el capital*, 1era. Ed., Quito, Abya-Yala, 2011, pp. 277-316.

65. El nuevo esquema que plantea Bolivia para su economía está distribuido en cuatro actores fundamentales: Estado, sector privado, cooperativas y las comunidades. El Estado es el actor fundamental encargado de regular las dos funciones que hemos visto entre estos cuatro sectores.

66. ARCE CATACORA, L. A., *Economía Plural. El Nuevo Modelo Económico, Social, Económico y Productivo*, Publicación Mensual del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Año 1, N° 1, La Paz, septiembre de 2011, p. 12.



*noce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental".*

En la constitución de Venezuela también encontramos dos disposiciones que se pronuncian en el mismo sentido que las vistas recientemente en las constituciones boliviana y ecuatoriana respecto de la propiedad latifundista: el artículo 113 dice "*No se permitirán monopolios*", mientras que el artículo 307 establece que "*El régimen latifundista es contrario al interés social. La ley dispondrá lo conducente en materia tributaria para gravar las tierras ociosas y establecerá las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola*" y el Estado "*protegerá y promoverá las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola (...) velará por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola para asegurar su potencial agroalimentario.*"

El interés determinante de restringir la actividad latifundista es que por ejemplo en países como Paraguay, 500 familias detentan el 90% de las tierras, mientras el resto de los agricultores detentan el 1% de las tierras productivas.<sup>67</sup> La única forma de poner en marcha la función social de la economía es entonces recrear nuevos espacios agrícolas para que los pequeños y medianos agricultores puedan insertarse.

A modo de conclusión de este apartado, debo aclarar que tanto la prohibición de transgénicos, la soberanía alimentaria como la limitación a la concentración en la tenencia de la tierra, son frenos al modelo de genocidio económico, y que debemos tomarlos como una unidad por más que aparezcan diseminados en diferentes constituciones. Ello se debe a que son normas concretas en un período determinado, y por ende producto de un proceso o momento histórico, pero como intérpretes de las ciencias sociales es nuestro deber recopilar las normas de manera armónica para presentar nuevos esquemas que faciliten la tarea para las futuras reformas constitucionales.

El neoconstitucionalismo latinoamericano establece el derecho a la alimentación de todos los hombres y también encausa los límites que permiten cumplir este derecho. Nótese la diferencia respecto de las constitu-

67. RODRIGUEZ, J., "*La verdad sobre el latifundio en Paraguay*", consultado en [<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2012081101>] el 18/11/2014.

ciones que mencionábamos con anterioridad –de matriz neoliberal– cuya ausencia de normas de este tipo es manifiesta en comparación.

Como mencioné *ut supra*, el neoconstitucionalismo latinoamericano no solo consagra los derechos del siglo XXI sino que también allana el camino para que puedan cumplirse.

#### IV. LÍMITES DERIVADOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS CONOCIMIENTOS INDÍGENAS TRADICIONALES

El comercio internacional actual está signado en gran parte por los derechos sobre las patentes, marcas, denominaciones de origen y otros institutos jurídicos de exclusión de terceros en titularidad de grandes empresas multinacionales.

Recientemente, las reformas constitucionales de Bolivia y Ecuador se han pronunciado sobre la protección de las patentes, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales indígenas. Bolivia asume que las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos gozan del derecho "*a la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo*".<sup>68</sup> Ecuador reconoce "*la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley*" y prohíbe "*toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de la ciencia, tecnologías y saberes ancestrales*".<sup>69</sup> También prohíbe el "*otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional*".<sup>70</sup>

Más atrás en el tiempo, la constitución de Venezuela de 1999 decía en su artículo 124: "*Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas*".

Los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas son aprovechados en muchas ocasiones por empresas que por diferentes factores los patentan, como en el caso de grandes laboratorios, sin respetar las técnicas, procedimientos o fronteras de explotación que las mismas comunidades han delimitado desde antaño. Aquí surgen tres problemáticas

68. Artículo 30 inciso 11 de la Constitución Política de Bolivia.

69. Artículo 322 de la Constitución Política de Ecuador.

70. Artículo 402 de la Constitución Política de Ecuador.

centrales de la discusión en torno a las políticas para su protección: por un lado la necesidad de reconocer los derechos de los titulares de los conocimientos tradicionales sobre estos. En segundo lugar, la necesidad de tomar las medidas necesarias para impedir la adquisición no autorizada por un tercero de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales.<sup>71</sup> Finalmente, en tercer término, la explotación comercial y la participación en los beneficios que produzca su utilización.<sup>72</sup> También debe considerarse, extendiéndonos de la óptica puramente económica, que están en juego la propia supervivencia cultural de los conocimientos tradicionales, en particular, por el respeto al medio ambiente, la preservación de la biodiversidad, el idioma, los modos tradicionales de conservación y transmisión a las generaciones futuras, la utilización abusiva, la apropiación ilícita, el respeto y la valoración dada en relación a esos saberes.<sup>73</sup>

Alrededor de esta situación que por lo menos a priori parece no enfrentar a los actores en la competencia leal en los mercados y vehiculizar el comercio de forma equitativa, considero que se han desarrollado dos vertientes argumentativas de protección para los conocimientos tradicionales indígenas. La primera es una política de protección que identifiqué como "*protección clásica*" y la segunda la denominé "*protección crítica*".

Antes de analizar ambas, debemos emprender la dificultosa tarea de definir qué son los conocimientos tradicionales indígenas. El mayor desafío al momento de conceptualizar esta idea es que ninguna definición contempla cabalmente la cosmovisión indígena o sus metas más relevantes en torno tanto a los conocimientos indígenas como a los recursos biológicos que suelen estar relacionados a ellos, así como tampoco se han podido encausar las preocupaciones de todos los poseedores de conocimientos tradicionales<sup>74</sup> ni de todas las partes interesadas.

71. Resulta pertinente aclarar que de acuerdo con los parámetros históricos de análisis en esta materia se han utilizado las políticas de protección preventiva y de protección positiva para abarcar las medidas de protección de estos conocimientos al interior de cada Estado. REYES TAGLE, Y., "La protección del conocimiento tradicional a través de las bases de datos y registros en la Convención sobre Diversidad Biológica y la Convención de Lucha Contra la Desertificación" en *Agenda Internacional*, Año XIV, N° 25, 2007, pp. 25-26.

72. OMPI. *Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales*, Folleto N°2, Publicación N°920(S), pp. 6-8, 11-12.

73. OMPI. *Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales*, ob. cit., pp. 6-9.

74. ZAMUDIO, T., "Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de beneficios" en revista *Derecho PUCP*, N°69, 2012, p. 264.

En el ámbito internacional, algunas normativas y organismos han arrojado algunos destellos de luz sobre el asunto, como el Convenio de Diversidad Biológica, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o la Cuarta Conferencia de Partes de la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación. Esta última los caracterizó como aquellos que “*constan de conocimientos prácticos (operacionales) y normativos (facilitadores) acerca del entorno ecológico, socio-económico y cultural*”, y consideró que, “*los conocimientos tradicionales se centran en las personas (son generados y transmitidos por personas en su condición de protagonistas conocedores, competentes y con derecho a ello), son sistémicos (intersectoriales y holísticos), experimentales (empíricos y prácticos), se transmiten de una generación a la siguiente y tienen un valor cultural*”, y concluyó “*este tipo de conocimientos promueve la diversidad; asigna valor a los recursos locales (internos) y los reproduce*”.<sup>75</sup> Las partes que suscribieron esta convención se comprometieron a apoyar las actividades de investigación que “*protejan, integren, promuevan y validen los conocimientos, la experiencia y las prácticas tradicionales y locales*”. Para cumplir este fin, la Convención adopta el principio de reparto equitativo de los beneficios derivados del uso de los conocimientos tradicionales, instando a los estados a velar por que los beneficios por la explotación comercial u adelantos tecnológicos obtenidos como consecuencia de los conocimientos tradicionales sean compartidos con los poseedores de estos.<sup>76</sup> El neoconstitucionalismo latinoamericano en esta dirección intenta acercarse a su cumplimiento.

La OMPI agregó a esta definición la importancia de la aplicación comercial y tecnológica: “*cuando su empleo tiene resultados exitosos y confiere a sus usuarios una ventaja tecnológica o comercial*”.<sup>77</sup> Si bien este punto es de suma importancia ya que se relaciona directamente con el derecho a la participación en las utilidades que la titularidad del derecho

75. ZAMUDIO, T, “Los conocimientos tradicionales...”, *ob. cit.*, pp. 262-263, en referencia a la Convención de Naciones Unidas contra la Desertificación, Cuarta Convención de Partes, Bonn, 2000.

76. REYES TAGLE, Y., “La protección del conocimiento tradicional...”, *ob. cit.*, p. 32.

77. ZAMUDIO, T, “Los conocimientos tradicionales...”, *ob. cit.*, p.263, en referencia a la Primera reunión intergubernamental entre periodos de sesiones sobre un programa de la OMPI para el desarrollo, Ginebra, 2005.

de propiedad otorga, no se debe entender como una limitación de la protección, reconocimiento o preservación a ese solo efecto o circunstancia.

La constitución venezolana parece ser la única del bloque neoconstitucional que se ha referido directamente al factor económico del patentamiento de los conocimientos tradicionales al prohibir el registro de patentes sobre toda actividad relacionada a los recursos genéticos y conocimientos ancestrales que perseguirán "*beneficios colectivos*".<sup>78</sup>

Por su parte el Convenio de Diversidad Biológica en su artículo 8 inciso j) para promover la conservación *in situ*<sup>79</sup> de cada Estado parte dice: "*Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente*". La Conferencia de Partes, que tiene a cargo la implementación del convenio, se pronunció a favor del establecimiento de bases de datos y registros de los conocimientos indígenas como su medio de protección en algunos casos<sup>80</sup> pero debemos destacar que esta propuesta es insuficiente por sí sola y debe estar acompañada por una capacitación de los pueblos indígenas para el establecimiento, financiamiento y control de los mecanismos de protección.<sup>81</sup> La constitución actual boliviana prevé que "*el Estado protegerá los saberes y conocimientos (tradicionales) mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y las comunidades in-*

78. Artículo 124 de la Constitución Política de Venezuela: "*(...) Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales*".

79. Artículo 2 del Convenio sobre Diversidad Biológica: "*Por conservación in situ se entiende la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas*".

80. REYES TAGLE, Y., "La protección del conocimiento tradicional...", *ob. cit.*, pp. 27-28.

81. REYES TAGLE, Y., "La protección del conocimiento tradicional...", *ob. cit.*, p. 31.

*terculturales y afrobolivianas*".<sup>82</sup> Será el Estado el encargado de registrar y proteger "la propiedad intelectual, individual y colectiva de las obras y descubrimientos de los autores, artistas, compositores, inventores y científicos", según "las condiciones que determine la ley".<sup>83</sup> Especialmente la protección de recursos genéticos y microorganismos que estén en los ecosistemas del territorio boliviano y los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento recae sobre el Estado: "establecerá un sistema de registro que salvaguarde su existencia, así como la propiedad intelectual en favor del Estado o de los sujetos sociales locales que la reclamen".<sup>84</sup> En Ecuador la constitución es más restrictiva en el cuidado de sus recursos genéticos que la boliviana y prohíbe "la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad".<sup>85</sup> Los recursos genéticos cuentan en estos países con una regulación específica en el marco de la Comunidad Andina.

#### IV.A. Las políticas de protección

La *protección clásica* se estipuló en base a los lineamientos jurídicos de tutela de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Su concepción pretende agregar a los institutos exclusivos de las legislaciones internas,<sup>86</sup> en general muy similares de un país a otro, algunos específicos para nuestro objeto de análisis.

El primer concepto que debe regir un sistema de protección de patentamiento de los conocimientos tradicionales indígenas es el *consentimiento informado previo*. Antes de que un tercero acceda al uso de los conocimientos tradicionales deberá consultar con el titular de esos conocimientos y concluir con él un acuerdo para establecer las condiciones pertinentes.<sup>87</sup> También se debe comunicar a los titulares las consecuencias y alcances

82. Artículo 100 de la Constitución Política de Bolivia.

83. Artículo 102 de la Constitución Política de Bolivia.

84. Artículo 381 de la Constitución Política de Bolivia.

85. Artículo 322 de la Constitución Política de Ecuador.

86. De acuerdo con los parámetros del acuerdo TRIPs y el Convenio de París, "novedad universal", "actividad inventiva" y "aplicación industrial", han sido los requisitos que en líneas generales adoptaron los países occidentales para considerar patentable o no un conocimiento y alrededor de esta idea diseñar una estructura de registro con descripción y prioridad en el tiempo y en el derecho.

87. OMPI. *Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales*, ob. cit., p. 23.

previstos. Al momento de implementarse un sistema de registro para los conocimientos tradicionales,<sup>88</sup> la participación y consulta a las comunidades indígenas constituye una parte importante especialmente para el acceso a los recursos genéticos en el Convenio sobre Diversidad Biológica, ya que este apunta a su conservación, al uso sostenible de sus componentes y a una participación equitativa en sus beneficios.<sup>89</sup>

Como mencionamos reiteradas veces, la *participación equitativa de los beneficios* debe ser una de las premisas de competencia leal en la regulación de patentes y propiedad intelectual. Comprende tanto el valor tecnológico y sus consecuencias como la comercialización. Su objetivo incluye siempre recompensar el aporte técnico a sus titulares, evitar confusiones en el público consumidor pero también en el caso puntual de las poblaciones indígenas, el respeto a sus valores culturales.

La *divulgación o el estado de dominio público* de los conocimientos tradicionales es otro punto álgido que presuponen los sistemas de protección clásicos. Muchas veces colisionan el registro en bases de datos de patentes que presupone adecuados el sistema de comercio internacional con el interés que tienen algunas comunidades de que sus conocimientos no sean divulgados más allá de los límites de la propia comunidad.<sup>90</sup>

El *respeto a las normas y practicas consuetudinarias* es otro punto esencial de la protección de los conocimientos tradicionales indígenas. Las normas y protocolos suelen definir la forma en la cual las comunidades tradicionales desarrollan, preservan y transmiten los conocimiento tradicionales. El eje de este respeto debe articularse con el uso de estos conocimientos, cada vez más creciente, por personas fuera del contexto tradicional con las creencias y procedimientos de sus titulares.<sup>91</sup>

La *protección crítica* cuestiona la utilización de las figuras de la propiedad intelectual (patentes, marcas, derechos de autor, etc.) como método de defensa de los conocimientos tradicionales. Sostiene que este tipo de tutela ha fracasado porque los pueblos indígenas no comparten las nociones individualistas de propiedad privada imperantes en la mayor parte de los países occidentales, no comparten la existencia de límites temporales

88. REYES TAGLE, Y., "La protección del conocimiento tradicional...", *ob. cit.*, pp. 29-30.

89. OMPI. *Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales*, *ob. cit.*, p. 12.

90. REYES TAGLE, Y., "La protección del conocimiento tradicional...", *ob. cit.*, p. 37.

91. OMPI. *Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales*, *ob. cit.*, p. 25.

de protección y son reacios a describir el conocimiento ya que implicaría limitar su alcance.<sup>92</sup>

Desde esta corriente se ha planteado que debería reconocerse la propiedad colectiva de los descubrimientos, que las invenciones muchas veces tienen carácter intergeneracional (sin por eso perder la novedad que se exige como requisito básico de patentamiento en la concepción de la protección clásica), que no se exija registros y sea ilimitada en el tiempo.<sup>93</sup> Justifícase la crítica en que el derecho de propiedad intelectual es una creación occidental con fundamentos políticos y filosóficos que van más allá del trámite de registro de una patente para proteger una invención, sino que trasciende a la concepción valorativa de las comunidades indígenas que rechazan restringir la protección a un solo individuo,<sup>94</sup> tener que describir un saber y la limitación de la propiedad en un periodo de tiempo determinado.<sup>95</sup>

Esta corriente cuestiona la protección de los conocimientos tradicionales indígenas mediante la figura de la patente a la cual enfrenta los problemas de la falta de novedad,<sup>96</sup> la divulgación pública, el monopolio temporal que el Estado otorga a la patente, la imposibilidad de su descripción, la titularidad indivisa de la patente y los costos y complicaciones que acarrear los procedimientos de protección.<sup>97</sup>

En definitiva, la discusión que surge al momento concreto de evaluar la protección de los conocimientos tradicionales indígenas es el debate entre estas dos políticas legislativas alrededor de las cláusulas neoconstitucionales.

## V. LÍMITES DERIVADOS DE LA SOBERANÍA DE LOS RECURSOS NATURALES

El contraste histórico entre la desigualdad social y la riqueza de los recursos naturales en América Latina, denominado como la "maldición de la

92. TOBON FRANCO, N., "Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas" en *Estud. Socio-Jurídico*, Bogotá, 2007, p. 96.

93. TOBON FRANCO, N., "Un enfoque diferente para...", *ob. cit.*, p. 96.

94. Específicamente esto surge por una noción del conocimiento no correspondida con la idea de propiedad privada.

95. TOBON FRANCO, N., "Un enfoque diferente para...", *ob. cit.*, pp. 97-99.

96. Algunos autores como David Vivas y Manuel Ruiz rebaten la crítica que se hace a los conocimientos tradicionales sobre la falta del requisito de novedad, aduciendo que los conocimientos tradicionales son evolutivos y por lo tanto son siempre novedosos.

97. TOBON FRANCO, N., "Un enfoque diferente para...", *ob. cit.*, pp. 115-116.



abundancia”,<sup>98</sup> ha sido uno de los puntos fundamentales que ha inspirado la regulación neoconstitucional para limitar a la economía extractivista que propuso el genocidio económico.

En Ecuador, la constitución en su artículo 408 ha sentado los principios fundamentales para su gestión: los recursos son “*propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado*”, “*solo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la constitución*”, y además el Estado debe “*participar en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos en un monto no inferior a la empresa que los explota*” y garantizar que “*los mecanismos de producción, consumo y uso(...) preserven y permitan condiciones de vida con dignidad*”. En el marco de la constitución boliviana los artículos 312 y 314, agregan a los principios neoconstitucionales referidos a los recursos, que “*toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país*” y no se permitirá “*la acumulación privada del poder económico*” de manera tal que ponga en peligro esta soberanía, así como prohíbe “*el monopolio y el oligopolio privado*”. Se desprende de estas dos normativas constitucionales, como hemos venido anunciando en anteriores apartados, la función social y estratégica de la actividad económica.

Los recursos naturales en el neoconstitucionalismo pueden ser clasificados en seis categorías: agua, energía, minería, hidrocarburos, suelo y biodiversidad. Por razones de extensión no nos explayaremos sobre ellos, más sino indicaremos las normas sobresalientes específicas de cada una, particularmente en Bolivia, donde la regulación es más amplia.

En la constitución ecuatoriana, se ha declarado al agua “*patrimonio nacional estratégico de uso público*” y se ha prohibido su privatización mientras conjuntamente se ha estipulado que su gestión será “*exclusivamente pública o comunitaria*” (art. 318). La constitución boliviana se ha expedido en similar sentido en sus artículos 371 a 377. También ha agregado sus “*intereses irrenunciables e imprescriptibles*” sobre el acceso al Océano Pacífico. Ya hemos analizado la importancia en apartados anteriores, de este recurso, tanto para la actividad de riego, saneamiento y producción, como su consumo para lograr la soberanía alimentaria.

En la misma dirección que venimos describiendo, Bolivia ha regulado las diferentes formas de energía y sus fuentes como un “*recurso estraté-*

98. GUDYNAS, E., “El buen vivir más allá del extractivismo”, en ACOSTA, A., *La maldición de la abundancia*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2009, p.16.

gico" y un "derecho fundamental y esencial para el desarrollo integral y social del país" de acuerdo con los principios de "eficiencia, continuidad, adaptabilidad y preservación del medioambiente" (art. 378). Además "la cadena energética no podrá estar sujeta a los intereses privados ni concesionarse" (art. 378) y el Estado deberá promover "energías alternativas" (art. 379). De igual modo en los artículos 413, 414 y 415, la constitución ecuatoriana se inclina por un enfoque orientado a la producción estatal de "energías renovables".

En los artículos 369 a 372 de la constitución boliviana, se regula la minería que será responsable de la dirección de la política minera y metalúrgica, "así como el fomento, promoción y control de la actividad minera". Será el Estado quien controle y fiscalice toda la cadena productiva minera (art. 369), y quien otorgue los derechos mineros y suscriba los contratos (art. 370). En el ámbito ecuatoriano, destaca Alberto Acosta, ex Ministro de Energía y Minas, que el Mandato Minero que expidió la Asamblea Constituyente en 2008 "estableció la creación de una empresa minera del Estado como pieza central para regular e intervenir en aquella actividad minera que se decida colectivamente mantener",<sup>99</sup> y que, "con una empresa de ese tipo se pueden establecer las condiciones para que el Estado invierta en tecnología, determine otras reglas para organizar el sector sin depender de empresas extranjeras, contribuya con tecnología y financiamiento a los pequeños mineros artesanales y sobre todo mejore las condiciones sociales y ambientales".<sup>100</sup> El límite neoconstitucional en ambos países, como mencionamos en un apartado anterior, vuelve a ser el mismo: la intervención del Estado en la actividad económica como un agente fundamental de coordinación entre los actores productivos de la industria minera estatal, industria minera privada y las sociedades cooperativas.

En materia de hidrocarburos, la constitución boliviana establece: "el Estado en nombre y representación del pueblo boliviano ejerce la propiedad de hidrocarburos de todo el país y es el único facultado para su comercialización" y la "totalidad de los ingresos percibidos por la comercialización de los hidrocarburos será propiedad del Estado" (art. 359).

99. ACOSTA, A., *La maldición de la abundancia*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2009, p.102.

100. ACOSTA, A., *La maldición de la abundancia*, ob. cit., p.102. Cabe destacar que Alberto Acosta, en un principio integrante del gobierno de Rafael Correa e ideólogo de la Revolución Ciudadana, luego se retiró del mismo, desplazándose a la Unidad Plurinacional de las Izquierdas, y criticó el incumplimiento al Mandato por parte de la Asamblea.

En ese país, será el Estado quien definirá la política de hidrocarburos y “*promoverá su desarrollo integral, sustentable y equitativo, y garantizará la soberanía energética*” (art. 360). Luego en los artículos 361 a 368 regula los principales aspectos de la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB).

Por último, el suelo y la biodiversidad, también reciben protección en el bloque neoconstitucional. En Ecuador en los artículos 409 y 410, se declara de “*interés público y prioridad nacional*” la conservación del suelo y su fertilidad, proponiendo un marco normativo para su protección y uso sustentable, y ayudando a los agricultores a restaurar las tierras, problemática que ya hemos analizado.

Obviamente, la realidad dista mucho de ser el modelo ideal que estamos analizando en el nivel normativo, y aun son muy jóvenes las constituciones de Bolivia y Ecuador para realizar un balance, pero sí podemos apreciar en el marco únicamente jurídico, que ellas establecen algunos parámetros novedosos en la política legislativa latinoamericana de los recursos naturales: darles un valor estratégico en la función social de la actividad económica y productiva, instalar al Estado como principal regulador de esto y realizar su explotación de modo sostenible en consonancia con los parámetros normativos internacionales en materia ambiental.

## VI. UN NUEVO PARADIGMA EN EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO DE LATINOAMÉRICA

Un nuevo paradigma iusfilosófico está llamando a nuestras puertas – no he sido neutral en mostrar los fundamentos en su favor ni los ataques en su contra–. Durante el desarrollo de este ensayo distinguí jurídica y empíricamente dos modelos constitucionales de derecho económico, uno al cual identifique como *neoliberal* y otro *social y comunitario*. Entre ellos establecí cuales son los puntos en discusión a través de la abstracción lógica entre “genocidio económico” y “limitaciones neoconstitucionales” para graficar los motivos legislativos que dieron origen a esta normativa emergente. Uno intenta avanzar y el otro frenarlo para desarrollar su propio programa.

He clasificado las limitaciones económicas del modelo neoconstitucional en tres tipos de principios: aquellos referidos a la naturaleza, los de propiedad intelectual y conocimientos tradicionales indígenas, y los de soberanía sobre los recursos naturales. Todos ellos afectan los ejes centra-

les del sistema económico actual, los primeros la prohibición de los transgénicos, la propiedad de la tierra y la soberanía alimentaria; los segundos, el mercado de marcas colectivas y patentes; y los terceros, la legislación específica en materia de agua, energía, minería, hidrocarburos, suelo y biodiversidad.

Considero que la constitución es el instrumento jurídico, que a través de cambios graduales, permitirá construir estados respetuosos de la interculturalidad ya que ha demostrado ser el marco de institucionalización más efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Como resultado de esta investigación he creado un modelo artificial de constitucionalismo económico aplicable a los países de Latinoamérica. Va de suyo que su principal innovación es la función social, que se ha analizado sucesivamente, incorporada a la actividad económica.

En esencia, los principios expuestos están interrelacionados. La soberanía alimentaria incluye por un lado, un medio ambiente sano y alimentos saludables, que en las nuevas constituciones se está llevando a cabo mediante la prohibición del uso de agroquímicos, transgénicos, el reconocimiento de derechos de la naturaleza y el establecimiento de tribunales agroambientales. La protección de las patentes y los conocimientos indígenas empodera a los particulares poseedores de estos. En segundo lugar, necesita vehiculizar comercialmente estas medidas. Es por ello que se promueve la incorporación de los sectores excluidos de la propiedad de la tierra y se limitan los monopolios extranjeros sobre estas. Además, poner a producir estas tierras, requiere un servicio hídrico acorde a tales necesidades y una gestión sostenible del resto de los recursos estratégicos para no contaminar el agua. En esta dirección, es que el Estado toma más protagonismo en la fiscalización y control de sus recursos naturales.

El horizonte sobre las futuras constituciones de América Latina está lejos de ser previsible, y la realidad muy distante del modelo constitucional expuesto, pero sí podemos vislumbrar aquí el intento de modificar la situación de desigualdades sociales, económicas y ambientales de la región.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Alberto, *La maldición de la abundancia*, 1era. edición, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2009.

ARCE CATACORA, Luis Alberto, "El Nuevo Modelo Económico, Social, Económico y Productivo" en *Publicación Mensual del Ministerio de*

*Economía y Finanzas Públicas Economía Plural*, Año 1, N° 1, La Paz, septiembre de 2011.

ARCEO, Enrique, "El fracaso de la reestructuración neoliberal en América Latina. Estrategias de los sectores dominantes y alternativas populares" en BASUALDO, Eduardo y ARCEO, Enrique, *Neoliberalismo y sectores dominantes*, Buenos Aires, CLACSO, 2006.

ARKONADA, Katu (coord.), *Un Estado, muchos pueblos: La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador*, 1era. Ed., Barcelona, Icaria Antrazyt, 2012.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la constitución de 2008*, 1era. Edición, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011.

– *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, 1era. edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

BELL LARA, José y LÓPEZ, Delia Luis, "La cosecha del neoliberalismo en América Latina" consultado en [[http://www.sagradorazon.edu.ar/web/tercero\\_hist/Pob\\_Pol\\_Jur\\_Ciud/NEOLIBERALart\\_JBell5.pdf](http://www.sagradorazon.edu.ar/web/tercero_hist/Pob_Pol_Jur_Ciud/NEOLIBERALart_JBell5.pdf)] en 01/09/2014.

BOIX, Vicent, *La FAO y el acaparamiento de tierras*, Bolpress, Área de Economía: Agricultura, 23 de mayo de 2012.

CEPAL, "Desnutrición infantil en América Latina y el Caribe en UNICEF, *Desafíos: Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de desarrollo del milenio*", N° 2, Santiago de Chile, abril de 2006.

– *Estudio económico para América Latina y el Caribe: desafíos para la sostenibilidad del crecimiento en un nuevo contexto externo*, Naciones Unidas, 2014.

– *Panorama social de América Latina 2000-2001*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, octubre de 2001.

COMUNIDAD ANDINA, Secretaría General, *Estrategias, políticas y acciones de seguridad alimentaria para poblaciones indígenas en los países de la Comunidad Andina*, 2010.

CORAGGIO, José Luis, *Economía social y solidaria: el trabajo antes que el capital*, 1era. Ed., Quito, Abya-Yala, 2011.

FAO, Informe "Global Food Losses and Food Waste" (Pérdidas y desperdicios de alimentos en el mundo), Estudio realizado para el Congreso Internacional Save Food!, en Interpack 2011, Düsseldorf Alemania.

– *PANORAMA de la seguridad alimentaria y nutricional en América La-*

*tina y el Caribe 2013, Hambre en América Latina y el Caribe: acercándose a los objetivos del milenio*, 2014.

- FERRER, Aldo, "La construcción del Estado Neoliberal en la Argentina", en *Revista de Trabajo*, Año 8, Número 10, París, 2012.
- GARCÍA FAURE, Arián y GAGO MENOR, Andrea (coord.), *¿Por qué es la soberanía alimentaria una alternativa?*, Toledo, Paz con Dignidad, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, "A propósito del neoconstitucionalismo", *Doctrina Constitucional*, Gaceta Constitucional N°67, pp. 231 a 240.
- GUDYNAS, Eduardo, "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador" en *Revista de Estudios Sociales* No. 32, Bogotá, abril de 2009, pp.34-47.
- "La Pachamama: ética y desarrollo ambiental" en *Le Mond Diplomatique*, La Paz, Bolivia, N°27, junio-julio, 2010.
  - "*La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica*", Tabula Rasa, Bogotá - Colombia, No.13: 45-71, julio-diciembre 2010.
- ESCALANTE RODRÍGUEZ, Juan de Dios, "La identidad como utopía en América Latina. Palabra y movilización de los pueblos indígenas" en *Dossier de filosofía: destino, futuro y utopía*, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, julio-septiembre 2012.
- KOWII, Ariruma, "Cultura Kichwa, interculturalidad y gobernabilidad" en *Revista Aportes Andinos*, N°13, Gobernabilidad, Democracia y Derechos Humanos, Programa Andino de Derechos Humanos - Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, marzo de 2005.
- KOWII, Ariruma, "El Sumak Kawsay" en *Revista Aportes Andinos*, N°28, Quito, Programa Andino de Derechos Humanos - PADH, enero de 2011.
- MILLÁN FUERTES, Amado A., "Seguridad alimentaria, conocimiento gremial y percepción social. El debate sobre los alimentos transgénicos", en SANDOVAL GODOY, Sergio A. y MELENDEZ TORRES, Juana María (coords.), *Cultura y Seguridad Alimentaria: enfoques conceptuales, contexto global y experiencias locales*, D.F., Plaza y Valdés, 2008.
- NIRINO, Mariana, "*Consumo responsable. Al rescate de los alimentos*" en *Muy Interesante*, N°345, Buenos Aires, julio de 2014.
- NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert y CRIADO DE DIEGO, Marcos, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina" en *Revista Estudio Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2011.
- OMPI, *Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales*, Folleto N°2, Publicación N° 920(S).

- RAMÍREZ, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza: encuentros y desencuentros” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 12, Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, diciembre de 2011.
- REYES TAGLE, Yovana, “La protección del conocimiento tradicional a través de las bases de datos y registros en la Convención sobre Diversidad Biológica y la Convención de Lucha Contra la Desertificación” en *Agenda Internacional*, Año XIV, N° 25, 2007.
- RODRÍGUEZ, Javier, “La verdad sobre el latifundio en Paraguay”, en *Bolpress, Área Internacional: Latinoamérica*, 11 de agosto de 2011.
- SCALETTA, Claudio, “Ese yuyo” en *Dossier ¿Podemos vivir sin soja?*, *Le Mond Diplomatique*, Año XV, N°179, Buenos Aires, mayo de 2014.
- TOBON FRANCO, Natalia, “Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas” en revista *Estud. Socio-Jurídico*, Bogotá, 2007.
- ZAMUDIO, Teodora, “Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de beneficios” en revista *Derecho PUCP*, N°69, 2012.





## MISCELÁNEAS



## CONTRA LA RENUNCIA ESCÉPTICA A ENCONTRAR UN SENTIDO AL MUNDO, LA RELIGIÓN DE DWORKIN\*

CLAUDIO MARTYNIUK\*\*

I. SOBRE *JUSTICIA PARA ERIZOS*, DE RONALD DWORKIN (BUENOS AIRES, FCE. 2014; *JUSTICE FOR HEDGEHOGS*, CAMBRIDGE, MA, HARVARD UP, 2011)

*Justicia, verdad y belleza son hermanas y aliadas. Con tres palabras tan bellas no es necesario buscar otras.*

*La justicia consiste en velar porque no se haga mal a los hombres. Se le hace mal a un ser humano cuando grita interiormente: "¿Por qué se me hace mal?". Muchas veces se erra al intentar darse cuenta de qué mal se sufre, quién lo inflige, por qué se inflige. Pero el grito es infalible.*

*El otro grito tan a menudo oído: "¿Por qué el otro tiene más que yo?" es relativo al derecho. Es necesario aprender a distinguir los dos gritos y acallar el segundo lo más que se pueda, con la menor brutalidad posible, con ayuda de un código, los tribunales ordinarios y la policía. Para formar espíritus capaces de resolver los problemas situados dentro de este dominio basta con la Facultad de Derecho.*

*Pero el grito: ¿Por qué me hacen mal?" plantea problemas completamente diferentes, para los cuales es indispensable el espíritu de verdad, de justicia y de amor.*

Simone Weil, "La persona y lo sagrado" (1942/43).

\* Recepción del original: 3/3/2015. Aceptación: 28/5/2015.

\*\* Doctor por la Universidad de Buenos Aires, investigador del Instituto Gino Germani, profesor titular regular de Epistemología de las Ciencias Sociales en la Facultad de Ciencias Sociales y profesor a cargo de los cursos "Estética y Normatividad" y "De Auschwitz a la Esma. La Filosofía ante los exterminios" en la Facultad de Derecho, ambas de la Universidad de Buenos Aires.

## I.I.

La unidad e independencia del valor, tal el *saber* del "erizo" RD, que "el valor es una cosa grande". Y en esa esfera RD parece reescribir el pensamiento de Weil:

*Las verdades acerca del vivir bien y ser bueno y de lo que es bello no solo son coherentes entre sí sino que se respaldan mutuamente: lo que pensamos de una cualquiera de ellas debe estar, llegado el caso, plenamente a la altura de cualquier argumento que estimemos convincente sobre las restantes* (p.15).

Postula la dependencia de valores, credo y teoría, propuesta de modo de vivir y conjugación de una estrategia contra las voces escindidas, contra las técnicas del "zorro". En esa red, reconoce que, en materia de igualdad, "las distribuciones políticamente neutrales no existen" (p. 16); diferencia dos direcciones de la libertad: a) *freedom*: "nuestra aptitud para hacer todo lo que queramos sin limitaciones impuestas por el gobierno", y b) *liberty*: "parte de aquella que el gobierno haría mal en restringir" (p. 18); y sobre el derecho afirma que "es una rama de la moral política, que a su vez es una rama de la moral personal más general, y esta, a su turno, es una rama de una teoría aún más general de lo que es vivir bien" (p. 20). Construye, en base a una aproximación a valores una malla que reviste la esfera cuya existencia predica, buscando que la diversidad que ellos representan encaje *efectivamente*, excluyendo una teoría que se imponga como el lecho de Procusto, pero sosteniendo que "la integración es una concepción necesaria de la verdad" (p. 20). El hilo compartido, lo que hilvana serían conceptos que "funcionan como conceptos *interpretativos*. Los compartimos porque compartimos prácticas y experiencias sociales en los que estos conceptos aparecen" (p. 21). Forma de vida, se podría decir de lo compartido, pero estamos lejos del mundo filosófico de Wittgenstein. Sigue RD: "Damos por hecho que los conceptos describen valores, pero discrepamos, a veces en gran medida, acerca de cuáles son esos valores y cómo deberían expresarse". Admite el interpretar prácticas de modo diferente, el sostener teorías distintas sobre cuáles son los valores que mejor justifican lo que se acepta como rasgos centrales o pragmáticos de esas prácticas. Esta estructura haría que los desacuerdos conceptuales sobre, por ejemplo, la libertad y la igualdad sean genuinos. También hace que sean desacuerdos de *valor* más que desacuerdos de hecho o desacuerdos sobre significados convencionales o de diccionario" (p. 21/22). Para defender el valor de un concepto

político debemos recurrir a otros valores: "los conceptos políticos *deben integrarse unos con otros*" (p. 22). Habría, entonces, un abordaje holista de la "unidad del valor", como lo refleja su propuesta de una teoría general de la interpretación:

*Más allá de la política, interpretamos en muchos campos: la conversación, el derecho, la poesía, la religión, la historia, la sociología y la psicodinámica. ¿Podemos proponer una teoría general de la interpretación que sea válida para todos ellos? Si podemos, entenderemos mejor los estándares que deben regir nuestra interpretación de los conceptos distintivamente políticos. [...] Mi sugerencia es una teoría general basada en los valores. Los intérpretes tienen responsabilidades críticas, y la mejor interpretación de una ley, un poema o una época es la que mejor realiza esas responsabilidades en esa oportunidad* (p. 22).

## I.II.

¿Pero cómo satisfacer genéricamente lo que se considere "mejor", que permitiría cumplir con la "responsabilidad crítica" del intérprete? RD cree en la existencia de verdades objetivas sobre el valor (p. 23), actos "realmente" incorrectos e instituciones "realmente" injustas. El escepticismo valorativo, para RD, es una equivocación para la vida privada y un lujo políticamente inadmisibles.

## I.III.

Como si enfatizar la verdad de la creencia subjetiva la hiciera verdadera y objetiva, afirma: "No podemos defender una teoría de la justicia sin defender también, como parte de la misma empresa, una teoría de la objetividad moral. Es irresponsable tratar de hacerlo sin una teoría así" (p. 24). La "independencia metafísica del valor", lo malo en sí, lo incorrecto absoluto y la obligación fundamental: ¿cómo llegar a Lévinas, o a Wittgenstein y Weil, sin arrojar la escalera racional a un abismo místico? Por momentos adopta una estrategia disolvente (así, ante la distinción metafísica entre realismo-antirrealismo se pregunta si acaso difieren, a partir de las dudas y análisis de Crispin Wright, *Truth and Objectivity*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1992, y Kit Fine, "The Question of Realism", en *Philosopher's Imprint*, vol. 1, núm. 2, junio de 2001, [www.philosophersimprint.org/001001](http://www.philosophersimprint.org/001001)), y sus interrogantes –¿de dónde vienen los

valores?, ¿están "ahí afuera"?— se dejan atrás en la respuesta. En este caso, sobre los valores, la respuesta de RD señala que están en conflicto, que son verdaderos por su "alegación sustantiva", pero sin estar en correspondencia con un afuera. RD, de este modo, por momentos busca esquivar etiquetas y encasillamientos. Pero no teme el uso de las etiquetas más desconcertantes, como "epistemología moral":

*Podríamos dar un nombre más imponente a una teoría de la responsabilidad: podríamos llamarla epistemología moral. No podemos estar, por ninguna vía causal, en contacto con la verdad moral. Pero sí podemos, no obstante, pensar bien o mal las cuestiones morales. Saber qué es un bien o un mal pensamiento es en sí mismo, claro está, una cuestión moral: una epistemología moral es una parte de la teoría moral sustantiva (p. 28).*

#### I.IV.

El razonamiento moral, sostiene RD, debe ser interpretativo: "Nuestros juicios morales son interpretaciones de conceptos morales básicos, y examinamos esas interpretaciones situándolas en un marco valorativo más amplio a fin de ver si encajan con las que consideramos las mejores concepciones de otros conceptos y son respaldadas por ellas" (p. 28). Esta empresa interpretativa se carga de paradojas. (Se debe recordar la famosa crítica de Wifrid Sellars.)

#### I.V.

RD diferencia ética, estudio de cómo vivir bien, de moral, estudio de cómo debemos tratar a otras personas (p. 29). Por su parte, la responsabilidad por las acciones emprendidas gira en torno a una cuestión ética: "¿cuál es la índole de una vida bien vivida?" (p. 29). La responsabilidad de hacer algo de valor de cada vida propia, esta responsabilidad ética "es objetiva": "reconocemos que debemos vivir bien". Así, para RD, "nuestras diversas responsabilidades y obligaciones para con los otros emanan de la responsabilidad que tenemos por nuestra propia vida" (p. 29). Esta afirmación parece situarlo en las antípodas de la tesis ética de Lévinas, mostrando a New York muy lejos de Jerusalem —acaso se disponga aún de Atenas para que funja como mediación—. (Por ejemplo, en "Los derechos humanos y los derechos del otro", 1985, en Emmanuel Lévinas, *Fuera del sujeto*, Madrid, Caparrós Editores, 2002, Lévinas "afirma la responsabilidad del

uno-para-el-otro, a través de la cual, *en lo concreto*, los derechos humanos se manifiestan a la conciencia como derecho del otro y del que debo responder. Manifestarse originariamente como derechos del otro hombre y como deber para un yo, como mis deberes en la fraternidad, he aquí la fenomenología de los derechos humanos. [...] Su deber respecto al otro que interpela su responsabilidad es una investidura de su propia libertad. En la responsabilidad que, como tal, es irrecusable e intransferible, yo estoy instaurado como no intercambiable: soy elegido como único e incomparable. Mi libertad y mis derechos antes de mostrarse en la contestación de la libertad y de los derechos del otro hombre se mostrarán precisamente en forma de responsabilidad, en la fraternidad humana. Responsabilidad inagotable, porque no podemos quedar en paz con el otro" (p. 140). El sentido del deber es *a priori*, como también lo es en la perspectiva de Simone Weil (ver *Echar raíces*, 1943, Madrid, Trotta, 1996).

## I.VI.

RD asienta su ética de la dignidad en el valor adverbial: "Debemos encontrar el valor de vivir –el significado de la vida– en el vivir bien, así como encontramos valor en el hecho de amar, pintar, escribir, cantar o bucear bien" (p. 30). Y traza una conexión entre ética y moral: "Me apoyo sobre todo en la tesis de Immanuel Kant de que no podemos respetar adecuadamente nuestra humanidad a menos que respetemos la humanidad en otros" (p. 31). Desde el uno al otro, toma entonces la dirección opuesta a Lévinas, para quien ética equivale a ética del otro.

## I.VII.

Clasifica escepticismos a partir de (a) la distinción general entre cuestiones internas y cuestiones externas –"Cuando preguntamos si por fin se ha demostrado el teorema de Fermat, hacemos una pregunta interna de la matemática; al inquirir si en la actualidad es más alto que antes el porcentaje de estudiantes que estudian cálculo, hacemos una pregunta externa sobre la matemática" (p. 50)–, y (b) la distinción entre cuestiones "sustantivas" o "de primer orden" y "metacuestiones" o cuestiones "de segundo orden" –"La afirmación de que torturar bebés es inmoral es una afirmación sustantiva y de primer orden; la hipótesis de que esta opinión es casi universalmente compartida es una meta afirmación o afirmación de segundo orden"

(p. 50)–. Así como señala que la misma idea de “metaética” es errónea, las distinciones entre escepticismos en las que se apoya resultan cuestionables y parecen destinadas a la disolución. ¿Acaso un observador puede alcanzar un punto de vista “metaexterno”, o absoluto, para observar a las teorías que agrupa en su clasificación? Ese imaginario escepticismo externo, sobre el cual abajo se volverá, acaso atribuible a una divinidad, resulta de un experimento mental del autor que así monta, a medida, una tesis opuesta a la que defiende con el propósito de darle relieve a su punto de vista. Aun el más radical nihilista respira y se alimenta, se expresa y actúa, valora, piensa y decide, y todo sin salir del mundo. Por otra parte, la restante diferenciación replica, sin matices ni fecundaciones cruzadas, su punto de partida: la diferencia ontológica irredimible entre normatividad –donde se alojan las cuestiones “sustantivas” o de primer orden– y las “metacuestiones”, consideraciones históricas, sociológicas, psicológicas o cualquier otra remisión de corte naturalista que involucre valores y normas. Todo ello trae un aire de familia a los debates poco fructíferos entre historia interna y externa de la ciencia en la epistemología de la década de 1960, concentrada en la búsqueda de criterios de demarcación. En cualquier caso, utilizando esas dos navajas, RD afirma:

*Alguien puede distanciarse de todo su arsenal de ideas morales y reflexionar sobre ellas en su conjunto. Puede hacer preguntas externas sobre sus valores morales o los de otras personas, en vez de hacer preguntas internas de valor moral. (...) El escepticismo interno con respecto a la moral es un juicio sustantivo de primer orden. Apela a juicios más abstractos sobre la moral a fin de negar la verdad de ciertos juicios más concretos o aplicados. El escepticismo externo, por el contrario, pretende apoyarse íntegramente en enunciados externos de segundo orden sobre la moral (p. 50).*

## I.VIII.

Dentro del escepticismo externo diferencia entre (a) el escepticismo del error y (b) el escepticismo del estatus: “Los escépticos del error sostienen que todos los juicios morales son falsos. [...] Los escépticos del estatus no están de acuerdo [...]: creen que es un error tratarlos [a los juicios morales] como descripciones, porque no describen nada [...] En consecuencia, no dicen, como sí lo hacen los escépticos del error, que la moral es una empresa mal concebida. Dicen que es una empresa malentendida”



(pp. 50/1). Ante los escépticos del error admite que podrían ser calificados como escépticos internos globales, pero "como los escépticos internos se apoyan en la verdad de las afirmaciones morales sustantivas, solo pueden ser escépticos parciales del error. No hay escepticismo interno del estatus" (p. 53). La incertidumbre ("una posición por defecto", p. 54) es diferente al escepticismo. Y reconoce que hay teorías externas sobre la moralidad, como las darwinianas, que no son escépticas.

## I.IX.

Interpreta el principio de Hume con un énfasis implícito en un dualismo que independiza la moral y otras dimensiones del valor de la concepción explicativa-causal que gobierna en las disciplinas físicas, tratando "el razonamiento moral como una forma de razonamiento interpretativo" (p. 59). Entonces, ya en este punto, se interroga: "¿Qué hace que un juicio moral sea verdadero? ¿Cuándo se justifica que consideremos verdadero un juicio moral? Mi respuesta a la primera es que los juicios morales son verdaderos, cuando lo son, por obra de un argumento moral adecuado a favor de su verdad. Esta respuesta, claro está, suscita una nueva pregunta: ¿Qué hace que un argumento moral sea adecuado? La respuesta debe ser: otro argumento moral a favor de su adecuación. Y así sucesivamente" (p. 57). A la deriva entre tautologías y autorreferencias, sostiene que "la coherencia es una condición necesaria pero no suficiente de la verdad" y que "lo que hace que un juicio moral verdadero es una alegación adecuada de su verdad" (p. 58). No lejos de la epistemología luhmanniana, aunque sin el aparato bibliográfico de la tradición sistémico-funcional –y apuntando a metas radicalmente disímiles–, reconoce la "circularidad" de su razonamiento, "pero no más circular que la confianza que depositamos en parte de nuestra ciencia para que elabore una teoría del método científico destinada a verificar nuestra ciencia" (p. 58).

*[S]olo podemos alcanzar la responsabilidad moral si apuntamos a la explicación más exhaustiva que podamos lograr de un sistema más amplio de valor en el cual figuren nuestras opiniones morales. Esa meta interpretativa proporciona la estructura del argumento adecuado. Define su responsabilidad moral. No garantiza que los argumentos que construimos de esa manera sean adecuados; no garantiza la verdad moral. Pero cuando consideramos adecuados nuestros argumentos, después de ese tipo de reflexión exhaustiva, nos habremos ganado el derecho a vivir sobre la base*

*de ellos. ¿Qué nos impide, entonces, afirmar nuestra certeza de que son verdaderos? Solo nuestra sensación, confirmada por una vasta experiencia, de que quizá se encuentren mejores argumentos interpretativos. Debemos tener la precaución de respetar la distancia entre la responsabilidad y la verdad. Pero no podremos explicar esa distancia a menos que apelemos una vez más a la idea del buen y mejor argumento. No podemos escapar a la independencia de la moral, por más denodada que sea nuestra lucha. Cada esfuerzo que hacemos por encontrar una puerta trampa que nos saque de la moral confirma que aún no hemos entendido qué es la moral (p. 59).*

## I.X.

Si no podemos justificar ningún *deber ser* del mundo partiendo de algún rasgo proposicional sobre el modo en que el mundo *es*, entonces que las afirmaciones morales se reafirmen en proposiciones morales. Sin que la verdad cause convicción moral –“La causa de las convicciones de la gente son sus historias personales, y no algún encuentro con la verdad moral” (p. 69)–, pero historias similares no explican diferendos morales.

## I.XI

¿Qué es tener una razón? RD responde: “El concepto referido a tener una razón es un concepto interpretativo” (p. 73). ¿Cómo se vinculan razones y acciones? Se debería, para ello en esta perspectiva, construir una estructura más amplia: “Esa estructura más amplia debe responder, entre otras, a la pregunta de por qué debería importarle a alguien lo que tiene razones para hacer” (p. 73). RD “ata la racionalidad a la ética”. Y la verdad –¿Pero de qué trata esta “verdad moral”? ¿se diferencia de preferencias y creencias?, ¿arrastra toda verdad sosteniendo que “la verdad” siempre descansa en creencias?– ocupa un lugar clave. (Como se verá adelante, aunque disímiles, los análisis de H. Putnam y J. Habermas resultan más exhaustivos.) De hecho, la distancia de RD con el constructivismo de Rawls obedece a ese punto: para RD, Rawls entendía que “la verdad moral no tiene papel alguno que cumplir en la defensa de una teoría atractiva y detallada de la justicia política” (p. 90). Para RD, “sin el telón de fondo de una teoría moral que tomemos como verdadera, no podemos tener idea de qué idealización elegir” (p. 91). Requiere, entonces, denunciar los errores ge-

neralizados en la filosofía contemporánea: "La metaética se basa en error" (p. 92) afirma. También lo sería el "quietismo", que se ha caracterizado a partir de la imposibilidad de brindar respuesta a cuestiones normativas del tipo de si los juicios morales pueden ser verdaderos o falsos, considerando que no hay modo de adoptar una perspectiva externa, salir del pensamiento normativo para explicarlo (cfme. Nadeem Hussain y Nishi Shah, "Misunderstanding Metaethics", en Russ Shafe-Landau (comp.), *Oxford Studies in Meta-Ethics*, vol 1, Nueva York, Oxford U.P., 2066, 268.) Para RD, esta postura "no es sino una evidencia más de que los filósofos no reconocen la plena independencia del valor" (p. 93). Esta generalización olvida, ciertamente, a Wittgenstein (también, más cerca, a Stanley Cavell, tal vez el filósofo contemporáneo que "mejor" ha interpretado la potencia constructiva y expresiva del escepticismo).

