MEMORIAS DE 40 AÑOS DE DEMOCRACIA
DESAFÍOS Y LOGROS

VOLUMEN I

Compiladores:
Diego Molea - María Fernanda Vazquez

UNLZ
Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Universidad Nacional de Lomas de Zamora
Facultad de Derecho

Memorias de 40 años de democracia : desafíos y logros / Diego Molea ... [et al.] ;
compilación de Diego Molea ; María Fernanda Vazquez. - 1a ed. - Lomas de Zamora : Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Facultad de Derecho, 2023.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-3839-38-2

1. Democracia. 2. Derecho. 3. Estado. I. Molea, Diego, comp. II. Vazquez, María Fernanda, comp.
CDD 320.0982

MEMORIAS DE
40 AÑOS DE DEMOCRACIA
DESAFÍOS Y LOGROS

VOLUMEN I

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA
RECTOR: Diego Molea

FACULTAD DE DERECHO
Decana: María Fernanda Vazquez

Coordinación editorial: Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho

Colaboración y revisión: Claudia Gasol Varela, Julieta Jimenez, Federico Navascues, María Belén Rocco Lamanna y María Agostina Schell.

Diseño: Secretaría de Relaciones Institucionales, Facultad de Derecho

ÍNDICE

06 Presentación
Por Diego Molea y María Fernanda Vazquez

10 Democracia y seguridad social ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Por Walter F. Carnota

21 Resolución pací ica de las disputas de límites entre Argentina y Chile
Por Gustavo Carrizo Adris

36 El MERCOSUR y la agenda democrática: contrastes y desafíos intra y extra zona a 40 años de su creación
Por Luis F. Castillo Argañarás

54 40 años de democracia en leyes que garantizan derechos de Mujeres, NNA y personas LGBTTTI
Por Claudia Hasanbegovic

78 La pena de prisión. El olvidado ideal resocializador del art. 18 de la Constitución Nacional
Por Cecilia P. Incardona

96 Democracia: un camino de servicio a los pobres
Por Monseñor Jorge R. Lugones SJ

116 Las facultades legislativas del Poder Ejecutivo en la reforma constitucional de 1994
Por Pablo Luis Manili

127 El rol de la Universidad: identidad en disputa a 40 años de la recuperación de la democracia
Por Diego Molea

151 La protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ley 26.061
Por Osvaldo Pitrau

167 Estado de Derecho y protección de derechos. Aporte desde la prevención de daños del Derecho Privado
Por Fernando Alfredo Ubiría

185 Una cultura constitucional para el Estado democrático
Por Horacio Vaccarezza

200 Democracia y participación política de las mujeres
Por María Fernanda Vazquez

211 Nuestros Autores

Presentación

Por Diego Molea y María Fernanda Vazquez

Nos complace escribir estas líneas para conmemorar un momento trascendental en la historia de Argentina: los 40 años de democracia. Este hito representa no sólo la restauración de un sistema político fundamentado en la participación ciudadana y el respeto a los derechos humanos, sino también el triunfo de la perseverancia y la lucha por la convivencia sin violencias. La conmemoración de estos 40 años nos invita a pensar sobre el camino recorrido como sociedad, los desafíos superados y el legado para las generaciones futuras. Es un recordatorio de la importancia de preservar y fortalecer los cimientos del Estado de Derecho en nuestro país. En este contexto, el volumen que hoy presentamos nos brinda la oportunidad de explorar, reflexionar y celebrar este periodo en la historia argentina a través de diversas perspectivas y testimonios. Es un honor poder compartir esta compilación que, sin duda, contribuirá a enriquecer nuestro entendimiento sobre el presente de nuestro país.

En el contexto actual, es crucial recordar los eventos que llevaron a la recuperación del orden constitucional en Argentina. Esta colección ofrece una oportunidad para concentrarse en el pasado reciente del país y comprender la importancia de la estabilidad democrática. Además, contribuye a la construcción de la memoria colectiva al documentar y analizar un periodo significativo de la historia argentina.

Nuestro más inmediato presente se muestra, de cierto modo, sombrío: asistimos al crecimiento de la intolerancia, los discursos de odio y opciones negacionistas del genocidio. En este marco, una compilación que conmemora los 40 años de democracia en Argentina adquiere una relevancia inigualable. Estas publicaciones se convierten en una herramienta primordial para contrarrestar el avance de posturas antidemocráticas, ya que promueven la reflexión crítica, el conocimiento histórico y la valoración de los principios democráticos. Al proporcionar un análisis detallado del camino recorrido desde la recuperación del imperio de la Constitución, este volumen ofrece una perspectiva fundamental para comprender la importancia de la tolerancia, el respeto por los derechos humanos y la preservación de la memoria histórica, contrarrestando así los discursos que buscan socavar estos basamentos esenciales. En este sentido, el trabajo

que presentamos, no sólo celebra los logros de la democracia, sino que también impugna activamente las corrientes antidemocráticas al promover el diálogo, la empatía y el compromiso con la verdad histórica.

La relevancia de esta compilación se ve potenciada por su origen como una producción de una Universidad Pública. Las Universidades Públicas no sólo han sido testigos del proceso de democratización en Argentina, sino que también han desempeñado un papel principal en su fortalecimiento. Al crecer con la democracia, estas instituciones han contribuido significativamente al desarrollo del Estado de Derecho y la vida democrática en el país. Por lo tanto, el hecho de que el volumen sea producido por una Universidad Pública no sólo otorga credibilidad académica y rigor a su contenido, sino que además simboliza el compromiso continuo de estas instituciones con la promoción de los valores democráticos, la educación cívica y el fomento de una sociedad informada y participativa.

La selección, al ser editada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, subraya la importancia del Estado de Derecho como fundamento esencial para el funcionamiento de una sociedad justa y libre. Además, destaca el imperio de la Constitución Nacional como piedra angular en la protección de los derechos elementales de los ciudadanos, estableciendo un marco legal que garantiza la igualdad y la justicia. Asimismo, resalta la labor de los abogados y las abogadas en la defensa y promoción de los derechos ciudadanos, enfatizando su rol decisivo en la consolidación y preservación de un sistema jurídico que salvaguarde las libertades individuales y colectivas.

Este volumen permite analizar la relación entre el pasado y el presente, explorando cómo los desafíos históricos de la democracia continúan influyendo en la sociedad argentina en la actualidad. La compilación que presentamos reúne trabajos de las más diversas áreas del Derecho y desde perspectivas plurales que consideran que la democracia es un compromiso continuo que requiere la participación activa de todos los sectores de la sociedad.

Queremos destacar los aportes de las profesoras y los profesores que participan de estas “Memorias de 40 años de democracia: desafíos y logros. Volumen 1”. La respuesta de nuestros docentes a la invitación a escribir sobre los 40 años de la democracia fue recibida de manera notable, superando nuestras expectativas iniciales. Como resultado, presentamos una primera selección, a la que le sucederán nuevos volúmenes con el resto de los artículos recibidos.

Esta primera edición no se propone la tarea imposible de agotar las múltiples aristas de la relación entre Democracia y Derecho, sino iluminar algunas cuestiones que consideramos de especial relevancia en esta hora. En este sentido, Walter Carnota muestra la relación entre Democracia y Seguridad Social; Gustavo Carrizo Adris aborda la resolución pacífica de los diferendos limítrofes con Chile; Luis Castillo Argañaras desarrolla la relación entre la creación del MERCOSUR y la agenda democrática; Cecilia Incardona advierte sobre el olvido del ideal resocializador del artículo 18 de la Constitución Nacional en la pena de prisión; Claudia Hasanbegovic reseña 40 años de leyes de protección de mujeres, niños, niñas, adolescentes y personas LGBTTTI; Monseñor Jorge Lugones SJ medita sobre la democracia como un camino de servicio a los pobres; Pablo Luis Manili analiza las facultades legislativas del Poder Ejecutivo tras la reforma constitucional de 1994; Diego Molea estudia la relación de las Universidades con la Democracia; Osvaldo Pitrau aborda la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; Fernando Ubiría examina la prevención de daños en el marco del Estado de Derecho; Horacio Vaccarezza reflexiona sobre una cultura constitucional para el Estado democrático y, finalmente, María Fernanda Vazquez presenta el avance y los retos de la participación política de las mujeres en la democracia.