*El escepticismo externo debería desaparecer del paisaje filosófico. Y no habría que lamentar su desaparición. Ya tenemos bastante de qué preocuparnos sin él. Queremos vivir bien y comportarnos decentemente; queremos que nuestras comunidades sean equitativas y buenas y nuestras leyes, sabias y justas. Estos objetivos son muy arduos, en parte porque los problemas en juego son complejos y desconcertantes y en parte porque con mucha frecuencia se interpone el egoísmo. Cuando se nos dice que las convicciones que nos afanamos en alcanzar, sean cuales fueren, no pueden en ningún caso ser verdaderas o falsas, ni objetivas, ni formar parte de lo que sabemos, o que solo son jugadas en un juego de lenguaje, o mero vapor de las turbinas de nuestras emociones, o solo proyectos experimentales que deberíamos probarnos para ver si damos la talla y cómo la pasamos, o simples invitaciones a pensamientos que acaso encontraríamos divertidos, entretenidos o menos aburridos que nuestras maneras habituales de pensar, deberíamos replicar que todas estas observaciones son distracciones inútiles de los desafíos reales a nuestro alcance. No quiero decir que podamos ignorar el escepticismo moral. Al contrario. El genuino escepticismo –el escepticismo interno– es mucho más preocupante que estas confusiones filosóficas (p. 93).*

## I.XII

La independencia del valor implica: (i) que los hechos, aun de existir los hechos morales, no podrían explicar las convicciones de una persona; (ii) que la verdad moral no tiene impacto causal sobre nuestra mente, no

causa creencias morales (p. 97); y (iii) que la verdad moral, más allá de su eventual dimensión física o mental, puede tener poder causal (p. 98). Implica, entonces, como se volverá a advertir, cierto rasgo sublime que rebasa los intentos de reducción teórica. A la vez que rechaza la existencia de una epistemología arquimedea, no excluye un cierto equilibrio reflexivo: "La epistemología abstracta y la creencia concreta deben ajustarse y apoyarse entre sí, y ninguna debe tener poder de veto sobre la otra" (p. 110). Pero el equilibrio se quiebra en favor de la creencia, principio y fin de la verdad.

*En el principio y el final está la convicción. La lucha por la integridad está en el medio* (p. 114).

### I.XIII.

Sobre el impacto de la *verdad moral* en la sensibilidad, que acerca-ría cierto *progreso moral*, afirma: "nos apoyamos finalmente en nuestra convicción y en la alegación moral que a nuestro entender la respalda" (p. 115/6). Y aquí se muestra una vena existencialista que, además de las referencias a Kierkegaard y Sartre, bien podría haber sumado el pensamiento de Martin Heidegger, un *maestro de Alemania* que ha interpelado a estudiantes y lectores acerca de la responsabilidad de sus decisiones, algunas veces desde su adhesión al nazismo, lo cual explica los reparos al momento de considerarlo. RD considera un abismo:

*La tesis de la independencia les deja la libertad de concluir (si eso es lo que les parece correcto) que nadie tiene jamás absolutamente ningún deber o responsabilidad moral. ¿Cómo podría haber una forma más profunda de escepticismo?* (p. 129).

### I.XIV.

Tras la indicada mención a la inevitabilidad de cierta circularidad – reitera: "Siempre somos culpables de algún tipo de circularidad. No tengo manera alguna de testear la exactitud de mis convicciones morales salvo mediante el despliegue de más convicciones morales" (p. 130)–, también admite la dificultad de "demostrar" la superioridad de unas razones morales frente a otras, pero espera poder "convencer" al otro acerca de la responsabilidad que ha tenido en sus opiniones y actos; de aquí deriva la distinción entre la exactitud y la responsabilidad. ¿Demostración y persuasión o, por el contrario, creencia y retórica? (No *debería* olvidarse, pero tantos

la omiten, entre ellos RD, la abrasadora tesis de Carlo Michelstaedter, *La persuasión y la retórica*, de 1910.)

## I.XV.

Sobre la virtud de la responsabilidad, y en lo que atañe al individuo, la sociedad y la filosofía, señala: "Nuestra responsabilidad moral nos exige convertir nuestras convicciones reflexivas en un filtro lo más denso y eficaz posible y, así, reivindicar tanta fuerza como podamos para la convicción dentro de la matriz causal más general de nuestra historia personal como un todo" (p. 140). Este rasgo socrático impulsa la búsqueda de "autenticidad en las convicciones que son coherentes entre sí" y "requiere que interpretemos críticamente las convicciones que al principio parecen más atractivas o naturales", aunque con cierta pesadumbre realista reconoce "no tener la esperanza de construir un filtro de convicción denso, detallado, entrelazado y totalmente coherente, envuelto en nuestra voluntad, que sea eficaz sin excepción y nos aporte un resplandor constante de adecuación. Esta hazaña sería digna del hombre kantiano de voluntad perfectamente buena, y nadie es tan inteligente, imaginativo y bueno. Así, pues, debemos tratar la responsabilidad moral como una obra siempre en marcha: es responsable quien acepta la integridad y autenticidad morales como ideales apropiados y despliega un esfuerzo razonable en procura de alcanzarlas. En principio ese esfuerzo debe ser individual [...] Pero [...] la interpretación moral, como tantas otras cosas de gran importancia, es un asunto de formación social y también de división del trabajo" (pp. 140/141). Y sigue: "La filosofía moral puede ser ese modo influir en las personas; puede hacerlas más responsables en cuanto individuos" (p. 142). Esta tarea filosófica, el aprecio por la autenticidad y la responsabilidad, podría pensarse como afín a las filosofías de Heidegger o Sartre, de Adorno y Habermas, Putnam o Lévinas. Concibe el centro de la filosofía moral kantiana, la capacidad de universalizar la máxima de nuestra conducta, como un test de responsabilidad, "porque brinda la coherencia demandada por aquella. También pone a prueba la autenticidad que la responsabilidad demanda: Kant dijo que debemos ser capaces tanto de querer como de imaginar la universalidad de una máxima" (p. 142). A la vez, considera falso que los filósofos tengan un sentido moral más preciso que la gente común, y afirma que "sus juicios concretos no son necesariamente más sensibles" (p. 143). ¿No resulta esta tesis –contraria a la excepcionalidad de la filosofía y expresada tras

extensos rodeos— cercana a la presentada tantas veces por Wittgenstein o a la manifestada, entre otros filósofos contemporáneos, por Richard Rorty o Michel Foucault?

### **I.XVI.**

Admite que el papel causal de la convicción no puede ser exhaustivo y ni siquiera particularmente profundo: "Si nos remontamos lo suficiente en la cadena causal, comprobaremos que la cultura, la educación, los genes y tal vez hasta el autointerés desempeñan, en definitiva, prácticamente el mismo papel en la explicación del comportamiento de las personas sinceras e insinceras" (p. 144). De esto deriva la relevancia de que la ruta causal atravesase un filtro de convicciones, procurando actuar por convicción moral en los tratos con otras personas, "porque eso es lo que exige el respeto por nosotros mismos. Y lo exige porque no podemos ser consistentes y tratar nuestra vida como objetivamente importante si no aceptamos que la vida de todos tiene la misma importancia objetiva. Podemos esperar —y esperamos— que otros acepten este principio fundamental de la humanidad. Este es, pensamos, la base de la civilización" (p. 145). He aquí un principio: el valor objetivo de la vida. De aquí, entre otras derivaciones, halla RD este mandato: "No podemos tratar a quienes discrepan de nosotros como forajidos morales" (p. 145); se debe respetar el desacuerdo, pero sobre bases de respeto y responsabilidad recíprocos.

### **I.XVII.**

La responsabilidad es crucial, ya que de ella depende la alegación de verdad. RD, más allá de sus interpretaciones de los debates filosóficos contemporáneos, parece adoptar una aproximación deflacionaria a la verdad, en la cual la verdad de una proposición equivaldría a la alegación de la verdad de la proposición; el predicado "verdadero" sería así redundante. Así presenta este delicado y opaco atributo que se pliega a la convicción, la creencia de lo que es verdadero, y que deja desguarnecido el carácter objetivo que por momentos alega RD como parte de su "epistemología moral". La verdad, ya aquello que crispa los nervios, ¿acaso no sería antirrealista en el pensamiento filosófico de RD? "La verdad sobre la moral solo es lo que muestra la mejor alegación" (p. 156). Y afirma: "Como los juicios de valor no pueden ser meramente verdaderos, solo pueden ser verdaderos en

virtud de una alegación" (p. 149). Y esa alegación debe contener juicios de valor adicionales; pero "tampoco ninguno de estos juicios de valor adicionales puede ser meramente verdadero" (p. 150), y así se ramifican las alegaciones en una trama de comunicaciones en la que implícitamente RD —que no cita a Luhmann— roza una visión como la de Niklas Luhmann, en la que la autorreferencia desenvuelve una función constructiva. La autorreferencia puede conducir, como en la obra de Luhmann, a cierta austeridad que, ante el muro del valor, calla en vez de predicar. Desde un escritorio neoyorkino, RD ha escrito: "La interpretación es por lo tanto interpretativa, así como la moral es moral, hasta el final" (p. 167). Desde lo alto, ve el *todo* del paisaje del valor, observa y describe el método ideal:

*La circularidad, si la hay, es global en todo el dominio del valor. Ese es el método de la filosofía moral y política formal: el método del contrato social o del observador ideal, por ejemplo* (p. 204).

## I.XVIII.

RD enfatiza esta especie de *autopoiesis* de la esfera de los valores a partir de un gajo de la filosofía de Hume, abonando ese suelo con pensamientos que ponderan qué valorar y qué hacer con la vida propia y de los otros, en la ética, la moral, la política, el derecho y también el arte y hasta el universo en su conjunto (todo lo cual es radicalmente ajeno al amplio universo teórico de Luhmann, parcelado en sistemas autopoieticos y, por parte de la perspectiva cognitiva, reticente a la imposición de fines o sentidos, absteniéndose la "ciencia de la sociedad" de brindar soluciones o prescribir "la mejor" interpretación ante los problemas sociales o existenciales, salvo cierto minimalismo que, como tantos de sus presupuestos, explicita sus rasgos paradójicos). Tal cápsula, esfera o mundo del deber guarda similitud esencialista con la metafísica kelseniana, pero difiere radicalmente de ella al hacer proliferar la discursividad fundamentalmente en los campos en los cuales Kelsen —como antes lo enseñó Wittgenstein— muestra silencio. Así, el jurista austríaco construyó una teorización *pura* del derecho positivo, depuración racional de hechos y valores (subjetivos), reconociendo la pertenencia del derecho positivo a la "esfera del deber ser" de un mundo escindido en naturaleza y cultura o sociedad; tal construcción que lleva adelante el científico del derecho parte de la categoría a priori de imputación, diferente a la de causalidad que ordena los fenómenos naturales, conforme esta epistemología neokantiana. En el límite del mundo, más allá

de la naturaleza, más acá de la racionalidad, del lado del sujeto quedan los valores, allí –fermento oscuro, desgranar religioso, político, ético y estético, soledad compartida, escepticismo epistemológico, poética existencial–, ahí, entre la quietud y sus reversos, brota el grito de la justicia. Queda el silencio, ausente de propuesta, promesa y postulado proposicional. En la vacilación cortante, en el deshacimiento textual, la convicción puede hallar una morada poética.

*Pronto, oh pronto empalidecerás  
Dejarás este bello mundo  
Y serás olvidado  
Por eso, no debes preocuparte  
Siempre es hoy, nunca es mañana;  
El tiempo es ilusión.  
No sueñes con cosas lejanas,  
Así puedes tener dichas cercanas  
¡Solo lo que tú tomas es tuyo!  
Han Kelsen, "Carpe Diem"*

## I.XIX.

Interconectados e interdependientes, principios, ideas y argumentos conforman para RD una red de convicciones que puede vincular los más diferentes sectores del valor, desde lo correcto y virtuoso hasta lo bello, desde el éxito hasta el trato a los animales: el universo independiente del valor es ilimitado y puede "incluir un juicio estético además de un juicio moral", como "podría una alegación en defensa de la manera correcta de vivir incluir afirmaciones sobre la evolución natural del universo o la herencia biológica de los animales en los seres humanos". RD añade: "No veo razones conceptuales o apriorísticas que se opongan a ello. Lo que consideramos como argumento a favor de una convicción moral es un asunto sustantivo: debemos esperar hasta ver qué conexiones entre diferentes sectores del valor parecen pertinentes y atractivas" (p. 151). Y concluye, quizás provocando desconcierto –al modo que lo haría un maestro zen–, o mostrando en una especie de dialéctica falibilista lo poco que se ha avanzado por este camino, con estas respuestas correctas, con la mejor interpretación: "Reinterpretamos constantemente nuestros conceptos a medida que los utilizamos" (p. 153).



**I.XX.**

La responsabilidad emerge como la roca última, pero ella intenta pero nunca completa, encamina esfuerzos hacia la unidad, piensa RD, no hacia la fragmentación. ¿Cómo no dudar del "valor" de la proposición que dice: "Decidamos como decidamos, hemos dado un paso hacia una comprensión más integrada de nuestras responsabilidades morales" (p. 153)? No está justificado el ascenso, la escalera que lleve a él. Responsabilidad y convicción, y desde allí a la verdad y la práctica. No parece diferir de Simone Weil, y lo ejemplifica RD invocando fuentes griegas. Aunque su verborragia lleve a las antípodas de Wittgenstein, RD podría compartir las últimas palabras del genial filósofo austríaco: *Dígame que mi vida fue maravillosa.*

**I.XXI.**

¿No sería propia del erizo la felicidad wittgensteiniana, aquella que brota de coincidencia entre voluntad y totalidad? Ese acoplamiento quizás también se reconozca en el holismo del erizo RD: "Todos los valores verdaderos forman una red interconectada"; y en esa red "cada una de nuestras convicciones sobre lo que es bueno, correcto o bello tiene algún papel a la hora de respaldar cada una de nuestras demás convicciones en cada uno de esos dominios de valor" (pp. 154/155). Tras convicciones en que se crea y que "encajen" con las restantes, sobre esa conjunción de fe y coherencia, RD pretende "describir un método, no una metafísica" (p. 155). Predica: "Cada uno de nosotros debe creer lo que responsablemente cree. Todos estamos en algún limbo, aunque no sea el mismo para todos" (p. 155). Desde RD se puede afirmar que es diferente el mundo de una persona responsable al mundo de una persona irresponsable. Y el peso de la responsabilidad es mayor que el de la felicidad y el de la verdad. Gravita en la órbita kantiana, no en la de Wittgenstein. Predica en el aula, como lo cuestionara Max Weber, pero Weber no consideró el caso del predicador de una ética de los principios cuyo principio básico fuera la responsabilidad.

*El valor de la filosofía moral depende más de su contribución a la responsabilidad que a la verdad* (pp. 155/156).

**I.XXII.**

¿No contribuye más a la responsabilidad, como lo pensaron entre otros Richard Rorty y Martha Nussbaum, la literatura que la filosofía? La lectura del relato de RD es la interpretación de su texto, y aquí filosofía y literatura se emparentan. Pero el aire de familia se disuelve en algunos planos, y así como la similitud entre literatura y derecho acaba donde comienza la imposición de la violencia (la sanción sentenciada –Robert Cover–, o la violencia redentora –Walter Benjamin–, que entreteteje a través de la estrella de la revolución, la perspectiva mesiánica en la historia y la crítica, lo cual puede servir de introducción al complejo vínculo entre derecho, justicia y religión, que más adelante se considerará), las sensibilidades que se exponen y el trabajo de la distancia y la mimesis difieren en los abordajes teóricos y en las prácticas artísticas. Aún así, RD halla rasgos comunes entre juegos diversos que podrían abarcarse con un título: "comprensión", que remite a otro modo de presentar el mismo dualismo que explora, cultiva e ilumina: tradición explicativa de las ciencias físico-matemáticas y tradición compresiva –o hermenéutica o interpretativa– de las ciencias histórico-culturales, las formas clásicas de razón práctica –teología y derecho– y las producciones artísticas. Pero ahora ya el mundo del valor deviene en perspectiva o actitud, punto de vista o disposición capaz de atravesar los más diversos fenómenos, y aun ese oscilar y vacilar es capaz de recordar el sentimiento de unidad de lo existente. Lejos de tal inalcanzable sublime, pero rebasando criterios y clases, se interpreta.

*A medida que lee este texto, usted me interpreta. Los historiadores interpretan acontecimientos y épocas; los psicoanalistas, sueños; los sociólogos y antropólogos, sociedades y culturas; los abogados, documentos; los críticos, poemas, obras y cuadros; los sacerdotes y rabinos, textos sagrados, y los filósofos, conceptos discutidos. [...] Sostengo que todos estos géneros y tipos de interpretación comparten rasgos importantes que hacen apropiado tratarla como uno de los dos grandes dominios de la actividad intelectual, en un pie de igualdad a la ciencia en lo que es un dualismo abarcador de la comprensión (p. 158).*

**I.XXIII.**

La proliferación de referencias a Sartre en RD es sintomática: estamos condenados a ser responsables, parece decir RD. Y la responsabilidad se

muestra en la interpretación: "El escepticismo interpretativo global debe ser interno: una afirmación dramáticamente ambiciosa que solo puede rescatar una teoría heroicamente ambiciosa. Este sorprendente paralelo entre la ambivalencia en la interpretación y en la convicción moral refuerza lo que sostuve [...]: que el razonamiento moral es interpretativo" (p. 162). Las visiones de la verdad, la epistemología, como en gran medida la filosofía en la mayoría de sus campos, hallan su determinación moral e interpretativa en la responsabilidad. Y la responsabilidad se articula con otros, se hace en el tejido social. Sobre la práctica del acuerdo adopta una perspectiva que, a primera vista, parece no muy distante de la wittgensteiniana, sin embargo lo es a la luz de las lecturas que se han realizado de esa gran cuestión del "seguimiento de una regla", introducida en *Investigaciones filosóficas*. RD señala que "el nivel de convergencia o divergencia que una comunidad interpretativa en particular exhibe en esos varios juicios determina si la interpretación prospera dentro de ella o se disipa en la mera diferencia" (p. 168); y, con un tono que podría considerarse, aquí sí, próximo al escepticismo wittgensteiniano, agrega que "solo descubrimos *ex post* cuánto y qué tipo de desacuerdo puede tolerarse: solo al juzgar si una práctica específica de acuerdo y desacuerdo sigue siendo fructífera o se empantana en un arenal argumentativo" (p. 168). (Detrás de estas consideraciones está la distancia de RD a la tesis hartiana sobre la práctica convergente que mostraría una regla de reconocimiento: el acento del norteamericano, sin asiento en un núcleo o roca en la que se converja –roca de la regla de reconocimiento del filósofo británico–, es interpretativo. Pero no podrá sugerirse sin más que en uno se tienda a la metafísica de Parménides al pensar el derecho que está siendo mediante un concepto, *el concepto de derecho* que es, y en otro se nade en las aguas de Heráclito, sin salida de la mutante corriente de la interpretación, sin aislamiento conceptual o material de un criterio o una molécula que sea derecho, *el concepto interpretativo de derecho*.) RD demanda una "interpretación colaborativa" –eco del presupuesto de "buena voluntad" en el que centra Hans-Georg Gadamer su abordaje de la hermenéutica–, solapada a otra de corte explicativa, en la que incluye los emprendimientos desmitificadores de los críticos del derecho.

## I.XXIV.

Ante las objeciones de W. Quine y D. Davidson –este, que cita RD en p. 189, afirma que: "La totalidad de las evidencias al alcance del intérprete

no determina ninguna teoría única de la verdad para un hablante dado [...], porque ninguna evidencia posible puede limitar las teorías aceptables a una sola"-, insiste en que "en la interpretación hay algo más que ajuste". Diferencia incertidumbre e indeterminación, considerando excepcional a la indeterminación ("... tal vez haya entonces poca indeterminación en el sentido en que la veía Quine. Quizás no nos enfrentemos con frecuencia a interpretaciones igualmente buenas que 'no guarden unas con otras ningún tipo posible de equivalencia'", señala RD, p. 189), y afirma: "Solo tendríamos derecho a la muy fuerte conclusión positiva de esta última si descubriéramos alguna razón positiva para suponer que no hay nada que escoger entre traducciones divergentes, dada la vasta gama de propósitos a los que una interpretación debe servir. De hecho, diferentes traductores han llegado a un alto grado de uniformidad al enfrentar desafíos reales en materia de traducción radical; esto podría sugerir que la indeterminación, en cuanto se diferencia de la incertidumbre, es poco habitual. Pensaríamos de otra manera, desde luego, si supusiéramos que en este tipo de interpretación el éxito solo significa ajustarse a los hechos relativos al comportamiento en bruto" (p. 188). Este punto de vista implica un grado de universalismo que se acerca al defendido por Gadamer y también al promovido por Jürgen Habermas contra diferentes estilos de relativismo— principalmente contra algunas lecturas relativistas de Wittgenstein; contra el acento relativista derivado de la inconmensurabilidad de los paradigmas en la primera versión del clásico de Thomas S. Kuhn *La estructura de las revoluciones científicas* (1962); contra la deconstrucción de Jacques Derrida y contra el pluralismo de configuraciones epistémicas de Michel Foucault. Por otra parte, y sin referencia a las importantes elaboraciones sobre la interpretación que realizara Nelson Goodman a partir de *Languages of Arts* (1968), RD prioriza la "explicación del valor", lo que caracteriza como "nuestra convicción de la verdad frente a toda la complejidad, la controversia y la inefabilidad" (p. 191), por sobre otras concepciones de la crítica: "Muchas de ellas subordinan todo presunto genio autoral a algo muy distinto: a la obra de arte juzgada por sí misma, como huérfana u *objet trouvé*; a las oportunidades de sorpresa brindadas a un lector contemporáneo, o a la instrucción moral o la conciencia social o política de una nueva era. La autoridad del autor sube y baja, muere y renace al ritmo de los cambios de la opinión sobre el objetivo de la interpretación" (pp. 190/1). En su perspectiva, si los intérpretes "han llegado a pensar que una interpretación de algo es la mejor, también pueden razonablemente pensar que esa interpretación cumple con el test

de lo que define el éxito en la empresa, aun cuando no puedan enunciar ese test con mucho o ningún detalle. De modo que pueden pensar que hay una verdad objetiva en la interpretación. Pero solo, claro está, si creen que hay una verdad objetiva en el valor" (pp. 191/2). RD no duda de sus creencias. ¿Pero acaso se podría creer en la duda del mismo modo que se cree en la certeza? RD no sigue las reflexiones de Wittgenstein, sutiles sobre el seguimiento de una regla y la interpretación, *sobre la certeza* y la duda. Y RD es claro:

*A mi juicio, comprender significa interpretar* (p. 192).

### I.XXV.

Otro modo de presentación, por parte de RD, del dualismo: ciencia e interpretación, que tendrían propósitos diferentes (p. 193): en la ciencia difieren la verdad –hallar la verdad de algo es una meta intrínseca– y el propósito –puede ser práctico o teórico, asociados al éxito o a la belleza, reconociendo la relevancia de valores epistémicos y estéticos como la simplicidad y la elegancia (remite, junto a otras referencias, a la compilación de Judith Wechsler *On Aesthetics in Science*, Cambridge, MA, MIT Press, 1981; hay versión en castellano: *Sobre la estética en la ciencia*, México, FCE, 1982)–. En la interpretación las metas justificativas e intrínsecas se fusionan: "Los intérpretes hacen o simplemente tienen supuestos sobre estos propósitos y los valores que los respaldan, y estos supuestos, aunque a menudo no articulados ni reconocidos, son determinantes de qué afirmaciones interpretativas aceptar y cuáles rechazar" (p. 194).

### I.XXVI.

Debería recordarse la distinción de Karl Popper entre pro y anti naturalistas, formulada en su famoso *Miseria del historicismo* (1957), y la perspectiva dualista de RD tendría allí una clara localización crítica. No es claro si el dualismo que RD defiende se limita a una índole metodológica –como podría derivarse de la mención a la "gran distinción entre dos tipos de investigación: lo que algunos filósofos han llamado explicación y comprensión" (p. 192)– o, como parece sostenerse en una más voluminosa línea de alegaciones, su "versión" de la distinción tiene rasgos sustantivos, presupuestos ontológicos y epistemológicos, lo cual volcaría la distinción a las agitadas aguas del esencialismo. Mientras afirma para "la ciencia" una

noción de verdad enunciativa, en el mundo interpretativo la verdad aparece en "una red", en una estructura "ubicuamente holística": "Al contrario de lo que sucede con las afirmaciones científicas, las afirmaciones interpretativas no pueden ser meramente verdaderas: solo pueden ser verdaderas en virtud de una justificación interpretativa que se base en un complejo de valores, ninguno de los cuales puede tampoco ser meramente verdadero" (p. 194). En esta aproximación enuncia para la esfera de la interpretación una consecuencia afirmada por Paul Feyerabend –claro que tampoco resulta mencionado– para el discurso científico, concebido en términos post empirista y holista: "La red enfrenta el desafío de la convicción en su conjunto; si se cambia una sola brizna, el resultado puede ser sísmico en el plano local" (p. 195). No olvida que Quine (en "Dos dogmas del empirismo") ya sostuvo una postura holista para la ciencia, desde la cual ella se enfrenta al tribunal de la experiencia en su conjunto y no punto a punto, pero a esta tesis le resta papel práctico, la reduce a perspectiva académica y pasiva, excepcional. RD considera acotados los diferendos científicos; en cambio, para él "las cosas son muy distintas en la interpretación: es probable que los críticos literarios o abogados constitucionalistas cuyos valores difieren de manera llamativa en algún aspecto pertinente estén en desacuerdo en una gama muy amplia de convicciones interpretativas. [...] En la interpretación el holismo no es pasivo: es muy activo" (p. 196). Sin terreno firme, "aun cuando nuestras conclusiones interpretativas parecen ineludibles, aun cuando pensemos que realmente no hay nada más que pensar, todavía nos ronda la inefabilidad de esa convicción" (p. 197). Falibilismo, y otro eco, tampoco tematizado por RD, es la teoría de los paradigmas de Kuhn y las discusiones acerca del estatuto de las ciencias sociales (ver, por ejemplo, el artículo de William Sullivan y Paul Rabinow "El giro interpretativo", en Jean Duvignaud, *Sociología del conocimiento*, México DF. FCE, 1982). Ante el desasosiego, el fundamento parece hallarlo en la carencia: "Aquello de que carece la interpretación es exactamente lo que da a la ciencia sensación de solidez" (p. 196). La confianza en que hay una verdad por conquistar y que las metas justificatorias sean irrelevantes para la verdad –ambas consideraciones se las atribuye a la ciencia, concebida con "carácter lineal"– no se presentan en el campo de la interpretación: "Cuando ninguna verdad puede ser mera verdad, esa comodidad desaparece" (p. 196).

**I.XXVII.**

Nunca desaparece el nihilismo. RD disipa la radicalidad de una perspectiva que parece, desde su mirada, tan externa y absoluta como el punto de vista de dios –la disipa, aunque vuelve a ella en casi todos sus libros de madurez, como si le resultara imprescindible para la arquitectura de sus textos–, y queda –como en la famosa imagen de la nave de Otto Neurath que debemos reparar al navegar– el escepticismo “interno”. Ante la duda de la solidez de toda alegación interpretativa: “No podemos escapar a la sensación de que nuestras convicciones interpretativas son insustanciales y contingentes [...] No hay un experimento que deba conciliar nuestras certezas dispares. Aun así, y pese a todo ello, no nos invade el nihilismo sino la incertidumbre. Si quieren más –si quieren el quietismo de un escepticismo interpretativo–, deben argumentar por ello, y sus argumentos serán tan insustanciales, tan controvertidos, tan inconvincentes para los otros como los argumentos positivos que ustedes encuentran ahora insatisfactorios. Así que –una vez más– todo depende en definitiva de lo que ustedes piensen real y responsablemente. No porque el hecho de pensarlo lo torne correcto, sino porque, al pensar lo correcto, lo piensan *correctamente*” (p. 197).

**I.XXVIII.**

Hay una *poiesis* en la interpretación valorativa que podría, salvando la omisión, encuadrarse en *La institución imaginaria de la sociedad (Fábula)* (1975), de Cornelius Castoriadis. Así, afirma RD: “Hay una gran variedad de conceptos morales que son el producto de una elaboración colectiva: los conceptos, por ejemplo, de razonabilidad, honestidad, confiabilidad, engaño y brutalidad, así como los conceptos políticos especiales de legitimidad, justicia, libertad, igualdad, democracia y derecho. Desarrollamos nuestra personalidad moral cuando interpretamos qué es ser honesto, razonable o cruel, qué acciones de gobierno son legítimas o cuándo se ha transgredido el Estado de derecho. En la interpretación conceptual, la distinción entre autor e intérprete desaparece: hemos creado juntos lo que juntos y cada uno por su lado interpretamos. Gran parte de la larga historia de la filosofía es una historia de interpretación conceptual. Los filósofos interpretan los conceptos que estudian de manera mucho más autoconsciente y profesional, pero también contribuyen a crear lo que interpretan” (p. 198).

**I.XXIX.**

Clasifica los conceptos. Unos son los criteriosales –y “la identidad de nuestros criterios hace que el desacuerdo sea genuino cuando lo es” (p. 200)– pero “si tratamos todos nuestros conceptos como criteriosales no podemos explicar el modo en que hacen posible el acuerdo y el desacuerdo”. Otros conceptos serían de “clase natural” –“cosas que tienen una identidad fija en la naturaleza, como un compuesto químico o una especie animal” (p. 200)–. Aunque reconoce que “debemos aceptar lo señalado por Wittgenstein: que los conceptos son herramientas y que tenemos diferentes tipos de estas en nuestra caja de herramientas conceptuales” (p. 201), parece abandonarlo al dar cuenta del tercer tipo de conceptos: los interpretativos. En estos no existe acuerdo sobre su carácter preciso, pero sí habría, según RD, coincidencia suficiente sobre “instancias paradigmáticas del concepto y casos paradigmáticos de reacciones apropiadas a ellos” (p. 202), lo cual permitiría que el discurso interpretativo sea asertórico. Y esto a pesar de que “el hecho de compartir un concepto interpretativo es compatible con diferencias muy grandes y completamente irreconciliables de opinión sobre los ejemplos. También es compatible con el hecho de que algunas personas que comparten el ejemplo nieguen rotundamente que este exprese valor alguno” (pp. 202/3). Parece difícil no advertir la inescrutabilidad de la referencia en esta proposición, aunque RD afirme lo opuesto.

**I.XXX.**

Realiza otra vuelta de tuerca sobre la verdad. Si los conceptos morales son de tipo interpretativo, RD considera erróneo que se pueda proveer un “análisis” de la justicia, la libertad, la moral, el coraje o el derecho que sea neutral en cuanto al valor; y afirma que la “metaética” es un proyecto mal concebido. Para RD, en el campo del valor “los juicios interpretativos pueden ser verdaderos” (p. 216), aunque sus condiciones de verdad difieren de las propias de las afirmaciones científicas. Ante visiones deflacionarias para las cuales “la verdad es una idea que no puede definirse”–remite a Donald Davidson, “The Structure and Content of Truth”, *The Dewey Lectures*, 1989, en *Journal of Philosophy*, vol. 87, n. 6, 1990 (en castellano: “Estructura y contenido de la verdad”, en María José Frápolli y Juan Antonio Nicolás Martín, compiladores, *Teorías de la verdad en el siglo xx*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 145-206) –, ante la ausencia de “procedimientos



decisorios para responder a las preguntas", y aunque "cabría pensar que la verdad misma sigue siendo criterial", impulsa "reformular las diferentes teorías de la verdad propuestas por los filósofos y tratarlas como afirmaciones interpretativas" (p. 217). Siguiendo a Bernard Williams (*Verdad y veracidad. Una aproximación genealógica*, Barcelona, Tusquets, 2006), entrelaza el valor de verdad con valores de la veracidad: exactitud, responsabilidad, sinceridad, autenticidad; también lo entrelaza con conceptos como el de realidad, los de creencia, investigación, indagación, aserción, argumento, cognición, proposición, enunciado, oración: esa red de conceptos y prácticas muestra "la totalidad de la familia de conceptos de verdad" (p. 218). Esto implica descartar una teoría de la verdad "monolítica" que "parece ajustarse bien a la ciencia, y declarando luego que la moral, por ejemplo, no es apta para la verdad porque de acuerdo con dicha teoría no lo es" (p. 220). En el ámbito del valor, "para estudiar la verdad como un concepto interpretativo de vasto alcance quizá bastara con prestar atención a sus diversos paradigmas en diferentes dominios, sin ninguna formulación abstracta general" (p. 221), pero requiere "una concepción sustantiva de la indagación" (p. 542). Esta proposición acaso despierte un aire de familia a la genealogía nietzscheana-foucaultiana; pero parece irreconciliable con el nominalismo y el escepticismo ante las ideas generales, las verdades venidas del cielo y la creencia en alguna buena voluntad —o su reverso, u otra esencia— predicada como *Ser* del ser humano, nominalismo y escepticismo tampoco sustituyen tal *Ser* por la *Nada*, lo cual haría ciertamente previsible el etiquetamiento clasificatorio que le depararía su eventual consideración desde la perspectiva desarrollada por RD.

### I.XXXI.

Ante los *conceptos interpretativos*, "para explicar el acuerdo y el desacuerdo en los distintos casos, no buscamos los criterios compartidos de aplicación, sino que suponemos prácticas compartidas en las que figuran esos conceptos" (p. 226), desde esta perspectiva wittgensteiniana nuevamente recurre a Sir Bernard Williams y diferencia dos familias de conceptos morales, una diferencia no polar sino de grado: conceptos ligeros, como las ideas de corrección e incorrección moral y de lo que se debe o no se debe hacer, "vehículos muy abstractos de encomio o desdoro que pueden asociarse a una gama casi ilimitada de acciones o estados de cosas. De casi todas las acciones humanas podemos inteligiblemente decir que,

desde el punto de vista moral, son obligatorias o incorrectas. Los conceptos morales densos, por su parte, mezclan el elogio o el desdoro que proponen con descripciones fácticas más concretas. 'Valiente', 'generosos', 'cruel' y 'confiable son conceptos densos: cada uno de ellos elogia o condena un tipo particular de comportamiento, al tiempo que lo describe" (pp. 226/7).

## I.XXXII.

Unidad del valor, desde el dualismo de Hume y aprehendiendo el gajo –el mismo que queda en susurros o bajo el silencio en la epistemología neopositivista– con la poética hermenéutica, los enlaces interpretativos de RD también anudan tradiciones filosóficas desencontradas, un rasgo que ha echado raíces en la filosofía pragmatista norteamericana. Se integra, a través de su peculiar aproximación, a un extenso debate sobre la proposición de David Hume.

*I cannot forbear adding to these reasonings an observation, which may, perhaps, be found of some importance. In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions is and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought or ought not expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention wou'd subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason.*

David Hume, *A Treatise of Human Nature* (1739), Oxford, Oxford UP, 2005, p. 302.

*(No puedo pasar por alto [...] una observación que puede quizá ser de alguna importancia.*

*En todo sistema de moral que hasta ahora he encontrado he advertido*

*siempre que el autor procede durante un lapso de tiempo según la manera ordinaria de razonar, y establece el ser de Dios o hace observaciones sobre asuntos humanos; cuando de repente me sorprende hallar que en vez de las cópulas ordinarias de las proposiciones es y no es me encuentro que ninguna proposición está conectada más que con un debe o un no debe. Este cambio es imperceptible; pero es de suma importancia hasta el final. Al expresar este debe o no debe alguna nueva relación o afirmación, es necesario que se observe y explique; y a la par que se dé alguna razón por lo que parece del todo inconcebible, cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son enteramente diferentes de ella. Pero como de ordinario los autores no hacen uso de esta precaución, me permito advertírsele a los lectores; y estoy seguro que esta pequeña llamada de atención subvertiría todos los sistemas de moral corrientes, y veríamos que la distinción entre vicio y virtud no está fundada meramente en relaciones de objetos ni es percibida por la razón.*

David Hume, *Tratado de la Naturaleza Humana*, Madrid, Orbis, 1981)

### I.XXXIII.

Enrique Dussel, en "Algunas reflexiones sobre la 'falacia naturalista'. (¿Pueden tener contenidos normativos implícitos cierto tipo de juicios empíricos?)", en *Diánoia*, Año XLVI, Núm. 46, mayo 2001, responsabiliza a los partidarios del positivismo lógico el haber localizado la falacia naturalista en el pasaje de Hume, lo que causó la confusión de dos problemas distintos. Dussel afirma que lo que Hume encuentra inconcebible "no es que no pueda ser válido ese 'pasaje' de un nivel a otro, sino que no se haya 'de hecho e históricamente' tomado conciencia explícita del problema (que no se lo haya pensado hasta ese momento)" (p. 67). Para A. MacIntyre ("Hume on 'Is' and 'Ought'", *The Philosophical Review*, 68, No. 4, 1959, Duke University Press, p. 451-468 <http://www.jstor.org/stable/2182491>), si Hume afirmara la imposibilidad de derivar proposiciones prescriptivas de proposiciones descriptivas, entonces se estaría contradiciendo, pues él mismo estaría realizando lo que considera imposible, pasando de hacer "observaciones sobre asuntos humanos" a concluir proposiciones de deber. ¿Acaso la calificación del pasaje del ser al deber ser como inconcebible haya sido una ironía de Hume?

### I.XXXIV.

Entre paréntesis, la falacia naturalista tendría un aire de familia con dos falacias estéticas: (i) la falacia mimética, que concibe al arte como imitación de la naturaleza o de la realidad; y (ii) la falacia romántica, que le asigna al arte la potencia de sanar las heridas del mundo. Roland Barthes, reflexionando sobre la literatura, se acerca a esa independencia del valor remarcada por RD con una variante de aliento wittgensteiniano y adorniano, al señalar que la literatura, "el esplendor permanente del lenguaje", "permite escuchar a la lengua fuera del poder" ("Lección inaugural de la cátedra de semiología lingüística del Collège de France, pronunciada el 7 de enero de 1977"). Literatura, acaso también filosofía; algunas filosofías atentas a lo sublime. Lejos de autonomía del valor, el naturalismo de Spinoza, Nietzsche y Foucault –expresado, por ejemplo, en la aproximación al castigo como sujeción de los cuerpos a la malla de relaciones de poder que configura al orden social–. De retorno a las antípodas del naturalismo, otra perspectiva que advierte la imposibilidad de reducir lo mítico a la facticidad, lo sagrado a la fuerza física, la ley a la naturaleza, se pueda hallar en la obra de George Bataille –acaso los laberínticos pensamientos de Lacan y Derrida, con sus diferendos, puedan presentarse también como pertenecientes a este linaje–. Por otra parte, no dejaría de ser una formulación foucaultiana del "principio de Hume" la siguiente:

*No utilicéis el pensamiento para atribuirle a una práctica política un valor de verdad.*

Michel Foucault, *Dichos y escritos*.

### I.XXXV.

Desde un juego de lenguaje que se autonomiza y esencializa, desde una actitud reflexiva y también afectiva, existencial, RD no halla razones para cuestionar el "principio de Hume" ya que interpreta que se puede extender y cultivar intensamente la racionalidad en la esfera de lo debido. Y no sigue el camino que basa la ética en el mero seguir deseos o intereses, "otra aplicación del principio de Hume" (p. 241), sino otro de rasgos kantianos –y parecería, en matices, disentir de los presupuestos más político-filosóficos de lectura de Kant que realizara J. Rawls, hallando RD una perspectiva sobre la interpretación que bien puede pensarse sostenida en un entramado forjado por la *Crítica de la razón práctica* y la cada vez más

fundamental *Crítica del juicio*, cuyo valor para la filosofía política señalara Hannah Arendt y que para la epistemología depara lecciones singulares en el campo arado por trabajos comprensivos, para enunciar lo que *deberíamos* tomar como meta: el valor independiente de la bondad de una vida.

*La importancia objetiva es independiente del gusto, la creencia o el deseo y, en consecuencia, de cualquier relación emocional específica, incluida la que se base en la identidad. Como no hay partículas de valor metafísicas, el valor objetivo no puede ser un hecho desnudo: debe haber alguna alegación que plantear en su defensa* (p. 316).

### I.XXXVI.

Este kantismo lo acerca al pensamiento de Jürgen Habermas, aunque RD no lo cite. Tampoco hay referencias a Hans Kelsen, quien articuló su teoría en un entramado de las filosofías de Hume y Kant, el neokantismo y el positivismo. Pero mientras en Habermas su programa rebasa la "falacia naturalista", en la obra kelseniana de entreguerras el dualismo ser-deber ser configura el espacio de una epistemología en la que "el valor objetivo" se limita a lo impuesto por las normas positivas y nada más se puede alegar desde la filosofía y la ciencia sobre los valores, ajenos a "la pureza". La razón, en esta esfera infinita de los valores trazada por RD cuyo centro está en todas partes y su circunferencia en ninguno, palpita por su corazón ético.

*El significado y el valor de una obra de arte dependen, en efecto, de las razones apropiadas para evaluarla e interpretarla. Creo que el arte, como la moral, se conecta con el núcleo ético* (p. 253).

### I.XXXVII.

La "pauta que conecta "(Bateson), la "palanca interpretativa" la encuentra RD, con eco a Simone Weil, "en las ideas hermanas y conectadas del autorrespeto y la autenticidad" (p. 254). La dignidad requiere de ambas dimensiones. Tomar en serio la propia vida, para que no sea una oportunidad desperdiciada; identificar lo que representa un éxito, teniendo "la responsabilidad personal de crear esa vida por medio de un relato o un estilo coherentes que él mismo avale" (p. 254). La autenticidad "exige que reconozcamos que algunos actos representan una traición a nosotros mismos". (A. Badiou, en su *Ética*, 1993, hace de la fidelidad un pilar, por

cierto muy cuestionado. Paul Ricoeur, que ha remarcado la desproporción entre la justicia y el amor, aunque también ha lanzado "un puente entre la poética del amor y la regla de la justicia, entre el himno y la regla formal" –en *Amor y justicia*, Madrid, Caparrós Editores, 1993, p. 26–, y que si bien es citado en varias oportunidades por RD, queda opacado al abordarse los conceptos de persona e identidad narrativa, omitiéndose distinciones como mismidad e ipseidad, estima de sí, solicitud del otro e identidad narrativa de las instituciones; RD también omite de sus extensas tematizaciones al amor y al erotismo. Aunque con cierto apresuramiento, Kierkegaard y Nietzsche aparecen en esta obra de RD, quizás sorpresivamente, para indagar el sentido personal del carácter y la autenticidad; y también RD apela a J.P. Sartre.) Y así identifica "el contenido de la moral: "los actos son incorrectos si insultan la dignidad de otros" (p. 255), para lo cual diferencia el "respeto de reconocimiento" del "respeto de apreciación", siguiendo a Stephen Darwall.

### I.XXXVIII.

Con esa "sed de conexión", considera los "temperamento religiosos" con ayuda de Thomas Nagel, quien pone a la vida en relación con el universo desprendiendo tres posibles posturas: una que desestima la cuestión; otra –humanista– que trata cada vida individual como un episodio de la especie humana o de la historia de la vida; y una tercera que sitúa la vida humana como parte de la evolución natural del universo (p. 268). ¿Cómo el reconocimiento especialmente de esta última postura puede cambiar nuestro modo de vivir? Ya están aquí presentes los ecos de Spinoza, que serán más visibles en *Religion without God*, el libro póstumo de RD, y nuevamente la consideración de Nietzsche, quien "en la lectura de Nagel hacía hincapié en una consecuencia aún más dramática: nos exhortaba a reemplazar los valores convencionales por otros, como el poder, que reflejan mejor nuestra herencia animal y, por lo tanto, identifican mejor nuestro lugar en la evolución. Los filósofos morales que especulan sobre la naturaleza humana muestran la misma sed de conexión. Ningún hecho relacionado con nuestra forma de ser –con el fenómeno natural de la compasión humana, por ejemplo– pueden por sí mismo dar origen a ninguna conclusión sobre cómo deberíamos vivir. Pero la ética de la relevancia puede proponer un vínculo. Si la naturaleza humana existe, el vivir deliberadamente de manera tal que se la exprese es entonces otra vía de conexión con nuestra

situación, otra manera de no caer en una vida arbitraria" (p. 269). Más que contra el monismo *cósmico*, contra la determinación física, el dualismo de RD independiza el valor.

*¿Por qué debe el valor depender de la física?* (p. 270).

### I.XXXIX.

Simone Weil, al priorizar la perspectiva impersonal para abordar lo ético-estético-religioso-político-epistemológico, desmiente la opinión de Thomas Nagel que considera que lo impersonal hace desaparecer la convicción en la responsabilidad y la libertad personal y no sería apropiado para considerar cuestiones éticas o referidas al mundo de valor pero sí científicas-explicativas y reflejaría una disposición a "aceptarnos" desde afuera (Nagel, *Una visión de ningún lugar*, Madrid, FCE, 1996). Peter Strawson, en *Libertad y resentimiento y otros ensayos* (Barcelona, Paidós, 1995), considera que el problema de la responsabilidad surge dentro de un relato de motivos y reacciones. Nagel señala que no hay modo de impedir el deslizamiento de la crítica interna a la crítica externa. ¿Acaso se logren conjugar perspectivas tan diferentes como la personal y la impersonal, la débil y la exigente o *santa*? Por parte de RD, en las derivas de su "epistemología moral", los principios causal y el basado en la capacidad "son de carácter ético, no físico, biológico o metafísico" (p. 286).

*La responsabilidad es una asunto ético o moral: se asocia a las decisiones finales, sean estas o no causalmente efectivas* (p. 287).

### I.XL.

Aparece, entonces, la cuestión de la dependencia causal y del ejercicio de cierto control de la causalidad, pero "no podemos ejercer nuestras creencias sobre el mundo mediante un acto de libre albedrío. Al contrario, esperamos que ellas estén determinadas por el modo de ser del mundo. Tampoco podemos elegir sin más nuestros valores: nuestros gustos, preferencias, convicciones, lealtades y el resto de nuestra personalidad normativa" (p. 290). Pero si las convicciones morales no tienen por causa la verdad moral, la hipótesis del impacto causal deviene falsa para RD. De ser verdadera esa hipótesis, las convicciones serían causadas por algo exterior a las personas –el hecho moral–, y no por su voluntad; de ser falsa, la explicación causal de las convicciones debe recurrir a la historia personal:

genes, cultura, familia, y también las leyes de la física y la química y la historia del universo. Y esto más aún ante gustos, deseos y preferencias: "no podemos crearlos de la nada mediante un acto de la voluntad. Sí, hasta cierto punto la gente es capaz de influir en sus preferencias y convicciones [...] Pero solo lo hacemos porque tenemos otras convicciones, preferencias o gustos que no hemos elegido. [...] Estos esfuerzos en pos de la integridad responden a aspiraciones aún más profundas que tampoco creamos por ningún acto de voluntad" (p. 291).

*El hecho de que no podamos elegir sin más qué creer o querer hace que el principio de control causal sea ética y moralmente ocioso. Si soy racional, elijo directamente tal como son mis deseos y creencias; en ese sentido, mi decisión tiene como causa factores que están más allá de mi control, aun cuando tenga libre albedrío. ¿Por qué habría de considerármese entonces más responsable si tuve el poder de actuar irresponsablemente, esto es, en contra de mis creencias, convicciones y preferencias? Recuérdese que el principio causal se propone como una interpretación del principio más abstracto de que la gente solo es pasible de censura o elogio cuando está en control de su comportamiento. Quien actúa de manera irracional no tiene ese control y, por lo tanto, parece perverso destacar que una persona no controla nada a menos que tenga la facultad de perder el control. Sería lo mismo que decir que una sociedad no es libre si no permite a sus integrantes venderse como esclavos (p. 291).*

## I.XLI.

Ser responsable, al menos en aspectos mentales cruciales. Galen Strawson ("The Impossibility of Mental Responsibility", *Philosophical Studies*, 75, 1994, pp. 5-24) afirma que como no podemos ser responsables de nuestro modo de ser en esos aspectos la responsabilidad es una ilusión, sea verdadero o no el determinismo. Comenta RD: "Si la clave de la responsabilidad de juicio es el control causal, no somos responsables, salvo que podamos elegir libremente las creencias y preferencias que son los componentes de nuestras decisiones, así como las decisiones mismas. [...] Deberíamos concluir, antes bien, que el principio del control causal es falso. Somos responsables (si lo somos) porque es el modo en que son las cosas el que fija al menos en gran parte lo que creemos. No podríamos ser responsables si lo que creyéramos dependiera sin más de nosotros mismos; si pudiéramos decidir caprichosamente por nuestra propia cuenta



qué creencias van a arraigarse en nuestra mente. Tampoco seríamos responsables si pudiésemos elegir libremente qué convicciones adoptar o qué preferencias suscribir. En ese caso, ninguna de las elecciones que hiciéramos tendría fundamento. Si adujéramos una razón para nuestra elección, no haríamos más que suscitar un nuevo interrogante sobre la justificación –¿por qué elegimos ese deseo o esa convicción en particular?– y así sucesivamente hacia atrás, hasta el infinito. Para ser capaces de acción racional debemos precisamente *tener* convicciones y gustos últimos, que no podamos abandonar por decreto. El principio de control causal termina una vez más no por definir sino por socavar las condiciones de la responsabilidad” (p. 292). Para RD, “no hay argumentos *a favor* del principio causal”, ya que se trata de “un principio ético o moral, de modo que cualquier argumento en su favor debe ser interpretativo. No se lo deduce de ningún descubrimiento científico o metafísico [...] Solo puede encontrar apoyo en otros principios morales o éticos. Pero ninguno de ellos lo respalda. [...] No podemos encontrar ninguna explicación moral o ética que indique por qué, si algunos actos son causados por circunstancias externas y otros no, un agente debe ser responsable de los segundos pero no de los primeros. Tampoco que indique por qué importa que una decisión final sea incausada por fuerzas externas cuando todos los factores que conforman cualquier decisión racional –las creencias y los valores en los cuales esta se basa– tienen por causa evidente dichas fuerzas. El principio también está en contradicción con las prácticas que nos permiten elogiar o censurar a las personas que son psicológicamente incapaces de actuar de otra manera. Tampoco el sistema corriente de la responsabilidad que hemos identificado presupone, contra lo que presumen muchos filósofos, el principio causal. Al contrario, este no puede explicar los rasgos cardinales de aquel. De modo que no rechazamos el control causal porque, aunque cuente con el respaldo de los mejores argumentos, no podemos creer en él. Lo rechazamos porque ningún argumento lo respalda” (p. 297/8). Para RD, el principio causal es tan solo una ilusión.

## I.XLII.

RD explora el principio del control basado en la capacidad, sin supuesto causal último. Aun sin que sepamos que las decisiones tomadas sean inevitables, se puede mejorar o empeorar el dominio de la vida; se puede y trata, para RD, de “de vivir nuestra vida y tratar de vivirla bien”

(p. 300). Más allá del linaje remoto de nuestras decisiones, importa el carácter de lo que hagamos; la integridad no sería menos crucial. (Aquello que Nietzsche llama "estilo", en RD sería "carácter": "somos responsables de nuestro carácter [...] Las discapacidades y los accidentes son diferentes precisamente porque no reflejan el carácter", p. 300.) Partiendo de la capacidad cognitiva de formar creencias verdaderas sobre el mundo físico y los estados mentales de las otras personas, y de la capacidad reguladora que, puede interpretarse, sirve a ciertos deseos y convicciones a la luz de las creencias de una persona, RD se inclina por este principio de capacidad en desmedro del causal.

### **I.XLIII.**

Kantianamente evalúa la responsabilidad de actos cometidos por personas afectadas por situaciones de pobreza: "También es objeto de controversias el interrogante de si una persona nacida en un gueto de pobreza es menos responsable por un comportamiento antisocial que quienes provienen de entornos privilegiados. Esa persona no sufre ninguna incapacidad relevante" (p. 310). Pero RD considera que el argumento en favor de una reducción de la responsabilidad debe fundarse en la justicia y no en la capacidad: "Las personas que viven en guetos de pobreza en naciones ricas han sido despojadas de oportunidades y recursos a los que tienen derecho. Pero quienes viven en una época o un espacio de relativa privación que no es culpa de nadie no pueden alegar una menor responsabilidad de juicio por nada hasta que se llegara a un milenio de riqueza y sofisticación cultural. La pobreza que podría considerarse acaso reductora de la responsabilidad de juicio es solo pobreza injusta. Y por eso, quienes niegan la injusticia también niegan la reducción" (p. 311).

### **I.XLIII.**

*La interpretación convoca a la historia, pero la historia no fija la interpretación* (p. 426).

La pobreza de las reflexiones históricas, la ausencia de artefactos, procedimientos, funciones y prácticas, la abstracción de la materialidad de los dispositivos jurídicos, incluidas las subjetividades que se conforman en esa malla y las teorizaciones que se articulan, y además la desatención de la excepcionalidad en el derecho y la condición paradigmática del campo de con-

centración en la política contemporánea –fenómenos que también *deberían* atenderse al considerarse la problemática de la indeterminación en el mundo jurídico–, lo llevan a reproducir de manera ampliada aquella división de tareas trazada por Weber y Kelsen entre la sociología y la teoría general del derecho, ya que la epistemología *moral*, o teoría *general* de la interpretación, que impulsa RD pretende abarcar el conjunto de la esfera normativa, incluyendo arte y religión, identidad personal y autenticidad, la justicia, la política y también lo sublime de la naturaleza. Tanto en las obras de arte como en las prácticas sociales, para RD la interpretación se focaliza en el propósito y no en la causa. Y dichos propósitos son fundamentalmente los del intérprete, más que los del autor. (Tal intérprete condensaría aquello que queda del sujeto kantiano del conocimiento: devaluada su facultad de constitución, portando mínimos atributos, su actividad básica es interpretativa. Pero esta acotación, leída en clave nietzscheana, bajo el torbellino de la historia, llevaría la tesis de RD al desierto del nihilismo.) Así, en su visión de la *interpretación constructiva*, se atribuye un propósito a un objeto o a una práctica con el fin de hacer en cualquiera de ellas *el mejor ejemplar posible de la forma o el género al cual se considera que ese objeto o género pertenece*. Dicha interpretación debe cuidar rasgos tales como la identidad, la coherencia y la integridad; además de tales aspectos formales, debe también considerarse la dimensión substantiva de valor artístico. Ajustarse a la práctica y mostrar un punto de valor, estas son las coordenadas del test de ponderación de la interpretación que RD monta para la esfera valorativa, en la cual se diferencian –y también entretejen– valores estéticos, morales y políticos.

## I.XLV.

Sobre *El concepto de derecho* (1961), de H.L.A. Hart, señala: “Cuando escribió ese libro, en Oxford, la descripción predominante del análisis entre los filósofos oxonienses suponía que este consiste en revelar las ocultas prácticas discursivas convergentes de los usuarios corrientes del lenguaje. Pero no hay prácticas convergentes. El concepto doctrinal del derecho solo puede entenderse como un concepto interpretativo [...] De modo que defender un análisis de ese concepto interpretativo solo puede significar defender una teoría controvertida de la moral política. Un análisis del concepto debe suponer desde el inicio una conexión íntima entre derecho y moral [...] Cualquier teoría del derecho, entendida de esta forma interpretativa, será inevitablemente controvertida” (p. 490).

## I.XLVI.

Entre paréntesis, Carlos Nino, en *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho* (Buenos Aires, SXXI, 2014), escrito en 1992, poco antes de su fallecimiento, luego de enumerar conceptos del derecho de tipo (i) descriptivo "realista"; (ii) descriptivo "sistemático"; (iii) descriptivo "institucional"; (iv) normativo; (v) mixto; (vi) normativo hipotético, señala que "no existe un concepto de derecho que sea verdadero, en tanto los demás son falsos" (p. 44). Y sostiene que "el discurso jurídico no es un discurso insular sino que está inmerso en un discurso justificatorio más amplio" (p. 74). Tras insistir en la incompletitud del derecho, traza la conexión entre este y la moral: "Sea como fuese que se resuelva la cuestión de fondo —si la validez de las normas debe apoyarse exclusivamente en la legitimidad democrática o si deben pesar también otros valores, como la seguridad jurídica—. Esta discusión desde la perspectiva interna confirma lo que se observaba desde el punto de vista externo de que la adopción de ciertas normas legitimando autoridades que prescriben normas jurídicas está esencialmente sometida a discusión crítica. Ello muestra la inclusión del discurso jurídico en un discurso justificatorio más amplio" (p. 71). Defiende la posición de que "el discurso moral de la modernidad tiene un carácter *imperialista* que impide la subsistencia de discursos justificatorios insulares" (p. 82). Por razones, entonces, históricas y filosóficas, rechaza programas insulares y considera incumplible la exigencia epistemológica kelseniana de doble pureza, referida a valores y a hechos. Con afinidad a las tesis de RD, afirma: "También la dimensión interpretativa del discurso jurídico forma parte del discurso práctico más amplio. Si hacemos abstracción de tales valoraciones y concebimos al discurso jurídico como insular, los materiales jurídicos se presentan como 'cajas negras', absolutamente compatibles con cualquier acción o decisión" (p. 102). (Como se ha hecho habitual de un tiempo a esta parte, también Nino muestra una semejanza entre el derecho y el arte, en particular entrelaza política y democracia mediante la imagen de la actividad musical: en una obra orquestal, un músico expresa su propia concepción estética, pero limitado por la ejecución en una orquesta, para que ella sea armoniosa, p.138.) Así, y siguiendo a RD, se estaría en el derecho ante una obra colectiva, una obra de constituyentes, legisladores, jueces, etc., en la que cada contribución aparece condicionada por la evolución de las prácticas sociales y por los aportes futuros de nuevos ponentes (p. 140). Desde esta perspectiva, Nino concluye que la teoría

del derecho debería "abandonar toda pretensión de neutralidad valorativa y dejar de lado métodos espurios de ocultamiento de opciones valorativas bajo la apariencia de análisis conceptuales o descriptivos. Pero, por cierto, debería tener en cuenta el valor de las prácticas sociales y de los consensos democráticos, tanto para justificar ciertos materiales, como para interpretarlos" (p. 198). Desde una provincia de la epistemología *moral* de RD, Nino reivindica el valor epistémico de la *democracia* (tesis que podría co-tejarse con las exploraciones intelectuales de Paul Feyerabend en *Science in a Free Society*, de 1978, además de las contenidas en el ya mencionado programa teórico-político de C. Castoriadis).

II. SOBRE RELIGION WITHOUT GOD, DE RONALD DWORKIN (CAMBRIDGE, MA, HARVARD U. P., 2013)

### II.I.

*Religion Without God* es el último libro de RD, publicado tras su muerte, el 14 de febrero de 2013. Desde el rechazo a la distinción entre personas con y sin religión, se aproxima a quienes no creen en un dios personal, pero que sin embargo mantienen creencias sobre el universo y sentimientos ante él que remiten a uno de los conceptos más relevantes de la estética romántica: lo sublime. Halla un hilo entre esta postura, en la que el mundo aparece como uno, y la de Albert Einstein –Einstein y Kelsen, uno en la famosa carta que escribió tras la muerte de un amigo, otro en la poesía ya citada, dicen que *el tiempo es tan solo una ilusión*– y Percy Shelley, quien al *método de conocimiento por los abismos* lo llama poesía. Hay un fondo en estas consideraciones en que se hallan, más allá de las referencias de RD, Spinoza y Wittgenstein –este último expresó: "No cómo sea el mundo es lo místico sino que sea", *Tractatus*, 6.44–, quizás Wittgenstein sea, aunque una primera mirada pudiera sugerir lo contrario, más afín a RD que el primero, para quien dios y naturaleza se declaran coextensibles (*Deus, sive Natura*). Pero el pulso los aleja. RD quiebra con una cordillera de libros y artículos el silencio de Wittgenstein sobre la dimensión del valor, la cual rebasa el discurso científico. Desde el dualismo se hallaría un punto, cima o sima, que deja la posibilidad de contemplar el cosmos como uno. En Einstein es clave la fe en la unidad del universo para su programa de investigación, el cual no admite el pluralismo, la contingencia y la indeterminación trazadas por la interpretación mayoritaria de la física cuántica para el

mundo subatómico. (Son equivalentes en su rechazo a la indeterminación, Einstein en la física, Dworkin principalmente en el derecho.) Lo sublime y lo bello también operan en el mundo de la ciencia. Simetría, elegancia y simplicidad aparecen como valores de la tradición científica y llegan a Einstein desde los héroes de la revolución científica moderna, aunque se los pueda remitir a los albores la cultura occidental –acaso más allá de la Grecia arcaica, en Egipto se presume que Pitágoras halló la fe en un orden que trasciende las percepciones y que se configura en proporciones matemáticas, elegantes y bellas. Las cualidades estéticas se manifiestan en la ciencia, como ya fuera señalado, pero más aún en la actitud religiosa. Esa sensibilidad hace que la destrucción de vidas humanas y de la diversidad y riqueza de la naturaleza sea entendida como un sacrilegio. Ya Heidegger, cuya religiosidad –aun si se lo tacha de nihilista– ha sido inocultable, en “La pregunta por la técnica” (1953) clamaba contra el poner provocante, contra la imposición que sería la esencia de la técnica moderna, contra ese dispositivo *monstruoso*.

## II.II.

Desde la independencia de los valores, la necesidad del universo y, como tercer rasgo, lo sublime de la naturaleza, reverencia: un giro hacia la sensibilidad religiosa, claro, religión sin dios, esa tradición de Spinoza pero sin Spinoza, ya que él, tan admirado por Nietzsche, fue naturalista en ética y concibió al mundo más allá del bien y del mal, y a la moral edificada sin bases objetivas. Pero los atributos que le asigna Spinoza a la naturaleza los extiende RD a la moralidad. Por ejemplo, la crueldad es, de esta manera, *necesariamente* injustificable. Independencia y necesidad de la esfera moral son tesis a contracorriente –contra el naturalismo y el posmodernismo, contra el relativismo cultural y el antiobjetivismo–. Lo mismo ocurre con la predicación de integridad, un principio que remite a un todo, a lo unificado. RD sostiene un monismo moral sobre su intenso pluralismo político propio de la tradición liberal. (De Isaiah Berlin a RD, el nihilismo, sea del romanticismo de J. G. Hamann, el “Mago del Norte”, de los clásicos de la literatura rusa que tanto impactaron a Nietzsche y lo impulsaron a ponderar la relevancia del nihilismo, o de las variedades de realismo jurídico en las escuelas de derecho norteamericanas del siglo XX –¿acaso el nihilismo del difuso Critical Legal Studies no se ha reconocido también por la estética punk de algunos de miembros?–, ha fungido como el mayor de los peli-

gros en el montaje de relatos justificatorios de la filosofía política liberal. Lo que no parece hacer más que dar cuenta del proseguir de la trama de desencantamiento del mundo, con el consiguiente desencantamiento existencial, bajo un *mal-de-ojo* teórico, desde los llamativos anteojos de esta aristocracia académica, aparece encarnando el *mal radical*. La partida de los erizos que acompañan el pensar dejan cierto vacío y pesar, melancolía por las aventuras intelectuales audaces que no se sucederán, incógnita por el porvenir de la nobleza universitaria, nostalgia de las ceremonias y liturgias, de los rituales consagratorios de los grandes maestros, de las cátedras de autor/autoridad democrática, duelo por búsquedas inconclusas y logros erosionados, por pérdidas, siempre por pérdidas que deparan consuelos religiosos y críticas a la religión. Por fin, el escepticismo externo –o nihilismo– podría hallar una morada, un abordaje tal vez más adecuado, siempre dentro del estimulante universo intelectual de RD, y lo sería como actitud religiosa, sublime sí, pero con un contenido opuesto a la sacralidad y beatitud de todo; quizás como teología radicalmente negativa; o tal vez como aquella actitud religiosa que Nietzsche asociaba al nihilismo oriental; o –¿por qué no? – como la práctica que se desenvuelve en aquellos y estos espacios estrechos en los que crecen las limitaciones y en los que, en base a depuraciones ascéticas, se experimenta y explora una hermenéutica disipativa (Michel Foucault y Peter Sloterdijk han hallado huellas de prácticas así concebidas, o por lo menos muy similares, en la historia de la filosofía y de las religiones.)

### II.III.

RD analiza la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de objeción de conciencia y libre ejercicio de la religión. En ella, el ateísmo y el humanismo secular han sido considerados dentro de la nómina de convicciones religiosas. Y el repudio a la guerra de Vietnam acompañó el reconocimiento de la objeción de conciencia como causal para eximir a los jóvenes del reclutamiento obligatorio.

### II.IV.

Esta espiritualidad o sensibilidad, esa fe en cierto valor trascendental y objetivo en el universo, un valor que no es ni un fenómeno natural ni una reacción subjetiva a los fenómenos naturales, sería el núcleo de lo re-

ligioso. Claro, "religión", en este libro de RD, su última palabra, también se concibe como un concepto interpretativo. Rechaza fanatismos y extremismos, de una u otra religión, y de cualquiera de sus oponentes. Desde allí, RD discute las tesis del libro de Richard Dawkins *The God Delusion* (2006) y formula el desafío de separar a dios de la religión: el punto de vista religioso no requiere concebir a una persona sobrenatural. Sí demanda atemperar las batallas religiosas distinguiendo las cuestiones científicas de las cuestiones de valor, haciéndole justicia a la historia de la ciencia, el mejor relato acerca del desenvolvimiento de la especie humana, pero priorizando el significado *objetivo* de la vida humana y su importancia. Esta parte valorativa del mundo no depende de la existencia de dios o de la historia. El intento persigue, desde la filosofía, atemperar odios y violencias, curar heridas. Podría decirse también, saltando de RD a Spinoza y Wittgenstein: *sub specie aeternitatis* se persigue la paz en el pensamiento.

## II.V.

Esta actitud religiosa presupone la realidad independiente de los valores. Y esto, para RD, implica que la vida humana tiene sentido o relevancia objetiva –sostiene esto en sus dos últimos libros, reiterando también la responsabilidad de uno ante sí mismo por la realización de la buena vida, tanto como la responsabilidad hacia los otros, que gozan en sí de la misma importancia–. También considera que la actitud religiosa tiene implicancia en el modo de considerar la naturaleza: la naturaleza es, en sí misma, sublime. Esta afirmación muestra cierto linaje romántico en la perspectiva de RD: lo sublime es una categoría central en la conformación de la estética, a partir del redescubrimiento de la obra de Longino y la tensión que traza Edmund Burke entre lo sublime y lo bello, y luego fundamentalmente por las reflexiones kantianas, en las cuales –por dar un ejemplo de su fecundidad– se apoyó J.F. Lyotard para aproximarse a Auschwitz. Cada ser viviente humano integra la naturaleza, tenemos existencia física y duración, y la naturaleza brinda espacio y nutre la vida física. Con otra dimensión, biográfica, la conciencia sobre uno mismo muestra a la existencia humana como hacedora de su vida. Estas coordenadas –el sentido intrínseco de la vida y la condición sublime de la naturaleza– brindan el paradigma de la actitud religiosa. Sin encantar ni desencantar el misterio, RD explora la "metafísica de los valores". La actitud religiosa rechaza el naturalismo, una metafísica en la que nada sería real, en la reconstrucción de RD, excepto lo



estudiado por las ciencias naturales, incluida la psicología; y algunos naturalistas serían nihilistas para él, aquellos que afirman que los valores son tan solo ilusiones. La actitud religiosa insiste en el fundamental divorcio entre el mundo del valor y la facticidad de la historia natural –que incluye el abordaje naturalista de los fenómenos psicológicos–, reafirmando la total independencia del valor. En esta esfera, RD parecería reconocer una objetividad de los valores sin correlato externo capaz de proporcionar verificaciones, ni tampoco un consenso capaz de asignar lo bueno y lo malo. En el desacuerdo no se desvanecería la objetividad sino que, muy por el contrario, quedaría presente el sesgo interpretativo de los conceptos en la esfera del valor. Más allá de esa interpretación, ¿acaso no se cree en las ciencias naturales y las matemáticas como se cree desde la actitud religiosa?

## II.VI.

RD se apoya en las sugerencias de Rudolf Otto (*Lo santo*, 1917) sobre la religión y “lo numinoso”, acerca de la experiencia numinosa, ese profundo sentimiento de misterio y sacralidad de la vida, para tantear el borde de lo místico. Y reafirma la importancia del “principio de Hume”, acaso la piedra sobre la que se asienta la creencia en que todo no es el mundo gobernado por las leyes naturales y que, desde ese atrio no fisicalista, puede afirmarse la objetividad y verdad de la proposición que denuncia la crueldad. Ese encuentro con lo absoluto lo pone cerca de H. Putnam, quien se aproximó al pensamiento de Lévinas, más allá de la omisión de RD a estas afinidades. El aire de familia lo muestran ambos títulos: *Ethics without Ontology* de Hilary Putnam (2004), donde Putnam recepta la tesis de Emmanuel Lévinas de abordar a la ética sin ontología, reconociendo obligaciones fundamentales e incondicionales, y *Religion without God*, libro en el cual Dworkin adopta una perspectiva reductiva de la ontología religiosa, prescindiendo de dios. Desde la moralidad y religiosidad ateístas se confrontan, una vez más en los análisis de RD, los límites de los proyectos reduccionistas del naturalismo, pero al costo de hallar la unidad en lo sublime, rebasando así la escisión facticidad / normatividad, y ello aunque persista la autonomía esencializada de la esfera de los valores en la cual se entretejen kantiana e interpretativamente el polo del yo –ética, para RD– y el polo de los otros –moral, derecho, política–. También de Kant, de su *Crítica del juicio*, parte la consideración más honda de lo sublime:

el concepto de inadecuación entre conceptos y representaciones de fenómenos y construcciones que los rebasan. Quizás, así, desde lo sublime, se entienda que para Dworkin el derecho rebase las normas y la justicia rebase el derecho, tanto como la religión rebase los diversos teísmos y la actitud estética no se limite a las diversas disciplinas artísticas. ¿Pero no sería ya este, quizás ejercicio de falibilismo hermenéutico, una perspectiva cercana a la que concibe la justicia como interpelación, deconstrucción o negación sinfín del derecho, crítica tanto del derecho positivo como del conocimiento jurídico? Apenas una interpretación emergente del perspectivismo de F. Nietzsche, el filósofo que aprendió de Spinoza la naturalización de la dimensión normativa, pero –salvado de las verdades del mundo por el arte– sin el extremo de disolver el discurso normativo en las arenas del desierto que sigue avanzando en nuestro presente –el nihilismo ha fungido de límite para RD, al modo de la intolerancia en la filosofía política popperiana, mostrando incompreensión hacia una actitud estética, filosófica, política, ética y religiosa plural y densa, y también denegando la aniquilación, aquello fáctico que reduce seres y valores a variables, a equis. Pero si el arte “salvó” a Nietzsche, la “integridad” de lo sublime normativo, con la gravedad (responsabilidad) y la gracia (libertad), hizo lo propio en RD. Pero ello no es muy claro ya, cuando RD es el nombre con el cual se reúne un conjunto de textos interpretados. Y hasta pareciera que la teoría general de la interpretación que predicara, reconociendo su integridad, conduce –más que a reducir incertidumbres– a la indeterminación, quedando la “respuesta correcta” y “la mejor interpretación” apenas como interpretaciones de aquellos que las interpretan como “las mejores interpretaciones”, en la circularidad que él concibiera tan virtuosamente. Resuena su interpretación que apela a la responsabilidad: “Sé responsable”, tal respuesta es la correcta para RD; Kant seguramente aprobaría el juicio. Querer e imaginar, conocer y orientar libremente la voluntad, ser con los otros, mejorar en esa red, hallar y tender a “lo mejor”: las lecciones del maestro RD condensadas en libros intensos, en intentos de abrazar lo sublime. El cielo estrellado por encima, la ley moral dentro de sí, en el medio de lo sublime perseguido por RD se hallan sus dos últimos libros, intelectualmente estimulantes, ejemplarmente vastos e intensos, cálidamente abrazadores, íntegros; en ellos también:

*En el principio y el final está la convicción. La lucha por la integridad está en el medio.*

### III. OTRO SÍ. OTRAS VOCES, NO

*La hermenéutica se ocupa de las cuestiones del significado. Si vemos la sexualidad de esta manera, veremos que es fundamentalmente social, fundamentalmente relacional, y que no es una cosa, lo que, a propósito, no significa que no sea material en el sentido que el feminismo da a la materialidad. Dado que la sexualidad emerge en las relaciones bajo la dominación masculina, las mujeres no son las principales autoras de sus significados.*

Catharine MacKinnon (*Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, SXXI, 2014, p. 82)

#### III.I.

En los textos de RD podría señalarse que hay olvido, denegación del contexto, de las redes de poder, del dispositivo en el que se inscriben los discursos, las voces, las interpretaciones. Omite los silencios impuestos. Después de todo, como lo afirma Catharine MacKinnon, "cuando alguien carece de poder, no solo habla de manera diferente. En la mayoría de los casos no habla. Su discurso no solo se articula de manera diferente, también es silenciado. Eliminado, borrado. No solo te privan de un lenguaje con el que articular aquello que te distingue de las otras personas; te privan de la vida a la que esa articulación podría dar origen. No ser escuchado no es solo una función de la falta de reconocimiento, no es solamente que nadie sepa cómo escucharla, aunque también es eso; es también el silencio más profundo, el silencio de la persona a quien le impiden tener algo que decir. A veces es permanente" (*Feminismo inmodificado*, p. 70). ¿Acaso la perspectiva interpretativa no sea más que intervención ético política en el campo de la filosofía, apenas levemente diferente a la sostenida por Jürgen Habermas, con un similar registro, destinada a prescribir, a orientar y a trazar metas, a considerar una esfera que, allende su frontera, cosifica, entrega a la naturaleza lo que ha obrado la cultura? Cargada y sostenida de buenos deseos. ¿Pero se espera más de la filosofía? Modelo de vida (Aristóteles o Heidegger) o no (Kierkegaard o Wittgenstein), la indeterminación rebasa las buenas intenciones de los profesores. Después de todo, ¿qué es la buena vida y cómo dar enseñanzas existenciales a los otros sin imposiciones? La visión del mundo de los valores, más allá de presuponer su independencia y una, y solo una, conceptualización adecuada –interpretativista–, acaso

descanse sobre puntos ciegos, violencias, exclusiones, exilios y silencios. Pero no hay descanso; sí exilio del lenguaje, desarraigo—exilio del *mundo*.

*Los vencidos son aquellos a los que, por definición, se les ha retirado la palabra. Y, si decidieran ponerse a hablar, no lo harían en su propia lengua, porque se les ha impuesto una lengua extranjera.*

Michel Foucault, *Dichos y escritos*.

### III.II.

Criticar la violencia, aun en sus enquistamientos epistemológicos bajo formas de jerarquización y diferenciación, confrontar sus presupuestos, pero sin dictar cátedra de lo debido. Crítica árida, que descose costuras, que ciertamente amarga y asfixia con las pestilencias que desata, ¿pero qué otra cosa o qué más se puede hacer o esperar sin que se trate de sublimaciones, consolaciones o predicaciones? Discursos desesperados, enfrentamientos a la desesperación del fanatismo con el apasionamiento por la moderación (Susan Haack), mientras se incrementa la industrialización de la vida humana, organizada, apilada, montada al interior de la gigantesca maquiladora en que se ha convertido la sociedad mundial. Los voceros de estos galpones parecen coincidir en señalar que cualquier crítica de la estructura del mundo se reduce a una cuestión moral que requiere discutir y evaluar de manera independiente cómo deberían ser las cosas. RD o J. Habermas, entre otros, brindan respuestas correctas o principios para reconocerlas. La sordera, la ceguera, la mudez de tantos seres impide *aún* que se encarnen esas respuestas desinteresadas y neutrales. *Aún*, las interpretaciones bien intencionadas *deben* observar los *efectos* de unas posiciones fácticas privilegiadas. Mientras tanto, en la pequeña esfera que debate acerca de valores y sentidos existenciales fluyen las almas bellas y sensibles, expuestas a la diversidad y unicidad de lo sublime. Aquí, en este punto, podría pensarse que el notable interés que el nihilismo despertó en RD, expresado también en sus lecturas de Nietzsche y la consideración de las películas de Michael Haneke, indica la persistencia de un aguijón, el aguijón nihilista, que el espanto, la incomprensión y el desprecio no eliminan. ¿Acaso el nihilismo no persiste en el eco de la "Conferencia sobre ética" (1929) de W? *Debe ser* citado, una y otra vez, W. *debe seguir* testificando sobre lo que se *debe* callar. W, se lo oye aún decir, *debe* callar. ¿O acaso los libros de RD han destruido, como una explosión, todos los demás libros del mundo?

*Si un hombre pudiera escribir un libro de ética que realmente fuera un*

*libro de ética, este libro destruiría, como una explosión, todos los demás libros del mundo.*

### III.III.

Mientras tanto, en el aula, no más allá, el profesor dicta la clase justa. Acaso le hace justicia al sentido. Correcto, le dice el Magister Musicae a Josef Knecht, (en *El juego de los abalorios* de Herman Hesse): "Yo, por ejemplo, he confesado abiertamente no haber dicho, a lo largo de toda mi vida, a mis alumnos una sola palabra sobre 'el sentido' de la música. Si este sentido existe, pienso que no tiene necesidad de mí. Por el contrario he atribuido siempre un gran valor a que mis alumnos midan con bella exactitud sus octavas y sus semicorcheas. Si tú llegas a ser maestro investigador o músico, debes venerar 'el sentido', pero guárdate de considerarlo como materia de enseñanza. Con el deseo de enseñar a los demás el sentido han provocado los filósofos de la Historia la corrupción de la mitad de la Historia universal, el comienzo de la época folletinesca y han de compartir la responsabilidad de copiosos derramamientos de sangre. Aunque en muchas ocasiones he introducido a mis alumnos en Homero y en los trágicos griegos, no se me ocurrió intentar presentarles la poesía como una manifestación de lo divino, sino que me esforzaba por hacerles accesible la poesía mediante el exacto conocimiento de sus recursos lingüísticos y métricos. Asunto del maestro y del investigador es el estudio de los medios y el cuidado de la tradición, la conservación de los métodos en su pureza, no la sugerencia o el fomento de aquellas vivencias de carácter inefable reservadas a los elegidos, que muy a menudo se hallan también en la situación de víctimas y derrotados".



## **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**





## EL FALSEAMIENTO DE LA DECLARACIÓN JURADA EN EL CONTRATO DE SALUD\*

EDUARDO AMBROSIO SOTO, ANTONELA ELISABET FERREYRA,  
MARÍA SOFÍA FRÁVEGA, JULIO CÉSAR MASSAT, MELODY NAVARRO,  
MARÍA CECILIA PARRAVICINI, ELISABETH ANTONIA PERALTA,  
BELÉN LUCÍA RUSSO, MALENA KAREEN TOTINO SOTO\*\*

**Resumen:** El presente trabajo es un comentario al fallo del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal del día 18 de Septiembre de 2014, "G. T. vs. OSDE s. Medidas Cautelares", un precedente obtenido por la comisión N° 1163 de la materia Práctica Profesional de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho que, en su faz pública, es conocida como el Patrocinio Jurídico Gratuito de la Universidad de Buenos Aires. Los autores nos abocaremos al planteo de la situación actual a la que se enfrentan los actores jurídicos a la hora de brindar una solución a casos que ponen en juego el derecho a la salud de los beneficiarios de las empresas prestadoras de servicios de medicina, en particular, cuando éstas últimas rescinden el contrato de salud alegando el falseamiento de la declaración jurada por parte del usuario por el ocultamiento de preexistencias.

**Palabras clave:** derecho a la salud – contrato de salud – declaración jurada – preexistencias – medida cautelar – sentencias.

**Summary:** El presente trabajo es un comentario al fallo del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal del día 18 de Septiembre de 2014, "G. T. vs. OSDE s. Medidas Cautelares", un precedente obtenido por la comisión N° 1163 de la materia Práctica Profesional de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho que, en su faz pública, es conocida como el Patrocinio Jurídico Gratuito de la Universidad de Buenos Aires. Los autores nos abocaremos al planteo de la situación actual a la que se enfrentan los actores jurídicos a la hora de brindar una solución a casos que ponen en juego el derecho a la salud de los beneficiarios de las empresas prestadoras de servicios de medicina, en particular, cuando éstas

\* Recepción del original: 19/11/2014. Aceptación: 19/3/2015.

\*\* Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

últimas rescinden el contrato de salud alegando el falseamiento de la declaración jurada por parte del usuario por el ocultamiento de preexistencias.

**Keywords:** right to health – health contract – statutory declaration – preexisting – injunction – sentence.

## I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, a raíz del dictado del marco regulatorio para las empresas de medicina prepaga, se han suscitado en la práctica conductas injustas respecto del contrato de salud como contrato de consumo. Pese a las normas de orden público que predisponen las condiciones particulares del mismo, las empresas prestatarias de servicios de medicina privada han encontrado la veta para rescindir aquellos contratos que no consideran rentables para su actividad.

Ante la omisión por parte de la autoridad de aplicación de cumplir con la directiva del Decreto N° 1193/11 reglamentario de la Ley 26682, más conocida como Ley de Medicina Prepaga, de dar aprobación a un modelo de declaración jurada, sumada a la omisión de dictar una resolución que indique cuáles datos de salud, enfermedades, etc., serán tipificados como una preexistencia al momento de formalizar el contrato de salud, se han generado en la experiencia severas dificultades para los usuarios a la hora de acceder a los servicios de medicina privada.

En este trabajo, centraremos nuestras observaciones en el supuesto de rescisión del contrato de salud por parte de la empresa prestadora cuando imputando el falseamiento de la declaración jurada del usuario le impide acceder al servicio médico por considerar que omitió declarar una enfermedad preexistente.

En principio, realizaremos una breve referencia al marco regulatorio, para luego pasar a plantear el problema al que nos enfrentamos a la hora de abordar el caso que motivó el fallo materia de análisis y reflexión del presente comentario.

Frente al caso, estimamos que la necesidad de prevenir se configuraba tan imperiosa como la de resarcir el daño, y encontramos en la acción cautelar una herramienta valiosísima para la efectiva protección del derecho a la salud de la beneficiaria que de un momento a otro vio rescindido su contrato quedando desprovista por completo de cobertura médica con una enfermedad en curso de tratamiento.

La sentencia que intentaremos transportar, en nuestro humilde sentir, constituye una acertada respuesta a una situación que necesariamente, dadas las características del supuesto de hecho que llevamos ante el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal, demandó de un pronto accionar para evitar el agravamiento de las condiciones de vida de la actora.

Nuestra opinión se ajustará a lo que a lo largo de este comentario, procuramos dejar plasmado como cuestiones de relevancia para el operador jurídico ante la problemática vigente que a continuación intentaremos plantear.

## II. MARCO REGULATORIO

La mencionada Ley 26682 tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las leyes 23660 y 23661 y las empresas de medicina prepaga propiamente dicha, cualquiera fuera su denominación jurídica (Art. 1 y 2 Ley 26682).

Asimismo a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia que ha sido convalidado por el Congreso de la Nación se incluyó como comprendidas dentro del mismo plexo normativo a las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

Para dar cumplimiento a la Ley N° 26682 el Decreto N° 1991/11 y el Decreto N° 1993/11 PEN, establecieron un marco normativo aplicable a las entidades de medicina privada, delegando en la Superintendencia de Servicios de Salud la facultad de contralor de los sujetos involucrados.

El Decreto N° 1993/11 del Poder Ejecutivo Nacional, estableció que queda en cabeza de la Superintendencia de Servicios de Salud, organismo descentralizado dentro del ámbito del Ministerio de Salud de la Nación ser la autoridad de aplicación instruyéndole la facultad de contralor. Parte de esas facultades fue la creación del Registro Nacional de Entidades de Medicina Prepaga (RNEMP), a fin de que los sujetos comprendidos en dicha

ley, soliciten su inscripción y autorización para poder funcionar.

Por otra parte, el ya existente con anterioridad a la ley 26682, Programa Médico Obligatorio, establecido en las Resoluciones del Ministerio de Salud N° 201/02 y 310/04, es una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico asistenciales por parte de los Agentes del Seguro de Salud y las Empresas de Medicina Prepaga.

A su turno, la Resolución SSS N° 1319/11 determinó que las normativas aplicables en materia prestacional a los Agentes del Seguro de Salud lo son también a los sujetos comprendidos en la Ley de Medicina Prepaga y asimismo es aplicable el procedimiento administrativo de reclamos establecido en la Resolución SSS N° 075/98.

En todos los casos, el contrato de salud, como contrato de consumo, goza con la protección de los derechos de los consumidores y usuarios que se encuentran consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional; por lo tanto, existen garantías en favor del usuario que no pueden ser desconocidas por las empresas prestadoras de servicios de salud.

En este contexto normativo las obras sociales, recipiendarias del fondo de redistribución de la ley 26361, deben adecuar sus prestaciones al objeto del Sistema Integrado Nacional de Salud instituido por la mencionada norma, consistiendo éste en "proveer prestaciones de salud tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud que respondan al mejor nivel de calidad disponible, y que garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo de nivel de prestación, eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva",<sup>1</sup> como así también a lo fijado en las leyes 26660 y 26682.

### III. EL PROBLEMA VIGENTE

Es condición para el ingreso a una empresa de medicina prepaga a través de un plan de prestaciones médicas que el usuario deba realizar una declaración jurada acerca de sus datos de salud. El fin de esa declaración es la detección de determinadas situaciones de preexistencias al contrato que habilitará el cobro de una suma adicional al plan seleccionado. La Ley de Medicina Prepaga no habilita la realización de estudios complementarios

1. LORENZETTI, R. L., *La empresa médica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 19

con el fin de determinar dichas preexistencias.

La normativa expresamente instruye a la autoridad de aplicación aprobar el modelo de declaración jurada que los usuarios deben completar, a identificar las enfermedades preexistentes al contrato que generan el derecho a cobrar un valor diferencial y a autorizar su monto.

En su art. 10, la Ley 26682, determina que *"las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación"*.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto Reglamentario N° 1993/11 estipula: *"La Superintendencia de Servicios de Salud establecerá y determinará las situaciones de preexistencia que podrán ser de carácter temporario, crónico o de alto costo que regirán para todos los tipos de contratos entre las partes comprendidas en el presente decreto sin excepción"*.

Ahora bien, la autoridad administrativa no sólo ha omitido dictar la resolución que apruebe un modelo de declaración jurada sino que tampoco ha dictado una que indique cuáles datos de salud, enfermedades, etc., serán tipificados como una preexistencia al momento de formalizar el contrato de salud; y esto, en la práctica, ha avivado conductas sumamente injustas por parte de las empresas frente a sus afiliados.

En los hechos ocurre que cuando un usuario intenta realizar una afiliación con una enfermedad en curso, las empresas de medicina prepagas envían cartas documentos cotizando las preexistencias con valores siderales lo que en la práctica conlleva al abandono del intento de contratación. O bien si se dan determinados consumos dentro del primer año de haber contratado el servicio las empresas rescinden unilateralmente el plan alegando falseamiento de la declaración jurada. Esta última circunstancia es la que hemos visto consumada en el caso motivo del presente comentario.

En base a ello, consideramos que la necesidad de reglamentar la información que debería contener la declaración jurada, guarda íntima relación con la norma que debiera identificar las enfermedades preexistentes al contrato. Por ende, todo dato de salud aislado que no posea un diagnóstico ni tratamiento médico, no puede ser considerado en sí mismo una preexistencia, sin una norma específica que la regule.

Por otra parte, es sabido que el plan de salud que comercializan las empresas tiene una estructura de costos que contienen las enfermedades

prevalentes en la comunidad, es decir, el plan ya tiene previsto valores económicos vinculados a determinadas enfermedades que están asociadas al rango etario del usuario.

En este sentido, como el usuario ya contribuyó con sus aportes a la formación del patrimonio de la prestadora del servicio de medicina prepaga, la empresa no puede pretender evadir la prestación a su cargo sosteniendo que se tornó excesivamente onerosa por la aparición de una enfermedad preexistente.

En cuanto a la causal de rescisión del contrato por falseamiento de la declaración jurada, se encuentra determinada en el artículo 9 del Decreto N° 1993/2011. Dicha norma establece que, para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá acreditarse que el usuario obró de mala fe en los términos del artículo 1198 del Código Civil.

Este requisito normativo de la buena fe requiere en la práctica la acreditación en juicio ordinario en el que se compruebe que el usuario realizó el falseamiento de su declaración jurada. Por ende, la rescisión unilateral no es posible sin condena judicial en el caso concreto. En el Derecho Civil, la buena fe se presume como marco de suscripción, interpretación y ejecución del contrato y básicamente: quien alega debe probar.

El plan de salud se inscribe como contrato de consumo en el que las normas de defensa del consumidor son a favor del usuario. Esto refuerza la idea de que, alegado el falseamiento de la declaración jurada por ocultamiento de datos de salud que daría lugar al cobro adicional de una suma en concepto de preexistencia, quien tiene la carga probatoria justamente no es el consumidor.

#### IV. EL CASO

La consultante llega al Práctico de la Universidad con la siguiente situación de hecho que nos relata: durante el mes de septiembre de 2013 se adhiere al régimen del monotributo para poder realizar un contrato de locación de servicios con el Ministerio de Cultura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal adhesión implica para el usuario la selección de una obra social al cual se derivarán obligatoriamente sus aportes como parte del componente de la seguridad social del tributo.

En el mes de mayo del año en curso se acerca a la obra social OSDE –Organización de Servicios Directos Empresarios– con el fin de afiliarse y adherirse a un plan superador de medicina prepaga. En tal sentido, el

Plan Superador implica la aplicación de los fondos que obligatoriamente son abonados a través del monotributo y, además, el pago de una suma de bolsillo por parte del usuario con el fin de acceder a mayor cantidad de prestaciones y/o a una cartilla de prestadores diferenciada de mayor calidad profesional. En el mismo acto la co-contratante le hace completar un formulario denominado "Declaración Jurada de Salud". Al mes siguiente a raíz de un episodio psiquiátrico es internada y comienza un tratamiento en un hospital de día. Se le recetó medicación indispensable para el tratamiento.

La obra social envía a la consultante una carta documento imputando el falseamiento de la declaración jurada y dando de baja el contrato por considerar que en su caso operaba una preexistencia. La carta documento es rechazada en todos sus términos por la cliente con el asesoramiento y redacción por parte del equipo de alumnos y docentes que integran la comisión.

En un primer momento, como estrategia de solución del conflicto suscitado se decide iniciar un reclamo por vía administrativa ante la Superintendencia de Servicios de Salud dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, organismo de aplicación en materia del contrato en los términos de la Resolución SSS N° 075/98 antes mencionada.

En lo sucesivo, el hospital de día comenzó a presionar a la consultante para que abone las sumas correspondientes a su internación insinuando que no seguiría prestando los servicios indispensables para su situación de salud; ya que la empresa OSDE no abonaría el servicio. Por lo que se reconsideró la estrategia, y se solicitó una medida cautelar ante el Juzgado Civil y Comercial Federal que en breve lapso e inaudita parte dictó sentencia.

## V. LA SENTENCIA

El órgano jurisdiccional previo análisis de los presupuestos de admisibilidad resolvió hacer lugar a la medida cautelar hasta tanto se dicte una resolución en la Superintendencia de Salud.

El Juzgado ordenó a la empresa de medicina privada Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) reafiliar a la beneficiaria, con la consiguiente cobertura asistencial que tenía con anterioridad a haber sido dada de baja, que le abone el reintegro a la actora de las sumas que da cuenta el recibo de fs. 11 en el término de tres días, bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a la Justicia Penal por el eventual delito de

desobediencia, como asimismo ordenó que garantice la continuidad de su tratamiento.

Hizo notar que frente a la situación de la accionante es conveniente proceder a su reafiliación pues la falta de cobertura pondría en serio peligro su estado de salud. Máxime –dijo el Tribunal– cuando lo que la actora solicita es “la cobertura de una prestación que se encuentra incluida en el Programa Médico Obligatorio”.

Las empresas prestadoras de servicios de salud se encuentran obligadas a asegurar a los beneficiarios tanto las coberturas pactadas como las legalmente establecidas. El llamado Programa Médico Obligatorio, como ya lo hemos señalado, es una canasta básica de prestaciones y veda a las empresas de medicina la posibilidad de incluir en los reglamentos exclusiones por enfermedades preexistentes en aquellos tratamientos que necesariamente deben asegurar a sus afiliados.

La tarea de confeccionar un listado con las denominadas enfermedades preexistentes que habilitan al cobro de una tarifa diferencial, es un quehacer encomendado a la Superintendencia de Salud; por lo tanto, la empresa no puede pretender evadir la prestación a su cargo alegando una supuesta preexistencia que no es de su atribución determinar.

Es necesaria una norma que determine las enfermedades preexistentes, porque caso contrario debe entenderse que la cuota que el afiliado abona para acceder a la prestación médica, las incluye en las causales de prestación previstas por la empresa en el plan seleccionado.

La facultad que tiene la empresa de rescindir el contrato de salud por falseamiento de la declaración jurada, en virtud una supuesta preexistencia que el usuario omitió declarar, se encuentra indefectiblemente sujeta a la prueba de la mala fe del beneficiario ante los estrados judiciales.

En este sentido, tal como lo venimos afirmando en esta reflexión que hemos esbozado, el requisito normativo de la buena fe, requiere en la práctica la acreditación en juicio ordinario del alegado falseamiento de la declaración jurada en donde quien alega debe probar. En este punto, en refuerzo de lo que sostenemos, podemos mencionar que el Juzgado Civil y Comercial Federal que atendió el caso también consideró que “determinar prima facie si la baja de la afiliación resultó ilegítima excede el limitado marco de conocimiento permitido en el trámite cautelar” y que “sólo al tiempo de la definitiva podrá decidirse si el actor falseó la información obrante en la declaración jurada, lo cual reviste singular importancia”.



## V.A. La verosimilitud del derecho

El juzgado señaló que en cuanto al "fumus bonis iuris", "se debe recordar que no es necesario que exista certeza acerca del mismo sino que basta con que aparezca "prima facie" acreditado (cfr. A.M. MORELLO y otros, "Código Procesal...", T II-C, Pág. 494)"; y que dicho presupuesto en el caso en examen se encontraba acreditado en el hecho de que "la accionante era afiliada de la demandada".

Una de las características del sistema de medicina privada es que el usuario se encuentra obligado al pago por adelantado del servicio mediante una cuota. No mediando en el caso que hemos llevado ante Juzgador, el supuesto de rescisión contemplado por la Ley 26.682 en su art. 9 primer párrafo, que establece que las empresas pueden rescindir el contrato con el usuario cuando éste incurra como mínimo en la falta de pago de tres cuotas consecutivas, el derecho en que se basó la pretensión de la actora se encontraba intacto al momento de solicitar la medida dado que no adeudaba cuota alguna.

Es dable señalar en este punto que "las medidas cautelares no exigen un examen de *certeza* sobre la existencia del derecho pretendido sino solo en grado de una aceptable *verosimilitud*, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquella debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente, y prima facie, lo demuestren".<sup>2</sup> Se entiende que "al tratarse de un procedimiento inaudita parte y, en consecuencia, meramente informativo, el juez no puede conocer con certeza el derecho, o sea, lo que a cada uno le corresponde. En tal sentido, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por la peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado".<sup>3</sup>

2. KIELMANOVICH, J. L., *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 416.

3. CASSAGNE, J. C. y PERRINO, P. E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 341.

## V.B. El peligro en la demora

En cuanto a la existencia del "periculum in mora" indicó que éste "se refiere a la posibilidad de que en caso de que no fuera decretada la medida, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transforme en tardío aquel derecho (cfr. CNCCFed., Sala I, causa 1571 del 29.12.92 y causa 14.152/94 cit.)", y que en el sub examen "el peligro en la demora se configura en la especie por las afecciones que padece".

El peligro en la demora es "la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables".<sup>4</sup> En la situación de hecho que nos ocupa, encontramos configurado este requisito en la indudable gravedad que reviste la interrupción del tratamiento médico de la consultante y la falta de la toma de los medicamentos antipsicóticos; pues ello podía sumirla a conductas imposibles de controlar por sí sola, convirtiéndola en una amenaza para sí y para terceros.

## V.C. La contracautela

La contracautela como requisito de ejecutabilidad de la medida cautelar, "consiste en que el peticionante deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho, y el juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso".<sup>5</sup>

En el fallo que atañe a este comentario el juzgador, entre las contracautelas posibles, estimó conveniente la caución juratoria que se presta en el mismo expediente por la parte actora; estimándose al efecto que "encontrándose en juego el derecho a la salud de jerarquía constitucional y computando que el dictado de la medida solicitada no ocasiona un grave perjuicio a la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida de la actora con el tratamiento de (Conf. CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 20/2011 del 12-04-11) previa caución juratoria que deberá prestar ante el Actuario la actora, o su letrada patrocinante".

### VI. Panorama

La empresa no puede proceder a dar de baja automáticamente a un pa-

4. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, T° II, Madrid, Civitas, 1998, p. 628.

5. RAMÍREZ, J. O., *Función precautelar*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 167.

ciente argumentando que falseó su declaración jurada, pues es una cuestión a ser dirimida por la Justicia y no unilateralmente por la empresa prestadora del servicio. La Ley le impone a la empresa privada la carga de probar que el beneficiario no obró de buena fe en los términos del art. 1198 del Código Civil, y dicho requisito normativo requiere, en la práctica, de un juicio ordinario en el que se compruebe que el usuario realizó el falseamiento de su declaración jurada.

Entre tanto, cabe al Poder Ejecutivo a través de su autoridad de aplicación poner fin al conflicto emitiendo la normativa necesaria respecto de la aprobación de los planes de salud, conceptualizar dentro del marco normativo de la Ley de Medicina Prepaga lo aplicable al híbrido denominado Plan Superador, como así también normativizar las declaraciones juradas, e identificar qué patologías serán consideradas preexistencias y qué valores diferenciales devengarán cada una de ellas.

Mientras tanto, la judicialización de la salud sigue su curso.

## VII. ANEXO. EL FALLO EN ANÁLISIS

Buenos Aires, 18 de septiembre de 2014. AUTOS Y VISTOS: por presentada, en el carácter invocado, y por constituido el domicilio legal. Agréguese la documentación acompañada.- Resérvese en Secretaría el original del carnet de afiliación. II) En cuanto a la medida cautelar requerida, cabe señalar inicialmente que, la misma se encuentra subordinada a la concurrencia de dos presupuestos básicos, cuales son la "verosimilitud del derecho" y el "peligro en la demora". Que en cuanto al primero "fumus bonis iuris", se debe recordar que no es necesario que exista certeza acerca del mismo sino que basta con que aparezca "prima facie" acreditado (cfr. A.M. MORELLO y otros, "Código Procesal...", T II-C, Pág. 494). En tal sentido, su concurrencia debe entenderse como la posibilidad de que exista y no como una incontestable realidad que sólo puede ser alcanzada al tiempo de dictarse la sentencia de mérito (cfr. CNCCFed., Sala I, causa 14.152/94 del 27.10.94 y sus citas). En lo que respecta al segundo, la existencia del "periculum in mora" se refiere a la posibilidad de que en caso de que no fuera decretada la medida, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transforme en tardío aquel derecho (cfr. CNCCFed., Sala I, causa 1571 del 29.12.92 y causa 14.152/94 cit.). Que en el sub examen resultan justificados dichos extremos. En efecto, por un lado, se encuentra acreditado que la accionante era afiliada de la demandada (cfr. fs.1) y, por otro lado,

entiendo que el peligro en la demora se configura en la especie por las afecciones que padece (cfr. fs. 12 y fs. 15), lo cual genera un estado de incertidumbre en el derecho de la accionante que merece ser amparado preventivamente hasta tanto se dilucide la cuestión de fondo (cfr. CNCCFed., Sala III, causa 15.757/97 del 12.5.95 entre otras).-En tales condiciones, la solución propiciada -hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo- es la que mejor corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (cfr. CNCCFed., Sala 3, causa 10.529/01 del 20-12-01 y sus citas).- Nótese que frente a la situación de la accionante en conveniente proceder a su reafiliación, pues la falta de cobertura pondría en serio peligro su estado de salud, de modo de no alterar la situación, hasta que se decida la cuestión de fondo (cnf. CNFded. Civ. y Com., Sala III, doct. causa 4.212/09 "Fensore Lorena Inés c/Swiss Medical S.A. s/incidente de apelación art. 250" del 28-5-2009, máxime si se tiene en cuenta que en el presente la actora requiere la cobertura de una prestación que se encuentra incluida dentro de las contempladas por el Programa Médico Obligatorio además solicita la cobertura de una prestación que se encuentra incluida dentro del el Programa Médico Obligatorio (cfr. art.4 del Anexo I y el Catálogo de Prestaciones a que alude del Anexo II de la Resolución del M.S. n° 201/2002). Por último, no es ocioso agregar que en atención a la finalidad que las inspira, la Excma. Cámara del Fuero tiene resuelto que -en términos generales-, se debe proceder con amplitud de criterio para decretar una medida precautoria, resultando preferible el exceso en acordarlas que la estrictez en denegarlas (cfr. CNCCFed, Sala II, causa 98 del 25.8.92 y sus citas). Igualmente, este ha sido el temperamento adoptado por la Excm. Cámara del Fuero, Sala 1, en la causa n° 6589/99. Que las razones puestas de manifiesto, justifican "prima facie" la procedencia de la medida requerida en este estado (cfr. ROLAND ARAZI, MEDIDAS CAUTELARES, Ed. Astrea, Bs. As., 1997 págs. 299/300). Nótese que determinar "prima facie" si la baja de la afiliación resultó ilegítima excede el limitado marco de conocimiento permitido en el trámite cautelar, no correspondiendo, entonces, adelantar juicio sobre la veracidad de ese aserto, sobre todo ante la falta de una prueba concluyente en un sentido u otro. Sólo al tiempo de la definitiva podrá decidirse si el actor falseó la información obrante en la declaración jurada, lo cual reviste singular importancia a la luz de las facultades rescisorias previstas en el art. 9 de la ley 26682 (CNFed. Civ. y Com., Sala II, doct. causa 8470/11 del 19.3.2012). En consecuencia, en

mérito a lo expuesto, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso, encontrándose en juego el derecho a la salud de jerarquía constitucional, y computando que el dictado de la medida solicitada no ocasiona un grave perjuicio a la demanda, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida de la actora con el tratamiento de la enfermedad (conf. CNFed. Civ. y com., Sala III, causa 20/2011 del 12-04-11) previa caución juratoria que deberá prestar ante el Actuario la actora, o en su caso su letrada patrocinante, dispónese la medida solicitada. En consecuencia, intímese a OSDE a fin de que proceda a reafiliar a la Sra. T.M.G., con la consiguiente cobertura asistencial que tenía con anterioridad a haber sido dada de baja, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, debiendo asimismo hacerse cargo de la cobertura de la internación en la Clínica de Internaciones Breves, AVRIL (conf, fs. 15), y del reintegro a la actora de las sumas que da cuenta el recibo de fs. 11 en el término de tres días, bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a la Justicia Penal por el eventual delito de desobediencia. A tal fin, líbrese oficio *con habilitación de días y horas.*- Regístrese. Fdo. Patricia Barbado. Jueza Federal.

## BIBLIOGRAFÍA

- CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- GHERSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia, *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tº II, Madrid, Civitas, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *La empresa médica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- MARIÑO, Esteban Román, "Antes y Después de la Ley 26.682 de Medicina Prepaga", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2012-47. Págs.: 87-100.
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.
- RAMÍREZ, Jorge O., *Función precautelar*, Buenos Aires, Astrea, 2005.



## **II CONCURSO DE ENSAYOS BREVES**





## PRINCIPIOS DE DERECHO LABORAL EN LAS ESTANCIAS DE JUAN MANUEL DE ROSAS

JUAN FRANCISCO BAROFFIO Y MARIELA INÉS LAGHEZZA\*

**Resumen:** Analizaremos los usos y costumbres del trabajo rural en las explotaciones del prócer argentino Juan Manuel de Rosas, para identificar principios que luego fueron receptados en las leyes laborales.

**Palabras clave:** trabajo rural – peones – estancia – contrato de trabajo – juan manuel de rosas – derecho laboral – salario.

**Summary:** We will analyze the uses and customs of rural work in the lands of the argentine dignitary Juan Manuel de Rosas, in order to identify the principles what were receipted afterwards in labor laws.

**Keywords:** rural work – hands – estate – labor contract – juan manuel de rosas – labor law – salary.

### I. INTRODUCCIÓN

Toda ley nace de los usos y costumbres. La más elemental práctica puede devenir en una costumbre, que es creadora de derechos. Luego la Ley las receta para darles vigor. También la costumbre puede ser la generadora de injusticias que la Ley deberá rectificar. En este trabajo trataremos de identificar la situación laboral de los peones rurales de la campaña bonaerense.

\* Recepción del original: 7/12/2014. Aceptación: 17/3/2015.

\*\* Juan Francisco Baroffio es escritor, historiador, diplomado en Cultura Argentina (CUDES - Austal), estudiante de abogacía (UCALP), Director de Seminarios del Inst. de Cultura del CUDES. Presta servicios en la Unidad de Defensa Penal N° 7 (Dpto. Judicial Quilmes). Autor de numerosas publicaciones.

Mariela Inés Laghezza es abogada (UBA), con orientación en derecho del Trabajo y la Seguridad Social (2013). Ayudante docente (categoría 2°), cátedra Adrián Goldín - Héctor David Rodríguez (UBA). Cursando la maestría en derecho del Trabajo y la Seguridad Social (UBA) y la especialización en derecho de Asilo y Migración (UNLA).

Hemos elegido las propiedades rurales de Juan Manuel de Rosas para realizar este estudio. Mucho se ha escrito de este lado del "charco" y del otro, sobre el antiguo Gobernador de la Provincia de Buenos Aires. Ríos de tinta, tan caudalosos y profundos como el Río de la Plata, se han vertido para denostar o enaltecer a este protagonista de la historia rioplatense. Sin embargo, trataremos de mantenernos al margen de los espirales de la polémica.

La motivación para la elección de los emprendimientos rurales de Rosas se funda en el orden administrativo de sus establecimientos. Rosas, que cultivó en grado sumo la escritura epistolar, ha dejado grandes registros de sus actividades. Ese orden, que rigió todos los aspectos de su vida (privada y pública), ha permitido que los estudiosos puedan encontrar enormes fuentes para cualquier trabajo.

El otro motivo que nos lleva a hacer esta elección es que era uno de los terratenientes más importantes del Río de la Plata. "[...] *él tenía doscientas leguas de territorio suyo y sus hermanos, fautores y generales reunieron más de mil*".<sup>1</sup> No sabemos qué tan exactas son las palabras del genial sanjuanino en cuanto a la extensión, pero no dudamos de la vastedad de las mismas.

En "*The economic aspects of Argentine Federalism*" (1947), el norteamericano Miron Burgin considera que uno de los factores de poder de Rosas era su capacidad para asegurar el empleo.

Finalmente, para concluir estas palabras de introducción, queremos citar al reconocido historiador británico John Lynch: "*Comprender a Rosas es comprender más claramente la naturaleza de las relaciones de parentesco, de los vínculos entre protector y protegido, entre patrón y peón, clave de tantas instituciones políticas y sociales en América Latina*".<sup>2</sup> Entre ellas, el Derecho Laboral.

## II. SITUACIÓN RURAL EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX

Hasta hace unas pocas décadas, y salvo alguna que otra salvedad, en el plano historiográfico local, hablar de la campaña rioplatense colonial y

1. SARMIENTO, D. F., *Situación social. Obras completas*, Buenos Aires, Imprenta y litografía Mariano Moreno, 1899, t. XXIV.

2. LYNCH, J., *Argentine dictator. Juan Manuel de Rosas 1829-1852*, Oxford, University Press, 1981.

post-colonial se limitaba a hacer referencia al ganado y a sus famosos habitantes, los gauchos. Esta "*civilización del cuero*", como la llama Roberto Di Stefano, era caracterizada como el único entorno rural del estallido revolucionario de Mayo. Recién en la década de 1980 los estudiosos locales se volcaron al estudio de este tópico.<sup>3</sup>

Durante mucho tiempo se consideró a la estancia como la principal y más amplia explotación rural. Y se la caracterizó como una propiedad privada de grandes extensiones geográficas, que otorgaba poder económico y político a quien la poseyera. Esto, no es del todo acertado.

Cuando en 1589 apareció la primera marca de ganado, comenzó la tendencia a terminar con las vaquerías y el deseo de establecerse en los campos. Es decir, comenzaron a "*estacionarse*"; hacer "*estancia*". Por lo tanto, como indica Bartolomé Gutiérrez en su trabajo "*Los primeros estancieros*" (1947), cualquiera que hiciese y tuviese estancia en un lugar fijo y determinado, era designado estanciero. Esta primera estancia se llamó "*trinchera*" o "*caramanchel*", y consistía en una porción de tierra que podía ser propia o arrendada. En el interior se levantaba una primitiva construcción y la principal tarea era la de formar rodeos vacunos. Dependiendo de la proporción de aquella faena, podían llegar a contratarse algunos peones. Por lo tanto, las palabras "*estancia*" y "*estanciero*", podían referirse indiscriminadamente a los grandes productores tanto como a los pequeños, cuya explotación era meramente la de la subsistencia.

La gran estancia que conocemos hoy en día, no era la explotación preponderante en los tiempos coloniales. Existían un sinnúmero de chacras agrícolas, productoras de cereales para el abastecimiento urbano. "*Esta realidad que muestran los censos, las alcabalas y los diezmos para el período colonial, permiten hablar de un gran sector 'campesino' compuesto por pastores y labradores superior al de los 'estancieros'*".<sup>4</sup> Estos pequeños productores se caracterizan por no ser propietarios de la tierra y por hacer uso de la fuerza de trabajo familiar.

3. Para una aproximación más detallada de esta parte de la historiografía, remitimos a DI STEFANO, R., "El mundo rural rioplatense colonial: una cuestión abierta", en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana "Dr. E. Ravignani"*, n° 4, tercera serie, 2do. semestre de 1991, pp. 117-128.

4. REGUERA, A., "Estancias pampeanas del siglo XIX. Estrategia empresarial para su funcionamiento: chacras agrícolas y puestos ganaderos", en *Quinto Sol. Instituto de Historia Regional – Facultad de Ciencias Humanas – Universidad Nacional de La Pampa*, n° 3, La Pampa, 1999, pp. 53-82.

Sin embargo, esta relación comienza a invertirse a partir de 1820. Ya para 1850, la gran estancia había conquistado definitivamente el espacio rural. El término "*estanciero*" llega a la connotación actual, que es la equivalente del "*hacendado*", concepto más utilizado en el resto de América Latina, y que designa al propietario rico y poderoso.

### III. TRABAJADORES RURALES EN LAS EXPLOTACIONES DE ROSAS

Lo primero a considerar es que la legislación en materia laboral era prácticamente inexistente en referencia al trabajo rural. Existían leyes y estatutos para regular otras prácticas laborales, como las de los profesionales. También para el empleo público. En el caso de las prestaciones de servicios rurales, existían leyes aisladas como la exigencia de papeleta de conchabo y otras, cuyos objetivos eran de otra índole.

Tampoco se daba una mayor importancia a la calidad de vida. Algunas cuestiones sobre este tópico, casi en forma pionera, solo podemos encontrarlas en las propiedades de Rosas. Entre las instrucciones que imparte para sus propiedades, cuando se refiere a la basura y desperdicios, manda que se supervise la limpieza de los ranchos, "*porque los hombres no deben vivir entre la basura*".<sup>5</sup>

Otra cuestión no menor, son las clases de trabajadores rurales en que se dividía la actividad. La primer clasificación que podemos hacer es la de trabajadores "*jerárquicos*" (administradores, ayudantes y capataces) y la de "*peones*". Estos últimos, a su vez, pueden ser objeto de sub clasificación. Esta categoría, nuestro objeto de estudio.

### IV. PEONES-ESCLAVOS

Rosas fue un gran propietario de esclavos, al igual que las familias patricias de su tiempo. Por otro lado había sido la solución colonial a la demanda de trabajo estable en las estancias. No entraremos a analizar la situación de la esclavitud en el Río de la Plata, pero solo mencionaremos que no era del mismo tenor que en las plantaciones de Norteamérica o del Caribe, y tampoco como las de las minas de plata de Potosí.

5. DE ROSAS, J. M., *Instrucciones a los mayordomos de estancias*, Buenos aires, Claridad, 2010.

Los peones-esclavos no recibían salario ni podían elegir el lugar donde prestar servicios. Su mano de obra era muy requerida, debido a que las distintas coyunturas de la época (por ejemplo los reclutamientos para los ejércitos libertadores), hacían escasear a los trabajadores rurales estables. Aun después de 1815, representaban un 9% de la población rural.<sup>6</sup>

Aunque su situación jurídica los equiparase a objetos susceptibles de apropiación o adquisición privada, la situación política les permitió una pequeña defensa de sus derechos, que se fue incrementando paulatinamente. En las estancias de Rosas, para 1825 existían 33 esclavos, que recibían un pago en especies (una ración semanal cada uno). Diez años después, parece ya no haber ninguno. Incluso algunos que antes figuraban como esclavos, aparecen en las listas como peones libres y como capataces, trabajando por un salario al igual que el resto de los trabajadores. La excepción parece ser un esclavo carpintero, en 1840, que no quiere ser liberado, pero que resulta sumamente problemático. En esa fecha visita a Rosas en su casa de Buenos Aires (nótese que se movía con entera libertad para ir y venir). Este lo manda de vuelta recomendándole al administrador de la propiedad en la que el esclavo prestaba servicio, que si no anda bien allí, le de la libertad. "[...] *repito que ya no quiero más esclavos*".<sup>7</sup>

## V. PEONES-CAUTIVOS

Otro grupo de trabajadores cuya situación jurídica era similar a la de los esclavos, era el de los "*cautivos*". Podemos encontrarlos desde 1820.<sup>8</sup> Este grupo estaba compuesto por indios, que como lo indica la clasificación, eran retenidos en las propiedades de Rosas. Algunos de ellos parecen haber sido entregados al antiguo gobernador por caciques amigos. Estos cautivos bien podían ser hombres o mujeres cuyo cacique los sometía a la servidumbre para demostrar su "amistad", o eran indígenas que eran tomados prisioneros por otros caciques o por las partidas que salían en persecución de los malones. Esta última posibilidad, cada vez menos frecuente después de 1833.

Estos peones-cautivos, no tenían libertad para contratarse donde qui-

6. GELMAN, J., *Rosas estanciero. Gobierno y expansión ganadera*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010.

7. Carta del 24 de abril de 1840, AGN, X, 25.7.1.

8. En su famosa "Memoria" –sobre la situación del indio – (1821), Rosas hace referencia a ellos.

sieran y su salario se componía de una ración semanal como la de los esclavos. Existía una pequeña diferencia y es que a su salario se les agregaba un peso de plata semanal, para sus gastos menores.<sup>9</sup> Aunque más que un salario pareciera más un pequeño premio o incentivo.

Este tipo de peones va mejorando su situación a lo largo de la década de 1830. Las propias alteraciones políticas y sociales del final de esta década, lograron que pudiesen ejercer presiones que les permitieron negociar su *status* en las explotaciones rurales de Rosas. Hacia finales de 1838 en la estancia "Cañuelas", se contabilizan cinco mujeres cautivas y ocho varones, todos jóvenes. La situación particular de uno de estos peones-cautivos, alteró el orden establecido para este tipo de trabajadores. Un indio de nombre Felipe Castañeda (según refiere el administrador de la estancia "Cañuelas"), se escapa de la propiedad. Unos días más tarde es recapturado pero no es sometido a ningún tipo de castigo. En lugar de eso, se le asigna un sueldo de 15 pesos mensuales por orden de Rosas, para intentar retenerlo como mano de obra. En la opinión de Jorge Gelman es una muestra clara de las "[...] *posibilidades progresivas de los cautivos de negociar su status y acercarse cada vez más al resto de la población rural*".<sup>10</sup>

Esta situación creada por Castañeda, sirve de suerte de "*leading case*" para sus compañeros. Para evitar problemas, a Castañeda se le rebaja el salario mensual a 10 pesos de plata y se les asigna otro de igual valor a sus compañeros. Progresivamente la situación laboral de los peones-cautivos cambia y para 1840, las mujeres obtienen plena libertad y los varones logran duplicar su salario mensual.

## VI. PEONES-"GALLEGOS"

A mediados de la década de 1840, Rosas debe recurrir a otros medios para procurar mano de obra para sus explotaciones rurales. Entre 1838 y 1842 se había producido una agudísima escases de brazos. Por eso debió buscar peones extranjeros, a los cuales contrataba en España.

Estos peones, a los que se denominaba "*gallegos*" según la costumbre rioplatense, eran trabajadores a los cuales Rosas les pagaba el pasaje para que arribasen a las costas bonaerenses. Llegaban ya con un contrato de

9. El salario mensual promedio de un peón libre era de cuarenta pesos de plata.

10. GELMAN, J., *op. cit.*

trabajo que preveía un salario del cual se iría descontando el valor del pasaje. Una vez saldado, se convertían en peones libres y podían abandonar la explotación rural.

Estos peones-"gallegos" recibían un salario menor a los de los peones libres (el que para la época ya era de 100 pesos de plata). Esto aseguraba una estable mano de obra, en medio de una coyuntura política desfavorable que requería muchos brazos para los ejércitos (son tiempos de la Guerra Grande, de la guerra con la Confederación Peruano-boliviana y de guerras civiles).

Estos trabajadores resultaban más diestros en las explotaciones dedicadas a la agricultura y la cría de ganado ovino. En aquellas que eran netamente de ganado bovino, se encuentran menor cantidad de peones-"gallegos", ya que se requerían destrezas a caballos que estos no estaban capacitados para realizar.

Si bien estos trabajadores se van adaptando a las distintas faenas, con bastante rapidez comienzan a saldar sus deudas y así logran cambiar las condiciones de sus contratos de trabajo. Hacia 1847, los que no se habían ido a "*conchabar*" a otro establecimiento rural, logran una equiparación de su *status* con el de los peones-libres, llegando a iguales salarios por igual actividad.

## VII. EL CASO DE LOS PEONES-LIBRES

Los peones-libres son aquellos que, sin ningún tipo de coacción, ofrecían su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración económica en forma de salario. Estos se caracterizaban por tener condiciones de trabajo más flexibles. Entre estas condiciones podemos enumerar la de ser autorizados a tener hacienda propia y la de establecer "*población*", es decir tener un predio en el que podían desarrollar una explotación económica propia, que a su vez les permita contratar sus peones (este caso, no tan frecuente entre los peones y sí entre los capataces).

Dentro de la categoría de peones-libres, encontraremos otras subdivisiones como las de lugar de procedencia (si eran locales o migrantes), y las relativas al tiempo de duración de la relación laboral.

En cuanto a la subdivisión que se refiere al lugar de procedencia del trabajador, la principal diferencia era en cuanto al reclutamiento forzoso para el ejército. Los trabajadores migrantes estaban exceptuados por la ley para prestar este servicio militar obligatorio. Aunque no siempre se respetaba.

Grandes diferencias encontramos en la subdivisión que se puede hacer con respecto al tiempo de duración de la relación laboral.

Los trabajadores que prestaban su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración económica, podían hacerlo por el tiempo que durase una tarea en particular o podían contratarse por día o por mes.

En el primer caso, encontramos que eran peones especializados en alguna tarea eventual que requería de ciertas condiciones o aptitudes. En este tipo de tareas encontramos la yerra, en la que se requería que el trabajador fuese un buen jinete. "[...] *cuando llegaban las grandes faenas, las yerras, el gaucho errante se conchababa por unos cuantos días. Luego volvía a su vida de cuatrero [...] y algunas provincias mandaban inmigraciones de trabajadores, periódicamente [...]*".<sup>11</sup> Estos trabajadores imponían sus condiciones de trabajo a la hora de celebrar contrato y, debido a la escases de esta mano de obra especializada, sus remuneraciones eran mucho más altas que la de los peones mensuales. En el caso de los trabajadores de la yerra, si contaban con caballada propia, podían aumentar considerablemente el monto de la remuneración, sobre todo en tiempos en que las estancias se veían privadas de partes de sus tropillas que eran requisadas para la guerra.

Otras actividades que requerían de mano de obra eventual, eran aquellas que se realizaban de forma estacionaria, como la trasquila. Durante el verano, las estancias dedicadas a la cría de ovinos, recibían grandes cantidades de trabajadores por temporada. Acordaban una remuneración por cantidad de ovejas trasquiladas y una vez finalizada su faena se retiraban del establecimiento. Este tipo de trabajadores eventuales no parece haber faltado nunca en las estancias de Rosas. Algo a destacar de esta actividad, es que casi un tercio de la mano de obra empleada proviene de mujeres. "[...] *aquí la mujer adquiere por primera vez un rol destacado en las labores asalariadas de la estancia*".<sup>12</sup>

Los trabajadores que se contrataban por día, eran un caso diferente al del trabajador ocasional por temporada o actividad. La presencia de estos peones por día, surgieron de la necesidad sobreabundante de mano de obra que requerían las explotaciones rurales, ya que como bien indica Abelardo Levaggi,<sup>13</sup> la oferta de trabajo era escasa en relación con la demanda. En

11. MANSILLA, L. V., *Rosas. Ensayo histórico-psicológico*, París, Garnier Frères, 1899.

12. GELMAN, J., *op. cit.*

13. LEVAGGI, .A., "Historia del derecho argentino del Trabajo (1800-2000)", en *Derecho del*



numerosas cartas podemos hallar quejas de Rosas y sus administradores a este respecto.

Estos peones por día prestaban su fuerza de trabajo a cambio de remuneraciones muy altas, que los convertían en un "mal necesario".

Los peones mensuales, eran un bien escaso. Si bien, como indica Jorge Gelman en su obra citada, los encontramos en abultado número, también es cierto que el 50% apenas duraban uno o dos trimestres.

### VIII. CONCLUSIONES

Lo aquí expuesto de las estancias de Rosas, es indicativo de los usos y costumbres rurales que predominaron en la primera mitad del siglo XIX.

Como hemos estudiado en este breve trabajo, la falta de regulación jurídica en material laboral rural dejaba en un grado de indefensión patente a los peones rurales, que además pertenecían a estratos sociales sin instrucción.

Pero también hemos podido encontrar elementos, si bien precarios, que antecedieron a institutos que luego fueron plasmados por el ordenamiento jurídico. Casos aislados de negociación colectiva de trabajo (como los casos de los peones-esclavos y los peones-cautivos), y la celebración de contratos acordados por ambas partes (como los celebrados por peones por días), son significativos. También algunas de las situaciones injustas que eran práctica frecuente, como el trabajo esclavo, fueron receptadas por las leyes y subsanadas.

No podemos dejar de mencionar que el factor que jugaba en favor de los trabajadores rurales era el de la escasa oferta y la gran demanda, sumada a la libertad que tenían los habitantes rurales, en cuanto a su voluntad de sujetarse o no con largos contratos de trabajo. También, la posibilidad de establecer pequeñas explotaciones familiares les permitía no tener que aceptar condiciones leoninas.

No pretendemos reconocer en Rosas al padre del derecho laboral argentino. Simplemente, aportar elementos para las fuentes locales de nuestro ordenamiento.

## BIBLIOGRAFÍA

- DE ROSAS, Juan Manuel, *Instrucciones a los mayordomos de estancias*, Buenos aires, Claridad, 2010.
- DI STEFANO, Roberto, "El mundo rural rioplatense colonial: una cuestión abierta", en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana "Dr. E. Ravignani"*, n° 4, tercera serie, 2do semestre de 1991.
- GELMAN, Jorge, *Rosas estanciero. Gobierno y expansión ganadera*, Buenos Aires, Capital intelectual, 2010.
- LEVAGGI, A., "Historia del derecho argentino del Trabajo (1800-2000)", en *Derecho del trabajo*, n° 3, Buenos Aires, abril-junio de 2006, consultado en [<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=61997&print=2>].
- LYNCH, John, *Argentine dictator. Juan Manuel de Rosas 1829-1852*, Oxford, University Press, 1981.
- MANSILLA, Lucio V., *Rozas. Ensayo histórico-psicológico*, París, Garnier Frères, 1899.
- REGUERA, Andrea, "Estancias pampeanas del siglo XIX. Estrategia empresarial para su funcionamiento: chacras agrícolas y puestos ganaderos", en *Quinto Sol. Instituto de Historia Regional – Facultad de Ciencias Humanas – Universidad Nacional de La Pampa*, n° 3, La Pampa, 1999, pp. 53-82.
- SARMIENTO, Domingo Faustino, *Situación Social. Obras completas*, Buenos Aires, Imprenta y litografía Mariano Moreno, 1899, t. XXIV.

## LOS DEBERES PERSONALES DE LOS CÓNYUGES EN EL DERECHO ARGENTINO Y UNA BREVE GLOSA DEL ARTÍCULO 431 DEL “NUEVO” CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN\*

JONATHAN MATÍAS BRODSKY\*\*

**Resumen:** El presente ensayo aborda un tema puntual dentro del Derecho de Familia y en particular de la institución del matrimonio: los efectos personales que surgen de la unión conyugal, que son los deberes de fidelidad, cohabitación (o convivencia) y asistencia. El análisis del tema se realiza en tres secciones, a partir de la normativa pasada (derogada), presente (vigente) y futura (el “nuevo Código”) del derecho argentino en la materia. Y, a su vez, sobre esta última, se aporta una mirada crítica de la regulación de la cuestión, desde una postura liberal, pluralista y respetuosa de la autonomía personal.

**Palabras clave:** derecho de familia – matrimonio – efectos personales del matrimonio – deber de fidelidad, cohabitación y asistencia – código civil y comercial de la nación.

**Summary:** This essay presents one special aspect of Family Law and, in particular, of the institution of marriage: the personal effects that come with marriage, which are the duties of fidelity, cohabitation and assistance. The analysis of the subject is done in three sections, taking into account the old legislation (abrogated), the present one (current and valid) and the future (the “new” Code) of Argentine law. Moreover, in relation to the last one, we contribute with a critical perspective of the regulation of the matter, from a liberal position, pluralist and respectful of the personal autonomy.

\* Recepción del original: 31/12/2014. Aceptación: 17/3/2015.

\*\* Abogado de la Universidad de Buenos Aires, graduado con Diploma de Honor, Premio “Raymundo M. Salvat” y Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA), Derecho de Daños (UBA) y Derecho Internacional Privado (UBA, AIE). Ex director de la Revista *Lecciones y Ensayos*, co-fundador y ex subdirector de la Revista *En Letra* y co-fundador y director de la Revista *En Letra – Derecho Civil y Comercial*. E-mail de contacto: [jmbrodsky@derecho.uba.ar](mailto:jmbrodsky@derecho.uba.ar)

**Keywords:** family law – marriage – personal effects of marriage – duty of fidelity, cohabitation and assistance – national civil and commercial code.

## I. INTRODUCCIÓN

El 1° de octubre de 2014, el Congreso Nacional de la República Argentina sancionó la Ley n° 26.994, aprobando el Código Civil y Comercial de la Nación. Fue concebido para sustituir, no meramente *aggiornar* o reformar,<sup>1</sup> los “antiguos” cuerpos de derecho civil y mercantil a nivel nacional:<sup>2</sup> en adelante, lo llamaremos entonces, acaso con cierta elocuencia, el “nuevo Código”. Su entrada en vigor estaba prevista, según el artículo 7° de la norma aprobatoria, el 1° de enero de 2016; pero a través de la Ley n° 27.077, sancionada el 16 de diciembre de 2014, se adelantó aquella fecha al 1° de agosto de 2015.

Muchos temas fueron debatidos en las instancias previas a la sanción del texto definitivo del nuevo Código, algunos con más pasión que otros.<sup>3</sup> No quedan dudas, en todo caso, de que ha significado una verdadera revolución contemporánea para el Derecho y para la sociedad misma, habida cuenta de que un Código Civil (y, en menor medida, Comercial) regula los

1. Caso, este último, de la ley 17.711, que modificó en 1968 unas pocas decenas de artículos del Código Civil (apenas una fracción de los cuatro mil cincuenta y uno que lo conforman), pero que implicó reformas importantísimas en los más diversos aspectos, de suerte que constituye hasta nuestros días –en cuanto a derecho vigente refiere– la modificación más relevante de la obra de Vélez Sarsfield.

2. El Código Civil de la Nación fue sancionado el 29 de septiembre de 1869 a través de la Ley n° 340, y entró en vigor el 1° de enero de 1871. A su turno, el 10 de septiembre de 1862 –es decir, siete años antes de la fecha de sanción del Código Civil– se había sancionado la Ley n° 15, que declaraba Código Nacional al Código de Comercio que por entonces regía en la provincia de Buenos Aires, redactado por Vélez Sarsfield y Acevedo. Años más tarde, el 5 de octubre de 1889, se sancionó la Ley n° 2637, la cual reformó el Código de Comercio que –con leyes complementarias y modificaciones varias– rige desde el 1° de enero de 1890 hasta la actualidad.

3. Como es de público conocimiento, tres de los temas que más acaloradas discusiones encendieron fueron el del comienzo de la existencia de la persona humana dentro y fuera del útero femenino (art. 19), el de las técnicas de reproducción humana asistida –en particular, la gestación por sustitución (art. 562) y la fecundación *post mortem* (art. 563), ambas instituciones eliminadas en la instancia de tratamiento legislativo– y la responsabilidad patrimonial del Estado (arts. 1764 a 1766 del nuevo Código, hoy concordantes con lo dispuesto por la Ley n° 26.944 del 2 de julio de 2014).

aspectos más cotidianos de la vida de cada individuo: la persona humana (y la persona jurídica), las relaciones de familia, las relaciones patrimoniales, los contratos, la propiedad, la transmisión del patrimonio por causa de muerte, etcétera.

El certamen al que se presenta este trabajo se denomina “II Concurso de Ensayos Breves” y pretende, en consecuencia, ser un ensayo breve. No tiene como objeto –no podría tenerlo– *todo* el Derecho de Familia:<sup>4</sup> ni siquiera un capítulo entero de aquel (como el matrimonio, la filiación, la adopción, la tradicionalmente denominada “patria potestad” –hoy *responsabilidad parental*–, etcétera). Antes bien, se ha seleccionado un aspecto mucho más puntual, susceptible de desarrollarse en unas pocas páginas, que es el relativo a los efectos personales del matrimonio<sup>5</sup> y en particular, los deberes de esa índole que de aquella unión surgen recíprocamente entre los cónyuges.

A tal fin, el ensayo se estructura en tres acápites: cada uno contiene la normativa pasada (derogada), presente (vigente) y futura (el “nuevo Código”) en la materia. Sobre esta última, se aporta una mirada crítica de la regulación del tema, a partir de una filosofía liberal, pluralista y respetuosa de la autonomía personal. Al cierre del trabajo se concluirá, como es habitual, con unas (breves) reflexiones finales.

## II. PASADO: LA REGULACIÓN DECIMONÓNICA EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ SANSFIELD Y EN SU REFORMA POR LA LEY N° 2393 DE MATRIMONIO CIVIL

En el Código Civil de la Nación originario, Vélez Sansfield ya había previsto los tres deberes personales de los cónyuges que se siguen reconociendo hasta nuestros días, y que serán objeto de análisis a lo largo de nuestro ensayo: fidelidad, cohabitación (o convivencia) y asistencia. Tales efectos del matrimonio fueron mantenidos en la Ley n° 2393 de matrimonio civil,<sup>6</sup> sancionada el 2 de noviembre de 1888 y que habría de regir

4. De acuerdo con las bases del Concurso, los ensayos deben abordar o bien Derecho de Familia, o bien Derecho Laboral. De allí la referencia directa a aquella rama jurídica dentro del Derecho Civil en general.

5. Por oposición a los efectos patrimoniales del matrimonio, que suponen el interesante estudio del régimen de bienes en la unión conyugal. Este tema queda excluido del objeto del presente ensayo.

6. En adelante, “L.M.”

desde el 1º de diciembre de 1889, la cual modificó y sustituyó directamente el Título Primero de la Sección Segunda del Libro Primero del *corpus* velezano.<sup>7</sup> Claro que *el modo* en que se habían regulado por entonces estos efectos del matrimonio sí era bien distinto —y contrario— a los estándares occidentales del Siglo XXI. Veamos.

## II.A. Deber de fidelidad

*Art. 184 (texto originario). Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro, o civilmente por acción de divorcio, o criminalmente por acusación de adulterio.*<sup>8</sup>

El deber de fidelidad ya se reconocía en el *Code Napoléon* (art. 212) y en el *Esboço* de Freitas (art. 1304), así como en el pensamiento de Aubry y Rau<sup>9</sup> y Demolombe,<sup>10</sup> todas ellas fuentes en las que brevó nuestro codificador. Según Lafaille, “el precepto es una consecuencia del régimen monogámico adoptado por todos los países civilizados, que para su desenvolvimiento normal requiere esencialmente la exclusividad de la unión. La inobservancia de esta norma es causal suficiente de divorcio”.<sup>11</sup>

Es claro que, en esta concepción, el deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio.<sup>12</sup> Es un deber conyugal fundamental, recíproco, que supone que los esposos “se pertenecen del uno al otro”: esto se acentúa por

7. No disponemos aquí del espacio para desarrollar la importancia de la Ley n° 2393 como correspondería hacerlo. Si bien dista de constituir una regulación moderna (mal podría serlo tras un siglo y cuarto), ya es destacable la *secularización* del matrimonio que aquella norma supuso, frente al carácter fuertemente religioso (en particular, católico) que había dado el codificador a la institución matrimonial.

8. En el mismo sentido, coincidente casi a la letra, el art. 50 de la L.M.

9. AUBRY, C. y RAU, F. C., *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand* de C.S. Zachariæ, t. I, 3ª ed., Paris, Cosse, 1856.

10. DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand-Hachette, 1876.

11. LAFAILLE, H., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, p. 100.

12. Inclusive, se ha llegado a sostener que la fidelidad es un deber subsistente aun después del divorcio (Cám. Nac. Civ. Cap., 30-04-1953, JA 1954-I-325; Cám. Nac. Civ. A., 16-12-1958, LL 94-20), y que a condición de que ello no represente un vejamen o humillación del otro cónyuge, es legítimo el control recíproco de los cónyuges (Cám. Nac. Civ., 25-06-1958, LL 91-270).

el hecho de que la infidelidad de uno de ellos no autoriza la del otro.<sup>13</sup> Su incumplimiento autoriza, como se advierte, sendas demandas civil (cuyo objeto fuera obtener el divorcio) y penal (con el fin de arribar a una condena criminal por delito de adulterio<sup>14</sup>).

Por lo demás, el divorcio era por entonces *no vincular*, es decir, inepto para disolver el vínculo matrimonial (esencialmente eterno e inquebrantable); la institución consistía pues, únicamente, en la separación personal de los esposos.<sup>15</sup>

## II.B. Deberes de cohabitación y asistencia

A su turno, dos son las normas que en el Código de Vélez establecían sendos deberes de convivencia y asistencia entre los esposos:

*Art. 185 (texto originario). El marido está obligado a vivir en una casa con su mujer, y a prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, a ejercer todos los actos y acciones que a ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como también los que fuesen precisos si la mujer fuese acusada criminalmente. Faltando el marido a estas obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que su marido le dé los alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios.*

*Art. 187 (texto originario). La mujer está obligada a habitar con el marido, donde quiera que este fije su residencia. Si faltase a esta obligación, el marido puede pedir las medidas policiales necesarias, y tendrá derecho a negarle los alimentos. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esta obligación, cuando de su ejecución haya peligro de su vida.*<sup>16</sup>

13. BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Perrot, 1977, t. 1, p. 52.

14. Esta figura ya no es punible según el derecho criminal argentino vigente.

15. Ello cambiaría –por fortuna, aunque un tanto tardíamente– con la Ley n° 23.515 de 1987.

16. Ambos artículos coinciden de modo prácticamente literal con los arts. 51 y 53 de la L.M., respectivamente. Sin embargo, antes de la derogación de esta última, la ley 17711 – que la reformó– eliminó la mención al derecho-deber del hombre a ejercer los actos y acciones por su mujer, así como de hacer “los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar sus derechos”. Ello es así en continuación a un proceso iniciado por la Ley n° 11.357, del año 1922: por un lado, esta norma dotó de mayor capacidad civil a la mujer casada, equi-

En estos preceptos se reúnen las obligaciones de cohabitación y de asistencia, estrechamente vinculadas entre sí; a su vez, se confiere al marido la potestad de fijar el domicilio común, tal que su residencia habitual determina la radicación jurídica de la mujer, no siendo posible admitir la dualidad de domicilios, ni la dislocación del grupo familiar, ni la paridad de condiciones entre ambos esposos para tales efectos.<sup>17</sup> El juego de ambos preceptos establece claramente, como puede verse, que la cohabitación es un deber recíproco, que cada uno de los cónyuges tiene para con el otro; en cuanto a la asistencia, "la suma que debe entregar el marido se determina prudentemente por el juez, teniendo en cuenta la fortuna del obligado a darlas y la importancia del asunto".<sup>18</sup>

### III. PRESENTE: LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

La Ley n° 23.515, del año 1987, culminó con un proceso evolutivo que se había iniciado después de la sanción del Código Civil, precisamente, con la Ley n° 11.357 ya mencionada, y la Ley n° 23.264, del año 1985, que acordó también a la madre –en forma conjunta con el padre– el ejercicio de la patria potestad (hoy *responsabilidad parental*) de los hijos menores.<sup>19</sup> Según el Código ahora vigente:

*Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.*

Con esta redacción, la absoluta igualdad entre cónyuges es patente. Los deberes entre esposos son los mismos y equivalentes: tanto los de fidelidad y asistencia, como la prestación alimentaria, que puede también estar a cargo de la mujer y a favor del hombre.

El deber de fidelidad permanece con los siguientes caracteres: reciprocidad (los esposos se deben mutuamente dicha exclusividad en el mantenimiento de relaciones sexuales), incompensabilidad (la infidelidad de uno de los cónyuges no justifica la del otro) y permanencia (se mantiene

---

parándola incluso a la del hombre mayor de edad en caso de mujeres solteras, divorciadas o viudas; por otra parte, se instauró un régimen de responsabilidad patrimonial separada de cada cónyuge, en relación con las deudas de cada uno (conf. arts. 5 y 6 de la Ley n° 11357).

17. LAFAILLE, H., *op. y loc. cit.*

18. BUSO, E. B., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, t. II, EDIAR, 1944, p. 156.

19. LLAMBÍAS, J. J. y otros, *Código Civil Anotado*, t. 1-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 575.



mientras el matrimonio no se disuelva).<sup>20</sup> El incumplimiento acarrea la posibilidad de demandar la separación personal o el divorcio por una causal subjetiva o culpable cuales son las de adulterio e injurias graves (arts. 202, incs. 1° y 4° y art. 214, inc. 1° del Código Civil), lo que a su vez tiene consecuencias favorables para el cónyuge “inocente”.

En cuanto al deber de cohabitación, se advierte:

*Art. 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando esta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos.*

*Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.*

*Art. 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.*

Volveremos enseguida sobre el deber de cohabitación, a través de un análisis crítico de aquel. En todo caso, es patente la igualdad entre los cónyuges, sin que sea el marido quien tenga la potestad exclusiva y excluyente de fijar el domicilio (y que la mujer deba “adherirse” a su esposo, con prescindencia de su voluntad). Más aún: desde la vigencia de la Ley n° 26.618 en el año 2010, ni siquiera deberíamos pensar necesariamente en “un esposo” y “una esposa”, pues los cónyuges pueden contraer matrimonio ya sean de igual o distinto sexo.

#### IV. FUTURO: EL ARTÍCULO 431 DEL “NUEVO” CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. SU CRÍTICA DESDE UNA ÓPTICA PLURAL, LIBERAL Y DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

Según el nuevo Código, en el tema que examinamos, se establece:

*Artículo 431. Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.*

En este punto, se impone realizar un análisis no solo histórico, descriptivo o doctrinario de la norma, sino también (y especialmente) aportar

20. *Ibidem*.

una mirada crítica al respecto. Y es que tal y no otro es el precepto que comenzará a regir, en poco menos de un año, este aspecto de la vida civil de los argentinos. Si bien anticipamos nuestra postura liberal, es importante advertir que no llegamos al extremo de rechazar *per se* la injerencia estatal en la regulación legal de la familia: el interés del Estado en dictar normas de orden público en materia familiar, ámbito tan fundamental y sensible en cualquier sociedad, es plenamente atendible mientras no se lleve a cabo de manera irrestricta o irrazonable. En dos de los deberes jurídicos que surgen como efectos personales del matrimonio, consideramos que sí se ha traspasado esa prudente limitación, avasallando la autonomía de las personas para desarrollar libremente su proyecto de vida.

Comenzamos, primero, por el deber cuya recepción propiciamos: el de asistencia o cooperación (los entendemos aquí como sinónimos). Tal efecto es esencial e ineludible en cualquier unión matrimonial (o, incluso, convivencial): es impensable que cada uno de los cónyuges pueda desentenderse de la vida del otro, o no esté obligado a asistirlo, cuidarlo o ayudarlo.

Distinta opinión nos merece la inclusión de la convivencia como deber jurídico entre los cónyuges. Es notable que el Proyecto del "nuevo Código" (es decir, la versión enviada al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo, a partir del Anteproyecto elevado a este último por la Comisión de Reformas) no contemplaba en absoluto la cohabitación como exigencia. En los Fundamentos del Proyecto, se reconocía "el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación", pero "al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas".

¿Por qué no podrían dos personas libres, adultas y plenas de discernimiento, intención y libertad, decidir unirse en matrimonio y *vivir por separado*? Casarse, en sí, solo debería implicar la voluntad de desarrollar un proyecto de vida en común junto a otro sujeto, pero no en sentido geográfico sino espiritual: compartir lo bueno y lo malo de la vida con esa persona, en los distintos momentos, etapas, ciclos, etcétera. Es lógico que al derecho no le sea irrelevante *esa* finalidad en tanto exigencia (de allí la razonabilidad del deber jurídico de asistencia o cooperación recíproca), pero ¿qué puede importarle al Estado –o a nadie– si los cónyuges viven o no bajo el mismo techo? Dos amigos del autor, casados entre sí, duermen en habitaciones separadas (por comodidad): ¿a qué persona o principio o *máxima* ofenden con ello? Si vivieran, digamos, en departamentos distin-

tos de un mismo edificio: ¿no podrían acaso desarrollar con igual plenitud un proyecto de vida en conjunto?<sup>21</sup>

Finalmente, la inclusión del “deber moral de fidelidad” en el art. 431 adolece de un doble vicio. El primero es que lisa y llanamente constituye un defecto serio de técnica legislativa, por cuanto un código de leyes debe establecer deberes jurídicos, y no deberes morales.<sup>22</sup> Y el segundo es que el Estado –en este caso, a través del Poder Legislativo, del que emanan las normas jurídicas– no debe inmiscuirse en el plan de vida de cada persona mayor de edad, plena de discernimiento y libertad, indicándole de modo paternalista cuáles hechos o conductas son mejores, más rectas o más valiosas (en este caso, no mantener relaciones sexuales con personas distintas al propio cónyuge) que otras *supuestamente* desviadas o incorrectas.<sup>23</sup> Por el contrario: la cuestión debe quedar reservada a la propia autonomía personal y moral privada de cada sujeto (o pareja, según los términos en que deciden establecer la relación conyugal las personas que la integran), y corresponde al Estado respetar y no avasallar tal autonomía.

## V. BREVES REFLEXIONES FINALES

No es casual que hayamos elegido estructurar el ensayo en base a la evolución histórica de la normativa en la materia. El camino que hemos trazado en los tres acápites precedentes no es un mero ejercicio teórico, ni una simple curiosidad, ni presenta únicamente un interés anecdótico: por el contrario, permite poner en perspectiva el drástico cambio que con el correr de los años puede operar en la visión de la familia (en este caso particular, del matrimonio, que es una institución fundamental de aquella) en una misma comunidad (entre nosotros, la argentina). No es necesario viajar a otros países para toparse con organizaciones familiares tan diversas a nuestras concepciones actuales: basta con quedarnos aquí y viajar en

21. Sostenemos que esto sería posible incluso si *no* viviesen en el mismo edificio, o cuadra, o manzana, o barrio. Se incluyen estos ejemplos a modo de argumentación por “reducción al absurdo”.

22. Esto no implica en absoluto negar la relación entre el Derecho y la Moral, tema por cierto extensísimo como para ser tratado aquí.

23. Ver al respecto el muy buen trabajo de BASTERRA, M. I., “¿Puede un Estado pluralista, no confesional erigirse en “guardián” de la elección sexual de las parejas? El caso de los “swingers”, en *LL* 2003-E, p. 506.

el tiempo. En un país occidental y desde hace mucho europeizado como el nuestro, disposiciones como las que contenía el Código de Vélez en su redacción originaria o la Ley n° 2393, vistas hoy desde el año 2014, nos parecen (y son) obsoletas, discriminatorias, contrarias a derechos humanos fundamentales.

No podemos predecir lo que dentro de un siglo y tanto se dirá de nuestras nociones actuales, pero sí estamos en condiciones de juzgarlas –al menos, desde un posible punto de vista– desde lo que *hoy* conocemos. Esas concepciones actuales se reflejan –porque es el más reciente en el tiempo– en el Código recientemente sancionado, verdadera oportunidad dorada para reformular, enmendar, actualizar, modificar, en fin: barajar el mazo y repartir nuevamente las cartas. Sin embargo, a la hora de apostar por la autonomía personal y un verdadero modelo liberal de familia en cuanto a deberes personales de los cónyuges refiere, el cuerpo aprobado por el Congreso Nacional volvió a una redacción conservadora, e incluso técnicamente defectuosa. Lamentablemente, entonces, otra oportunidad perdida.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AUBRY, Charles y RAU, Frédéric C., *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand* de C.S. Zachariæ, 3ª ed., París, Cosse, 1856.
- BASTERRA, Marcela I., "¿Puede un Estado pluralista, no confesional erigirse en "guardián" de la elección sexual de las parejas? El caso de los "swingers", en *LL* 2003-E.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Perrot, 1977.
- BUSSO, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, EDIAR, 1944.
- DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, París, Durand-Hachette, 1876.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.
- LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978.

## OBSERVACIONES SOBRE LA ESTRATEGIA PARA EL COMBATE DEL EMPLEO NO REGISTRADO EN LA ARGENTINA\*

FEDERICO NAHUEL DALPONTE ROIBÁS\*\*

**Resumen:** Análisis de la legislación argentina de regulación, control y sanción de la actividad empresarial en materia de trabajo no registrado a propósito de la reciente sanción de las leyes 26940 y 26941. Consideración de los resultados alcanzados desde el año 2003 y propuestas alternativas a la luz de la representación sindical en la empresa y de la estabilidad impropia del asalariado privado.

**Palabras clave:** empleo no registrado – inspección – sanción – representación sindical – estabilidad.

**Summary:** Analysis of Argentinian legislation about business activity regulation, control and punishment in matters of unregistered work concerning the recent enactment of laws 26940 and 26941. Consideration about the results achieved since year 2003 and alternative proposals in view of the union representation at the workplace and the stability of the worker of the private sector.

**Keywords:** unregistered work – inspection – punishment – union representation – stability.

El 2 de junio de 2014 el Boletín Oficial de la República Argentina publicó dos nuevas leyes: la primera de ellas, la 26940, con el objeto de promover el trabajo registrado y prevenir el fraude laboral, y la segunda, la 26941, modificatoria del régimen de sanciones por infracciones laborales. En rigor, ambas se enmarcan en una nueva avanzada para combatir la informalidad laboral, consecuencia ella de pretéritos y no menos generosos

\* Recepción del original: 28/11/2014. Aceptación: 17/3/2015.

\*\* Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

intentos con igual finalidad, pero que no han logrado penetrar el núcleo duro y consolidado de empleo no registrado.

El derecho del trabajo ha sido llamado nuevamente, a partir de la sanción de las citadas leyes, a asumir una tarea de regulación, fiscalización y sanción de la actividad empresarial que a todas luces le queda holgada. Y si bien no pareciera mala voluntad por parte de una rama con natural vocación tuitiva, es cierto y notorio que el estancamiento del índice de informalidad en los últimos años es una señal de que el inconveniente excede largamente al derecho laboral en su concepción actual. Por si acaso, basta recordar que las leyes 26940 y 26941 se suman a la ley 25877 que creó el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social, a la ley 26476 de regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado, a la creación del programa "Trabajo Registrado Digital" y, si se quiere, se suman también a las viejas leyes 24013 de regularización del empleo no registrado y 25323 de indemnización por falta de inscripción del vínculo.

El planteo, sin embargo, no es una loa a la desregulación ni a la derogación de la normativa, pero sí una advertencia de que el ensanchamiento de las bases sobre las que se desarrolla el derecho del trabajo, utilizado como régimen de control y sanción, no repercute necesariamente en una disminución de la informalidad. De hecho, en ocasiones, mayor cantidad de normas protectorias de una misma naturaleza no necesariamente implica menor fraude.<sup>1</sup>

¿Pero qué hace entonces que un Estado resuelto a terminar con el fraude, productor indiscriminado de herramientas legislativas y promotor de las más diversas facilidades para el registro de trabajadores, no logre disminuir a menos de un tercio su tasa de informalidad?<sup>2</sup> O, dicho de otra manera, ¿la acción tuitiva del Estado como veedor y sancionador de la actividad ilegítima empresarial puede determinar por sí la disminución del empleo no registrado?

A la luz de los resultados alcanzados, uno se aventuraría a decir que no, que la acción reguladora así concebida no es suficiente. Pero véase también lo que sucede con las dos principales políticas desplegadas al amparo de la nueva legislación: la inspección y la sanción. En el año 2004,

1. GODIO, J., *La incertidumbre del trabajo. ¿Qué se esconde detrás del debate sobre la estabilidad laboral en Argentina?*, Buenos Aires, Ediciones Corregidor, 1998.

2. BERTRANOU, F. y CASANOVA, Luis, *Informalidad laboral en Argentina*, Buenos Aires, Organización Internacional del Trabajo, 2013.

sancionada la ley 25877, el Ministerio de Trabajo puso en marcha el Plan Nacional de Regularización del Trabajo (PNRT) mediante una tarea ejecutada mancomunadamente con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Actualmente, la plantilla de inspectores informada por el Ministerio asciende a más de 550,<sup>3</sup> a los que deben sumarse los inspectores provenientes de las diversas provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sobre quienes recae la competencia respecto a las condiciones de trabajo, al cumplimiento de los convenios colectivos y a la observancia de las normas de higiene y seguridad. De igual modo, en el año 2013 se anunció la incorporación de 800 inspectores dependientes de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) para la detección de nuevos casos de informalidad laboral.<sup>4</sup>

Pero aun así es metodológicamente difícil saber si el número de inspectores es suficiente; en cualquier caso, en el informe presentado en 2013 sobre los resultados de la inspección en materia laboral, la Secretaría de Trabajo reveló que se "multiplicó por veinte la cantidad de inspectores del Ministerio de Trabajo en todo el país".<sup>5</sup> En ese sentido, lejos de esperar que la disminución de la informalidad se redujera en forma proporcional al 1900% de aumento de los funcionarios, al menos sí vale destacar que indudablemente no existe una relación simétrica entre la cantidad de inspectores y la tasa de empleo no registrado –al menos no una relación que pudiera demostrarse–.

La segunda de las políticas características de esta materia es la sanción, concebida al mismo tiempo como una penalización ante el incumplimiento y como un método disuasorio. Si se estudia el impacto sobre la tasa de informalidad de las normas que impusieron sanciones por fraude laboral en los períodos 1990-2003 y 2003-2013, se observa que de ninguna manera pueden establecerse relaciones concluyentes.<sup>6</sup> Hacia 1990, la tasa de empleo no registrado alcanzaba el 30%, y pese a que en noviembre del siguiente año se sancionó la ley 24013, que estableció indemnizaciones a

3. MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, "Inspección del trabajo", consultado en [www.trabajo.gov.ar] en diciembre de 2014.

4. ANSES NOTICIAS, "La ANSES dispone 800 verificadores para detectar el trabajo no registrado", septiembre de 2013, disponible en [www.noticias.anses.gov.ar].

5. MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *La Inspección del Trabajo en la Argentina 2003-2013. Acciones y resultados*, 2013.

6. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, *Trabajo no registrado: Avances y Desafíos para una Argentina inclusiva*, 2013 (Datos armonizados por el MTEySS y proyecciones nacionales sobre la base de datos del Gran Buenos Aires).

favor del trabajador no registrado, el índice de referencia subió exponencialmente: 36% en 1994, casi 38% en 1996 y 40% en 1999. A su vez, cambio de gobierno mediante, fue sancionada en octubre del año 2000 la ley 25323, cuyo artículo 1° estableció que las indemnizaciones se duplicarían cuando se tratase de una relación laboral que al momento del despido no estuviese registrada o lo estuviese de modo deficiente. No obstante ello, la tasa de informalidad alcanzó un pico de 43% hacia fines del 2002.

Dicho esto, pareciera prudente relativizar el impacto que –por sí solo– pudieron tener las leyes 25877 (2004) y 26476 (2008) en los últimos años. Desde el tercer trimestre del 2003, cuando la informalidad rondaba el 50%, el descenso fue brusco hasta llegar al 37% en 2008, pero en el segundo lustro del período el descenso solo alcanzó los tres puntos porcentuales, tan solo un cuarto del ritmo observado entre el 2003 y el 2008.

En definitiva, el régimen de sanciones, así como las medidas de fomento de la regularización espontánea, las facilidades en el pago de las contribuciones patronales o la multiplicación de las inspecciones, parecen no poder explicar individualmente ni el descenso de la tasa de informalidad ni su estancamiento. Si así fuera, bastaría con profundizar una, todas o algunas de las metodologías utilizadas. Ello no quiere decir, va de suyo, que la reciente sanción de las leyes 26940 y 26941, ambas de naturaleza sancionatoria, no puedan alcanzar en el futuro los objetivos propuestos; lo único que expresa es que la actividad de control netamente estatal es, a todas luces, insuficiente.

En consonancia, el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales dijo en su informe presentado al Gobierno Nacional en 2008: "El todavía insuficiente contralor estatal (pese a los avances registrados en el último período), la aún debilitada acción sindical en el seno de la empresa y el temor de los trabajadores a perder el empleo, hacen que el cumplimiento de deberes y obligaciones de las partes vinculadas al contrato de trabajo dependa, en buena medida, de la relación desigual e individual que se da en el seno de la empresa entre el trabajador y el empleador".<sup>7</sup>

Contralor estatal, acción sindical en la empresa y acción individual de los trabajadores, los tres pilares sobre los que se asienta la informalidad laboral. Al establecimiento de pautas, exigencias y sanciones sobre las que debe dar cuenta el empleador infractor frente al Estado, cabe preguntarse

7. VALDOVINOS, O., *et al.*, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.



entonces qué rol ocupa la asociación sindical competente en la fiscalización de irregularidades y cuál es la responsabilidad del propio trabajador –si es que tiene alguna– para reclamar su regularización.

Vale destacar en principio que la acción sindical en el seno de la empresa continúa siendo tan débil como lo era en el 2008: los datos oficiales indican que el 86% de las empresas en la Argentina no tienen delegado gremial.<sup>8</sup> Eso significa que cualquier desempleado que hoy se encuentre buscando un puesto de trabajo en el sector privado, cuenta con 9 posibilidades entre 10 de hallarlo en un establecimiento al que el sindicato no ha ingresado todavía.

El mismo informe del Ministerio de Trabajo se congratula no obstante al anunciar que esa ínfima proporción de empresas que cuentan con al menos un delegado de planta emplea al 39% de los asalariados. Verdad es, debe decirse, que la cifra se encuentra entre las mejores de la región, pero no es menos cierto que si la tasa de informalidad entre los asalariados privados es del 34%, es lógico pensar que esos mismos asalariados son los que integran ese 61% que se desempeña en establecimientos donde la presencia sindical es nula.

Atento entonces a que el sindicalismo argentino desconoce lo que sucede a diario en casi el 90% de los establecimientos del país, quien escribe se pregunta por qué el Poder Ejecutivo procura por todos los medios reducir la informalidad laboral pero se resiste a readecuar un imperante modelo sindical que entorpece la libertad de agremiación y desampara a los delegados de planta de las organizaciones minoritarias.

Lo dicho, amén de ser una ostensible incoherencia, desobedece lo dicho por la Organización Internacional del Trabajo en numerosas recomendaciones y lo advertido por la Corte Suprema en también abundantes fallos. El máximo tribunal ha sido tajante al analizar la ley 23551 de Asociaciones Sindicales a la luz de la Constitución Nacional y de los convenios internacionales, tornando equiparable, en cuanto a los efectos de la representación gremial en la empresa, a los sindicatos mayoritarios (con personería gremial) con los minoritarios (simplemente inscriptos).<sup>9</sup> El ac-

8. MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Representación sindical en los lugares de trabajo*, 2013.

9. GARCÍA, H., "La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo "ATE": muchas preguntas y algunas respuestas", en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores (Número Extraordinario), 2009, pp. 145-178.

tual modelo basado en el robustecimiento deliberado por parte del Estado de los sindicatos con mayor cantidad de afiliados y en el debilitamiento –también deliberado– de los sindicatos minoritarios implica, entre otras cosas, que para que la ley proteja a un delegado de base, este debe ser indefectiblemente miembro del sindicato mayoritario.

Para favorecer en consecuencia la tarea de fiscalización en los lugares de trabajo sería prudente readecuar la norma citada y promover un nuevo escenario de proliferación de la representación gremial. Resulta insostenible, para cualquiera que verdaderamente pretenda combatir el empleo no registrado, multiplicar la cantidad de inspectores dependientes del Ministerio de Trabajo pero obstaculizar la tarea desempeñada por las asociaciones sindicales simplemente inscriptas. La ausencia de representación gremial en la empresa al amparo de un modelo de sindicato único impuesto por ley no asegura por sí mismo el aumento de la tasa de informalidad, pero es dable pensar que a mayor presencia sindical le corresponde una menor evasión de la normativa.

En efecto, es esa misma presencia la que permitiría combatir atropellos que resulten materialmente inalcanzables para los inspectores de la administración pública, como la simulación laboral o el denominado "trabajo en gris", que refiere a un registro indebido de tipo parcial, cuya detección solo es posible mediante un control permanente de la relación. Presente un delegado de base en el seno de la empresa, mal podría desconocer, por ejemplo, que un compañero suyo registrado como trabajador a tiempo parcial cumple en realidad con la jornada completa.

Asimismo, similar análisis merece lo que acontece en la relación Estado-Trabajador-Empleador. La ley 24013 instauró el mecanismo de reclamo individual contra la falta de registro –con la consecuente sanción económica para el empleador–, pero fundamentado en última instancia en el íntimo coraje que pudiese tener el trabajador, lo que lógicamente no impactó en la tasa de informalidad.

Configurada la intimación, el Artículo 15° de la citada ley previó, como todo resguardo al denunciante, que "si el empleador despidiere sin causa justificada al trabajador dentro de los dos años desde que se le hubiere cursado de modo justificado la intimación prevista en el artículo 11, el trabajador despedido tendrá derecho a percibir el doble de las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido".

Esto lleva necesariamente a hacer algunas consideraciones. En primer término, resulta insostenible que el propio Estado invite a los trabajadores

no formalizados a reclamar individualmente su regularización con el único reaseguro de cobrar una indemnización doble en caso de que su empleador pretenda despedirlo como represalia. Misma invitación –paga, eso sí– al despido del trabajador denunciante por parte de su empleador fue materializada en la campaña encarada por la AFIP en 2011, bajo el sugestivo slogan «en tu trabajo exigí estar en blanco».

Eso lleva a la segunda consideración: si la fiscalización y la sanción son insuficientes para combatir la informalidad, si la legislación en materia de asociaciones sindicales no facilita la tarea de control en las empresas por parte de los gremios y si el Estado considera atinado desplazar su responsabilidad reguladora hacia el reclamo individual, lo mínimo que puede exigir el asalariado privado es una garantía de que no será removido de su puesto sin justa causa.

Ello, que pareciera una transformación impensada para la tradición jurídica argentina, tiene un costado naturalmente práctico: en un país con frecuentes crisis económicas, con una persistente rotación del empleo, con una tasa consolidada de informalidad y con un sistema de prestación por desempleo defectuoso,<sup>10</sup> es francamente impensado que un trabajador no registrado intente a su empleador si eso conlleva la posibilidad de ser despedido.

El pago indemnizatorio previsto por la ley 24013 no es un recurso inagotable, por lo que lejos de compensar en toda su extensión la realidad del despedido, lo arrastrará más temprano que tarde a buscar una nueva fuente de ingresos. Pero ¿qué sucede incluso si el empresario infractor desconoce el vínculo laboral y obliga al trabajador a recurrir a los tribunales con resultado incierto para cobrar recién en un futuro impreciso? En rigor, es mucho más probable que el trabajador no registrado denuncie su situación solo si está respaldado por un Estado capaz de garantizarle que, asumida la existencia del vínculo, su empleador no podrá despedirlo.

La vigente "estabilidad impropia", que nada tiene de estabilidad y cuyo único efecto consiste en que el empleador se libera de un trabajador contra el pago de una indemnización tarifada, emerge como impotente para afrontar los niveles actuales de informalidad. Es preciso, en consecuencia, dotar al asalariado del sector privado de una protección equivalente al del empleado público. Al respecto, Luis María Jaureguiberry, miembro infor-

10. Mediante Decreto 267/2006, el Poder Ejecutivo Nacional fijó la prestación por desempleo en la suma máxima de \$400.

mante en la Convención Constituyente de 1957, destacó oportunamente la distinción entre la protección contra el despido arbitrario, plasmada en el Artículo 14° bis de la Constitución, y la protección contra el desempleo, dado por el pago indemnizatorio. "Un trabajador puede ser permanente y no ser estable, para que esto último ocurra es indispensable que medie una limitación a la facultad discrecional del patrón de poner fin a la relación de trabajo, vale decir que exista una protección jurídica contra el despido".<sup>11</sup> Resulta paradójico, pues, que el término "protección" –como cuando uno se protege del frío o de las enfermedades– pueda ser entendido en un sentido distinto al de evitar que la consecuencia indeseada se produzca. Ningún sensato puede pensar que proteger a alguien contra el despido, contra la enfermedad o contra el frío, significa dejar que el despido, la enfermedad o el frío se toleren pasivamente, pero resarcido posteriormente el daño producido.

Misma postura adopta el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo al proponer en su artículo 4° que "no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada". No obstante, a punto de cumplir tres décadas de vigencia, por supuesto la Argentina jamás estuvo dispuesta a ratificar dicho convenio, ora por falta de convicción ideológica, ora por falta de creatividad.

Es cierto también que en estos tiempos la acción legislativa del Estado parece incapaz de inventar mecanismos originales para el control y sanción de la falta de registro laboral. Pero es igualmente cierto que ello equivale a solo una parte de las acciones posibles: la ratificación del Convenio 158 de la OIT, por ejemplo, no podría considerarse como una medida antifraude, pero el entramado de consecuencias jurídicas que de él se derivan sí. Y, a su vez, la modificación de la ley 23551 de asociaciones sindicales, adaptándose a los criterios constitucionales marcados por la Corte Suprema, también podría repercutir en un descenso de la tasa de informalidad, no por un mayor control estatal a las empresas, sino por la posible revitalización de la actividad gremial en los establecimientos.

Se verá entonces que la nueva insistencia marcada por las leyes 26940 y 26941 en los métodos tradicionales de control y sanción de la actividad empresarial irregular no necesariamente conllevará los efectos buscados; al

11. JAUREBUIBERRY, L. M., *El artículo nuevo*, Santa Fe, Ediciones Castellví, 1957.

menos no hasta tanto se decida democratizar el poder dentro de cada uno de los establecimientos.

Será el tiempo quien demuestre lo cierto.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANSES NOTICIAS, "La ANSES dispone 800 verificadores para detectar el trabajo no registrado", septiembre de 2013.
- BERTRANOU, F. y CASANOVA, Luis, *Informalidad laboral en Argentina*, Buenos Aires, Organización Internacional del Trabajo, 2013.
- GARCÍA, H., "La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo "ATE": muchas preguntas y algunas respuestas", en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores (Número Extraordinario), 2009.
- GODIO, J., *La incertidumbre del trabajo. ¿Qué se esconde detrás del debate sobre la estabilidad laboral en Argentina?*, Buenos Aires, Ediciones Corregidor, 1998.
- JAUREBUIBERRY, L. M., *El artículo nuevo*, Santa Fe, Ediciones Castellví, 1957.
- MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Inspección del trabajo*, 2014.
- *La Inspección del Trabajo en la Argentina 2003-2013. Acciones y resultados*, 2013.
  - *Trabajo no registrado: Avances y Desafíos para una Argentina inclusiva*, 2013.
  - *Representación sindical en los lugares de trabajo*, 2013.
- VALDOVINOS, O., et al., *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.



## LAS INSCRIPCIONES DE NACIMIENTO IGUALITARIAS\*

DAMIÁN JONATAN PSZEMIAROWER\*\*

**Resumen:** Las estructuras familiares se encuentran en permanente cambio. El derecho de familia evoluciona a la par de los nuevos desafíos que se le presentan. Un tema que recientemente ha emergido como cuestión novedosa son las inscripciones registrales de nacimientos de hijos en familias de lesbianas, gays y bisexuales. Aquí se presentan las herramientas jurídicas y los instrumentos legales que han sido desarrollados sobre esta cuestión.

**Palabras clave:** familia – lesbiana – gay – nacimiento – registro.

**Summary:** Family structures are permanently changing. Family law evolves with the appearance of new challenges. An issue that has recently appeared as a new matter is the registration of children's birth in gay, lesbian and bisexual families. The legal tools which have been developed about this point are presented here.

**Keywords:** family – lesbian – gay – birth – registration.

### I. INTRODUCCIÓN

Las transformaciones sociales, culturales e institucionales que ocurren en las sociedades contemporáneas occidentales marcan los lineamientos que siguen los actuales desarrollos jurídicos relativos a las familias. El presente ensayo describe los últimos avances referidos a las inscripciones registrales de nacimientos de hijos en familias lésbicas, gays y bisexuales en la República Argentina.

Actualmente, la familia puede ser concebida como aquel grupo de personas que, atribuyéndose mutuamente la calidad de familiares, interactúan

\* Recepción del original: 25/12/2014. Aceptación: 17/4/2015.

*Agradezco a María Rachid, Flavia Massenzio y a mi familia.*

\*\* Abogado (UBA).

en forma cotidiana y permanente, a fin de asegurar mancomunadamente la preservación de su vida y el cumplimiento de todas aquellas prácticas que coadyuven a la optimización de su posición social.<sup>1</sup>

La familia es una institución flexible y dinámica que se ha adaptado a diversas circunstancias a lo largo de la historia, habiéndose situado en la intersección entre las aspiraciones y deseos individuales, y las relaciones de los sujetos con la sociedad.<sup>2</sup> La interacción entre factores económicos, sociales y culturales, entre los que es posible mencionar las etnias, religiones, leyes de sucesión, matrimonio y divorcio, e intervenciones estatales de regulación, incentivo o desarticulación, ha configurado múltiples estructuras familiares a lo largo de la historia y lo ancho del globo.<sup>3</sup>

## II. LAS FAMILIAS LÉSBICAS Y GAYS

Los estudios sociales señalan que la integración y extensión de las familias han variado sustancialmente durante los últimos 50 años.<sup>4</sup> El antiguo paradigma familiar ligado al matrimonio heterosexual monogámico,<sup>5</sup> que aun circula como representación colectiva en el imaginario social de nuestra época, claramente ha perdido asidero en la sociedad contemporánea.<sup>6</sup>

A partir de la década de 1960, producto de intensos y progresivos cambios sociales, los expertos notan la conformación de un nuevo paradigma en occidente denominado como la familia 'contemporánea' o 'posmoderna'.<sup>7</sup> En este confluyen múltiples estructuras familiares que

1. WEEKS, J., *Lenguajes de la sexualidad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2012.

2. GIDDENS, A., *La transformación de la intimidad: sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, Madrid, Cátedra, 1995.

3. BOSWELL, J., *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, Nueva York, Vintage Books A Division of Random House Inc., 1994.

4. TORRADO, S., *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2003. Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Hacienda - GCBA), Nupcialidad en la Ciudad Buenos Aires 1990-2011, Buenos Aires, 2012.

5. Sobre nuevas estructuras familiares y su influencia en las identidades sexuales véase D'EMILIO, J., "Capitalismo e identidad gay", en *Revista Nuevo Topo*, N° 2, 2006, pp. 57-74.

6. MILLER, A., *Sexualidad y Derechos Humanos: documento de reflexión*, Ginebra, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010.

7. El punto de inflexión generalmente señalado es la aparición de las modernas tecnologías de anticoncepción –preservativos y pastillas anticonceptivas– y de reproducción –la fertili-



coexisten dentro de las mismas culturas y espacios, entre los cuales empiezan a visibilizarse las primeras familias de gays y lesbianas, es decir, aquellas cuyos progenitores forman una unión entre 'personas del mismo sexo'.<sup>8</sup>

Las nuevas configuraciones familiares exigen nuevas normas de regulación social. En consecuencia, el derecho de familia se encuentra adaptándose constantemente para aproximarse a la realidad social.<sup>9</sup>

En dicho contexto, luego de movilizaciones populares con una fuerte impronta de reivindicación por parte del colectivo LGBTI,<sup>10</sup> el 15 de julio de 2010 se sancionó en la República Argentina la ley 26618, conocida como "Ley de Matrimonio Igualitario", que modificó el Código Civil habilitando el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Su artículo 36 dispuso que, en los casos de matrimonios de personas del mismo sexo, los hijos fueran inscriptos con el nombre y apellido de la madre y su cónyuge. Sin embargo esa disposición pronto resultó insuficiente, ya que no se habían previsto diversos supuestos, tales como aquellos relativos a los hijos de parejas lésbicas no casadas o los hijos de parejas gays.

### III. LA CONTROVERSIJA JURÍDICA

En un primer momento, el Registro Civil realizó una interpretación taxativa de dicha norma. Sostuvo que los artículos 240 y 250 del Código Civil preven únicamente dos tipos de filiación, por naturaleza y por adopción y alegó que el artículo 45 de la ley 26413 establece: "*no po-*

---

zación *in vitro*— que permiten separar efectivamente la actividad sexual como búsqueda de placer, del acto reproductivo. ROUDINESCO, E., *La familia en desorden*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

8. En este texto la expresión 'personas del mismo sexo' ser refiere —siguiendo el lenguaje jurídico— a quienes han sido asignados con el mismo sexo al nacer. Las parejas lésbicas se consideran compuestas por dos personas de sexo femenino y las parejas gays por dos de sexo masculino, independientemente de la autoidentificación con dichos rótulos.

9. GERLERO, M. y PEDRIDO, O., "Familias, Derecho y Sexualidad: elementos teóricos para un estudio de las familias lésbica-gay" en *XI Congreso de Sociología Jurídica*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010.

10. En este ensayo las siglas 'LGBTI' aluden, en forma amplia, al espacio integrado por personas lesbianas, gays, bisexuales, trans, transgénero, travestis, transexuales, intersex, queer y cualquier otro grupo categorizado en base a una sexualidad no heteronormativa.

*drán inscribirse reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo*". Además consideró a la voluntad procreacional como un instituto jurídico inaplicable porque entre otras razones niega el nexo biológico entre los progenitores y sus hijos, olvidando que este no representa un obstáculo para que en las parejas heterosexuales que se someten a tratamientos con donantes de esperma anónimos, luego el padre reconozca al niño en los términos del artículo 281 del Código Civil.

Ante este nuevo escenario, las organizaciones sociales, como la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, rápidamente reaccionaron interponiendo acciones de amparo a fin de que se obtuviera por parte de los tribunales el reconocimiento de los vínculos filiatorios.

Tales demandas se fundaron en tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional según lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución,<sup>11</sup> y en la cláusula de no discriminación prevista por el artículo 42 de la ley 26618, que dispone que todas las normas del ordenamiento jurídico deben entenderse aplicables indistintamente a los matrimonios de personas de distinto y del mismo sexo, garantizando la igualdad de derechos y obligaciones.<sup>12</sup>

Los argumentos jurídicos de dichas acciones giraron principalmente en torno al interés superior de los niños, niñas y adolescentes,<sup>13</sup> el derecho a formar una familia y a su debido reconocimiento legal,<sup>14</sup> el derecho a la vida privada,<sup>15</sup> el derecho a la identidad,<sup>16</sup> y finalmente, el derecho a la

11. GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina – comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

12. La articulación de los argumentos consta en las actas de audiencia y las resoluciones judiciales de los expedientes citados luego.

13. Art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), Arts. 5 Inc. b) y 16 Inc. d) de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, y la Ley 26.061.

14. Art. 17 de la Convención Americana, Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante 'Declaración Universal'), Art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante), Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC en adelante), y Arts. 6, 7 y 8 de la CDN.

15. Arts. 7 y 11 de la Convención Americana, Art. 12 de la Declaración Universal, Art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ('Declaración Americana' en adelante), Art. 17 del PIDCP.

16. Art. 19 de la Declaración Americana, Art. 24 del PIDCP y Arts. 8 y 9 de la CDN.

igualdad y la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad o expresión de género.<sup>17</sup>

En las familias lésbicas y gays por razones biológicas es generalizado el uso de técnicas de reproducción asistida.<sup>18</sup> Como explica la doctrina, en estos casos no es el dato biológico sino la voluntad procreacional la causa eficiente del nacimiento. El aporte de los demás actores es fungible y no es verdadera causa eficiente del nacimiento en cuestión. El hijo nace precisamente por la exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante, ya que sin ella ese hijo no hubiera existido.<sup>19</sup>

Asimismo, se sostuvo que la filiación, como un instituto del derecho de familia, debe estar siempre y prioritariamente dirigida a proteger los derechos de los niños para dar cuenta de quiénes son y cómo se origina su pertenencia a una familia determinada. En caso contrario, la filiación pasa a formar parte de paradigmas esencialistas, incapaces de adecuarse jurídicamente a la dinámica social imperante.<sup>20</sup> En los casos analizados

17. Arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", 24 de febrero de 2012, serie C, No. 239, Párr. 91. La Asamblea General de las Naciones Unidas desde el 15 de junio de 2011 ha interpretado que el principio de no discriminación se aplica también a la orientación sexual e identidad de género. El Comité de Derechos Humanos ha calificado la orientación sexual como una categoría sospechosa desde que en 1994 se expidió en "Toonen vs. Australia". En la misma línea están las observaciones generales 14, 15, 18, 19 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las 2 y 3 del Comité contra la Tortura, las 27 y 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y las 3, 4, 13 y 14 del Comité de los Derechos del Niño. En el sistema interamericano, la Organización de los Estados Americanos, a partir de la Resolución número 2435 del 3 de junio 2008 y sus consecutivas, ha considerado como categorías sospechas a la orientación sexual y la identidad de género.

18. El conjunto de métodos o técnicas médicas que a través de la unión de gametos conducen a facilitar o sustituir los procesos biológicos que se desarrollan durante la procreación humana. Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lamm, "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino", en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus, I, N° 1, 2012, pp. 3-45.

19. FAMA, M. V., "El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y comercial de la nación", en *Lecciones y Ensayos*, N° 90, 2012, pp. 171-195.

20. El instituto de la filiación ha evolucionado en esta dirección. En el texto originario del Código Civil, los ilegítimos hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tenían legalmente padre ni madre ni pariente alguno por parte de ellos, ni derecho a hacer investigaciones judiciales sobre su paternidad o maternidad.

la justicia ha entendido que el interés de los niños resulta mejor protegido con la constitución del doble vínculo filial, pues el niño tendrá los derechos derivados de un vínculo jurídico de tal naturaleza respecto de ambos progenitores con quienes afectivamente tiene un trato filial.

#### IV. DESARROLLOS JURÍDICOS

Como resultado de dichas acciones, se ha avanzado paulatinamente hacia el pleno ejercicio de los derechos humanos en materia de parentesco por parte de los integrantes de familias lésbicas y gays. Los desarrollos jurídicos presentados a continuación han reconocido los vínculos filiales existentes, aun aquellos no previstos expresamente en la ley 26618.

Uno de ellos es la Resolución 38-SSJU-2012, dictada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que instruyó al Registro Civil que proceda a inscribir a los hijos de familias de parejas de personas del mismo sexo, sin adicionar ningún tipo de constancias lesivas o discriminatorias, prohibiendo mencionar la orientación sexual de los progenitores. Asimismo, previó la admisión de la inclusión del apellido del progenitor no biológico, y la supresión en los formularios –y en todos los documentos oficiales– de cualquier distinción que pueda hacer diferencias entre los solicitantes de parejas de distinto o del mismo sexo.<sup>21</sup> La aplicación administrativa de dicha resolución ha permitido a parejas de mujeres casadas realizar la inscripción respectiva.<sup>22</sup>

Otro de los desarrollos ha sido un acuerdo judicial en el marco de un proceso colectivo, que fue iniciado por la Asociación Labrys contra el Gobierno de la Ciudad respecto de los nacimientos ocurridos con anterioridad a la Ley 26618, así como también respecto de aquellos en los que las parejas lésbicas no estén casadas.<sup>23</sup> El acuerdo arribado estableció que en

21. Según artículo 241 del Código Civil. En 1954, la ley 14.367 suprimió las discriminaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

22. La Resolución fue una respuesta a la jurisprudencia que reconocía el derecho de las parejas lésbicas a una inscripción igualitaria de hijos nacidos antes de la Ley de "Matrimonio Igualitario". Véase la sentencia del 24 de junio de 2011 en "Vilches A. F. c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 40850), Juzgado CAyT CABA N° 15, y la sentencia de primera instancia en "Monjaime Y. M. y otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 39998), Juzgado CAyT CABA N° 6.

23. En un matrimonio heterosexual, el cónyuge varón no tendría ninguna dificultad en reconocer al hijo nacido con anterioridad a la celebración del matrimonio mediante el simple reconocimiento administrativo previsto en el artículo 248 del Código Civil.

todos los casos de copaternidad y comaternidad anteriores al dictado de la resolución mencionada, sin importar el estado civil de los solicitantes, se disponga la rectificación de la respectiva partida de nacimiento, previa orden judicial. Es decir, cada una de las parejas debe realizar una presentación judicial simple solicitando la inscripción complementaria, a fin de que el juzgado interviniente oficie al Registro para que proceda a realizar dicha inscripción o rectificación.<sup>24</sup>

Sin embargo, dado que en la Argentina los registros civiles dependen de cada una de las jurisdicciones locales, el acuerdo indicado tiene efectos limitados al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Cabe añadir que, parcialmente dichas inscripciones están contempladas en la norma transitoria tercera del artículo 9 de la ley 26994 que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial.

Distinto ha sido el tratamiento jurisprudencial de las inscripciones de copaternidad, es decir, nacimientos de hijos en parejas gays cuando ellos decidieron formar una familia a través de la técnica de reproducción asistida conocida como 'gestación por sustitución'.<sup>25</sup> Dado que dicha técnica no se encuentra regulada en la Argentina, muchas parejas decidieron recurrir a ella en otros estados, tales como Rusia, La República de la India, el estado de Tabasco en México o ciertos estados de Estados Unidos.

En estos casos, la inscripción del nacimiento ha atravesado distintos procesos de acuerdo con el lugar en donde se haya realizado la técnica, la legislación allí vigente y su interacción con el derecho local.<sup>26</sup> En algunos estados, como por ejemplo Los Ángeles, las partidas de nacimiento ya consignan los nombres de ambos progenitores, por lo que simplemente hay

24. Acta de acuerdo del 29 de junio de 2012 en la causa "Labrys Asoc. Civil c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 42055) del Juzgado CAyT CABA N° 5.

25. Existen diversos términos tales como "alquiler de vientres", "subrogación de vientres", "maternidad subrogada" y "gestación subrogada".

26. La posibilidad de regresar al país está condicionada a la expedición de un pasaporte provisorio del recién nacido. En los casos analizados, dicha documentación es expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores por orden judicial como parte de medidas cautelares, adoptadas con carácter previo o simultáneo a la inscripción registral. Las particularidades del Reglamento Consular, la inscripción de nacimientos de nacionales producidos en el extranjero y su registro en el libro de extraña jurisdicción con asiento en el Registro Civil porteño merece un análisis autónomo que excede el marco del presente trabajo. Especialmente ilustrativa es la resolución adoptada en la causa "Ríos, R. D c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. A71540-2013) del Juzgado CAyT CABA N° 13.

que pedir la nacionalización de los niños. Sin embargo en otros lugares, los certificados o partidas solo consignan a uno de ellos, como sucede en Florida, México o la India, y los padres tuvieron que recurrir a la jurisdicción local para que, el estado les reconozca su calidad coparental y ordene la inscripción de aquel progenitor que no se encontraba inscripto.<sup>27</sup>

## V. CONCLUSIÓN

Los debates jurídicos –y sociales, culturales y políticos– analizados demuestran que los desarrollos jurídicos son el resultado de las transformaciones en las estructuras familiares de nuestra sociedad.

La administración ha hecho una interpretación de la legislación de fondo que no se compadece con el espíritu de la ley 26618 ni con el derecho internacional de los derechos humanos.

Las acciones judiciales estudiadas han permitido avanzar hacia desarrollos jurídicos que garantizan el reconocimiento en condiciones de igualdad de las familias lésbicas, gays y bisexuales.

Sin embargo, las inscripciones de nacimientos de hijos en familias lésbicas, gays y bisexuales no deberían estar sometida a una obligada judicialización, porque los obstáculos propios que impone el acceso a la jurisdicción generan una fuerte restricción a los derechos fundamentales.

Por ello, a fin de evitar la judicialización de las inscripciones de nacimientos en familias de lesbianas, gays y bisexuales, la legislación debería ser modificada para contemplar los diversos supuestos que no fueron expresamente incluidos en el artículo 36 de la ley 26618.

## BIBLIOGRAFÍA

BOSWELL, John, *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, Nueva York, Vintage Books A Division of Random House Inc., 1994.

D'EMILIO, John, "Capitalismo e identidad gay", en *Revista Nuevo Topo*, N° 2, 2006, pp. 57-74.

27. Entre otros, "Dermgerd, C. G. y Otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 44004), "Marriens, A. C. y Otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 46288), "García Bonini, F. D. y Otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. 44003), "Lillo, R. R. y otros c/ GCBA s/ Amparo" (Exp. A16-2013), todos con trámite en la Justicia CAyT CABA.

- Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Hacienda - GCBA), *Nupcialidad de en la Ciudad Buenos Aires 1990-2011*, Buenos Aires, 2012.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina – comentada y concordada*, 4ª Ed. 1ª Reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008.
- GERLERO, Mario y PEDRIDO, Odile, *Familias, Derecho y Sexualidad: elementos teóricos para un estudio de las familias lesbica-gay*, XI Congreso de Sociología Jurídica, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010.
- GIDDENS, Anthony, *La transformación de la intimidad: sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, Madrid, Cátedra, 1995.
- MILLER, Alice, *Sexualidad y Derechos Humanos: documento de reflexión*, Ginebra, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010.
- ROUDINESCO, Élisabeth, *La familia en desorden*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- TORRADO, Susana, *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2003.
- WEEKS, Jeffrey, *Lenguajes de la sexualidad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2012.





**TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O.  
ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN**



## UN ENSAYO FILOSÓFICO SOBRE LAS CONSTITUCIONES DE VENEZUELA, BOLIVIA Y ECUADOR\*

MATÍAS MANUEL RINGA \*\*

**Resumen:** En este trabajo se analiza la filosofía política de los nuevos procesos constitucionales de Venezuela, Bolivia y Ecuador. Para ello se pone de manifiesto la participación de los nuevos actores sociales que intervienen en el desarrollo y deliberación de las nuevas constituciones. De esta forma aparece una nueva cosmovisión del mundo jurídico-político, alejado de las visiones de las élites económicas y políticas que imperaron en la formación de los Estados-nación latinoamericanos.

**Palabras clave:** neoconstitucionalismo latinoamericano – movimientos sociales – liderazgos políticos – socialismo del siglo xxi – nuevo paradigma del estado – razón plebeya y revolucionaria.

**Summary:** This paper analyzes the political philosophy of the new constitutional processes of Venezuela, Bolivia and Ecuador. There is a manifest participation of new social actors involved in the development and discussion of the new constitutions. A new worldview of the legal-political world appears out of the visions of economic and political elites that prevailed in the formations of Latin American nation states.

**Keywords:** latinneoconstitutionalism – social movements – political leadership – xxi century socialism – new state paradigm – plebeian and revolutionary reason.

\* Recepción del original: 10/11/2015. Aceptación: 24/3/2015.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA).

Este trabajo fue presentado, con modificaciones, en el curso del CPO orientado a la investigación "La Filosofía del Colonialismo Legal", a cargo del Dr. José María Monzón en junio de 2013. En este sentido, debo agradecer profundamente su ayuda, ya que constantemente me brindó bibliografía y un notable seguimiento a mi trabajo de investigación. Quien quiera consultar, criticar o dejar un comentario sobre mi trabajo puede hacerlo en el siguiente correo electrónico: m.m.ringa@hotmail.com.

## I. INTRODUCCIÓN

*“La abolición efectiva de la esclavitud, la plena realización del ideal, será factible cuando se establezcan las condiciones materiales que la hagan innecesarias”.*

Arturo E. Sampay,  
*Constitución, Justicia y Revolución (1974)*

El presente trabajo tiene por objeto desarrollar un breve bosquejo sobre la filosofía constitucional latinoamericana en sintonía con los nuevos procesos sociales y políticos que ha tenido nuestra región en las últimas décadas. Principalmente he analizado las constituciones más radicales y originales por su contenido –las de Venezuela, Bolivia y Ecuador–, ya que intentan repensar los esquemas básicos de la configuración del Estado y los derechos de los ciudadanos.

En primer lugar, he procurado realizar un análisis histórico y geopolítico de la coyuntura mundial y regional, haciendo hincapié en los países mencionados. Entiendo que es importante realizar este análisis ya que es muy difícil entender todos estos nuevos procesos constitucionales si no se los aborda desde una perspectiva histórica y geopolítica.

En segundo lugar, trataré de describir las principales características de las nuevas constituciones y su implicancia como nuevo paradigma constitucional a nivel regional y mundial. Para ello, pondré de manifiesto la influencia de un actor político-social, que ingresó en la escena política en este nuevo periodo: los movimientos sociales. Ellos fueron los protagonistas esenciales en la creación del nuevo contenido normativo y filosófico de estas nuevas constituciones. En ellas ya no están plasmados proyectos políticos de las élites locales oligárquicas e ilustradas que dieron forma a los Estados- nación latinoamericanos, sino más bien, de la multitud<sup>1</sup> des-

1. Cuando me refiero a “multitud” hago referencia al concepto que desarrolla Álvaro García Linera y no el de Antonio Negri y el de Michael Hardt. En este sentido, para Linera la “multitud” comprende a la “asociación de asociaciones de varias clases e identidades sociales sin una hegemonía única en su interior”, en estas “[...] pueden sumarse campesinos, regantes, estudiantes, obreros sindicalizados, desocupados, intelectuales, individuos sueltos, y la hegemonía se mueve alrededor de temas, de circunstancias, movilizaciones temáticas [...]”. Hago especial hincapié en esto porque existe una polémica en torno a este concepto. Atilio Borón manifiesta que es un concepto “sociológicamente vacío” ya que “evacúa el concepto de clase y lucha de clases”, y por otro lado, Alan Rush afirma que el mismo “peca de pro-

poseída y explotada que resistió desde finales de los setenta al sistema neoliberal.

En tercer lugar, me abocaré con mayor profundidad a desentrañar la nueva filosofía política que está implícita en estas nuevas constituciones, que en el fondo son los ejes sustentadores del cuestionamiento a las antiguas formas de dominación política-social.

Finalmente, esbozaré unas conclusiones con referencia a todo el trabajo realizado y propondré algunas líneas a modo de síntesis.

## II. MARCO HISTÓRICO Y GEOPOLÍTICO

Se han desarrollado nuevos procesos sociales en América Latina que responden a largas décadas de luchas contra el sistema neoliberal que asoló a nuestros países, desde las dictaduras militares hasta las democracias subordinadas al poder económico de las corporaciones nacionales y transnacionales: la guerra del gas y el agua en Bolivia y el caracazo en Venezuela son ejemplos claros de estos conflictos. Los enfrentamientos se realizaban a un sistema que liberó al mercado del control estatal y privó a este último de sus funciones sociales, convirtiendo en hegemónico al principio de mercado: flexibilidad laboral, liberación del comercio y el mercado, reducción de la intervención Estatal y privatizaciones de áreas estratégicas del Estado. Este período histórico puede situarse en lo que de Sousa Santos expresa como "capitalismo desorganizado": *"El dramático crecimiento de los mercados mundiales va parejo con la aparición de sistemas de producción universales y agentes económicos (compañías multinacionales) que socavan la capacidad del Estado para regular el mercado a un nivel nacional. La industrialización del tercer mundo, la expansión de la subcontratación y franquicias internacionales, y la ruralización de la industria han contribuido conjuntamente a destruir la configuración espacial de la producción y reproducción en los países centrales"*.<sup>2</sup>

---

ductivismo y 'obrerismo'" (ambos en referencia al concepto que explicitan Negri y Hardt). Para mayor profundidad véase STEFANONI, P., *Álvaro García Linera: pensando Bolivia entre dos siglos*, consultado en [<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/linera/01stef.pdf>] el 15/06/2013, y RUSH, A., "La teoría posmoderna del Imperio (Hardt&Negri) y sus críticos", en BORÓN A. A. (comp.), *Filosofía política contemporánea, Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía*, Buenos Aires, CLACSO, 2003, pp. 285-303.

2. SANTOS, B. de S., "La transición postmoderna. Derecho y política", pp. 233-237, con-

Del mismo modo, también existe una "crisis de la forma misma del Estado-nación revelada por la erosión de la democracia liberal burguesa expresada en la centralización del poder, la creciente conversión de la política electoral en simulacro *mass-mediático*, la crisis de legitimación demostrada en la falta de participación electoral, y la emergencia de formas locales y extra-estatales de autoridad".<sup>3</sup>

Por otro lado, en este nuevo siglo aparece en escena un nuevo orden social de dominación, es decir, ya no podemos hablar netamente de "imperialismo" como fue entendida la dominación en el siglo XIX por los países europeos (principalmente Gran Bretaña) y en el siglo XX por Estados Unidos, en donde había un centro de poder específico que ejercía su dominación sobre los países extranjeros. En esta nueva era el factor de dominación está también representado por lo que Antonio Negri y Michael Hardt han llamado "imperio":

*"El concepto de imperio se caracteriza principalmente por la falta de fronteras: el dominio del imperio no tiene límites [...] el concepto de imperio propone un régimen que efectivamente abarca la totalidad espacial o que, más precisamente, gobierna todo el mundo "civilizado" [. l el imperio no presenta su dominio como un momento transitorio dentro del movimiento de la historia, sino como un régimen que no tiene fronteras temporales y, en este sentido, está más allá de la historia [.] El objeto de su dominio es la vida social en su totalidad; por consiguiente, el imperio presenta la forma paradigmática del biopoder"*.<sup>4</sup>

Asimismo, Alan Rush nos dice que hoy concurren –como también lo sugiere Claudio Katz– en el orden mundial una "mixtura" entre diferentes centros de poder: "*globalistas, concurrencistas y superimperialistas o hegemónicas*".<sup>5</sup> Para ello da un ejemplo esclarecedor:

"[...] las agencias globales como el FMI, el BM, la OTAN, etc., están mayormente controladas por el G8, que en su interior reconoce la hege-

sultado en [[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Transicion\\_Postmoderna\\_Doxa6.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Transicion_Postmoderna_Doxa6.PDF)] el 15/06/2013.

3. LAO-MONTES, A., "Las actuales insurgencias políticas-epistémicas en las Américas: giros a la izquierda, giros anti imperiales, giros de-coloniales", en *Comentario Internacional: Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n° 7, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 175.

4. NEGRI, A. y HARDT, M., *Imperio*, Buenos Aires, Paidós SAICF, 1ª reimpresión de la 2ª Ed., 2012, pp. 17-18.

5. RUSH, A., *op. cit.*, p. 294.

monía, pero no el poder absoluto superimperialista, de Estados Unidos. Al interior de esas agencias globales se dirime la competencia por el control comercial-militar de las diversas regiones periféricas, etc".<sup>6</sup>

A su vez, el "contraimperio"<sup>7</sup> que proponen Negri y Hardt está empezando a surgir en América Latina. Actualmente, esa estrategia globalista, es plasmada institucionalmente a través de sus nuevas cartas magnas construidas desde "abajo" y de las nuevas organizaciones regionales como la UNASUR (Unión de Naciones Sudamericanas), el ALBA (Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América) y la CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños)<sup>8</sup> que son "estructuras materiales de integración". En este sentido, Atilio Borón haciendo referencia a la segunda cumbre presidencial de la CELAC realizada en la Habana, añade:

*"La transición geopolítica internacional en curso, y que se manifiesta en el desplazamiento del centro de gravedad de la economía mundial hacia el Asia-Pacífico; la declinación del poderío global de Estados Unidos; el irreparable derrumbe del proyecto europeo; la persistencia de la crisis económica estallada a fines del 2007 y que sólo parece acentuarse con el paso del tiempo y la permanencia de un "orden" económico mundial que concentra riqueza, margina naciones y profundiza la depredación del medio ambiente han actuado como poderosos alicientes para remover la inicial desconfianza que muchos gobiernos tenían en relación con la Celac. La cumbre de La Habana es un nuevo paso hacia su definitiva institucionalización"*.<sup>9</sup>

Para comprender estos procesos constitucionales debemos, en primer

6. *Ibíd.*

7. NEGRI, A. y HARDT, M., *Imperio*, *op. cit.*, pp. 18-19. Estos autores se refieren al contraimperio de la siguiente manera: "El paso al imperio y sus procesos de globalización ofrecen nuevas posibilidades a las fuerzas de liberación [...] Las fuerzas creativas de la multitud que sostiene el imperio también son capaces de construir automáticamente un contraimperio, una organización política alternativa de los flujos e intercambios globales. [...] la multitud tendrá que inventar nuevas formas democráticas y un nuevo poder constitutivo que algún día nos conduzca a través del imperio y nos permita superar su dominio". Lo marcado en negrita es un agregado mío.

8. Actualmente nuclea a todas las naciones de América latina y el Caribe con la sola excepción de Puerto Rico.

9. BORÓN, A. A., "Cita en La Habana", Página/12, 25 de enero de 2014, consultado en [<http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-238457-2014-01-25.html>] el 25/01/2014.

lugar, remontarnos a su origen histórico, es decir, a los enfrentamientos al sistema neoliberal de finales del siglo XX y principios del siglo XXI. Estas luchas generaron nuevos actores sociales-políticos con características y dinámicas propias. Entre ellos se puede resaltar como principales protagonistas a los movimientos sociales, conformados mayormente por desocupados (producto de la desindustrialización de la era neoliberal), indígenas, campesinos y estudiantes. Estas resistencias, a diferencia de lo que de Sousa Santos ha llamado "luchas postmaterialistas",<sup>10</sup> se centraron en encontrar medios alternativos de supervivencia. Para ello fue imprescindible la organización y la creatividad colectiva, y el desarrollo de nuevos "elementos contestatarios con dimensiones propositivas" que sirvieron, además, como contracorriente de lo establecido.<sup>11</sup>

Por otro lado, existe un hecho histórico-político importante: el surgimiento y la llegada al poder en Venezuela del militar Hugo Chaves Frías en 1999.<sup>12</sup> En este sentido, el mapa político regional de América Latina cambia drásticamente. El intelectual y actual vicepresidente de Bolivia –Álvaro García Linera– dirá que "la historia del continente latinoamericano" y "centroamericano tiene un antes y un después del presidente Chávez". Luego agrega que este líder popular creó una "nueva época continental" o "situación geopolítica continental" que puso de manifiesto una "creatividad e ilusión revolucionaria" que se expandió rápidamente en la región sudamericana permitiendo el impulso de nuevos "regímenes progresistas y revolucionarios".<sup>13</sup> Este militar atípico estuvo profundamente inspirado en tres figuras, de la teoría conocida como el árbol de las tres raíces:

"Simón Bolívar, *que representaba la acción y el pensamiento*; Simón Rodríguez, *el maestro de Bolívar, importante educador de ideas liberales,*

10. SANTOS, B. de S., "La transición postmoderna. Derecho y política", *op. cit.*, p. 246. Él define a las luchas postmaterialistas a la defensa de la paz, del medio ambiente, la lucha contra el holocausto nuclear, la combatividad frente a la discriminación racial y sexual.

11. LAO-MONTES, A., "Las actuales insurgencias políticas-epistémicas en las Américas: giros a la izquierda, giros anti imperiales, giros de-coloniales", *op. cit.*, p. 176.

12. En el capítulo II, apartado 1 (Constitución de la República de Venezuela) explicaré con más detalle la llegada al gobierno de Venezuela de Hugo Chaves Frías.

13. GARCÍA LINERA, A., "Chávez marcó un despertar para el futuro", entrevista realizada en el marco del Encuentro de Intelectuales, Artistas y Luchadores Sociales en Defensa de la Humanidad, en Caracas, Venezuela, el 25 y 26 de marzo de 2013, consultado en [http://www.youtube.com/watch?v=D5RlXaSboaQ] el 15/06/2013.



y Ezequiel Zamora, *también liberal, luchador contra los conservadores y la oligarquía durante la guerra federal de mediados del siglo XIX*".<sup>14</sup>

No solo llevó adelante transformaciones sociales en su país, sino que también logró poner en crisis el paradigma predominante después de la caída del muro de Berlín: el *Consenso de Washington*.<sup>15</sup> Entre ellas se puede mencionar la puesta en marcha de un socialismo del siglo XXI ya no –como dijo José Carlos Mariátegui– como calco y copia de los modelos europeos, sino más bien, ensaya materializarse como "*creación heroica*"<sup>16</sup> de sus pueblos. Además, se puede destacar su proyección y su estrategia política en la reconstrucción de la patria grande retomando el sueño de los libertadores latinoamericanos.

También es interesante resaltar, lo que expresa el actual presidente de Ecuador, Rafael Correa, sobre los procesos sociales en este nuevo período de cambios estructurales y superestructurales en los Estados-nación latinoamericanos:

*"[...]Es impresionante lo que está pasando en América Latina y eso demuestra claramente el principal cambio que hemos logrado, el cambio en las relaciones de poder: Aquí ya no mandan las oligarquías, ya no manda el poder mediático, ya no manda el gran capital, ya no manda la burocracia internacional; aquí mandan nuestros pueblos...*

*Y eso es lo que no nos perdona la burguesía, lo que no nos perdona la oligarquía, lo que no nos perdona la "peluconería", lo que no nos perdonan los países hegemónicos, lo que no nos perdonan los dueños de los medios de comunicación, monopolios de la derecha que, antes, con dos titulares hacían temblar a los gobiernos, hoy, nos han sacado doscientos y ya nadie les hace caso. Perdieron el poder. ¡Aquí mandan nuestros pueblos! Hemos transformado esos Estados burgueses, aparentes, representando solo a unos cuantos, en Estados realmente integrales, populares, representando a todas y a todos (y con la soberanía de nuestros pueblos). Y, les insisto, por eso tanto encono, tanta visceralidad, tanto odio de parte*

14. LUZZANI, T., *Venezuela y la revolución*, Buenos Aires, Capital Intelectual, Claves para todos, 1ª Ed., 2008, p. 21. El resaltado me pertenece.

15. Cf. GIRON, A., "Fondo Monetario Internacional: de la estabilidad a la inestabilidad. El Consenso de Washington y las reformas estructurales en América Latina", en LECHINI, Gladys (comp.), *La globalización y el Consenso de Washington: sus influencias sobre la democracia y el desarrollo en el sur*, Buenos Aires, CLACSO, 2008. pp. 45-59.

16. MARIATEGUI, J. C., *Ideología y política*, Lima, Biblioteca Amauta, 1986, p. 249.

*de aquellos que han perdido su poder, porque ya esos poderes fácticos no dominan nuestras naciones*".<sup>17</sup>

Otra de las cuestiones centrales de estos procesos, principalmente en Bolivia y Ecuador, es la crisis de la "Colonialidad del Poder",<sup>18</sup> entendido esta –según Aníbal Quijano– como "*una escala de identidades sociales con el blanco europeo encima y los indios y negros en los peldaños finales, éstas últimas como identidades homogéneas y negativas*".<sup>19</sup> Esta configuración tiene su génesis en el Estado colonial, configurado básicamente por un sistema de jerarquización social bajo la forma y categoría racial-étnica. En este esquema unos pocos podían acceder al ejercicio del poder (blancos) y otros no (indios, negros y mujeres). Vale recordar que ni siquiera eran considerados (los indios y los negros) como personas humanas: se planteó si tenían alma o no la tenían.

Ahora bien, es interesante señalar la crítica que hace Santiago Castro-Gómez sobre el análisis del sistema-mundo que desarrolla Quijano. Este autor entiende que la Colonialidad del Poder está estructurada desde una teoría jerárquica en donde se le "otorga al sistema-mundo una gran variedad de poderes mágicos" y que esto termina sacralizando al "*poder constituido y no como potencia de ser otra cosa*".<sup>20</sup> En este sentido, propone como alternativa, una teoría heterárquica para pensar la colonialidad/modernidad. Utilizando para ello, categorías de análisis de Foucault. La gran diferencia se presenta en el marco metodológico: 1) la Analítica de Foucault es inductiva, ya que para él "los regímenes más complejos emergen siempre de los menos complejos y funcionan como «aparatos de

17. CORREA, R., Discurso con movimientos sociales en la XII cumbre de la ALBA. 30 de julio de 2013, consultado en [<http://www.presidencia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2013/08/2013-07-30-ENCUENTRO-EN-GUAYAQUIL-CONMOVIMIENTOS-SOCIALES-DEL-ALBA-TCP.pdf>] el 09/02/2014.

18. QUIJANO, A., "Estado-nación y 'movimientos indígenas' en la región Andina: cuestiones abiertas" en *Observatorio Social de América Latina*, año VI, no. 19, Buenos Aires, CLACSO, 2006, p. 20.

19. WALSH, C., "Interculturalidad y (de) colonialidad: diferencia y nación de otro modo" en *Livro da Academia da Latinidade*, 2006, pp. 27-43, consultado en [<http://www.ramwan.net/restrepo/decolonial/18-walsh-interculturalidad%20y%20decolonialidad.pdf>] el 15/06/2013.

20. CASTRO-GÓMEZ, S., "Michel Foucault: colonialismo y geopolítica", en RODRIGUEZ, I. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, J. (coords.), *Narrativas comando - sistemas mundos: colonialidad-modernidad*, Vol 1, España, Anthropos: Universidad Autónoma Metropolitana, División de ciencias sociales y humanidades, 2010, p. 291.

captura», apropiándose de relaciones de poder ya constituidas previamente en los niveles microfísicos para incorporarlas a su propia lógica";<sup>21</sup> 2) en cambio la teoría jerárquica del poder sostiene que las "relaciones más globales de poder «estructuran» a las menos globales, es decir que crean las condiciones para que los niveles inferiores queden sometidos a la lógica de los niveles superiores". Este aporte conceptual puede esclarecer mucho a las futuras prácticas decoloniales que quieran materializar los movimientos sociales.

### III. NUEVAS CONSTITUCIONES

Desde sus inicios el "viejo constitucionalismo" que conformaron los Estados-nación latinoamericanos cumplió con dos objetivos básicos para las élites oligárquicas:

*"[...] la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal".*<sup>22</sup>

En este sentido, las nuevas constituciones ya no son producto de las élites ilustradas y políticas, sino de las bases sociales que empiezan a replantear los esquemas de dominación en una búsqueda del "camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos". Así lo señalan Pastor y Dalmau:

*"[...] el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional [...] a través de los últimos procesos constituyentes se han legitimado textos constitucionales que han buscado [...] permear el ordenamiento jurídico y revolucionar el status quo de sociedades en condiciones de necesidad".*<sup>23</sup>

Y en consecuencia su estrato ontológico ya no está basado solamente en lo meramente normativo y en lo teórico, sino más bien en la praxis social:

21. CASTRO-GÓMEZ, S., "Michel Foucault y la colonialidad del poder" en *Revista Tábula Rasa*, n° 6, Bogotá, enero-junio de 2007, p. 168.

22. VICIANO PASTOR, R., y MARTINEZ DALMAU, R., "¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?", Universidad de Valencia (España), p. 9, consultado en [<http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf>] el 15/06/2013.

23. *Ibíd.*, pp. 4-5.

*"[...] el nuevo constitucionalismo es [...] una teoría (democrática) de la constitución [...] que [...] en América Latina ha pasado a convertirse en práctica, realizada a través de determinados procesos constituyentes latinoamericanos que han producido nuevas constituciones".<sup>24</sup>*

Según estos dos constitucionalistas, estos nuevos procesos constituyentes latinoamericanos tuvieron sus inicios en Colombia:

*"[...] los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos dieron inicio en Colombia a principios de la década de los noventa, pero fruto de reivindicaciones sociales anteriores. El proceso colombiano ya contó con las principales características del nuevo constitucionalismo: respondió a una protesta social y política, precedida de movilizaciones que demostraban el factor necesidad, y confió en una asamblea constituyente plenamente democrática la reconstrucción del Estado a través de una nueva constitución".<sup>25</sup>*

También se pone de manifiesto, además, la convocatoria popular que hicieron estos países para refundar las nuevas bases del Estado-nación, y romper así con el paradigma de la modernidad que creó una "contradicción entre ser y la apariencia, entre lo real y el ideal"<sup>26</sup> *que poco tenía que ver con la realidad de estas naciones. Esto sucede –como bien refiere Cholvis– "cuando en un país estalla una revolución, cuando cambia la relación de fuerzas en la realidad y se inicia un nuevo proceso social y político, se engendra la necesidad de instaurar una nueva Constitución escrita".<sup>27</sup>*

24. *Ibíd.*, p. 5.

25. *Ibíd.*, p. 9.

26. ORTÍZ, R., "Cultura, modernidad e identidades", en *Nueva Sociedad*, n° 137, Buenos Aires, mayo-junio de 1995, p. 19, consultado en [<http://www.nuso.org/upload/articulos/24171.pdf>] el 15/06/2013.

27. CHOLVIS, J. F., "¿Por qué la constitución?", en BARCESAT, E. S. y CORTI, A. H. (dirs.), *Revista Derecho Público*, n° 4, año II, Buenos Aires, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2013, p. 16.

### III.A. Constitución de la República de Venezuela

*“Yo conocí a Bolívar una mañana larga, en  
Madrid, en la boca del Quinto Regimiento  
Padre, le dije, eres o no eres o quién eres?  
Y mirando el Cuartel de la Montaña, dijo:  
“Despierto cada cien años cuando despierta el pueblo”  
Pablo Neruda, Un canto para Bolívar (1941).*

El quiebre en el modelo constitucional liberal-oligárquico que venía teniendo nuestra región, en un sentido más radical, se debe a la reforma de la Carta Magna que se llevó a cabo en Venezuela en 1999.

Pero para entender por qué paso esto hay que remitirnos a su historia reciente. En este sentido, todo proceso histórico revolucionario, tiene su origen en hechos políticos en donde coexisten grandes movilizaciones sociales, crisis políticas y económicas. En el caso de Venezuela, hay que remitirse a la más importante de ellas: el Caracazo. Este es el “mayor estallido social de la historia Venezolana”,<sup>28</sup> y se debió a un conjunto de medidas gubernamentales:

*“Eran los tiempos que Estados Unidos –a través del Fondo Monetario Internacional– presionaba para que los países en desarrollo, la mayoría con abultadas deudas externas, adoptaran las fórmulas del neoliberalismo: congelamiento de salarios, flexibilidad laboral, reducción de gasto público, achicamiento del Estado (lo que implicaba despidos masivos), privatización, apertura de mercados”.*<sup>29</sup>

En este marco, se impulsó una medida que movilizó a los desposeídos del sistema a bajar de los cerros a la ciudad para saquear todo, especialmente consumo suntuario: el 17 de octubre de 1989 se anunció un “paquete económico, un conjunto de medidas de ajuste, entre ellas, un aumento del combustible y del transporte en un país que flota sobre el petróleo”.<sup>30</sup>

Luego de este estallido social, un grupo de militares aglutinados en la logia “MBR-200”<sup>31</sup> empezaron a desarrollar un plan para derrocar al

28. LUZZANI, T., *Venezuela y la revolución*, op. cit., p. 23.

29. *Ibíd.*, p. 22.

30. *Ibíd.*

31. *Ibíd.*, p. 20. El MBR-200: “Movimiento Revolucionario Bolivariano (porque su eje

gobierno neoliberal de Carlos Andrés Pérez. Esta se llamaba "Operación Zamora". La misma, a pesar de contar con una fuerza considerable, fue derrotada ya que el "ministro de Defensa, general Fernando Ochoa Antich, conocía todos los planes".<sup>32</sup> Ello obligó al principal líder del levantamiento militar, en ese entonces el Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, a llamar a sus camaradas para que depongan las armas. Asimismo, algunos de ellos no se rendían, por lo que pidió algún medio de comunicación para transmitir a sus hombres que se rindieran, asumiendo él toda la responsabilidad:

*"[...] depongan las armas, porque ya en verdad los objetivos que nos hemos trazado a nivel nacional es imposible que lo logremos. Compañeros, oigan este mensaje, solidario, les agradezco su lealtad, les agradezco su valentía, su desprendimiento, y yo ante el país y ante ustedes asumo la responsabilidad de este movimiento militar bolivariano".*

*"[...] lamentablemente, por ahora, los objetivos que nos planteamos no fueron logrados en la ciudad capital [...] ya es tiempo de evitar más derramamiento de sangre; ya es tiempo de reflexionar y vendrán nuevas situaciones, el país tiene que enrumbarse hacia un destino mejor".<sup>33</sup>*

Curiosamente esa toma de responsabilidad y la esperanza de que en el futuro se abrieran nuevos canales de lucha para encaminar al país "hacia un destino mejor", produjo un efecto en las masas que lo convirtió rápidamente en un referente popular a nivel nacional, ya que por primera vez en décadas un político se hacía responsable de sus actos.

A causa del fallido intento de derrocar el gobierno neoliberal, pasó dos años en la cárcel, en donde "aprovechó para escribir su propuesta política *Cómo salir del laberinto* (un título que remite indirectamente a su situación de cárcel), para entrevistarse con políticos y académicos, para desarrollar un plan de gobierno y para profundizar sobre las ideas de democracia participativa y reforma constituyente".

Del mismo modo, describe con notorio empeño su proyecto revolucionario y transformador en la Habana, en el año 1994, en plena campaña proselitista:

*"Nosotros tuvimos la osadía de fundar un movimiento dentro de las*

rector se basaba fundamentalmente en el pensamiento de Simón Bolívar), y 200, en honor al bicentenario del natalicio del Libertador que se cumpliría en 1983".

32. *Ibid.*, p. 25.

33. "Chávez 4F 1992 la Rendición y el comienzo de la Revolución", consultado en [http://www.youtube.com/watch?v=CdjFu3 wOnM] el 15/06/2013. El resaltado me pertenece.

*filas del ejército nacional de Venezuela [...] Ahora dedicados al trabajo revolucionario en tres direcciones fundamentales que me voy a permitir resumir ante ustedes: [...] En primer lugar, estamos empeñados en levantar una bandera ideológica pertinente y propicia para nuestra tierra Venezolana, nuestra tierra latinoamericana y es la bandera bolivariana. Pero en ese trabajo ideológico de revisión de la historia y de las ideas que nacieron en Venezuela y en este continente hace doscientos años, cuando se fue levantando el primer proyecto de nación, no solamente venezolana sino latinoamericana [...] hemos diseñado y lanzado a la opinión pública nacional e internacional la idea de la inspiración en un árbol de las tres raíces, [...] Aquel Bolívar que planteaba en Angostura, la necesidad de incorporar además de los tres Poderes clásicos de Montesquieu un cuarto Poder: el Poder Moral. Aquel Bolívar o aquellas ideas de Bolívar que planteaba en la constitución de Bolivia la necesidad de un quinto Poder: el Poder Electoral [...] Simón Rodríguez el que llamaba a los americanos meridionales a hacer dos revoluciones: la política y la económica. Aquel Simón Rodríguez que llamaba a la construcción de un modelo de economía social y a un modelo de economía popular. [...] Esa es otra raíz fundamental profunda y filosófica dentro de nuestro planteamiento ideológico y una raíz más reciente, la raíz zamorana, tomada del general del pueblo soberano: Ezequiel Zamora. Zamora líder de la revolución federal de Venezuela. Zamora el general que usaba doble cubre cabeza: un sombrero de cogollo y un kepi militar [...] Zamora explicaba que el sombrero de cogollo representaba al pueblo de Venezuela y el quepi militar al ejército que debería estar unido a ese pueblo para poder lograr la revolución federal que estaba en boga en Venezuela”.*<sup>34</sup>

Después agrega:

*“[...] La otra vertiente de nuestro trabajo para la cual también necesitamos estrechar nexos con los pueblos de nuestra América es el trabajo organizativo. Y desde la cárcel o en la cárcel recibíamos muchos documentos de cómo el pueblo cubano se fue organizando después del triunfo de la revolución. Estamos empeñados en organizar en Venezuela un inmenso movimiento social: movimiento bolivariano revolucionario [...] Estamos convocando este próximo año a la creación del Frente Nacional Bolivariano.*

34. Discurso de Hugo Chávez en La Habana el 14 de diciembre de 1994, consultado en [<http://www.youtube.com/watch?v=QPIHGxHZkgs>] el 15/06/2013. El resaltado me pertenece.

*Y estamos llamando a los estudiantes, a los campesinos, a los aborígenes, a los militares que están en situación de retiro, porque lamentablemente los militares en los cuarteles en Venezuela siguen amordazados. El sistema político o los políticos venezolanos pretenden tener para siempre militares que sean mudos, sordos y ciegos ante la tragedia nacional. A los militares que estamos en las calles, a los intelectuales, a los obreros, a los pescadores, a los soñadores, a todos, a conformar ese frente, un gran frente social que enfrente el reto de la transformación de Venezuela. [...] El otro polo que nosotros vamos a alimentar y a empujar y a reforzar es la solicitud en la calle con el pueblo del llamado a elecciones para una Asamblea Nacional Constituyente para redefinir las bases fundamentales de la república que se vinieron abajo: las bases jurídicas, las bases políticas, las bases económicas, las bases morales incluso de Venezuela están en el suelo”.*

Finaliza su discurso, proponiendo un “proyecto estratégico de largo plazo” de “un horizonte de 20 a 40 años” de un modelo económico solidario y complementario que luego se irá cumpliendo, con la creación de la UNASUR, el ALBA y la CELAC:

*“[...] Un proyecto en el cual no es aventurado pensar desde el punto de vista político en una asociación de estados latinoamericanos, por qué no pensar en eso, que fue el sueño original de nuestros libertadores [...]”*

La promesa electoral de refundar el país, a través de una Asamblea Nacional Constituyente, lo cumplió a través del referéndum que realizó a los pocos meses de haber asumido como presidente. Esta reforma generó nuevos paradigmas en materia constitucional, entre ellos se puede mencionar:

*“[...] la defensa de los derechos humanos, la integración de América latina visto como objetivo estratégico, la adopción de nuevos modelos como el de la democracia participativa y la actualización de un discurso federalista y descentralizador [...] la participación directa de la ciudadanía en la política y el control democrático [...] Un ejemplo como es el ‘referéndum revocatorio’”.*<sup>35</sup>

La reformulación de la nueva constitución de Venezuela tiene dos ejes fundamentales –según Telma Luzzani–: “la integración de los marginados al sistema y la participación popular”.<sup>36</sup> Por otro lado, cabe destacar el doble sistema de gobierno que tiene la actual Constitución de Venezuela:

35. *Ibíd.*, pp. 35-36.

36. *Ibíd.*, p. 39.



el representativo y el participativo. El primero es aquel en el cual los ciudadanos eligen a través del voto a sus representantes. El segundo es el sistema que permite al pueblo decidir y actuar en forma directa sin que haya un intermediario. Con la misma línea de pensamiento, esta escritora manifiesta que este tipo de "democracia participativa y protagónica", implica un fuerte cambio de mentalidad para una ciudadanía acostumbrada a votar pero no involucrarse profundamente en las políticas públicas.<sup>37</sup>

Por otro lado, Joaquín López Mujica explica el impacto mundial de la nueva constitución:

*"Una nueva constitución surge de esa gran movilización de concientización, reapropiación de la memoria histórica y afirmación de la identidad cultural e inscribe a Venezuela en la vanguardia de los derechos universales. La carta magna le proporciona ante el mundo y la historia cultural, desde una fisonomía pluriétnica y multicultural, un ideario e instrumento fundamental de transformación en un marco pacífico y democrático, y una plataforma democrática hoy exitosa y legitimada varias veces con elecciones y referéndum aprobatorios bajo la mirada de observadores internacionales".*<sup>38</sup>

Luego añade:

*"En América latina y más concretamente en Venezuela ha ocurrido la superación de la democracia representativa; la masiva discusión de los asuntos públicos; la reapropiación de las capacidades individuales y colectivas de organizar, planificar y ejecutar en un proyecto social común; ha emergido el poder popular desde la base social, y la organización comunal donde se evoca permanentemente al Estado de naturaleza igualitario y la unidad pueblo-gesta contenida históricamente en la estructura micro-social endógena, el modelo de las comunas, inspirados en los pueblos originarios en el mundo".*<sup>39</sup>

Este impulso renovador inspiró a nuevos procesos políticos en el cono sur, entre los más interesantes se puede destacar los procesos de Bolivia y

37. *Ibíd.* p. 41.

38. LÓPEZ MUJICA, J., "Venezuela y la transición al socialismo", en ANGULO, Luis A., GÓMEZ, E. L. y LÓPEZ, H. (comps.), *Escritos por la patria*, Caracas, Libro Encarte, Sistema Boliviano de Comunicación e Información del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, p. 9, consultado en [<http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/downloads/2013/08/libro-encarte-escritos-por-la-patria-CCS16-8-13-01baia.pdf>] el 25/01/2014.

39. *Ibíd.*

Ecuador. Ambos marcados fuertemente por un nuevo actor social-político: los *movimientos sociales*.

### III.B. Constituciones de Bolivia y Ecuador

*"Llajtapajkaparishnañukatakajuyanimininki  
shinakashkamanta  
kantajuyani"*.

ArirumaKowii, *TSAITSIK: poemas para construir el futuro (1993)*

Si bien las dos constituciones merecen un capítulo por separado, me pareció oportuno condensar ambas experiencias en una sola sección por las similares características que conforman los dos procesos constitucionales. Principalmente en lo referido a las concepciones del *suma qamaña* (terminología de la cosmovisión ancestral aymará: buen vivir)<sup>40</sup> o *sumakkawsay* (terminología de la cosmovisión ancestral quichua: vivir bien),<sup>41</sup> el gobierno de los movimientos sociales y el nacionalismo indígena. Habiendo hecho esta advertencia, pasemos a analizar ambos procesos.

En primer lugar, en Bolivia la llegada al poder de Evo Morales Ayma el 18 de diciembre de 2005, a través del "movimiento indígena-popular" logró desplazar a las élites neoliberales que monopolizaban el poder y la palabra e inauguró una nueva hegemonía indígena-popular.<sup>42</sup> Este desplazamiento de las élites neoliberales se consiguió gracias a la lucha y la *acción de los movimientos sociales*. En ese sentido, se constituyó como "*gobierno de los movimientos sociales*".<sup>43</sup>

Por otro lado, en Ecuador el agudo malestar social generado por la "crisis institucional y política que se inicia en los años noventa a raíz de los conflictos permanentemente entre las facciones del espacio de lo político y de las élites económicas", permitió a Rafael Correa, junto con Alianza

40. Véase el preámbulo y los artículos 8, 80 inc. I, 306 inc. I y III, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

41. Véase el preámbulo y los artículos 14, 250, 275 y 387 inc. II, de la Constitución de la República del Ecuador.

42. STEFANONI, P., "El nacionalismo indígena en el poder", en *OSAL*, n° 19, año VI, Buenos Aires, CLACSO, julio de 2006, p. 37.

43. Cumbre Antiimperialista en Cochabamba, Bolivia, discurso del Vicepresidente Álvaro García Linera, teleSUR, consultado en <http://www.youtube.com/watch?v=68mEx6QcB4El> el 14/10/2013.

País (AP), liderar un movimiento por el cambio que él denominará la Revolución Ciudadana que alcanza el triunfo en las elecciones de octubre de 2006.<sup>44</sup> La columna vertebral de ese movimiento está conformado por organizaciones indígenas, nucleadas principalmente en la CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador).

Las Asambleas Constituyentes de estos dos países andinos son producto y síntesis de grandes insurrecciones colectivas y de movilizaciones sociales que permitieron el "resquebrajamiento definitivo del horizonte liberal de comprensión y ordenamiento del mundo social" y del "monopolio de la lógica liberal-capitalista".<sup>45</sup> Esto se vio reflejado filosóficamente en la concepción *suma qamaña* o *sumakkawsay* que lograron plasmar en las cartas magnas de ambos países. Aquí rompen con los objetivos del sistema capitalista y de la modernidad al dar primacía al "vivir bien" de la sociedad sobre cualquier interés individual de lucro.

A su vez, en estos procesos colectivos coexisten –según Lao-Montes– dos lógicas contradictorias:

*"[...] por un lado el poder estatal y por otro la autonomía comunitaria (o como se le suele llamar, de la sociedad civil) [...] Aquí, una interrogante clave es cómo mantener de manera permanente y productiva (en el sentido transformativo) la relación entre movimientos sociales autónomos, organizaciones políticas (como partidos), e instituciones de poder (tanto local como nacional) teniendo en cuenta las contradicciones entre dichos espacios y actores, como también las presiones y límites presentados por las instituciones y actores centrales del sistema-mundo moderno-colonial capitalista, (como el Fondo Monetario Internacional y el Estado imperial norteamericano) "*<sup>46</sup>

Por último, es interesante señalar la intervención que hace el presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Evo Morales, en la segunda cumbre de la CELAC, en la que nos da un claro ejemplo sobre la función colonizadora de nuestras casas estudio, que están más abocados al pensamiento eu-

44. PEÑA Y LILLO, J., "Procesos constituyentes en el mundo andino: Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada", en *OSAL*, n° 25, Buenos Aires, CLACSO, año X, abril de 2009, pp. 83 y 86.

45. CHÁVEZ, P. y MOKRANI, D., "Los movimientos sociales en la Asamblea Constituyente, Hacia la reconfiguración de la política", en *OSAL*, año VIII, n° 22 Buenos Aires, CLACSO, septiembre de 2007, p. 108.

46. LAO-MONTES, A., "Las actuales insurgencias políticas-epistémicas en las Américas: giros a la izquierda, giros anti imperiales, giros de-coloniales", *op. cit.*, p. 179.

ropeo y anglosajón que la herencia inmaterial e histórica del pensamiento nacional y latinoamericano:

*"Todavía algunas de nuestras Constituciones Políticas son copias fiel de algunos países europeos. Escuché a algunos docentes de la Facultad de Derecho que dicen: "yo soy el mejor docente del Derecho Romano"; y otros dicen: "yo soy el mejor docente del Derecho Anglosajón". Yo me pregunto, ¿dónde está el Derecho de la Patria Grande? No tenemos docentes de nuestros Derechos, o de la norma que se puede implementar [...]. Todavía cuando estamos sometidos a la dictadura jurídica, a veces no se puede cerrar la inversión cuando algunas políticas o empresas nos piden primero Seguridad Jurídica para la empresa y para la plata, pero no para la Vida Humana [...]. Escuché también decir a unos y otros Abogados: "hay que descolonizar el Derecho para nacionalizar a la Justicia". Evidentemente tenemos todavía la Justicia [...] Quiero decirles, hermanos presidentes, en Bolivia hemos empezado a nacionalizar los códigos. Desde la fundación de la República en 1825, todavía estaban en vigencia códigos españoles, norteamericanos, ingleses. Hemos empezado a cambiar con un equipo técnico-jurídico, para poder cambiar estos códigos, y los códigos sean en base a las vivencias, a las necesidades de nuestros pueblos. Por eso siento que es importante acompañar a la liberación, la integración, pero también la descolonización".*<sup>47</sup>

#### IV. NUEVO PARADIGMA ESTATAL

En primer lugar, hay que entender que la Constitución "es el modo de ser que adopta una comunidad política en el acto de crearse, de recrearse o de reformarse. Este acto fundador o refundador de la comunidad política puede ser de lento o de súbito desarrollo, conforme sea el ritmo que lleve el curso de la historia".<sup>48</sup> El curso de la historia de los tres países latinoamericanos en cuestión, como se describió en las líneas anteriores, ha sido súbito y dinámico en estas últimas décadas.

47. Intervención del presidente de Bolivia Evo Morales, durante la II Cumbre de la CELAC, consultado en [<http://www.youtube.com/watch?v=Hh5dm1Avub41>] el 02/02/2014.

48. SAMPAY, A. E., „Constitución, Justicia y Revolución del mundo contemporáneo“, en Vega, Horacio R. (dir.), *Liberación y Derecho*, n° 1, año 1, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, enero a abril de 1974, p. 13.

En este sentido, Pastor y Dalmau escriben:

*"[...] el nuevo constitucionalismo recupera el origen revolucionario del constitucionalismo, dotándolo de los mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la emancipación y avance de los pueblos a través de la constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último del poder constituido"*.<sup>49</sup>

Por otro lado, uno de los puntos que se puede resaltar es la construcción de un *"nuevo nacionalismo construido desde abajo"*.<sup>50</sup> Rompiendo con la lógica de las constituciones liberales-conservadoras que promovía la construcción de los Estados-nación desde arriba hacia abajo. En su devenir histórico, este nuevo constitucionalismo latinoamericano busca construir un *"Estado integral"*, para demoler el *"Estado aparente"*<sup>51</sup> que no logró condensar la totalidad de la sociedad civil, y solo representa a un sector privilegiado de ella. Sumergiendo a las grandes mayorías populares a la exclusión política, cultural y social (como por ejemplo, a los grupos indígenas). En este sentido, es interesante referir la incorporación en la nueva carta magna venezolana, de su carácter *"multiétnico y pluricultural"*, reconociendo y reivindicando los derechos de los aborígenes. Un rasgo que también hacen suyo las constituciones de Bolivia y Ecuador. A su vez, estas nuevas constituciones latinoamericanas son producto de la firme convicción de los movimientos sociales de hacerse cargo del Estado, es decir, de esa *"maquina relacional"* que significa el Estado por su *"estructura de correlación de fuerzas sociales"* que es *"objeto permanente de disputa y de lucha en los últimos años"*. Así, desde ese lugar, Linera señala que en la última década, el pueblo de América Latina ha expresado desde la praxis política y social que *"es posible cambiar el mundo transformando el Estado"*. Ya que marginarse de la *"lucha al interior del Estado, de la transformación de la estructura del Estado es simplemente renunciar a la lucha social"*.<sup>52</sup> En este sentido agrega:

49. VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., "¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?", *op. cit.*, p. 4.

50. WALSH, C., "Interculturalidad y (de) colonialidad: diferencia y nación de otro modo", *op. cit.*, p. 33.

51. El discurso de GARCÍA LINERA, A., "Del Estado Aparente al Estado Integra, la construcción democrática del socialismo comunitario", en Discursos & Ponencias del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz-Bolivia, 22 de enero de 2010, consultado en [[http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/discursos\\_ponencias\\_8.pdf](http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/discursos_ponencias_8.pdf)] el 15/06/2013.

52. GARCÍA LINERA, A., "Estado, Revolución y construcción de Hegemonía", en el VI Foro

*"[...] ha habido un cambio de gobierno, ha habido un cambio en las estructuras de decisión de los gobiernos, una modificación de las estructuras decisionales del Ejecutivo, una modificación de la presencia social de los sectores populares en los parlamentos, en los municipios, en las gobernaciones, una modificación sustancial del órgano judicial, una modificación sustantiva de la policía, de las fuerzas armadas, de la cultura, de las tradiciones, de los sistemas simbólicos de la sociedad, las legitimidades colectivas. Y cuando sucede eso estamos ante una revolución [...]. Una revolución, hemos de llamar revolución política, cuando esta estructura compleja de esta máquina relacional, llamado Estado, es removida, es transformada. Cuando sucede eso, estamos ante revoluciones políticas. [...] Modificación de la composición de clase de los gobernantes, modificación del contenido de clase de la decisión de los gobernantes, modificación de las formas decisionales con las que se deciden políticas públicas, modificación del orden de valores del sistema simbólico, del sistema normativo de una sociedad. Y eso es lo que se ha venido dando en nuestros países. [...] Levantamiento, sublevaciones, despertar democrático de las personas, y a partir del despertar democrático la modificación de la estructura de clases de los niveles de decisión del Poder Ejecutivo, del Legislativo. Y a partir de ese poder conquistado del órgano Ejecutivo, un efecto dominó de transformación de las estructuras, en las ideologías y las formas organizativas del resto del aparato estatal".<sup>53</sup>*

Luego de desarrollar la categoría de revolución política –que afecta al orden estatal– expresa la categoría de revolución social –que afecta las estructuras económicas y culturales de la vida de la sociedad– también extraída del pensamiento marxista:

*"[...] La revolución social habla de una revolución mucho más profunda que tendría que afectar el modo de producción de una sociedad, el modo de distribución de la riqueza, el modo de la propiedad del medio de producción, el modo de decisión de los recursos económicos de una sociedad [.]. El poder estatal que es una estructura relacional sirve para re direccionar los recursos del Estado. Hace diez años los recursos del Estado del gas y el petróleo iban al extranjero, hoy los recursos del gas y del Estado van al pueblo boliviano. Esa es una decisión de Estado, una*

---

Internacional de Filosofía, Venezuela, 28 de noviembre de 2011, consultado en [<http://www.youtube.com/watch?v=K9sUyrQi3p0>] el 15/06/2013.

53. *Ibíd.*

*decisión de gobierno. Es la importancia del poder del Estado [...] Es posible a través del mando Estatal potenciar a una clase social o debilitarla [...]. El poder del Estado a través de otra clase social permite reorientar, no sustituye a la sociedad, pero permite reorientar, crear condiciones más favorables de potenciamiento y reforzamiento de lo popular, de lo indígena, de lo campesino frente a las élites, frente a las transnacionales".*

Esta estrategia que marca Linera de descolonizar el Estado desde el Estado es lo que se ha dado a llamar "Estado Paralelo" lo que implica una estrategia dual: desde y contra el Estado.<sup>54</sup> Otra observación interesante acerca de estos procesos es lo que algunos intelectuales –como Catherine Walsh– critican, ya que existe una exclusión del afro americano en las construcciones de los nuevos Estado-nación. Dejándolos en una posición de "doble subalternización": la ejercida por la sociedad dominante blanco-mestiza pero también la ejercida por los pueblos y movimientos indígenas.<sup>55</sup>

Por otro lado, un punto que destaca Gargarella como positivo en estas nuevas constituciones latinoamericanas es la ampliación de derechos que tienen estas constituciones. Y además critica aquellos que lo menosprecian y lo minimizan:

*"[...] los jueces no encuentran respaldo escrito a esos derechos nuevos (cuando no ven escrita en la Constitución ninguna mención al derecho a la salud, o a los nuevos derechos indígenas), ellos tienden a actuar como si tales derechos no existieran en absoluto [...] la ausencia de tales derechos tiende a trabajar negativamente contra su posible [...] materialización".<sup>56</sup>*

También otro elemento que se puede destacar es lo que señala Stefanoni a la experiencia Venezolana y Boliviana –aunque por sus características es aplicable también a Ecuador– es la transformación de "las iniciativas políticas de la izquierda nacionalista en una hegemonía de largo aliento".<sup>57</sup>

Por último, cabe señalar la tensión y ruptura relativa entre nación y

54. LAO-MONTES, A., "Las actuales insurgencias políticas-epistémicas en las Américas: giros a la izquierda, giros anti imperiales, giros de-coloniales", *op. cit.*, p. 182.

55. WALSH, C., "Interculturalidad y (de) colonialidad: diferencia y nación de otro modo", *op. cit.*, p. 40.

56. GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 181.

57. STEFANONI, P., "El nacionalismo indígena en el poder", *op. cit.*, p. 39.

Estado, expresada en estados plurinacionales, naciones diásporas, y reclamos territoriales de autonomía etno-racial a niveles locales y regionales.<sup>58</sup>

#### IV. RACIONALIDAD PLEBEYA Y REVOLUCIONARIA: BASES FILOSÓFICAS PARA SUPERAR EL PARADIGMA DE LA MODERNIDAD

En primer lugar hay que entender la importancia que tuvo la modernidad como orientador de un periodo histórico que fue anterior al capitalismo pero que se expandió con mayor soltura una vez desarrollado este tipo de sistema económico-político. En este sentido, Sousa Santos explica con notable precisión el ascenso y declive del paradigma de la modernidad:

*"[...] el paradigma socio-cultural de la modernidad aparece antes que el modo de producción capitalista llegue a ser dominante y desaparecerá antes que el modo de producción capitalista cese. Esta desaparición es compleja, porque es, en parte, un proceso de abandono y, en parte, un proceso de obsolescencia. Es abandono en la medida en que la modernidad ha cumplido algunas de sus promesas, algunos casos en exceso. Supone un proceso de obsolescencia en cuanto que la modernidad ya no es capaz de cumplir con sus promesas. Tanto el exceso como el déficit de realización de sus promesas históricas explica nuestra difícil situación actual que aparece, en la superficie, como un período de crisis, pero que, en un nivel más profundo, constituye un período de transición. [...] El paradigma de la modernidad es muy rico y complejo, tan capaz de una inmensa variabilidad como propenso a desarrollos contradictorios. Basados en dos pilares, el de la regulación y el de la emancipación, cada uno de ellos constituido por el principio del Estado, formulado de manera destacada por Hobbes; el principio de mercado, desarrollado en particular por Locke y Adam Smith, y el principio de comunidad que inspira la teoría social y política de Rousseau. El pilar de la emancipación, está constituido por las tres lógicas de racionalidad tal como las identifica Weber: la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura, la racionalidad cognitiva-instrumental de la ciencia y la tecnología y la racionalidad práctica-moral de la ética y el Estado de derecho".*<sup>59</sup>

58. LAO-MONTES, A., "Las actuales insurgencias políticas-epistémicas en las Américas: giros a la izquierda, giros anti imperiales, giros de-coloniales", *op. cit.*, p. 182.

59. SANTOS, B. de S., "La transición postmoderna. Derecho y política", *op. cit.*, pp. 224-225.



En las nuevas cartas magnas que son objeto de estudio, existe un fuerte rechazo al precepto clave de la modernidad: la razón ilustrada. Para ello, contraponen dos premisas filosóficas fundamentales, la primera de ellas es la racionalidad "plebeya" y la segunda es la "revolucionaria". Esta última, podría ser encuadrada en los términos que plantea González Soriano:

*"La racionalidad revolucionaria habría de ser así fundamentalmente como instancia autorreflexiva, en la que se haga transparente y resolutivo el vínculo con el propio interés histórico por la emancipación [...] Se trata, por tanto, de habilitar un tipo de conciencia histórica cuya capacidad emancipadora se articule en torno a dos principios complicados: (1) La disposición a la reintegración de la memoria histórica a partir de un criterio de restauración de lo postergado y deformado en el sistema hegemónico de la racionalización eficiente y productivista [. ] (2) La disposición a la crítica desencubridora de los mecanismos ideológicos más profundos que mantienen la estructura (históricamente atemporal del principio de los poderes establecidos (basado en la expansión progresiva de la racionalidad instrumental, como fuente de todo sentido para la valoración del devenir histórico)). La intersección de ambos principios configura un tipo de racionalidad vinculada a la posibilidad al desarrollo de los intereses históricos colectivos por la liberación y la autodeterminación; opuesto, por tanto, a la dimensión tradicional de la razón como sustentadora lógica de la identidad formal de los sujetos y los estados de cosas".<sup>60</sup>*

La racionalidad ilustrada se circunscribe en una contradicción profunda con la racionalidad plebeya y revolucionaria expresada materialmente por los movimientos emancipatorios que dieron origen a las nuevas constituciones latinoamericanas. Ello ya lo había descubierto Rodolfo Kusch (desde otro punto de vista) en sus ensayos filosóficos y literarios, en esa meditación constante sobre "la originalidad de América en una intuición del paisaje, y reconocer al hombre americano en el despojamiento máximo del no ilustrado, el pobre". En esa búsqueda de "aquellos que ha permanecido al margen de las categorías del progreso, la institucionalización, la

60. GONZÁLES SORIANO, J. A., "La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt como proyecto histórico de racionalidad revolucionaria", en *Revista de Filosofía*, Vol. 27, n° 2, 2002, pp. 300-302, consultado en [<http://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RESF0202220287A/9798>] el 15/06/2013.

masificación, y la apariencia social".<sup>61</sup> En ella se encuentra presente una "dialéctica sudamericana":

*"Ve surgir en las expresiones del indígena la categoría de ese estar o estar aquí que define una modalidad de lo humano en América, contrapuesta al ser alguien típico de la mentalidad moderna europea [...] La distancia que separa la modernidad de las culturas ancestrales es en efecto muy superior a la que en otros tiempos separaba a otros grupos sociales o étnicos que fueron enfrentados por el proceso histórico. De ahí la peculiar dialéctica americana, ya presente en los tiempos de la Conquista, y descubierta por los primeros escritores del continente. Pero Kush lleva esta dialéctica más allá de lo racial y social, convirtiéndola en una dialéctica interior".*<sup>62</sup>

Esa contradicción es más visible desde la perspectiva económica. En este sentido, es interesante resaltar lo que desarrolla Álvaro García Linera—desde las categorías marxistas— cuando dice que actualmente se está librando, al interior de estos procesos populares, una lucha intestina entre la lógica de mercado (valor de cambio) y la lógica comunitaria (valor de uso) en el marco de una transición hacia el socialismo—parafraseando a Lenin—:

*"[...] El socialismo sería este periodo de transición de pelea intestina permanente entra las estructuras económicas capitalistas de mercado y las nuevas estructuras emergentes de valor de uso, de comunidad, de comunitarismo, de socialidad. Desde el Estado, desde la sociedad civil, avanzando, retrocediendo".*<sup>63</sup>

Puede rastrearse este nuevo espíritu racional en el fuerte discurso decolonial y anti imperialista en el marco de un rechazo a la "modernidad capitalista como un patrón de poder colonial".<sup>64</sup> Por de pronto, es la propia modernidad "la que se encuentra en crisis, situación que plantea un escenario social de transición que reclama una nueva institucionalidad. En este caso, será a través de mecanismos institucionalizados como las Asambleas constituyentes".<sup>65</sup>

61. MATURO, G., "Rodolfo Kusch: La búsqueda del sí-mismo a través del encuentro con el otro", en ANDRADE, Jesús Alberto (ed.), *Revista Venezolana de Información, Tecnológica y Conocimiento*, n° 3, año n° 4, septiembre-diciembre de 2007, p. 14.

62. *Ibíd.* p. 17.

63. GARCÍA LINERA, A., "Estado, Revolución y construcción de Hegemonía", *op. cit.*

64. LAO-MONTES, A., "Las actuales insurgencias políticas-epistémicas en las Américas: giros a la izquierda, giros anti imperiales, giros de-coloniales", *op. cit.*, p. 181.

65. BIZARRO BARBOSA, L. C., MORICZ, M. y GONZÁLEZ PIÑEROS, M., "Los procesos de las

También cabe agregar que el paradigma de modernidad contiene en su seno una fuerte contradicción de valores, especialmente entre la "solidaridad e identidad, entre justicia y autonomía, entre igualdad y libertad", producto de sus pilares básicos explicados en las líneas anteriores por Boaventura: la regulación y la emancipación. Este paradigma "aspira a un desarrollo armónico y recíproco" de ambos pilares.

La racionalidad plebeya y revolucionaria no está enmarcada en una filosofía radical, en este sentido, se acerca más a lo que de Sousa Santos describe como la teoría crítica posmoderna, ya que esta racionalidad se desarrolla y surge de la "imaginación socio-estética situada en la práctica emancipatoria cotidiana".<sup>66</sup> Él refiere que se puede avanzar en esta nueva etapa en dos alternativas: las "microrevoluciones" y el "neoludismo". La categoría que a mí más me interesa particularmente para comprender esta nuevo tipo de racionalidad emancipatoria es la primera ya que es la que se dio en la praxis cotidiana de los movimientos sociales, es decir, se fue avanzando y procediendo por sectores –principalmente la toma del poder Estatal–, al mismo tiempo que se fueron recuperando, reciclando y reinventando "formas degradadas de resistencia social frente a la opresión".<sup>67</sup>

En definitiva es "todo un proceso de lucha y conflictividad social que está de fondo. Es una lucha por institucionalizar formas de definición de lo social que se animan a trascender las matrices introducidas por la modernidad (en sus variantes colonialismo, capitalismo, neoliberalismo) y que buscan la manera de superarlas para construir nuevos paradigmas de la vida en sociedad".<sup>68</sup> Entiendo que hacía allí van estos procesos de liberación de-colonial y anti imperialista.

## V. REFLEXIONES FINALES

Estos dos procesos llevaron adelante transformaciones constitucionales con "una gran expresión de la participación ciudadana. Recogieron las

---

Asambleas Constituyentes de Bolivia, Ecuador y Venezuela: la institucionalización de otros paradigmas", en *Otra Economía*, Vol. III, n° 4, 1° Semestre de 2009, p. 159

66. SANTOS, B. de S., "La transición postmoderna. Derecho y política", *op. cit.*, 244.

67. *Ibíd.*, pp. 258-259.

68. BIZARRO BARBOSA, L. C., MORICZ, M. y GONZÁLEZ PIÑEROS, M., "Los procesos de las Asambleas Constituyentes de Bolivia, Ecuador y Venezuela: la institucionalización de otros paradigmas", *op. cit.*, p. 172.

demandas o exigencias de los movimientos populares, campesinos, indígenas, de clase media y demás sectores que por tantos años fueron excluidos del proceso de construcción y organización democrática". Por otro lado, se llevaron a cabo "transformaciones estructurales del modelo de desarrollo. Para ello se llevaron adelante Asambleas Constituyentes como medio o instrumento capaz de facultar un cambio de dirección tanto en lo político como en lo económico".<sup>69</sup>

En este orden de ideas cuadra señalar que todos los procesos que se vienen dando en América latina, si bien tienen un grado de coincidencia, también tienen sus propios matices. Principalmente en sus coyunturas políticas y en sus actores políticos-sociales. Esto hace que cada país tenga distinto grado de maduración política. Hay que comprender también que hablar de constitucionalismo no solo significa mencionar normas fundamentales en abstracto, sino más bien, es hablar de conflictos hegemónicos que convergen en modelos de país.

Otro elemento sumamente importante de estas nuevas constituciones es que no nacen como producto del imaginario de las élites intelectuales y políticas, es decir, "*es un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional*".<sup>70</sup>

Una crítica que se les podría hacer a estas nuevas constituciones es que tendrían que haber incorporado mecanismos más fluidos en materia de intercambio económico regional, porque es vital que desarrollen las relaciones económicas entre los países de la región (si quieren lograr una verdadera unidad latinoamericana), ya que es "el principal agente de la comunicación y la articulación de los pueblos".<sup>71</sup>

Finalmente, se puede sintetizar como factores determinantes en la configuración de estas nuevas constituciones los siguientes elementos:

- La estrategia política de los movimientos sociales es descolonizar el Estado desde el Estado. Entendiendo al Estado como un sujeto clave para llevar adelante sus deseos de transformación social.

69. PEÑA Y LILLO J., *op. cit.*, p. 94.

70. VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *op. cit.*, pp. 3-4.

71. Mariátegui, J. C., "La Unidad de la América Indo-Española", en *Variiedades*, Lima, 6 de diciembre de 1924, consultado en [<http://www.marxists.org/espanol/mariateg/1924/iul/06.html>] el 15/06/2013.

- Estos actores sociales-políticos llevaron a cabo una revolución política (en la toma del poder de la máquina direccional estatal). Todavía falta profundizar la revolución social y la toma del poder económico controlado por las élites locales y las transnacionales.
- Alrededor de estos procesos sociales existen fuertes liderazgos políticos que permiten la unidad de estos movimientos nacionales-populares.
- Coexiste un fuerte discurso anti imperialista y descolonizador, pero en ellos también existen contradicciones al dejar de lado a los pueblos afroamericanos en la construcción de los nuevos Estados-nación.
- Existe una protección jurídica-política que hacen con respecto a los recursos naturales. Esto se da en el marco de un enfrentamiento directo a la microética liberal pasando a construir una macroética plasmada en la consciencia popular.<sup>72</sup> Una toma de consciencia fundamental teniendo en cuenta su importancia estratégica en los tiempos actuales y en los que vendrán.
- En la praxis de la lucha en la disputa de poder y de sentido de lo universal emerge un nuevo tipo de racionalidad que combate a la modernidad- colonial: la racionalidad plebeya y revolucionaria.
- Las Asambleas constituyentes son las edificadoras de la nueva institucionalidad estatal, sintetizado en las nuevas cartas magnas.
- Estos procesos sociales ampliaron derechos y participación política para los ciudadanos. Pero, a su vez, aumentaron las atribuciones del Poder Ejecutivo. Esto genera mayor centralismo estatal en manos de uno de los poderes del Estado. Para el pensamiento liberal esto sería un problema importante en base al discurso republicano, pero desde otra óptica, puede verse que esto aceleró

72. SANTOS, B. de S., "La transición postmoderna. Derecho y política", *op. cit.*, p. 236. Este autor refiere que la microética está basada "en la atribución de responsabilidad moral a los individuos y a las acciones individuales" y que hoy ante situaciones de "peligro global de la aniquilación nuclear y la catástrofe ecológica". Luego agrega que todavía "no ha sido reemplazada por una macroética capaz de «organizar la responsabilidad de la humanidad por las consecuencias (y efectos colaterales) de sus acciones colectivas a una escala planetaria» (Apel, 1984:250)". En este sentido, retomo ambos significados (microética y macroética) agregándole a esta última la expresión "popular" por la implicancia colectiva que contiene este significado en los actores que son protagonistas y objeto de estudio en este artículo.

los procesos revolucionarios en estudio sin las intermediaciones burocráticas del parlamento. Ahora bien, esto también debe tomarse con "pinzas", ya que si en algún momento cambia el escenario político-regional hacia una "revolución conservadora" estos instrumentos pueden volverse en contra de los mismos sectores que le dieron impulso.

## BIBLIOGRAFÍA

- BORON, Atilio A., "Cita en La Habana", Página/12, 25 de enero de 2014, consultado en [<http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-238457-2014-01-25.html>] el 25/01/2014.
- BIZARRO BARBOSA, Leticia Cristina, "Los procesos de las Asambleas Constituyentes de Bolivia, Ecuador y Venezuela: la institucionalización de otros paradigmas", en *Otra Economía*, Vol. III, n° 4, 1° Semestre de 2009.
- CASTRO GÓMEZ, Santiago, "Michel Foucault y la colonialidad del poder" en *Revista Tábula Rasa*, n° 6, Bogotá, enero-junio de 2007.
- , "Michel Foucault: colonialismo y geopolítica", en RODRIGUEZ, Ileana (coord.) y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Josebe (coord.), *Narrativas comando - sistemas mundos: colonialidad- modernidad*, Vol 1, España, Anthropos: Universidad Autónoma Metropolitana, División de ciencias sociales y humanidades, 2010.
- CHÁVEZ 4F 1992 la Rendición y el comienzo de la Revolución, consultado en [[http://www.youtube.com/watch?v=CdjFu3\\_wünM](http://www.youtube.com/watch?v=CdjFu3_wünM)] el 15/06/2013.
- CHÁVEZ, Hugo, discurso de en La Habana el 14 de diciembre de 1994, consultado en [<http://www.youtube.com/watch?v=QPIHGxHZkgs>] el 15/06/2013.
- CHÁVEZ, Patricia y MOKRANI, Dunia, "Los movimientos sociales en la Asamblea Constituyente, Hacia la reconfiguración de la política", en *OSAL*, año VIII, n° 22, Buenos Aires, CLACSO, septiembre de 2007.
- CHOLVIS, Jorge F., "¿Por qué la constitución?", en BARCESAT, Eduardo S. (dir.), y CORTI, Aristides H. (dir.), *Revista Derecho Público*, n° 4, año II, Buenos Aires, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2013.
- CORREA, Rafael, Discurso con movimientos sociales en la XII cumbre de la ALBA. 30 de julio de 2013, consultado en [

TRO-EN-G UA YA Q UIL- CON-MOVIMIENTOS-SOCIALES-DEL-ALBA-TCP.pdf] el 09/02/2014.

DRI, Rubén y DE GORI, Esteban, "El pueblo y las formas republicanas. Dos opiniones sobre la relación entre gobiernos, organizaciones sociales y corporaciones", Página/12, 6 de febrero de 2012, consultado en [<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-187009-2012-02-06.html>] el 15/06/2013.

MORALES AYMA, Juan Evo, "Intervención del presidente de Bolivia Evo Morales, durante la II Cumbre de la CELAC, consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=Hh5dm1Ayub4>] el 02/02/14.

GARCÍA LINERA, Álvaro, "Del Estado Aparente al Estado integral, la construcción democrática del socialismo comunitario". Discursos & Ponencias. La Paz -Bolivia, 2010, consultado en [[http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/discursos\\_ponencias\\_8.pdf](http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/discursos_ponencias_8.pdf)] el 15/06/2013.

- , "Chávez marcó un despertar para el futuro". Entrevista realizada en el marco del Encuentro de Intelectuales, Artistas y Luchadores Sociales en Defensa de la Humanidad, en Caracas, Venezuela, el 25 y 26 de marzo de 2013, consultado en [<http://www.youtube.com/watch?v=D5RIXaSboqQI>] el 15/06/2013.
- , "Cumbre Antiimperialista en Cochabamba, Bolivia", en teleSUR, consultado en [<http://www.youtube.com/watch?v=68mEx6QcB4>] el 14/10/2013.
- , "Estado, Revolución y construcción de Hegemonía", en el VI Foro Internacional de Filosofía, Venezuela, 28 de noviembre de 2011, consultado en [<http://www.youtube.com/watch?v=K9sUyrQi3p0>] el 15/06/2013.

GARGARELLA, Roberto, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares" en *Crítica y Emancipación. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, Año II, n° 3, Buenos Aires, CLACSO, primer semestre 2010, pp. 169-188.

GIRÓN, Alicia, "Fondo Monetario Internacional: de la estabilidad a la inestabilidad. El Consenso de Washington y las reformas estructurales en América Latina", en LECHINI, Gladys (comp.), *La globalización y el Consenso de Washington: sus influencias sobre la democracia y el desarrollo en el sur*, Buenos Aires, CLACSO, 1ª ed., 2008, pp. 45-59.

GONZÁLEZ SORIANO, José Antonio, "La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt como proyecto histórico de racionalidad revolucionaria",

- en *Revista de Filosofía*, Vol. 27, N° 2, 2002, pp. 287-303, consultado en [<http://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RES-F0202220287A/9798>] el 15/06/2013.
- LAO-MONTES, Agustín, "Las actuales insurgencias políticas-epistémicas en las Américas: giros a la izquierda, giros anti imperiales, giros de-coloniales", en *Comentario Internacional: Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n° 7, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 173-185.
- LÓPEZ MUJICA, Joaquín, "Venezuela y la transición al socialismo", en ANGLLO, Luis A., Gómez, Ernesto L. y LÓPEZ, Héctor (comps.), *Escritos por la patria*, Caracas, Libro Encarte, Sistema Boliviano de Comunicación e Información del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, p. 9, consultado en [<http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/downloads/2013/08/libro-encarte-escritos-por-la-patria-CCS16-8-13-01baia.pdf>] el 25/01/2014.
- LUZZANI, Telma, *Venezuela y la revolución*, Buenos Aires, Editorial Capital Intelectual, Claves para todos, 1ª Ed., 2008.
- MARIÁTEGUI, José C., *Ideología y política*, Lima, Biblioteca Amauta, 1986. – , «La Unidad de la América Indo-Española», en *Variedades*, Lima, 6 de diciembre de 1924, consultado en [<http://www.marxists.org/espanol/mariateg/1924/jul/06.htm1>] el 15/06/2013.
- MATURO, Graciela, "Rodolfo Kusch: La búsqueda del sí-mismo a través del encuentro con el otro", en ANDRADE, Jesús Alberto (ed.), *Revista Venezolana de Información, Tecnológica y Conocimiento*, n°3, año n° 4, septiembre-diciembre de 2007, pp. 11-18.
- NEGRI, Antonio y HARDT, Michael, *Imperio*, Buenos Aires, Paidós SAICF, la reimpresión de la 2a Ed., 2012.
- ORTÍZ, Renato, "Cultura, modernidad e identidades", en *Nueva Sociedad*, n° 137, Buenos Aires, mayo-junio de 1995, pp. 17-23, consultado en [[http://www.nuso.org/upload/articulos/2417\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/2417_1.pdf)] el 15/06/2013.
- PEÑA Y LILLO, Julio, "Procesos constituyentes en el mundo andino: Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada", en *OSAL*, año X, n° 25 Buenos Aires, CLACSO, abril de 2009.
- QUIJANO, Aníbal; "Estado-nación y 'movimientos indígenas' en la región Andina: cuestiones abiertas" en *Observatorio Social de América Latina*, año VI, no. 19, Buenos Aires, CLACSO, 2006.
- RAJLAND, Beatriz, "Los procesos constituyentes en nuestra América desde



- la mirada del pensamiento crítico" en *Derecho Público*, año I, n° 3, Buenos Aires, Editorial Infojus. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, diciembre de 2012.
- RUSH, Alan, "La teoría posmoderna del Imperio (Hardt&Negri) y sus críticos", en BORÓN Atilio A. (comp.), *Filosofía política contemporánea, Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía*, Buenos Aires, CLACSO, 2003.
- SAMPAY, Arturo E., „Constitución, Justicia y Revolución del mundo contemporáneo“, en Vega, Horacio R. (dir.), *Liberación y Derecho*, n° 1, año 1, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, enero a abril de 1974.
- SANTOS, B. de Sousa; "La transición postmoderna. Derecho y política", consultado en [[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Transicion\\_Postmoderna\\_Doxa6.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Transicion_Postmoderna_Doxa6.PDF)] el 15/06/2013.
- STEFANONI, Pablo, "Álvaro García Linera: pensando Bolivia entre dos siglos", consultado en [[http://bibliotecavirtual.clacso.ors.ar/ar/libros/coedicion/linera/%2001\\_stef.pdíl](http://bibliotecavirtual.clacso.ors.ar/ar/libros/coedicion/linera/%2001_stef.pdíl)] el 15/06/2013.
- , "El nacionalismo indígena en el poder", en *OSAL*, n° 19, año VI, Buenos Aires, CLACSO, julio de 2006.
- VICIANO PASTOR, Roberto, y MARTINEZ DALMAU, Rubén, "¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?", Universidad de Valencia (España), p. 9, consultado en [<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>] el 15/06/2013.
- WALSH, Catherine, "Interculturalidad y (de) colonialidad: diferencia y nación de otro modo" en *Livro da Academia da Latinidade*, 2006, consultado en [<http://www.ram-wan.net/restrepo/decolonial/18-walsh-interculturalidad%20y%20decolonialidad.pdf>] el 15/06/2013.



## **TRADUCCIONES Y AFINES**



## LA JUSTICIA PARA ERIZOS A DEBATE\*

RONALD DWORKIN\*\*

### I. CARLOS NINO

Me gustaría agregarle, a mis quince minutos, algunos minutos para hablar sobre Carlos Nino porque, según tengo entendido, este es un evento en su honor.

Lo conocí cuando vine a la Argentina junto con otros filósofos, creo yo por una invitación organizada por Carlos, y me pareció la persona más extraordinaria, tan talentoso, prolífico y original, en filosofía legal y en filosofía moral; verdaderamente prolífico y extremadamente interesante, y al mismo tiempo tan comprometido con el logro de la democracia en este país, [de una] infatigable dedicación; y no tengo nada más que admiración hacia él. Cuando me enteré de su triste, y ridículamente temprana muerte, estuve muy afligido, y cuando llegué aquí, hace tres días, me volví a entristecer porque él no se encontraba.

Pero el recuerdo que me gustaría compartir con ustedes es de un valor diferente, es sobre el coraje. Cuando yo estuve aquí, hace tantos años, Carlos me invitó a su casa por un trago y una cena. Manejamos hasta su casa y, cuando nos bajamos del auto, señaló hacia el otro lado de la calle en donde

\* La presente conferencia fue dictada el 22 de noviembre de 2011 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho (UBA) luego de que Ronald Dworkin fuese investido con la máxima distinción que otorga la Universidad de Buenos Aires: el doctorado *Honoris Causa*. Traducción: Alejandro Fernández, Camila Petrone y Federico Maximiliano Mantiñan.

\*\* Ronald Dworkin, experto en filosofía del derecho, estudió en Harvard, Yale y Oxford. Fue profesor de derecho en prestigiosas universidades como en la Escuela de Derecho de Yale, y profesor de filosofía en Oxford y en la University College de Londres. Desde 1975 fue profesor en la Universidad de Nueva York y profesor Frank Henry Sommer en esta institución desde 1994. Entre sus principales obras se encuentran *Los derechos en serio* (1977), *Una cuestión de principios* (1985), *El imperio del derecho* (1986) y *Justicia para erizos* (2011).

había un temeroso Ford Falcon. Yo no sabía ni lo que era un Ford Falcon, pero me lo mostró. Parecía un típico, poco atractivo auto americano, y me dijo "eso tiene una historia detrás de él", y luego, alguien se bajó del auto. Cuando llegamos y estábamos cruzando la calle para ir a su casa, alguien se bajó de ese cauto, abrió el baúl, sacó un rifle y lo sostuvo prácticamente hacia su cara, y luego volvió a poner el rifle dentro del auto. Carlos me dijo "eso está hecho para intimidarme, pero no lo hace". Y yo admiro mucho ese momento.

## II. JUSTICIA PARA ERIZOS

Voy a intentar de resumir este libro tan largo. El libro, creo, es una ilustración de un estilo de hacer filosofía, que escribí hará cierto tiempo. Lo llamé un método de filosofía de "adentro hacia afuera", en lugar de "afuera hacia adentro". Es decir, comencé mi carrera después de haber terminado de ser abogado (ello no tomó mucho tiempo); comencé mi carrera con un interés central en derechos humanos y filosofía política, y creí que sería necesario concentrarme, y no lidiar con problemas filosóficos demasiado abstractos. Pero para concentrarme en los problemas prácticos, quería escribir artículos en lo que llamamos "revistas populares" (aunque la Revista de Nueva York puede que no sea una revista popular, todavía mantiene una amplia circulación).

Pero a medida que comenzaba a trabajar en estos temas, académicamente, pronto descubrí que no era posible evitar las cuestiones abstractas por las dificultades que surgían al pensar sobre qué debería hacerse respecto del aborto o sobre una acción afirmativa. Apenas uno comenzaba a reflexionar sobre esto, uno ve la importancia, el fósil crucial de los problemas filosóficos, dejando al descubierto lo que en principio se había entendido como una cuestión práctica. Y eso es lo que sucedió al escribir este libro. Yo quería, finalmente, ir en la otra dirección. Quería finalmente decir "ahora que pensé en todos esos temas, ahora voy a intentar de presentar una postura filosófica y luego, al final, señalar las implicancias políticas de esa postura filosófica". Es verdad que una gran parte de este libro es un intento de sintetizar lo que he estudiado en este camino de "adentro hacia afuera" por largo tiempo. Pero al escribir el libro, encontré que era necesario incluso más reflexión sobre los problemas filosóficos, y entonces una buena parte de este libro es mi primer intento. En este resumen, trataré de enfatizar ese proceso, y enfatizar los problemas filosóficos generales

que podrían no parecer a primera vista conectados con cuestiones políticas prácticas pero que, en mi opinión, resultan ser muy centrales.

### III. ESCEPTICISMO

El libro tiene cinco partes y yo solo voy a mencionar lo que considero ser lo más importante, y en algunos casos lo más nuevo, de la tesis que voy a defender. La primera, creo que es extremadamente crucial, está dirigida contra el escepticismo. Quiero rechazar la idea de que en la moralidad, en la política y en la ética, el escepticismo es la posición natural o predeterminada. Muchos filósofos han argumentado en contra de posturas morales, en contra de reclamos morales al decir "los reclamos morales no pueden ser verdaderos o falsos, solo representan nuestros sentimientos, nuestra propia reacción subjetiva, y eso es demostrado por el hecho que la gente difiere sobre los problemas morales; ellos no pueden probar una postura o la otra, la gente que cree una cosa no puede convencer a la otra persona y, por lo tanto, la moralidad no es una cuestión objetiva".

El error, creo yo, o así lo argumento en la primera parte, es no darse cuenta de que el escepticismo es en sí una postura moral. Si yo digo "los empleadores deben cobertura médica a sus empleados" y alguien más me dice "tonterías, eso es solo tu opinión, no puedes probar eso", yo le respondería "bueno, puedo ver que tienes una opinión diferente; tu opinión es que los empleadores no le deben cobertura médica a sus empleados, y eso es tanto una opinión moral como la que dije yo", y si argumentas en contra de mi opinión diciendo "bueno, se puede estar en desacuerdo", yo responderé "sí, y se está en desacuerdo sobre tu postura moral, por ejemplo, yo estoy en desacuerdo con ella".

Es muy importante, creo yo, establecer que no existe tal cosa como un escepticismo moralmente neutral. Existe una disciplina, a los filósofos les gusta decir "nosotros estudiamos la meta-ética y llegamos a nuestras propias conclusiones acerca del subjetivismo y el escepticismo desde una postura independientemente meta-ética filosófica". En la primera parte del libro, yo argumento que esa es una terminología confusa; una confusión tras otra.

#### IV. INTERPRETACIÓN

En la segunda parte del libro, tomo la pregunta de cómo deberíamos pensar acerca de los problemas morales. Yo afirmo que hay un tipo de actividad intelectual que tendríamos que reconocer como interpretación en general. La interpretación es diferente a la explicación. Intento de ilustrar la diferencia en la parte II al hablar de la interpretación en el arte. Yo considero, por ejemplo: ¿qué haría que una interpretación de un poema muy complejo de, por ejemplo Yeates, mejor, más acertada que otra interpretación? No intentaré de resumir la teoría ahora, es bastante compleja. Pero ofrezco esta consideración general porque quiero introducir otra idea. Primero, que el análisis de conceptos morales (justicia, libertad, derecho) es interpretación. Estos conceptos, los conceptos raíces a través de los cuales conducimos nuestras reflexiones políticas y nuestros debates políticos, son conceptos interpretativos. No es posible analizarlos de alguna manera neutral al distinguir entre lo que este significa simplemente como una cuestión de semántica, y lo que es en verdad; cuál es el concepto de justicia o cuál es el concepto del derecho, en primer lugar, y en segundo lugar, qué instituciones son justas, si nuestros jueces deberían decidir los casos. No existe tal distinción. Una teoría sobre qué significa el concepto es una teoría substancialmente moral.

En esta sección del libro, también hago una afirmación la cual es que (sería una minimalización decir "controversial") los conceptos filosóficos predominantes, incluyendo el concepto de la verdad, son también conceptos interpretativos. Una teoría de la verdad es una teoría moral sobre cuando deberíamos reaccionar ante la evidencia en cierta manera. Entonces, la segunda parte del libro hace una muy amplia afirmación. Es una afirmación que encontré necesaria, de nuevo, al empezar con problemas muy prácticos, tan solo al ver cómo el enfoque correcto de estos problemas requería el estudio de las cuestiones filosóficas más abstractas, aquellas que a simple vista parecen las más alejadas de la ética y la moral.

#### V. ÉTICA

En la siguiente parte del libro, me encargo de la ética. He estado por largo tiempo siguiendo a Bernard Williams, quien introdujo la terminología. He distinguido entre las cuestiones de ética, refiriéndome a cuestiones acerca de cómo llegar una vida exitosa, de las cuestiones de moralidad, las cuales son cuestiones acerca de qué le debemos a otras personas.



Comenzaré con la ética (y Marcelo resumió esto muy elocuentemente ayer) y con la idea de dignidad. Para mí, la dignidad tiene dos aspectos. La primer parte de la dignidad es un sentido de respeto propio. Tu dignidad requiere que creas importante que logres cierto éxito en tu vida, no porque de repente quieres tener éxito sino, al contrario, reconoces que quieres llevar una vida exitosa porque reconoces una responsabilidad cósmica de hacer eso. Yo no puedo probarles eso. Creo que es una buena interpretación de cómo, al menos la mayoría de ustedes, llevan sus vidas, aunque podría sonarles poco familiar. La segunda parte de la dignidad es esta: una persona tiene que asumir responsabilidad por cada vida, y esa es la persona a quien pertenece esa vida. Sugiero en esta parte, y en el resto del libro, que deberíamos acercarnos a la interpretación de los conceptos de moralidad y de moralidad política como si preguntáramos por la solución simultánea a las ecuaciones, para encontrar alguna interpretación de lo que debemos a otros por vía de ayuda, de cuando herimos a otros, de cuando tenemos obligaciones, de lo que son los derechos políticos, de lo que es la libertad, la equidad y el derecho. Deberíamos buscar una interpretación de cada una de esas ideas que respete ambas partes de la dignidad –ambas partes que a simple vista parecieran tirar en direcciones opuestas–. Pareciera como si el primer principio de la dignidad, aquel por el cual la vida de todos tiene importancia intrínseca, nos empuja hacia la igualdad como una idea política. Pero pareciera que el segundo principio de la dignidad, aquel que requiere de las personas tomar responsabilidad por sus propias vidas, resistiendo todo intento del gobierno de retenerlos, de usurpar esa responsabilidad, empujaría hacia la dirección de la libertad. Por lo tanto, la interpretación correcta, en mi opinión, de la libertad e igualdad debe ser aquella que demuestre ambas virtudes no solo compatibles sino cada una extraída de la otra, porque solo de esa manera podemos lograr soluciones del problema, del problema conceptual, que respete enteramente la dignidad individual.

La mayoría de la parte posterior del libro es un intento de producir teorías para todos esos conceptos: justicia, libertad, democracia, derecho; un intento de producir concepciones de estos que pueda solucionar las simultáneas ecuaciones de la dignidad, que respete verdaderamente la dignidad de las personas una por una, y que también sirva como buenas interpretaciones de nuestra práctica política. Cuánto éxito tuve en esto puede ser juzgado afortunadamente solo por ustedes, una vez que hayan leído el libro. Gracias.

## VI. DEBATE

### VI.A. Integridad y consistencia de la ley

P (Prof. Eugenio Bulygin) — En más de una ocasión, usted ha insistido que el derecho, un derecho integrado probablemente con estos principios morales y sujeto a la mejor interpretación, siempre tiene una respuesta, una respuesta correcta a cada pregunta y a cada problema legal. ¿Quiere esta idea decir que el derecho, con sus principios y demás, es siempre completo y consistente, que no hay situaciones donde el derecho haga silencio, no brinde una respuesta? ¿No hay situaciones donde el derecho brinde más de una respuesta? Esta es mi pregunta.

R — Usted indica mi caso muy bien, y lo tomaré como si su pregunta fuese “¿cómo podría alguien creer eso?” (*Risas*) No creo que yo haya dicho que en cada caso existe una respuesta correcta. Y si usted incluye la posibilidad de que el derecho esté en conflicto en algún problema, entonces tengo que decir que no descarto el caso que se presenta en las matemáticas, por ejemplo, donde en verdad existen respuestas verdaderas. No descarto el caso donde la respuesta correcta sea “hay un conflicto, hay una contradicción”. No creo que esto sea un caso frecuente; en verdad yo nunca me topé con esto. No conozco a nadie que lo haya hecho tampoco. Si usted piensa acerca de la solución a un problema legal como la mejor interpretación del material legal, la mejor consideración de lo que la comunidad política ha hecho a través de la legislación, lo que es hecho a través de precedentes, lo que la Constitución dice, lo que la historia de la Constitución ha sido, si usted entiende que lo que se requiere de usted es la mejor interpretación de todo el material, entonces la idea de que no habría una mejor interpretación se vuelve muy extraña. Lo atractivo de la idea (esta es una idea muy popular) que a veces no hay una respuesta correcta, [que] tenemos que reconocer que el derecho guarda silencio en la cuestión, el atractivo de la idea creo que viene de lo que describo como una falacia, y de lo que intento de identificar como una falacia en la primera parte del libro, y esta es que el escepticismo que dice “no, no existe en verdad una respuesta correcta” es la posición predeterminada, es decir, la posición a la cual uno se remite si ningún otro argumento les pareciera a todos convincente.

Y, por supuesto, la historia de la filosofía legal está repleta de ello. La gente dice “algunos abogados piensan esto, otros abogados piensan aquello, por lo tanto, no existe una respuesta correcta”. Una confusión muy

desconcertante, creo yo. No, no significa que porque exista su visión por la cual el hecho de que en algunos casos no haya una respuesta correcta sea una teoría en sí, que es una interpretación de todo el vasto material legal, y esa interpretación es tan candidata a ser la mejor interpretación como lo es para ser la objeción "bueno, las personas no se ponen de acuerdo", como cualquier teoría más positiva de lo que una respuesta correcta es. Estamos todos en el mismo bote.

La única razón por la cual mi mirada puede parecer tan paradójica es su fracaso al distinguir entre dos ideas importantes: una es la incertidumbre y la otra es la indeterminación. La indeterminación es aquella mirada por la cual no existe ninguna respuesta correcta. La incertidumbre es aquella por la cual desconozco cuál es la respuesta correcta. Ni siquiera sé si hay una respuesta correcta. La incertidumbre es la verdadera postura predeterminada. Nosotros pensamos, pensamos y pensamos, y usted decide "honestamente, no puedo ver luz al final del camino entre las dos lecturas rivales del derecho". Si yo no puedo ver luz al final del camino, debería anunciar que me mantengo incierto respecto de cuál es la respuesta correcta. Pero si continúo y digo que no hay una respuesta correcta, no estoy descansando sobre la incertidumbre, estoy diciendo que conozco la mejor interpretación del material legal, que resolví el conflicto en mi mente: la mejor interpretación produce conflicto, o produce vacíos legales, o produce silencio en cuestiones particulares. Se necesita un argumento. Se necesita un argumento de por qué esa es la mejor interpretación. Dado el enorme material disponible para la interpretación legal, encuentro muy improbable que la mejor interpretación sea esa. Si se tiene solo una cantidad muy pequeña de información, tal vez; pero si uno tiene un siglo de legislación, precedentes, agencias administrativas, fallos, encuentro extremadamente improbable que uno pueda hacer un caso que diga "la mejor interpretación es algo parecido a un empate". Ahora, yo sé que eso no lo convence, porque usted y yo hemos discutido esta pregunta antes. Pero eso es lo mejor que puedo hacer. (*Risas*)

## VI.B. Verdad y escepticismo moral

P (Prof. Martín Farrell) — Prof. Dworkin, usted escribió en su libro y habló hoy de nuevo en contra del escepticismo moral, pero explícitamente en su libro usted acepta los dos principios fundamentales del escepticismo moral: primero, que no hay verdad por correspondencia en la moralidad, y

segundo, que la verdad por coherencia es una condición necesaria pero no una suficiente. Por supuesto, usted emplea la palabra "verdad" en su libro y tiene todo el derecho de hacerlo, pero usted utiliza "verdad" en un sentido muy diferente. Una proposición es verdadera cuando es sostenida por los mejores argumentos o los argumentos más razonables, pero este no es el significado de "verdad" según el sentido del escepticismo. Entonces, yo soy un escéptico moral y no tengo ninguna discusión con su postura. Me parece que usted está empleando el sentido con otro significado y no está refutando el escepticismo moral, sino que su principio es perfectamente compatible con él.

R — Muchas gracias, una sugerencia muy interesante. Como dije en mi resumen, creo que una parte muy central y crucial de mi argumento general es una teoría de la verdad, y tengo un capítulo, una parte de un capítulo en el que argumento que la verdad es un concepto interpretativo. La "teoría de la coherencia de la verdad" que usted mencionó, la "teoría de la correspondencia de la verdad" que usted menciona son dos interpretaciones de la idea que utilizamos muy libremente. Alguien dice "la acción afirmativa es injusta" y otra persona dice "eso no es verdad", y nosotros entendemos exactamente lo que está sucediendo. La pregunta es cómo hemos de entender qué significa la "verdad" en esos casos. En el caso de la ciencia, es una postura muy popular entender a la verdad al decir "una proposición es verdadera si es idéntica a la realidad, si corresponde a la realidad". Nadie pudo nunca (es parte de la popularidad de esta idea) obtener mucho sentido de esto. No es, de ninguna manera, una postura clara de qué significa "verdad" incluso para la ciencia, pero es muy popular y las personas están trabajando para intentar y explicar de qué manera una palabra puede corresponderse a una colección de moléculas, y estos son problemas muy serios.

Cuando vamos a un dominio diferente, nuestras ideas sobre qué hace que una proposición sea verdadera deberían ser sensible a los requerimientos de ese dominio. No podríamos utilizar la "teoría de la correspondencia de la verdad" para la ética o la moral porque no hay nada a lo cual corresponderse. Me he divertido en este libro porque hablo de los "morones"<sup>1</sup>, refiriéndome a partículas morales que actúan de la misma manera en que

1. En el original, "morons". Crea un doble sentido entre el significado literal de la palabra en inglés, "imbécil", "tonto", y el sentido que le atribuye Dworkin en su libro, una partícula "moral" que actúa como un protón, es decir, un *morón* (N. del T.)

los electrones y los protones podrían hacerlo, y es algo así como una broma que repito probablemente demasiado a menudo. Pero no se podría dar sentido a una "teoría de la correspondencia de la moralidad" sin cometer el error del que Hume nos advirtió, al decir [que] no existe una descripción de los hechos desde la cual podamos extraer una proposición moral.

Entonces, una vez que aceptemos que la verdad es un concepto interpretativo, necesitamos una interpretación de la verdad que mejor se ajuste a la manera en que concebimos la moralidad. Y creo que la idea de la interpretación nos brinda esa sensación de la verdad. Como dijo Bernard Williams en su libro "*Verdad y Veracidad*", cuando venimos a ofrecer una teoría de la verdad, no deberíamos pensar únicamente sobre la verdad, deberíamos pensar en la familia de virtudes en la que la verdad encaja. Entonces, pensamos sobre la verdad desde estas: sinceridad, exactitud, responsabilidad y el resto del nido de palabras. Intentamos de entender a la verdad como una parte de una familia entera de conceptos de los cuales tenemos que dar sentido, tenemos que interpretar cada uno sobre la luz que echan los demás. Y cuando hacemos eso, sí, tenemos una teoría de la verdad que no se encuentra en la lista de un texto de metafísica o de epistemología. Ahí se ve la correspondencia, la coherencia, se ve otra teoría mucho más popular llamada "minimalista" o "teoría del desprendimiento de la verdad". Estas son todas candidatas para una teoría de la verdad. Pueden o no ajustarse a diferentes iniciativas. Ninguna de ellas encaja en la moralidad. Necesitamos hacer una interpretación fresca. Si tomamos la alternativa y decimos "como ninguna de estas visiones de la verdad que tienen sentido en la ciencia o podrían tener sentido en la ciencia, no se ajustan a la moralidad, no hay una verdad en la moralidad", en mi opinión, esa es una mala filosofía. Tenemos que mirar a las iniciativas de la moralidad, iniciativas en las que la verdad figura como central e intentar de interpretar la idea para ver si podemos. Entonces, acepto su sugerencia de que la visión de la verdad que he desarrollado no es reconocible en la lista de entendimientos familiares de la verdad. Esto no la descarta.

## **VI.C. Grocio y la naturaleza y contenido del derecho internacional**

P (Prof. Andrés Rosler) — Quisiera aprovechar la oportunidad que nos está dando para volver a su charla de ayer, si es posible. Si recuerdo correctamente, dijo que su charla estaba dada en el espíritu de Grocio, que tenía un tono grociano. Pero no estoy seguro de que realmente se refiriera

a eso en el sentido siguiente, quizás mi pregunta sería a qué se refiere con grociano en este sentido, y con el espíritu de Grocio, y me gustaría añadir dos puntos breves. El primero es, en lo que respecta a la naturaleza del derecho internacional, que creo que Grocio es en realidad conocido por defender una lectura positivista de la naturaleza del derecho internacional. Sostiene que la fuente del derecho internacional es, de hecho, convencional y, por otro lado, en lo que hace al contenido del derecho internacional, Grocio es también, creo, conocido por defender un sistema soberano de Estados, donde, por supuesto, se aplican principios del derecho natural y de la moralidad, pero quizás nos equivocamos en leer a Grocio de esta manera. De hecho, es Hobbes quien sostiene que, en lo que respecta a la naturaleza del derecho internacional, no hay nada más que principios de derecho natural. Y con eso, también argumenta que no hay derecho internacional, es lo contrario, pero eso ya es un juego completamente diferente. Entonces, ¿a qué se refiere con el espíritu de Grocio y el tono grociano de su postura sobre la naturaleza y contenido del derecho internacional?

R — Muchas gracias. En una famosa película de Humphrey Bogart, olvidé cuál y qué personaje lo dice, pero alguien dice creo que al policía, "pero ha arrestado a las personas equivocadas", y él responde con una sonrisa, "estaba mal informado". Y esa puede ser la explicación de mi parte sobre Grocio. Quizás estaba mal informado. Tengo colegas en la Universidad de Nueva York, abogados internacionalistas que me describen a Grocio en los términos que usé y me dieron varias cosas para leer de aquellos de quienes saqué la perspectiva de que Grocio pensaba que el derecho internacional comienza en los requisitos de Estados, que no es solo una materia a la cual los Estados dan su consentimiento. Pero debo decir, no estoy comprometido con esta interpretación. Apelo a Grocio en un intento de decir que mis teorías no son tan originales después de todo; fueron alguna vez populares. Y quizás me equivoco en eso. No lo creo porque mi memoria de lo que leí sobre Grocio no es lo que usted resumió. Pero si lo es, lo corrijo retirando el nombre Grocio y dejando lo demás igual.

## VI.D. El principio y la epistemología moral de Hume

P (Prof. Horacio Spector) — Profesor, tengo una pregunta sobre la Parte I de "*Justicia para Erizos*". En el página 44 usted dice que el principio de Hume es tanto un principio de epistemología moral y que es obviamente cierto para usted. Ahora, pienso que hay una inconsistencia en

su aserción de que el principio de Hume es un principio de epistemología moral porque, después de todo, todo el argumento en la parte I de su libro es que no hay principios de epistemología moral o principios de meta-ética externa, por lo que tengo que concluir que cuando dice que el principio de Hume es un principio de epistemología moral se refiere a la opinión de otras personas. Así que me parece que desde su propio punto de vista, usted debería decir que el principio de Hume es un principio normativo o un principio de moralidad. Ahora, si es un principio de moralidad, y de algún modo proviene de una interpretación de nuestra práctica moral, entonces es obvio para mí que no es obviamente cierto, porque, por ejemplo, no es obvio que no se pueda afirmar el hecho de mirar a un niño muriendo de hambre como un caso autosuficiente de la afirmación moral de que hay algo mal y que se debe hacer algo al respecto. Así que, como un principio normativo, es muy controversial.

Ahora, y termino, si usted realmente abandona la afirmación general de que no hay principios de epistemología moral, y que después de todo hay solo una pregunta externa de segundo orden, que es precisamente el principio de Hume, entonces en ese caso no resulta obvio para mí tampoco que el principio justifica su afirmación sobre la independencia de la moralidad del argumento filosófico en la filosofía moral. Y el caso parece ser muy claro porque incluso si Hume dijo (lo cual es también muy controversial) que no se puede inferir una "declaración de deber ser"<sup>2</sup> de una "declaración fácil"<sup>3</sup>, o por lo menos que se debería dar una explicación sobre por qué se está autorizado a arribar a esa conclusión, es obvio y evidente para mí que nunca pensó en permisos, así que parece bastante evidente al mismo tiempo que no se puede obtener una afirmación fáctica como un caso para rechazar una "aseveración de deber ser", lo que constituye un caso para fundamentar un permiso. Ahora, después de todo, esto está ampliamente aceptado en la filosofía moral. Por ejemplo, Kant dijo que el hecho de que alguna acción sea fácticamente imposible, por ejemplo, un doctor no puede por razones fácticas salvar la vida de un paciente, entonces si eso es fácticamente imposible, entonces tiene un caso para rechazar el deber ser, lo que significa que después de todo está –aunque muy tristemente– permitiendo al doctor no salvar al paciente, porque eso es fácticamente imposible.

2. En el original, "ought statement" (N. de T.)

3. En el original, "easy statement" (N. de T.)

Ahora si usted, y con esto termino, si usted toma el principio diferente de que la afirmación fáctica puede rechazar los deber ser y encontrar permisos entonces, después de todo, el escepticismo externo parece ser razonable. Por eso pienso que hay algo que me parece incorrecto, y de cualquier modo me gustaría alguna clarificación sobre el tema. Gracias.

R — Esa fue lo que llamamos una pregunta muy "carnosa": mucho dentro de ella. Comenzaré diciendo que no quise decir "que no hay tal cosa como la epistemología moral". Todo lo contrario, en un capítulo dedicado a la responsabilidad moral, dije —creo— que la responsabilidad moral es una epistemología moral. Esto nos devuelve a la pregunta sobre la verdad, esto es, si se considera a la epistemología como el estudio sobre cuándo se está facultado a sostener el conocimiento o justificar una creencia, entonces digo que la epistemología científica se ajusta solo a la ciencia. Para la moralidad necesitamos una epistemología moral. La epistemología moral es una teoría de responsabilidad moral, una teoría sobre lo que deberías haber hecho por la vía de la reflexión antes de creerte justificado para sostener una postura moral. Creo que esa es una epistemología, simplemente no una epistemología científica. Como queremos tener una concepción diferente de la verdad para dominios distintos, también deberíamos tener una concepción diferente de la epistemología. Así que me declaro culpable al decir que el principio de Hume es una pieza de epistemología moral. También acepto lo que usted dijo luego, que es un principio moral, porque toda teoría de responsabilidad moral en sí misma descansa sobre una teoría moral. Eso es para mucha gente una objeción. No hay forma de salir de la moralidad para examinarla desde afuera. No, no creo que la haya. No hay incidentalmente ningún modo de salir de la matemática para examinarla desde afuera. Y así sucesivamente. Entonces, en lo que hace a la pregunta sobre clasificación, no creo que lo que dije sobre el principio de Hume sea en modo alguno inconsistente con el resto de lo que digo, aunque usted pueda seguir pensando lo contrario.

Ahora, sobre la pregunta de la sustancia del principio de Hume, usted dice que ve a un bebé siendo torturado y dice "eso está obviamente mal, y tengo una obligación moral de tratar de detenerlo". Ahora, la explicación clásica de eso, por supuesto, es un hecho fenomenológico, es simplemente como usted responde. Usted no dice entonces "ahora, déjeme ver si hay una premisa moral sobre la forma 'si alguien está sufriendo y puedo hacer algo al respecto'". Como una vez dijo Bernard Williams en un contexto diferente, "si creíste que debías comprobar la premisa mayor, has pensado



demasiado". La fenomenología es absolutamente como usted dice, pero su reconstrucción debe presuponer una teoría moral más general, innata en todos nosotros, probablemente enquistada en nosotros. Pero aun así, una premisa mayor. Y el modo en que se refuta eso es imaginándose un monstruo real. El mundo ha conocido monstruos reales en el último siglo. Imagine un monstruo real que se confronta con esta situación y le dice "no, no acepto la implicación, hay un bebé gritando, que divertido". Y usted le dice, "eso es intolerable", y él le dice, "¿por qué?", y yo pienso que en este punto usted estaría tentado de proponer una teoría moral más general sobre la naturaleza de la maldad, creo. En cualquier caso, creo que Hume tiene razón, no creo que se pueda hacer una construcción que no asuma eso.

He aquí otra manera de abordar este punto. Un bebé está llorando, usted cree que debe responder de inmediato, que es un imperativo moral. Pero encuentra tras reflexionar que no cree [en] ningún principio general que dice que debería responder al mal en frente suyo. Tal vez tenga que corregir su impulso general. Eso es suficiente sobre el principio de Hume.

Ahora, sobre los permisos, Kant dijo "debería implica puede" –y usted dio un buen ejemplo del principio de Kant–. ¿Cuál es el estatus, qué tipo de juicio es el juicio "debería implica puede"? No es una afirmación conceptual, no es analíticamente cierta, es un juicio moral. Y es un juicio moral que mucha gente a lo largo del tiempo ha rechazado. Edipo no podía saber que el hombre que mató en el cruce de caminos era su propio padre. Aun así, se sacó sus propios ojos por un sentido de culpa moral. No le dijo a los tebanos "debería significa puede, así que soy inocente". Aceptamos, la mayoría de nosotros la mayoría del tiempo, una visión kantiana. No sentimos culpa por algo por lo que no creemos que debamos sentir culpa cuando no podíamos hacer nada al respecto. Y esa no es una visión universalmente sostenida, sino ciertamente una visión moral.

El autobús –he aquí otro ejemplo–. Manejando un autobús escolar, sin culpa del conductor se rompen los frenos, y varios niños mueren. Él pasa el resto de su vida cargando un sentido de arrepentimiento mezclado con la culpa, aunque no podría haber hecho nada al respecto. Eso también es parte de la fenomenología.

Así que pienso que "debería implica puede" es un principio moral, un principio general de la moral, ayuda a confirmar la ley de Hume. Porque confiamos en él para validar afirmaciones morales más específicas como "el conductor del autobús no debería sentirse culpable".

## VI.E. Los sentimientos como criterio de lo correcto

P (Prof. Ricardo Guibourg) — Me gustaría entender este simple punto: ¿el criterio para distinguir el comportamiento correcto del incorrecto es solo nuestro sentimiento?

R — No, no son solo nuestros sentimientos. Es: si estamos en lo correcto en nuestros sentimientos, es lo correcto de nuestros sentimientos; es la verdad de lo que estos sentimientos reflejan. Porque tenemos que distinguir indeterminación de incertidumbre, porque el escepticismo o subjetivismo no es la opción por *default*, si según mi mejor criterio, torturar prisioneros en la Bahía de Guantánamo está mal, es decir, pienso sobre eso y mi mejor criterio es que está mal hacer lo que hizo el gobierno de los Estados Unidos; si estoy en lo correcto, entonces está mal, entonces estuvo mal. Pero no está mal porque yo emitiera mi criterio. Está mal si mi criterio es correcto. Así que no son solo mis sentimientos los que lo vuelve malo; es el caso, la idoneidad del argumento que tengo lo que lo hace malo.

Creo que quiero repetir que considero una de las principales afirmaciones de la parte I del libro responder la pregunta o la sugerencia que si no podemos probar algo para la satisfacción de todos, entonces deberíamos ser escépticos al respecto y decir "bien, es solo una cuestión de mis sentimientos". No creo que eso sea una posición filosófica simple diferente, es una posición filosófica muy popular, así que espero que la gente lea la parte I de mi libro.

## VI.F. Fisicalismo

P (Tamara Tenenbaum) — Me disculpo si mi pregunta es demasiado filosófica o técnica o algo, pero quería saber si tiene alguna idea, si ha pensado un poco sobre qué clase de historia fisicalista se ajusta con su opinión. Porque creo que uno de los muchos problemas de alguien que trata de ser...creo que usted debería elegir alguna variedad de fisicalismo no reductivo (Dworkin: perdón, me cuesta entender). Me gustaría saber qué tipo de historia fisicalista, filosóficamente hablando, usted acoge o cree que se ajusta mejor con su teoría, porque usted rechaza la superveniencia en el libro, ¿cierto? Usted parece rechazarla, la superveniencia davidsoniana. Y no encontré mucho sobre Putnam tampoco, solo en las notas al pie. Creo que usted lo rechaza también. También rechaza el intuitivismo, y recién habló en contra de alguna suerte de emotivismo reductivo o algo, en su

última respuesta. Así que, ¿ha pensado un poco sobre eso? Porque es un problema, si va a defender la independencia de valor o algo así ¿Cómo va a hacer que eso se adapte?

R — Encaja con el fisicalismo como un dominio separado, no es para nada fisicalista. Digamos que abreviamos y suponemos que la física es sobre el mundo físico y la psicología sobre el mundo mental. No creo que podamos reducir el mundo mental al mundo físico. No creo en esa reducción. No creo que podamos reducir el mundo matemático al mundo físico. No creo en el nominalismo en la matemática. Y ahora respecto a tu punto, no creo que podamos reducir el valor a la física. Creo que necesitamos usar otro término técnico, probablemente me meteré en problemas como con la epistemología. Pero si queremos una ontología, una teoría general sobre lo que hay, sobre lo que existe, entonces debemos reconocer diferentes dominios. Y lo que existe incluye átomos, ideas, números y obligaciones morales. Estas son todas las cosas que existen. No existen de la misma manera, no se puede reformular una proposición matemática como una sobre moléculas. Pero todas existen. Nuestra ontología debe ser conducida por nuestra convicción, no al revés. No podemos decir que somos fisicalistas, por lo tanto, debemos ajustar todo dentro de la física. Usted podría –quiero decir, hubo un tiempo, en Alemania en el siglo XIX, cuando funcionaba de otro modo. Las ideas son lo único real, y por ende debemos ajustar el mundo físico al mundo psicológico–. No veo por qué nada de eso es necesario. Creo que primero decidimos qué es verdad, y luego vemos cómo debemos arreglar nuestra ontología para que combine con nuestras convicciones.

## **VI.G. La independencia ética y el caso del cinturón de seguridad**

P (Ezequiel Spector) – Prof. Dworkin, tengo una pregunta sobre lo que usted llama independencia ética. Por un lado, usted afirma que una ley puede violar la independencia ética en virtud del carácter fundacional de las decisiones que esta ley habita. Por otro, usted afirma que si el gobierno obliga a la gente a usar cinturones de seguridad, ese gobierno no viola la independencia ética porque usted dice que las convicciones del cinturón de seguridad no son fundacionales. Sin embargo, como usted afirma en el libro, es empíricamente posible que haya una persona que piense que una

vida que corre peligro es más atractiva. Usted admite eso pero continúa afirmando que las convicciones del cinturón de seguridad no son fundacionales. Así que, me pregunto cuál es la definición de "fundacional". La mayoría de la gente no tiene convicciones del cinturón de seguridad, pero la definición de "fundacional" no puede depender de la opinión de la mayoría. Quizá "fundacional" significa relevante, pero en ese caso, la definición arbitrariamente excluye ciertas convicciones como las convicciones de cinturón de seguridad.

R – Gracias, una pregunta muy interesante. Probablemente no tuve suficiente cuidado para definir "fundacional", pero la idea que tengo en mente es que la gente que tiene un sentido autoconsciente de la personalidad, un sentido de cómo quieren que vayan sus vidas, qué es importante en esas vidas, cuando reconsideramos las convicciones de la gente sobre cómo viven de ese modo, entonces podemos decir que algunas cosas son más importantes que otras en ese proyecto. Hay convicciones sobre religión, por ejemplo. Realmente son fundamentales; uno no puede imaginarse no vivir de acuerdo con ellas. Ahora, otras cuestiones son periféricas, son efímeras, son solo algo del momento. Pero no se ajustan a un esquema más general. Estoy de acuerdo con usted y creo que sí dije en el libro que para algunas personas una vida temeraria es la única vida satisfactoria. Saltan de aviones con paracaídas, escalan montañas muy peligrosas donde deben pegar las uñas a la montaña para subir o bajar. Hay personas que quizás consideran que ponerse un cinturón de seguridad es traicionarse a uno mismo. Así que la pregunta es: ¿cuál debería ser la respuesta a estas personas? Hay dos puntos que, creo, podrían abordarse. El primero es que estas personas son tan pocas que una preocupación igual por ellos no requiere el costo que implicaría tener una ley general de cinturón de seguridad exceptuándolos a ellos. Y usted se imagina un juicio en el que serían invitados a testificar sobre su cualidad temeraria. Simplemente sería irrazonable esperar que un gobierno trate de administrar un programa como éste. El segundo punto que creo que es necesario tratar es que las personas que resultan heridas en accidentes automovilísticos hieren a todos en la comunidad. El costo externo tanto para la economía, en la ausencia de su trabajo, y peor, en los gastos médicos en que se incurre en su tratamiento, particularmente en un país como este en el que la asistencia médica es solventada con impuestos, sería incorrecto decir "el gobierno no tiene que confiar en qué tomo yo como una justificación prohibida", no tiene que decir "tu concepción de una buena vida es incorrecta", solo tiene que decir "sería injusto para la

comunidad pretender que la comunidad cargue el costo de esta particular [y] muy inusual preferencia tuya". Así que pienso que pasa la prueba de la independencia ética.

## **VI.H. Responsabilidad de proteger (R2P)**

P – Si no le molesta, me gustaría volver a la conferencia de ayer y asegurarme si lo entendí correctamente en un punto. Usted habló del deber del Estado de proteger su propia legitimidad y también habló del deber de litigar. Me pregunta es: ¿qué, en su opinión, funda este deber? Y mi segunda pregunta es: ¿ve una conexión o un nexo con el así llamado "deber o responsabilidad del Estado de proteger"?

R – Sí, gracias. Lo que traté de sugerir ayer comienza en la idea de que es una preocupación central, debería ser una preocupación central, de las personas que ejercen poder coactivo, policía, armas, ejércitos sobre la gente, para proteger su título moral para hacerlo. Por supuesto, los anarquistas creen que el gobierno es siempre inmoral porque nada justifica el uso de la fuerza, particularmente fuerza colectiva, contra un individuo, así que rechazan mayormente al gobierno. Pero si no se acepta esa visión y el gobierno, generalmente, obviamente, no la acepta, entonces un gobierno siempre debería tratar de mejorar su título moral para gobernar. Si cree que le es mostrado al gobierno que está violando derechos humanos, por ejemplo, discriminando una raza o grupo, entonces tiene el deber, derivado del hecho de que ejerce poder colectivo, de mejorar su derecho de remover una mancha de su legitimidad. Así que esa es una suposición de fondo que hago, es una suposición general de moralidad política. Ahora, el punto clave en el argumento que ofrezco es que la legitimidad de cada Estado particular depende en parte del acuerdo internacional que confiere derechos para gobernar en un territorio particular y limita el poder de gobierno para abordar asuntos en otros territorios. Nosotros tenemos ese acuerdo. La única forma en que podríamos resignar ese acuerdo internacional sería mudando a un mundo con un solo gobierno, lo que no va a pasar... no puede pasar. Por lo tanto, si identificamos un problema tocante a la legitimidad, una mancha en la legitimidad, inherente al acuerdo internacional, entonces nosotros, cada nación, tenemos el deber de mitigar eso tanto como podamos, tomar medidas, tal como tenemos un deber de hacerlo domésticamente deteniendo la discriminación, así que tenemos un deber internacionalmente de mejorar el sistema internacional, de remover la dificultad que supone para nuestra

propia legitimidad doméstica. Y eso me parece solo el comienzo de una explicación de la necesidad para, y el carácter de, el derecho internacional. El derecho internacional es lo que se crea cuando los Estados reconocen su deber de mitigar el daño que el acuerdo internacional, el sistema de Westfalia, representa para la gente. Ahora, una de las amenazas (mencioné esto pero su pregunta me invita para decir más) a la legitimidad creada por el sistema internacional es esta: la gente en todo el mundo siente una responsabilidad moral de rescate. Si vemos [que las] personas en Sudán o en Libia o en cien otro lugares, son víctimas de negaciones muy serias de derechos humanos, y sufren sus enfermedades, su hambre, donde hubo un tsunami y las personas mueren en masa y su propio gobierno es incapaz de alimentarlas, [de] llevarles comida, como en Asia; sentimos que tenemos una responsabilidad moral de ayudar, pero no podemos, porque el acuerdo internacional permite al gobierno de Burma decir "nos negamos a aceptar alimentos enviados desde el extranjero, no los distribuiremos, somos inmunes a su ayuda". Ahora, considero eso un problema, y el derecho internacional debería responder. La doctrina que usted mencionó, a veces llamada R2P –responsabilidad de proteger– fue respaldada por una convención en Canadá hace algunos años, y luego respaldada en principio en todo el mundo, incluyendo una reunión del Comité de Naciones Unidas. Eso es un ejemplo de a qué me refería por el impacto sobresaliente. Una vez que eso haya sucedido, entonces se enfoca en el deber general amorfo de mitigar en una particular dirección. Por lo que debemos responder en el espíritu de la convención llamado R2P y el modo correcto de responder es aceptar que la Asamblea General de Naciones Unidas por la mayoría de votos, puede autorizar protección de personas en otros países. Perdón, es algo largo para responder, pero esa es la suposición.

## **VI.I. ¿Qué es la ley y qué debería ser?**

P – Usted quiere hacer dos preguntas diferentes: qué es la ley y qué debería ser la ley, y también dice que estas preguntas distintas pueden recibir preguntas diferentes. Sin embargo, no lo comprendo muy bien porque, de acuerdo con su concepción de la ley, una respuesta a la pregunta "qué es la ley" presupone una respuesta a la pregunta sobre "qué debería ser la ley".

R – Gracias. Intentaré responderte de esta forma: Lo que la ley es y lo que la ley debería ser son ambas preguntas morales, pero son tipos distintos de preguntas morales. Pienso en la ley como basada en la interpretación

de las prácticas políticas y decisiones pasadas de una nación. Bien puede ser que resulte imposible interpretar esta tradición de acuerdo con lo que usted y yo creeríamos es la mejor luz moral. Pensamos –le doy quizás un ejemplo algo complejo. Creo que la ley en los Estados Unidos debería establecer que cada niño en edad escolar obtenga como beneficio una misma cantidad de dinero invertida en su educación. Así debería ser la ley desde mi punto de vista. Pero esto es absolutamente sencillo, dadas varias decisiones de la Corte Suprema, que no puedo interpretar, si quiera intentando de hacer la mejor interpretación, no podría interpretar que la ley de los Estados Unidos incluya tal requisito.

La pregunta moral "qué debería ser la ley" tiene un final abierto, no dice nada sobre qué institución tendrá la responsabilidad de crear a la ley para hacerla de aquella forma. ¿Qué es la ley? Si digo que algo es la ley, entonces digo que esto es un derecho que a la gente le corresponde tener garantizado, en este momento, cuando lo requieran en un contexto de uso del poder de coerción del Estado. La pregunta moral "¿cuál sería la ley en un mundo ideal?" es, para mí, obviamente diferente de la pregunta de a qué tiene la gente el derecho tener garantizado en este momento a través del poder de coerción del gobierno. Esa es la diferencia entre lo que la ley es y lo que debería ser.

## **VI.J. La responsabilidad en contextos de desigualdad**

P (Prof. Roberto Gargarella) – Permítame hacerle una pregunta. Me disculpo porque cambiaré de tema completamente. Quería preguntarle sobre algo que usted esboza brevemente en su libro que es, según considero, muy relevante para países como Argentina o Brasil, y esto tiene que ver con la conexión entre responsabilidad e inequidad. Usted dice algo en algunos párrafos pero me gustaría que pudiese elaborar algo más sobre el tema para ayudarnos a pensar sobre los delitos cometidos por personas que provienen de contextos sociales desfavorecidos. Supongo que usted considera que en algunas ocasiones deberíamos dejar de lado la responsabilidad que se les atribuiría a los autores de estos delitos en vista de las injusticias que sufren. No sé si esto es correcto, pero es un punto muy importante. Esto, entonces, no implica tomar una posición como la que asumió el Juez Blackmun en cierto punto en relación con "la capacidad de esta gente", pero usted quiso decir que tenemos que tener en cuenta la injusticia de la que son víctimas. Entonces, si pudiera elaborar algo más en este sentido y,

además, en lo que respecta a algunas de estas injusticias...Solo para tomar un ejemplo que usted conoció al estar en Brasil, imagine la ocupación de tierra vacía del Estado para un grupo extremadamente desventajado, en términos de interpretación legal, ¿llamaría a eso un violación a la ley en primer lugar?

R – ¡Gracias! Me encantan las preguntas que dicen “me gustaría que usted hable por un rato”, pero el problema es que luego tendrá que frenarme. Lo que quise decir en la discusión que usted tiene en mente estaba en el contexto del tema general de aquel capítulo, y ese capítulo trataba sobre el viejo problema filosófico del libre albedrío. En un principio estaba ansioso por decir que a la gente que proviene de contextos desventajados y es más propensa a ser antisocial, o a robar, no carece de libre albedrío. A veces se discute que sí. Hubo un infame caso en Florida, en el que alguien estaba acusado de...creo que era homicidio, y su defensa fue “no tenía libre albedrío porque mi mente estaba absorbida por mirar programas de televisión en los que se cometen asesinatos regularmente, entonces mi libre albedrío se encontraba absorbido porque me encontraba programado por esos programas de televisión”. Lo primero que quiero decir es que es un argumento extremadamente malo. No perdemos el libre albedrío por crecer o vivir en circunstancias en las que nuestros móviles son diferentes y surgen de la injusticia. La gente que proviene de contextos desfavorecidos creen en aquello a lo que tienen derecho, y tienen necesidades y móviles que la gente de clase media no tiene. Pero eso no es un problema de libre albedrío, son tan libres como nosotros o cualquier otra persona para encarar una situación o actuar en un tribunal.

¿Es este el fin de la historia? Quiero decir que no, no es el final de la historia. Debemos ser conscientes cuando preguntamos qué tan responsables son; no solo de si ejercían su libre albedrío o si eran autómatas dirigidos por terribles móviles. Tenemos que tener en cuenta el hecho de que tenían diferentes necesidades y móviles, y aceptar que, en una sociedad injusta, compartimos parte de la culpa por estas diferencias. Entonces, no son insanos, no carecen de libre albedrío, pero tienen derecho, a veces, al beneficio de sentencias reducidas y, en casos muy raros, a ser absueltos sobre la base de que, al distribuir la culpa por lo que hicieron, esta es en buena parte la culpa del sistema económico, del sistema social que nosotros hemos creado.

No sé si alguno aquí escucho alguna vez sobre un abogado americano, fallecido hace bastante tiempo, llamado Clarence Darrow. Él era el abo-



gado penal más famoso en América, y fue contratado para defender a dos muchachos, muchachos muy ricos, en Chicago, que habían secuestrado a otro muchacho y lo habían asesinado por diversión. Habían leído a Nietzsche, decían, y Nietzsche los había inspirado, y Clarence Darrow formuló el famoso argumento acerca de que, incluso en el caso de estos niños ricos, la sociedad debiera asumir parte de la culpa porque el injusto sistema económico les había permitido vivir en un contexto tan privilegiado como para hacerlos creer que eran Superman, que eran un Superman Nietzscheano. Siempre pensé en ese argumento como la contracara de la moneda de la forma normal de argumentar, y creía que lo que planteaba Darrow estaba mal, pero ese es el tipo de argumento que deberíamos estar creando, alejado del libre albedrío o la insania.

## VI.K. Aborto

P (Prof. Marcelo Alegre) – En las últimas semanas comenzó el debate sobre el aborto en el Congreso Argentino. Quisiera preguntarle si podría, por favor, intentar iluminar nuestra discusión, es decir, si usted pudiera brevemente decirnos su posición filosófica sobre el asunto. Pero además y, en especial, le pediré que tenga en cuenta la experiencia de los últimos 40 años de América, cómo puede la experiencia de lo que ha sucedido desde *Roe v. Wade* hasta ahora ayudarnos a lidiar de una mejor manera con este problema controversial.

R – Bien, estoy contento por tener la oportunidad de hablar sobre un asunto político contemporáneo. En mi opinión, el problema del aborto concierne dos fases de pensamiento. En una primera etapa, es una pregunta sobre si un feto temprano es una persona con derechos propios, con intereses y derechos propios. En ocasiones se dice que el gobierno no debería tomar esta decisión en tanto es una decisión religiosa, metafísica, que no concierne al gobierno. En mi opinión, el gobierno *debe* tomar esa decisión. El gobierno puede no tomar la posición de sostener que, en los Estados Unidos, los estados puedan decidir si un feto tiene intereses o derechos propios. La pregunta es si un feto es una persona en términos constitucionales, es decir, alguien a quien la Corte Suprema, las Cortes o la legislatura tienen el deber moral de proteger del homicidio.

No creo en el argumento de que un feto temprano es una persona con derechos, no importa si lo llamamos persona. La pregunta clave es si debemos reconocer que tiene derecho a vivir. Creo que la respuesta a esa

pregunta debe ser "no", porque una criatura no tiene intereses antes de tener sentidos, es decir, antes de poder sentir y sentir dolor. De acuerdo con algunas teorías, una criatura no puede poseer intereses hasta que tenga algún tipo de autoconciencia, la cual aparece más tarde. Esta es una teoría difícil por lo que implica respecto de los animales que nunca tienen –o eso creemos– consciencia de sí mismos. Pero, al menos en el caso de sentidos, es decir la capacidad de sentir dolor, creo que es muy poco plausible –y, también lo cree la Corte Suprema– suponer que "algo" que no puede sentir, que no tiene noción de sí mismo, si quiera en el sentido de sufrir dolor, tenga intereses. Nosotros podremos tener intereses en ello, pero no tiene intereses propios, y, obviamente, se puede dar vueltas al asunto por un tiempo prolongado, pero simplemente expongo mi propia visión sobre el tema. Este es también el punto de vista de la Corte Suprema y también lo es, debo decir, de muchos de los opositores al aborto en los Estados Unidos, en tanto sostienen que sería mejor dejar la pregunta por la prohibición del aborto librada a decisión democrática. Si un feto es una persona con intereses y derechos propios, uno no puede dejar el asunto sujeto a una decisión democrática, así como tampoco se puede dejar la pregunta sobre si los Judíos o Musulmanes tienen derechos e intereses propios, no podríamos crear una situación en la que la mayoría pueda decir que no. Agrego eso último solo para decir que no muchas personas consideran realmente que un feto tenga derechos por sí mismo. Encuestas incluso entre católicos indican que la mayoría de los católicos consideran que un embarazo que es producto de una violación debería poder ser interrumpido y, por supuesto, aquello sería erróneo si un feto fuese persona, una persona "constitucional". Debo decir que hay gente que sí sostiene la idea, son pocos pero mantienen esta concepción, de que incluso una mujer que fue violada o que morirá si el embarazo continúa no tiene derecho a abortar, pero son muy pocos los que piensan así. Entonces, la pregunta que considero interesante es: ¿está terminado el debate? ¿Es esto el final de la historia? Y en el libro "*Life's Dominion*" sostuve que no es el fin de la historia, porque incluso si un feto no es una persona con derechos propios, es algo a lo que debemos considerar como de enorme valor. Es más, me atrevería a decir que la vida humana en cualquier estadio debe ser considerada sagrada. Entonces, puedo comprender bien la idea, yo sostuve la visión de que una mujer que se realiza un aborto por razones frívolas (hay historias de mujeres que abortan porque tienen planteado un viaje a Europa y no quieren arruinarlo con un embarazo), falla en comprender algo muy importante: sus valores son

completamente erróneos, desde mi punto de vista. Considero lo opuesto en el caso de una madre adolescente, una niña de 13 o 14 años viviendo en una situación de pobreza, sin posibilidad de tener capacidad económica para criar a un niño, sin identificar al padre o sin que este sea identificable. Me parece que el respeto por la vida del feto en ese punto se traslada a la preocupación por la vida de la madre. Creo, de todos modos, que hay asuntos de valores que subsisten incluso luego de que digamos que un feto no tiene derechos propios. Hay formas buenas de respetar la vida humana, y las hay malas también.

Ahora, la tercera etapa: ¿quién toma esa decisión? Más temprano en nuestra discusión de hoy alguien mencionó el derecho a la independencia ética. Mi consideración sobre el derecho a la independencia ética se remonta a mi concepción de dignidad. La dignidad requiere que tomemos decisiones que reflejen nuestro punto de vista sobre aquello que es importante en la vida humana, asuntos que no conciernen a los derechos de los otros pero sí a preguntarnos sobre el respeto, sobre si debemos dirigir nuestras vidas, las únicas que tenemos, simplemente orientándonos a adquirir dinero, la cual es una versión distorsionada de aquello para lo que vivimos. Creo que se debe permitir que esas decisiones sean tomadas, incluso cuando sepamos que van a cometer errores, por aquella persona a cuya vida conciernen. Ahora ven la conclusión que delinee: la decisión sobre el aborto es una decisión fundamental que refleja la concepción de una persona sobre cómo y por qué la vida humana es importante. La gente debe ser libre de tomar malas decisiones. En el caso de la mujer que planeaba su viaje a Europa, son decisiones muy malas, pero que pertenecen al individuo, no le corresponde a un colectivo de personas tomar decisiones individuales.

Ahora, finalmente, la experiencia americana. Hemos tenido desde 1973 mucha experiencia. Esto ha ido por dos caminos. En primer lugar, las preguntas sobre el aborto no han desaparecido. Decidido por una decisión de la Corte Suprema en el 72...perdón, en el 73... muchos creyeron que, una vez que la Corte se había expedido, la gente aceptaría la decisión. No fue así. Existe una presión continua. Esta presión continua pide una legislación estado por estado. Existe ahora una gran tentación en todo el país de los estados donde el sentimiento antiabortista está más latente, de adoptar estatutos que pongan a prueba la decisión de la Corte Suprema, con la esperanza de que esta, que es hoy en día mucho más conservadora –muy, de hecho, de derecha–, finalmente revierta *Roe v. Wade*.

Entonces, les cuento esta historia a fin de sugerir que, sobre este asun-

to, la gente no ha aceptado la decisión de la Corte Suprema como decisión final, y tampoco lo han hecho las justicias locales. Tres de ellas siguen diciendo "esperamos una oportunidad". Espero que solo sean tres.

Hay otro lado de la historia. Los abortos han disminuido de forma sostenida en los Estados Unidos, y esto es debido a que la educación sexual, otra cosa que no les gusta a los conservadores, es ahora mucho más sofisticada y general. La libertad de abortar ha llegado con responsabilidad. [Hay] muchos menos embarazos adolescentes que los que solía haber. Y considero que estos son fenómenos conectados, un cambio generalizado. Si tuviéramos sufragio nacional sobre el aborto, la ley vigente sería confirmada por una amplia mayoría. La opinión general en América, así como la opinión general sobre el matrimonio homosexual y otros varios asuntos, se está transformando demográficamente porque la gente joven tiene una actitud diferente frente a estos asuntos y, a medida que van creciendo, son cada vez más. Pero en el caso de la anticoncepción y el aborto, el cambio ha sido drástico. Entonces, si *Roe v. Wade* fuese rechazado y los estados fueran libres, todos los "estados rojos" prohibirían el aborto y los "estados azules"... no debería hacer esto en términos de colores. Todos los estados que bordean los océanos Atlántico y Pacífico rechazarían cualquier prohibición al aborto y muchos de los estados entre medio la aceptarían. Sin embargo, todas las encuestas indican que la opinión general en el país como un todo, es permisiva respecto del aborto.

Ahora aparece la pregunta que, según creo, ha confundido a muchos politólogos: ¿hubiera sido mejor, entonces, para la Corte Suprema no haber tomado una decisión en 1973 y haber dejado que el factor demográfico y la creciente sofisticación se refleje en las legislaturas estatales a fin de que la democracia produzca la respuesta correcta?

Mucha gente que está en favor del derecho al aborto cree que aquello hubiera sido mejor. Yo no, por dos razones. En primer lugar, o pregunta número uno: me preocupo por todas las mujeres desde 1973 hasta alguna fecha futura que dependerán del Estado, todas las mujeres que no tendrán el dinero suficiente para trasladarse a un Estado costero. He dicho que los abortos han disminuido en número total; lo que han disminuido también, obviamente, son las muertes causadas por abortos ilegales. Aquel era un problema muy serio en los guetos y en los rincones más pobres. Adolescentes que no podían enfrentar el estar embarazadas. Sus amigos sabían a donde ir y algunas de ellas terminaron muertas en una camilla, o dos semanas después por septicemia. Me encuentro siempre confundido por el

discurso de "deberías dejar que las cosas sigan su curso; es mejor que sean definidas de forma democrática a largo plazo". Esta es aún la historia americana, porque, por supuesto, ustedes solo tienen una legislatura. No me gustan esos cuentos porque tratan a los individuos –en este caso, mujeres pobres– como peones, sacrificables por el bien de una forma pura de teoría democrática. A pesar de los horrores de la Corte Suprema actual, aún creo en ella. Hay algunos asuntos que son asuntos legales porque conciernen a los derechos de una minoría en riesgo, por lo que no deben ser confiadas a la mayoría en el poder.



## JUSTICE FOR HEDGEHOGS TO DEBATE\*

RONALD DWORKI\*\*

### I. CARLOS NINO

I'd like to add on to my fifteen minutes, a few minutes to speak about Carlos Nino because, as I understand it, this is a meeting in his honor.

I met him when I came to Argentina with some other philosophers, I think at an invitation arranged by Carlos, and I found him the most extraordinary man, to be so gifted, and prolific and original, in legal philosophy and moral philosophy, really prolific and extremely interesting, and at the same time to be so committed to the achievement of democracy in this country, [of an] unflagging dedication; and I have nothing but admiration for him. And when I heard of his sadly, ridiculously early death, I was saddened, and when I arrived here, three days ago, I was saddened again because he was not here.

But the memory that I would like to share with you is about a different quality, it's about courage. When I was here, all those years ago, Carlos invited me to his house for a drink and a meal. We drove up to his house in his car and when we got out he pointed across the street, and there was a rather frightening looking Ford Falcon. I didn't even know what a Ford Falcon was but he showed it to me. It looked like an ordinary, not very

\* This conference was dictated on November the 22<sup>nd</sup> of 2011 in the University of Buenos Aires Law School, after Ronald Dworkin was invested with the maximum distinction that the UBA grants: the *Honoris Causa* doctorate.

\*\* Ronald Dworkin, expert in law philosophy, studied in Harvard, Yale and Oxford. He was a law professor in prestigious universities such as in Yale Law School, and professor of law philosophy in Oxford and in the University College in London. Since 1975 he was professor in the University of New York and professor Frank Henry Sommer in this institution since 1994. Among his major works are *Takin Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986) and *Justice for Hedgehogs* (2011).

attractive American car, and he said "that has history attached to it", and then, someone got out of the car. When we arrived and we were crossing the street to go to his house, someone got out of the car, opened the boot or the trunk of the car and took out a rifle and held it up practically in his face, and put the rifle back into the car, and Carlos said to me "that's meant to frighten me, but it doesn't". And I very much admire that moment.

## II. JUSTICE FOR HEDGEHOGS

I'm going to try to summarize this rather large book. The book, I think, is an illustration of a style of doing philosophy, which I wrote about some time ago. I called it an "inside out" rather than an "outside in" method of philosophy. That is, I started my career after I finished being a lawyer (that didn't take long); I started my career with a central interest in human rights and political philosophy, and I thought that it would be necessary to concentrate, and not deal with very abstract philosophical issues. But to concentrate on the practical issues, I wanted to write articles in what we call "popular journals" (though the *New York Review* is perhaps not quite a popular journal, it still has a very wide circulation).

But as I began to work on these issues, academically, I soon discovered that you couldn't avoid the abstract issues because the difficulties that you encounter thinking about what ought to be done about abortion or affirmative action. As soon as you began to reflect about this you saw the importance, the crucial fossil of philosophical issues, baring on what you took first to be a very practical issue. And that's what happened in the writing of this book. I wanted, finally, to go in the other direction. I wanted finally to say "now [that] I've thought about all these issues, now I'm going to try and present a philosophical position and then, at the end, point out the political implications of that philosophical position". It's true that a great deal of this book is an attempt to synthesize what I had studied in this inside out way for a long time. But in writing the book, I found that even more reflection on mainstream general philosophical issues was necessary, and so a good part of this book is my first attempt. In this summary I'm going to try and emphasize that process, and emphasize the general philosophical issues that might not seem at first sight connected to practical questions of politics but which, in my view, turn out to be very central.



### III. SKEPTICISM

The book has five parts and I'll just mention what I take to be the most important, and in some cases the newest, of the thesis that I'm going to defend. The first one, I take to be extremely crucial, is directed against skepticism. I want to reject the idea that in morality and politics and ethics, skepticism is the natural or default position. Many philosophers have argued against moral positions, against moral claims by saying "moral claims can't be true or false, they just represent our feelings, our own subjective reaction, and that is demonstrated by the fact that people disagree about moral issues; they can't prove one position or the other, people who believe one thing can't convince the other person and, therefore, morality is not an objective matter."

The mistake, I believe, or so I argue in the first part, is not to realize that skepticism is itself a moral position. If I say "employers owe medical care to their employees" and someone else says "nonsense, that's just your opinion, you can't prove that", I want to reply "well, I see you have a different opinion; your opinion is that employers do not owe health care to their employees and that is as much a moral opinion as the opinion that I set out, and if you argue against my opinion by saying "well, people disagree", I will reply "yes, and people disagree about your moral position, for example, I disagree with it".

It's very important, I think, to establish that there is no such thing as a morally neutral kind of skepticism. There is a discipline, philosophers like to say "we study meta-ethics and we draw our conclusions about subjectivism and skepticism from an independent philosophical meta-ethical position". In the first part of the book I argue that that is terminally confused; one confusion after another.

### IV. INTERPRETATION

In the second part of the book, I take up the question of how we should think about moral issues. I argue that there is a kind of intellectual activity which we ought to recognize as interpretation in general. Interpretation is different from explanation. I try and illustrate the difference in part II by talking about interpretation in art. I consider, for example: what would make one interpretation of a very complex poem by, for example Yeates, better, sounder, more accurate, than another interpretation. I won't try and

summarize the theory now, it's rather complex. But I offer that general account because I want to introduce another idea. First, that the analysis of moral concepts (justice, liberty, law) is interpretation. These concepts, the root concepts through which we conduct our political reflection and our political debates, are interpretive concepts. We can't analyze them in some neutral way by distinguishing between what the concept means just as a matter of semantics, and what the truth is; what the concept of justice is or what the concept of law is, on the one hand, and on the other hand, which institutions are just, if our judges should decide cases. There isn't any such distinction. A theory of what the concept means is a substantive moral theory.

In this section of the book I also make a claim which is (it would be an understatement to say controversial) that the leading philosophical concepts, including the concept of truth, are also interpretive concepts. A theory of truth is a moral theory about when we ought to react to evidence in a certain way. So the second part of the book makes a very broad claim. It's a claim that I found required, again, by starting with very practical issues and just seeing how the correct approach to these issues required a study of the most abstract philosophical issues, those that might at first sight seem furthest from ethics and morality.

## V. ETHICS

In the next part of the book, I take up ethics. I have been for long time following Bernard Williams, who introduced the terminology. I have distinguished between questions of ethics, by which I mean question about how to lead a successful life, from questions of morality, which are questions about what we owe to other people.

I begin with ethics (and Marcelo summarized this very eloquently yesterday) and with the idea of dignity. To me dignity has two aspects. The first part of dignity is a sense of self respect. Your dignity requires that you think it important that you make some success of your life, not because you happen to want to make a success but, the other way round, you recognize you want to lead a successful life because you recognize a cosmic responsibility to do that. I can't prove that to you. I think it's a good interpretation of how at least most of you lead your lives, though it might sound unfamiliar to you. The second part of dignity is this: one person has got to assume responsibility for each life and that's the person whose life it is. I

suggest in that part and in the rest of the book that we ought to approach the interpretation of concepts of morality and concepts of political morality as asking for the solution to simultaneous equations, to find some interpretation of what we owe others by way of aid, of when we harm others, of when we have obligations, of what political rights are, of what liberty is, equality and law. We ought to seek an interpretation of each of these ideas that respects both parts of dignity –both parts which at first sight seem to pull in opposite directions–. It seems that the first principle of dignity, that everyone's life is of intrinsic importance, pushes us towards equality as a political idea. But it seems that the second principle of dignity, which requires people to take individual responsibility for their own lives resisting any attempt by government to hold them, to usurp that responsibility, that seems to push in the direction of liberty. Therefore, the correct account, in my view, of liberty and equality must be one that shows the two virtues not only compatible but each drawn from the other, because only in that way could we achieve solutions to the problem, to the conceptual problem, that fully respect individual dignity.

Most of the latter part of the book is an attempt to produce theories for all of these concepts: justice, liberty, democracy, law, justice; an attempt to produce conceptions of these which solve the simultaneous equations of dignity, truly respect the dignity of people one by one, and that also serve as good interpretations of our political practice.

How far I succeed in this can luckily only be judged by you, once you've read the book. Thank you.

## VI. DEBATE

### VI.A. Law's Completeness and Consistency

Q (Prof. Eugenio Bulygin) – In more than one occasion you insisted that the law, law probably integrated with these moral principles and so on and subject to best light interpretation, always has an answer, a right answer to every question and to every legal problem. Does this idea mean that law, with its principles and so on, is always complete and consistent, that there are no situations where the law is silent, doesn't give any answer? There are no situations where the law gives more than one answer? This is my question.

A – You state my case very well, and I take it that your question is

"how could any possibly believe that?" (*Laughs*) I don't think I've ever said that in every case there is a right answer. And if you include the possibility of the law being in conflict on some issue, then I have to say I don't rule out the case we encountered in mathematics, for example, where there really are right answers. I don't rule out the case where the right answer is "there is a conflict, there is contradiction". I don't think that it can often be the case; indeed I never encountered that. I don't know anyone else who has either. If you think about the solution to a legal problem as the best interpretation of the legal material, the best account of what the political community has done by way of legislation, what is done by the way of precedent, what the Constitution says, what the history of the Constitution has been, if you understand that what is required of you is the best interpretation of all of that material, then the idea that there wouldn't be a best interpretation becomes very strange. The appeal of the idea (that's a very popular idea) that sometimes there is no right answer, [that] we just have to acknowledge the law is silent on the subject, the appeal of that idea I think comes from what I described as a fallacy, and what I attempted to identify as a fallacy in the first part of the book, and that is that skepticism which says "no, there isn't really one right answer", is the default position, that is, the position that you fall back on if no other argument seems compelling to everyone. And, of course, the history of legal philosophy is full of that. People say "some lawyers think this, some lawyers think that, therefore, there is no right answer". Very puzzling confusion, I think. No, it doesn't mean that because that there is your view that in some cases there is no right answer is itself a theory, which is an interpretation of all the vast legal material, and that interpretation is as much candidate to be the best interpretation, and is as subject to the objection "well, people don't agree", as any more positive theory of what the right answer is. We are all in the same boat. The one reason why my view might seem so paradoxical is a failure to distinguish between two important ideas: one is uncertainty and the other is indeterminacy. Indeterminacy is the view that there isn't any right answer. Uncertainty is the view that I don't know what the right answer is. I don't even know whether there is a right answer. Uncertainty is the real default position. We think, and think and think, and you decide, "honestly, I can not see any daylight between the two rival readings of the law". If I can't see any daylight I should announce that I'm uncertain about what the right answer is. But if I go on to say there is no right answer, I'm no longer resting on uncertainty, I am saying I know the best interpretation of the

legal material, I've resolved the issue in my own mind: the best interpretation produces conflict, or produces gaps in the law, or produces silence on particular questions. You need an argument. You need an argument to why that's the best interpretation. Given the enormous amount of material available for legal interpretation, I find it very implausible that that would be the best interpretation. If you have only a very small amount of data, perhaps; but if you have a century of legislation, precedent, administrative agencies, the rulings, I find it extremely improbable that you could make a case that would say "the best interpretation is some kind of a tie". Now, I know that doesn't convince you, because you and I have discussed this question before. But that's the best I can do. (*Laughs*)

## VI.B. Truth and Moral Skepticism

Q (Prof. Martín Farrell) – Prof. Dworkin, you wrote in your book and you talked again today against moral skepticism, but explicitly in your book you accept the two main tenets of moral skepticism: first, there is no truth by correspondence in morality, and secondly, the truth by coherence is a necessary condition but not a sufficient one. Of course, you employ the word "truth" in your book and you have every right to do it, but you use "truth" in a very different sense. A proposition is true when it is supported by the best arguments or the most reasonable arguments, but this is not the sense of truth meaning by skepticism. So, I'm a moral skeptic and I have no quarrel with your position. It seems to me, that you're employing the sense with another meaning and you're not refuting moral skepticism, but your tenet is perfectly compatible with it.

A - Thank you, very interesting suggestion. As I said in my summary, I think an actually quite central, crucial part of my overall argument is a theory of truth, and I have a chapter, or part of a chapter in which I argue that truth is an interpretive concept. The "coherence theory of truth" which you mentioned, the "correspondence theory of truth" which you mentioned, are two interpretations of the idea we use very freely. Somebody says "affirmative action is unfair" and another person says "that's not true", and we understand exactly what's happening. The question is how are we to understand what truth actually means in these cases. In the case of science, it's a very popular view that we understand truth when we say "a proposition is true if it matches reality, if it corresponds to reality". Nobody has ever been able (it's part of the popularity of that theory) to make much

sense of it. It's not, by any means, a clear account of what truth means even in science, but it's very popular and people are working to try and explain in what way a word can correspond to a collection of molecules, and these are very serious problems.

When we come to a different domain, our ideas about what makes a proposition true ought to be sensitive to the requirements of that domain. We couldn't use a "correspondence theory of truth" for ethics or morality because there is nothing to correspond to. I had some fun in this book because I talk about "morons", meaning moral particles that act the way electrons and protons might, and it is a kind of joke that I keep repeating probably too often. But you couldn't make sense of a "correspondence theory of morality" without making the mistake that Hume warned us against, by saying [that] there is no description of facts from which we can extract a moral proposition.

So, once we accept that truth is an interpretative concept, we need an interpretation of truth that fits the way we conceive morality. And I believe that the idea of interpretation gives us the sense of truth. As Bernard Williams said in his book *"Truth and Truthfulness"*, when we come to offer a theory of truth, we shouldn't think of truth alone, we should think of the family of virtues into which truth fits. So, we think of truth from these: sincerity, accuracy, responsibility and the other nest of words. We try to understand truth as part of an entire family of concepts of which we have to make sense, we have to interpret each in the light of the others. And when we do that, yes, we have a theory of truth which is not on the list of a metaphysics or epistemological text. There you see correspondence, coherence, you see another much more popular theory of truth which is called "minimalist" or "detachability theory of truth". These are all candidates for a theory of truth. They may or may not suit different enterprises. They don't (any of them) suit morality. We need to do a fresh interpretation. If we take the alternative and say "because none of these accounts truth that make sense in science or might make sense in science, don't fit morality, there is no truth in morality". In my opinion, that's bad philosophy. You have to look at the enterprises of morality, enterprises in which truth figures centrally and try to interpret the idea to see if you can. So I accept your suggestion that the account of truth I've developed is not recognizable in the list of familiar understandings of truth. That doesn't rule it out.

## **VI.C. Grotius and the Nature and Content of International Law**

Q (Prof. Andrés Rosler) – I’d like to cash in on the opportunity you’re giving us to go back to your talk of yesterday, if I may. If I remember well, you argued that – your talk was given in the spirit of Grotius, that there is a Grotian ring to it. But I’m not quite sure whether that’s what you really mean in the following sense, perhaps my question would be what you mean by Grotian in this sense, and by the spirit of Grotius, and I’d like to add two short points. The first one is, when it comes to the nature of international law, I think Grotius is actually well known for defending a positivist reading of the nature of international law. He claims that the source of international law is actually conventional and, on the other hand, when it comes to the content of international law, Grotius is also, I think, well known for defending a sovereign system of states, which of course they do apply principles of natural law or morality, but perhaps we are wrong in reading Grotius in this sense. Actually, it is Hobbes the one who claims that, when it comes to the nature of international law, is nothing but principles of natural law. And by that he’s also taking to claim that there is no international law, it’s quite the contrary, but that’s a different ball game altogether. So, what [do] you mean by the spirit of Grotius, and the Grotian ring to your position on the nature and content of international law?

A – Thank you very much. In some famous Humphrey Bogart film, I’ve forgotten which one or which character says it, but someone says, I think to the policeman: “but you’ve arrested all the wrong people” and he says with a smile “I was misinformed”. And that may be the explanation of my account of Grotius. Perhaps I was misinformed. I have colleagues at NYU, international lawyers, who described Grotius to me in that terms that I used and gave me various things to read and from those I took the view that Grotius thought that international law begins in the requirements of states, that it’s not just a matter of what states consent to. But I have to say, I’m not wedded to that interpretation. I appeal to Grotius in an attempt to say that my theories are not so original after all; they were once popular. And perhaps I’m wrong in that. I don’t think so because my memory of what I read about Grotius is not what you summarize. But if it is, I correct by withdrawing the name Grotius and keeping everything else the same.

## VI.D. Hume's Principle and Moral Epistemology

Q (Prof. Horacio Spector) – Professor, I have a question concerning part I of *Justice for Hedgehogs*. On page 44 you say that Hume's principle is both a principle of moral-epistemology and that it is obviously true for you. Now, I think that there is an inconsistency in your assertion that Hume's principle is a principle of moral-epistemology because, after all, the whole argument in part I of your book is that there are no principles of moral-epistemology or principles of external meta-ethics so I had to conclude that when you say that Hume's principle is a principle of moral-epistemology you are referring to other people's opinions. So it seems to me that in your own viewpoint you should say that Hume's principle is a normative principle or a principle of morality. Now, if it is a principle of morality, and in some way it comes from an interpretation of our moral practice, then it's obvious to me that it is not obviously true, because for instance it is not obvious that you cannot state the fact that you are watching a child starving as a self-sufficient case for the moral claim that that's something bad and that you should do something about that. So, as a normative principle, it's very controversial.

Now, and I finish, if you really abandon the general claim that there are no principles of moral epistemology, and after all there is one external second order question, which is precisely Hume's principle, then in that case it's not obvious to me either that the principle justifies your claim about the independence of morality from philosophical argument in moral philosophy. And the case seems to be very clear because even if Hume said (which is also very controversial) that you cannot infer an "ought statement" from an easy statement, or at least that you should give an explanation why you are allowed to draw that conclusion, it's obvious and evident to me that he never thought about permissions, let alone moral permissions, so it seems very evident at the same time that you can't take a factual claim as a case for rejecting an "ought claim" which means as a case for grounding a permission. Now, after all, this is very widely accepted in moral philosophy. For instance, Kant said that the fact that some action is factually impossible, for instance a doctor cannot for factual reasons save a patient's life, then if that's factually impossible, then you have a case for rejecting the ought, which means that after all it is –although very sadly – permitting the doctor not to save that patient, because that's factually impossible.

Now if you, and I finish with this, if you take the different principle



that the factual claim can reject oughts and found permissions then, after all, external skepticism seems to be reasonable. That's why I think there is something which seems to me wrong, and either way I'd like some clarification on that. Thanks.

A – That was what we call a very “meaty” question: a lot in it. I'll start by saying that I didn't mean to say “there's no such thing as moral epistemology”. On the contrary, in a chapter devoted to moral responsibility, I say –I think– that moral responsibility is a moral epistemology. This goes back to the question about truth, that is, if you take epistemology to be the study of when we are entitled to claim knowledge or justify belief, then I say the scientific epistemology fits only science. For morality we need a moral epistemology. Moral epistemology is a theory of moral responsibility, a theory of what you ought to have done by way of reflection before you should treat yourself as justified in holding a moral position. I believe that's an epistemology, it's just not a scientific epistemology. As we want to have a different conception of truth for different domains, so we should have a different conception of epistemology. So I plead guilty to say Hume's principle is a piece of moral epistemology. I also accept what you then said, that it's a moral principle, because every theory of moral responsibility itself rests on a moral theory. You can't get out of morality, that's what I mean by the independence of morality. That is for many people an objection. There's no way to get outside of morality to test it from the outside. No, I don't think there is. There is incidentally no way to get outside mathematics to test it from the outside. And so forth. So on the question of classification I don't think what I say about Hume's principle is in any way inconsistent with the rest of what I say, though you may continue to think otherwise.

Now, on the question of the substance of Hume's principle, you say you see a baby being tortured and you say “that is obviously wrong, and I have a moral responsibility to try to stop it”. Now, the classical explanation of that, of course, that's a phenomenological fact, that is just how you respond. You don't then say “now, let me see whether there's a moral premise of the form ‘if someone is suffering and I can do something about it’”. As Bernard Williams once said in a different context, “if you thought you should check the major premise, you have one thought too many”. Phenomenology is absolutely as you say, but the reconstruction of it must presuppose a more general moral theory, innate in all of us, probably hard-wired into us. But still, a major premise. And the way you contest that is

to imagine some real monster. The world has known real monsters in the last century. Imagine a real monster who confronts this situation and says to you "no, I don't accept the implication, there's a baby screaming, how amusing". And you say to him "that's intolerable", and he says to you "why?", and I believe you would be tempted at this point to propose a more general moral theory about the nature of evil, I would think. In any event, I think Hume is right, I don't think that you could make a construction that didn't assume that.

Here's another way to put the point. Baby is crying, you feel you have to respond immediately, that it's a moral imperative. But you find on reflection that you don't believe [in] any general principle that says you ought to respond to harm in front of you. You may have to correct your initial impulse. That's enough on Hume's principle.

Now, on permissions, Kant said "ought implies can" – and you gave a good illustration of Kant's principle. What is the status, what kind of a judgment is the judgment "ought implies can"? It's not a conceptual claim, it's not analytically true, it's a moral judgment. And it's a moral judgment that many people over time have rejected. Oedipus could not have known that the man he slayed at the crossroads was his own father. Still, he put his own eyes out, out of a sense of moral guilt. He did not say to the Thebans "ought implies can, so I'm guiltless". We do, most of us most of the time, accept the Kantian view. We don't feel guilt for something we don't think we should feel guilt when we couldn't have done anything about it. And that is not a universally held view, it's certainly a moral view.

The bus – here's another example. The bus driver, driving a school bus, through no fault of his own, the breaks fail, and several children are killed. He spends the rest of his life baring a sense of regret merging into guilt, though he couldn't have done anything about it. That's also a part of the phenomenology.

So I think that "ought implies can" is a moral principle, it's a general moral principle, it helps confirm Hume's law. Because we rely on it to validate more specific moral claims like "the bus driver shouldn't feel guilty".

## **VI.E. Feeling as a criterion for correction**

Q (Prof. Guibourg) – I would like to understand this simple point: The criterion to tell correct behavior from an incorrect one is then just our feeling?

A – No, it's not just our feelings. It is: if we're correct in our feelings, it is the correctness of our feelings; it's the truth of what these feelings reflect. Because we have to distinguish indeterminacy from uncertainty, because skepticism or subjectivism is not a default. If in my best judgment torturing prisoners in Guantanamo Bay is wrong, that is, I think about it and my best judgment is that it's wrong to do what the United States government did, if I'm right, then it's wrong, then it was wrong. But it's not wrong because I made the judgment. It's wrong if my judgment is correct. So it's not just my feelings that make it wrong; it's the case, the adequacy of the argument that I have that makes it wrong.

I think I want to repeat that I regard one of the main claims of part I of the book to answer the question or the suggestion that if we can't prove something to the satisfaction of everyone, then we should be skeptical about it and say "well, it's just a matter of my feelings". I don't think that's a different simple philosophical position, it's a very popular philosophical position, so I hope people read Part I of my book.

## **VI.F. Physicalism**

Q (Tamara Tenenbaum) – I apologize if my question is too philosophical or technical or something, but I wanted to know if you have any idea, if you have given some thought of what kind of physicalist story fits with your account. Because I think one of the many problems of everyone who tries to be... I think you should choose some variety of non reductive physicalism (Dworkin: I'm sorry, I'm having trouble understanding). I'd like to know what kind of physicalist story, philosophically speaking, you embrace, or you think fits with your theory, because you reject supervenience in the book, right? You seem to reject it, Davidsonian supervenience. And I didn't find much about Putnam either, just in the footnotes. I think you reject that too. You also reject intuitionism, and you just spoke against some sort of reductive emotivism or something, in the last answer. So, have you given some thought about that? Because it's a problem, if you're going to defend the independence of value or something like that. How are you going to make that fit?

A – It fits with physicalism as a separate domain, it is not at all physicalist. Let's say we abbreviate and we suppose that physics is about the physical world and psychology is about the mental world. I do not believe that we can reduce the mental world to the physical world. I'm not a belie-

ver in that reduction. I don't believe that we can reduce the mathematical world to the physical. I'm not a believer in nominalism in mathematics. And now to your point, I don't believe we can reduce value to physics. I think we need to use another technical word, I'll probably get into trouble as with epistemology. But if we want an ontology, a general theory of what there is, of what exists, then we have to recognize different domains. And what exists includes atoms, ideas, numbers, and moral obligations. These are all things that exist. They don't exist in the same way, you can't restate a mathematical proposition as one about molecules. But they all exist. Our ontology must be driven by our conviction, not the other way around. We can't say we are physicalists, therefore we have to fit everything into physics. You might – I mean, there was a time, in Germany in the 19th Century, when it went the other way. Ideas are the only real thing, and therefore we have to fit the physical world into the psychological world. I don't see why any of that is necessary. I think we first decide what is true, and then we see how we should arrange our ontology to match our convictions.

### **VI.G. Ethical Independence and the Seatbelt Case**

Q (Ezequiel Spector) – Prof. Dworkin, I have a question about what you call ethical independence. On the one hand, you claim that a law can violate ethical independence in virtue of the foundational character of the decisions that this law inhabits. On the other hand, you claim that if the government obligates people to wear seatbelts, that government doesn't violate ethical independence because you say seatbelt convictions are not foundational. However, as you claim in the book, it is empirically possible that there is a person who thinks that a life that runs danger is more attractive. You admit that but you continue claiming that seatbelt convictions are not foundational. So, I wonder what the definition of "foundational" is. Most people don't have seatbelt convictions, but the definition of "foundational" cannot depend on the majority opinion. Maybe "foundational" means relevant, but in that case, that definition arbitrarily excludes certain convictions such as seatbelt convictions.

A – Thank you, very interesting question. I probably did not take enough care to define "foundational", but the idea I have in mind is that people who have a self-conscious sense of personality, a sense of how they want their lives to go, what is important in those lives, when we reconceive people's convictions about how they live in that way, then we can say some

things are more important than others to that project. There are convictions about religion, for example. They really are fundamental; you can't imagine not living in accordance with that. Now, other views are peripheral, they are ephemeral, they are just something of the moment. But they don't fit into a more general scheme. I agree with you and I think I did say in the book that for some people a life of daredevil is the only fulfilling life. They jump out of airplanes with parachutes, they climb very dangerous mountains where you have to hit nails into the mountain in order to get up or down. There are people perhaps who regard putting on a seatbelt is self-betrayal. So the question is: what should the response be to these people? There are two points I think one might make. The first is that these people are so few that equal concern for them does not require the expense that would be involved in having a general seatbelt law but exemptions for them. And you imagine a trial in which they were invited to testify as to their daredevil quality. It would just be unreasonable to expect government to try to administrate a program like that. The second point to make which I think is necessary is that people who are injured in automobile accidents injure everyone in the community. The external cost both to the economy, in their absence from the workplace, and, worse, in the medical expenses that are incurred in taking care of them, particularly in a country like this one in which medical care is paid for out of the general tax revenues, it would be wrong to say "the government doesn't have to rely on what I take to be a forbidden justification, it doesn't have to say "your conception of a good life is wrong", it has only to say "it would be unfair to the community to ask the community to bear the cost of this particular [and] very unusual preference of yours". So I think it passes the test of ethical independence.

#### **VI.H. Responsibility to Protect (R2P)**

Q – If you don't mind, I'd like to come to yesterday's conference and make sure I understood you correctly on one point. You talked about the duty of the state to protect its own legitimacy and you also talked about the duty to litigate. My question is: what, in your opinion, grounds this duty? And my second question is: do you see a connection or a nexus with the so called "duty or responsibility of the state to protect"?

A – Yes, thank you. What I tried to suggest yesterday begins in the idea that it is a central concern, should be a central concern, of people who exercise coercive power, police, guns, armies over other people, to protect

their moral title to do so. Of course, anarchists think government is always immoral because nothing can justify the use of force, particularly collective force, against an individual, so they reject most of government. But, if you don't accept that view and government, generally, obviously, does not accept that view, then a government should try always to improve its moral title to govern. If it believes that it is shown to the government that it is violating human rights, for example by discriminating against one race or group, then it has a duty, flowing from the fact that it exercises collective power, to improve its right to remove a stain on its legitimacy. So that is a background assumption that I make, it's a general assumption of political morality. Now, the key point in the argument I offered is that the legitimacy of each particular state depends in part on the international understandings that bestow rights to govern on particular territory and limit the power of government to address issues on other territories. We have that understanding. The only way we could give up that international arrangement is by moving to one world government, which is not going to happen... can't happen. Therefore, if we identify a problem touching legitimacy, a stain on legitimacy, inherent in the international understanding, then we, each nation, have a duty to mitigate that so far as we can, to take steps, just as we have a duty to do it domestically by stopping discrimination, so we have a duty internationally to improve the international system, to remove the difficulty it poses on our own domestic legitimacy. And that seems to me to be only the beginning of an explanation of the need for, and the character of, international law. International law is what gets created when states recognize their duty to mitigate the injury that the international understanding, the Westphalian system, poses to people. Now, one of the threats (I mentioned this but your question invites me to say more) to legitimacy created by the international system is this: people the world over feel a moral responsibility of rescue. If we see [that] people in the Sudan or in Libya or in a hundred other places, are victims of very serious denials of human rights and they suffer their disease, their hunger, where a tsunami take place and people are dying in great masses and their own government is unable to feed them, [to] get food to them, as in Asia; we feel we have a moral responsibility to help, but we can't, because the international understanding allows the government of Burma to say "we refuse to accept any food sent from abroad, we won't distribute it, we're immune from your help". Now, I regard that as a problem, and international law ought to respond to it. The doctrine that you mentioned, sometimes called R2P

- responsibility to protect - was endorsed by a convention in Canada some years ago, and then endorsed in principle around the world, including in a meeting of the United Nations Committee. That is an example of what I meant yesterday by the impact of salience. Once that has happened, then it focuses the general amorphous duty to mitigate in a particular direction. So we ought to respond in the spirit of the convention called R2P and the right way to respond is to accept that the General Assembly of the United Nations by majority of votes, can authorize protection of people in other countries. I'm sorry, it's a long way to answer, but that's the assumption.

## **VI.I. What is the Law and What it Should Be**

Q - You want to differentiate two different questions: what a law is and what the law should be, and you also say that these different questions can receive different answers. But, what I don't understand very well because according to your account of law, an answer to "what law is" presupposes an answer to "what law should be".

A – Thank you. I'll try to answer you this way: What the law is and what law should be are both moral questions but they are different kinds of moral questions. I think of law as based in interpretation of a nation's political practices and past decisions. It might very well be that it is impossible to interpret this tradition in what you and I would think is the best moral light. We think –I'll give you perhaps a rather complex example. I think that the law in the United States should be that each school child gets the benefit of the same amount of money spent on his or her education. That is what the law should be in my view. But it is absolutely plain, given various decisions by the Supreme Court, that I could not interpret, even trying to make the best interpretation, I could not interpret the law of the United States as including that requirement.

The moral question "what should the law be" is open ended, it doesn't say anything of which institution would have the responsibility to create the law to make it that way. What the law is? If I say something is the law, then I say that this is a right which people are entitled to have enforced, right now, on their demand through the use of the state's coercive power. The moral question "what should the law be in an ideal world?" is to me obviously different from the question of what are people entitled to have enforced right here and now through the coercive power of the government. That's the difference between what the law is and what the law should be.

## VI.J. Responsibility in Contexts of Inequality

Q (Prof. Roberto Gargarella) – Let me ask you a question myself. I'm sorry because I will change the subject completely. I wanted to ask you about something you touched just a little bit in your book, which is, I think, very relevant for countries like Argentina or Brazil, which has to do with the connection between responsibility and inequality. You say a little in a couple of paragraphs but if you could elaborate a little bit more to help us to think about crime committed by people coming from rotten social backgrounds. I guess your view is that in some occasions we may discount the responsibility in view of the injustices they suffer. I don't know if that is correct but that is a very important point. So, it's not assuming a position like Judge Blackmun assumed at one point saying in a way, touching on "the capacity of these people", but you wanted to say we have to take into account the injustice they are suffering. So, if you could elaborate a little bit on that and, also, in the face of some of these injustices, just to take an example you knew when you were in Brazil, imagine the occupation of empty state land by an extremely disadvantaged group, as an interpretation of law would you call that a violation of law in the first place?

A – Thank you! I love questions that say "I would like you to talk for a while", but the problem is, you then have to stop me. What I meant in the discussion that you have in mind was governed by the general topic of that chapter, and the chapter is a chapter on the old philosophical problem of free will. I was anxious first to say that people who come from deprived backgrounds and are more likely to be antisocial, or to be thieves, do not suffer from lack of free will. It is sometimes argued that they do. There was an infamous case in Florida in which somebody was accused of... I think it was murder, and his defense was "I didn't have free will, because my mind was taken over by watching television programs in which murders were regularly committed, so my free will was taken over because I was programmed by these television programs".

The first thing I wanted to say is that that is an extremely bad argument. We do not lose free will because we grow up or live in circumstances in which our motives are different and our motives arise out of injustice. People who come from very deprived backgrounds, have beliefs about what they are entitled to, and have needs, and have motives that people from middle class backgrounds do not have. But that's not a problem of



their free will, they are free as we are or as anybody to assess a situation and act in a courtroom.

Is that the end of the story? I want to say no, that's not the end of the story. We have to be conscious when we ask how responsible they are; not just of whether they had free will, of whether they were automatons directed by terrible motives. We have to take into account the fact that they had different needs and motives, and we have to accept that in an unjust society we share part of the blame for the differences. So, they're not insane, they don't lack free will, but they are entitled to the benefit often of reduced sentences, and sometimes -in very rare cases- of acquittal on the ground that when you distribute the fault, the fault from what they did, is in good part the fault of the economic system, the social system that we created.

I don't know if anyone here has ever heard of an American lawyer, long dead, named Clarence Darrow. He was the most famous criminal lawyer in America, and he was hired to defend two boys, very rich boys, in Chicago, who kidnapped another boy and killed him for fun. They'd read Nietzsche, they said, and Nietzsche inspired them, and Clarence Darrow made the famous argument that even in the case of these rich boys, society should assume part of the blame, because the unjust economic system allowed these boys of such privileged backgrounds as to make them think that they were Superman, that they were a Nietzschean Superman. I always think of that argument as a reverse coin of the normal kind of argument, and I think Darrow's argument was wrong, but that's the kind of argument we should be making, nothing to do with free will or insanity.

## **VI.K. Abortion**

Q (Prof. Marcelo Alegre) - These last weeks the debate on abortion started in the Argentine Congress. I want to ask you if you please could try to illuminate our discussion, so, if you could briefly tell us your philosophical take on the issue. But also, and specially I will ask you to take into account the experience of the last 40 years of America, how can that experience of what has happened since *Roe v. Wade* to now can help us to better deal with this controversial problem.

A – Good, I'm happy for the opportunity to speak on a contemporary political issue. In my view, the question of abortion has got to involve two stages of thinking. A first stage is a question of whether an early fetus is a person with rights of its own, a person with interests and rights of its

own. Sometimes it's said government shouldn't make that decision: it's a religious decision, it's a metaphysical decision - government should not make that decision. In my opinion government must make that decision. The government may not take the position that, in the United States, the states can decide whether a fetus has interests and rights of his own. The question is whether a fetus is a constitutional person, that is, somebody who the Supreme Court, the Courts, the legislature, have a moral duty to protect from murder.

I don't think that the argument that an early fetus is a person with rights, doesn't matter if we call him a person. The key question is whether we should recognize it is having a right to live. I think the answer to that question must be "no", because a creature doesn't have interests before it has sentience, that is, before it can feel and feel pain. According to some theories a creature doesn't have interests until it has a kind of self-consciousness, which comes later. That's a difficult theory because of its implication for animals who never have, or so we think, self-consciousness. But at least in the case of sentience, that is, the ability to feel pain, I think it extremely implausible - and so did the Supreme Court - to suppose that something that can't feel, that have no sense of himself, even at the level of feeling pain, has interest. We may have an interest in it, but it has no interest of its own and, obviously, the question can be debated back and forth for longer, but I simply report my own view on this question. It's the view of the Supreme Court, it is also the view, I must say, of many of the opponents of abortion in the United States, because they argue that the question of whether abortion should be prohibited is a question best left to democratic decision. If a fetus is a person with interests and rights of its own, you can't leave that question to democratic decision any more than you can leave the question of whether Jews or Muslims have rights and interests of their own - can't have a situation where the majority can say no. I add that only to say that not many people actually think that a fetus has rights in its own. Polls even among Catholics say that most Catholics think that a pregnancy that begins in a rape should be permitted to be terminated and, of course, that would be wrong if a fetus was a person, a constitutional person. I should say that there are people that do hold the view, they are a small number but they do hold the view, that even a woman who was raped or even a woman who will die if the pregnancy is continued, has no right to an abortion, but they are very few. Now, the question is - which I regard as the interesting question, if you believe that, is the debate over?

Is that the end of the story? And in the book "Life's Dominion" I argued that that is not the end of the story, because even if a fetus is not a person with its own rights, it is something that we might regard as something of enormous value. Indeed, I would go so far as to say that human life at any stage should be regarded as sacred. So, I can very well understand the view, did I hold the view that a woman who has an abortion for frivolous reasons (there are stories of women who have abortions because they have a trip planned to Europe and they don't want the trip to Europe spoiled by their pregnancy), I think they fail to understand something very important: their values are entirely wrong, in my view. I take the opposite view about a teenage mother, a 13 or 14 year old living in great poverty, no prospect of being economically able to raise, no identified or at least identifiable father. It seems to me that respect for life at that point switches to a concern for her life. I do think, therefore, that there are issues about value that remain even after we say a fetus has no rights of its own. There are good ways to respect human life, and bad ways.

Now, the third stage: who gets to make that decision? Earlier in our discussion today, someone mentioned the right to ethical independence. I think the right to ethical independence, which traces back to my account of dignity. Dignity requires that we make decisions that reflect our view of what's important about human life, issues that don't involve the rights of others but do involve questions of respect, questions about whether we should lead our lives, the only ones we have, simply trying to acquire money, which is a rotten version of what human life is for. I think those have to be allowed, even when we know they are going to make mistakes, those decisions have got to be allowed to be made by the person whose life is in question. And now you see the conclusion I draw: the abortion decision is a foundational decision that reflects a person's sense of how and why human life is important. People must be free to make bad decisions. In the case of the woman planning her trip to Europe, very bad decisions, those belong to the individual, it is not to the collective to make those decisions.

Now, finally, [the] American experience. We have had since 1973 a lot of experience. It's gone in two ways. First, the question has not gone away. Decided by, I think a 72' decision of the Supreme Court... I'm sorry, in 1973...many people thought once the Court had spoken, people would accept the decision. Not at all. There is continuing pressure. The continuing pressure calls for legislation State by State. There is now a great temptation all around the country of the states where the antiabortion sentiment

is most lively, to adopt statutes challenging the decision of the Supreme Court hoping that the Supreme Court, which is now much more conservative—very, in fact, right wing—, will finally reverse *Roe v. Wade*.

So I tell you this history to suggest that the issue, people have not accepted the decision of the Supreme Court as final, neither have the justices. Three of them keep saying “we wait for a chance”. I hope it’s only three.

There’s another side to the story. Abortions have decreased in the United States steadily, the number of abortions, and that is because sex education, another thing that conservatives dislike, has become much more sophisticated and general. The freedom to have an abortion has come along with responsibility. [There are] many fewer teenage pregnancies than there used to be. And I believe these are connected phenomena, a general shift. If we had a national vote on abortion, the present law would be confirmed by large. The general opinion in America, like the general opinion about gay marriage and various other issues, is shifting demographically because young people have different attitudes and, as they grow older, there are more of them. But in the case of contraception and abortion, the shift has been dramatic. So if *Roe v. Wade* was repelled and the states were free, all the red states would ban abortion and all the blue states...I shouldn’t do this in terms of colors. All the states that border the Atlantic and Pacific Ocean would reject any prohibition of abortion and a great many of the states in between would accept it. But all the polls indicate that the general opinion in the country as a whole is permissive.

Now comes the question that I think puzzled a great deal of political scientists: would, it, therefore, have been better for the Supreme Court not to make its decision in 1973 but to let the demography and to let the increased sophistication be reflected in state legislatures so that democracy would have produced the right answer? Many people who are in favor of abortion rights think that would have been better. I don’t, for two reasons. First, or question number one: I worry about all the women from 1973 until some future date which will depend upon the states, all the women who would not have had enough money to take themselves to a coastal State. I said that abortions are down as a total number; what is also down, obviously, are deaths from illegal abortions. That was a very serious problem in the ghettos and pockets of poverty. Teenage girls couldn’t face being pregnant. Their friends knew where to go and some of them ended up dead on an operating table or two weeks later of sepsis. I’m always troubled by the argument “you should let things take their course; better to have them

democratically settled over a long term". This is still the American story, because of course you have one legislature. But I don't like those stories because it treats individuals -in this case poor women- as pawns, expendable for the sake of a purer form of democratic theory. In spite of the horrors of the present Supreme Court I still believe in it. There are some issues that are legal issues because they are issues about the rights of the minority at risk, not to be trusted to the majority in power.



## CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

### PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas.  
Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
  - a. Título del trabajo en español;
  - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
  - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
  - d. Palabras clave en español;
  - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
  - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
  - g. Cuerpo del trabajo;
  - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).

## 4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

- a. **Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(co-ord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 1, pp. 49-50.

- b. **Capítulos de libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., “Gobierno societario y mercado de capitales”, en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, Buenos Aires, Eudeba, 2007, t. 1, p. 81.

- c. **Artículos publicados en revistas.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO\_D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.),



*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

**Ejemplo:** BENENTE, Mauro, “‘Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

- d. **Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), “consultado en”, dirección completa del vínculo entre corchetes, “en fecha”, fecha de consulta.  
**Ejemplo:** BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [[http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono\\_356.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono_356.pdf)] el 11/12/2012].
5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
    - a. En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
    - b. En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s)
    - c. En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
    - d. El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
  6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignent además los siguientes datos: tipo

y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.

7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar). Dentro de las 24 hs. se contestará con un acuse de recibo.
8. El envío de trabajos para su publicación en *Lecciones y Ensayos* implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

## CÓMO PARTICIPAR

*Lecciones y Ensayos* es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

La revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos los miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Si querés participar de la revista, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20, en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 4809-5668 o enviándonos un e-mail a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar) o [direccionlye@derecho.uba.ar](mailto:direccionlye@derecho.uba.ar).

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



## PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– con seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– con seudónimo. Estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, ésta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el

pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluidos— es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.