Al celebrar 40 años ininterrumpidos de vida democrática, es necesario destacar el valeroso papel desempeñado por aquellos que resistieron a la dictadura y abogaron por la apertura democrática en Argentina. Los organismos de derechos humanos, en particular, jugaron un papel trascendental al exponer las violaciones a los derechos humanos y al luchar incansablemente por la justicia y la memoria. Además, es imprescindible reconocer el sacrificio y la valentía de los soldados que

participaron en la Guerra de Malvinas, así como el impacto que este conflicto tuvo en la transición hacia la democracia. Estos actores históricos representan pilares fundamentales en la consolidación de las instituciones argentinas y su legado debe ser honrado y preservado como parte integral de la historia democrática del país.

Es innegable que la democracia argentina aún enfrenta importantes desafíos, especialmente en lo que respecta a las condiciones de vida de los sectores más vulnerables de la sociedad. La persistencia de la deuda externa ha limitado el desarrollo económico del país, afectando directamente la calidad de vida de millones de argentinos. Estos desafíos estructurales, junto con otras urgencias como la desigualdad social y la falta de acceso a servicios básicos, evidencian las deudas pendientes de la democracia en la construcción de una sociedad más justa y equitativa. Sin embargo, es crucial reconocer que estos desafíos sólo podrán ser abordados de manera efectiva a través de una mayor participación política, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el compromiso activo de la ciudadanía en la toma de decisiones. La promoción de una mayor participación ciudadana, junto con la defensa de los valores democráticos, son principios elementales para superar las dificultades actuales y construir un futuro más inclusivo y próspero para todos los argentinos y las argentinas. Al examinar las lecciones aprendidas de las décadas pasadas, se puede generar un mayor entendimiento de los retos actuales que enfrenta la democracia en Argentina, lo que a su vez puede contribuir a la formulación de estrategias efectivas para abordar estas cuestiones.

Sin duda, es imprescindible expresar gratitud a los autores, editores y colaboradores del volumen, cuyo arduo trabajo y dedicación han hecho posible la creación de esta valiosa compilación. Su compromiso con la investigación, el análisis y la difusión del conocimiento jurídico, político y social ha enriquecido el debate público y ha contribuido significativamente al fortalecimiento de nuestra comprensión sobre los desafíos y logros de la democracia en Argentina.

Que estos 40 años de democracia en Argentina nos inspiren a seguir trabajando juntos por un país donde la igualdad, la libertad, los derechos humanos y la solidaridad sean fundamentos indestructibles de nuestra sociedad.

VOLVER A ÍNDICE

Democracia y seguridad social ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(Su tratamiento de las contingencias sociales durante las últimas cuatro décadas).

Por Walter F. Carnota

1. Introducción

Los cuarenta años de restauración democrática en nuestro medio (1983-2023) son oportunidad más que propicia para reflexionar, a modo de balance provisorio[1] acerca de las vicisitudes por las que atravesaron durante este período los derechos de la Seguridad Social, tanto en su campo sustantivo como en el procedimental, y la necesidad de su reafirmación en épocas de crisis económica aguda o profunda.

1983 implicó en el imaginario o consciencia colectiva argentina el ferviente deseo de vivir en convivencia pacífica. Nuestra historia política, que había estado jalonada desde sus propios inicios por enfrentamientos irreconciliables (v.gr., las proverbiales luchas entre unitarios y federales), dio paso -no sin algunos intentos regresivos momentáneos o episódicos- a una era de mayor consenso, idea muchas veces contra-intuitiva entre los argentinos. En efecto, nuestra historia y nuestra sociedad típicamente atestiguaron mayores dosis de conflictos que de consensos, generando un orden impuesto por el ocasional vencedor.

Esas radicales diferencias -de raíz, sin ninguna connotación político-partidaria- no fueron eliminadas del todo de nuestros registros. Pero las líneas discursivas y las narrativas generadas fueron por lo general contestes en la afirmación de un mayor diálogo y respeto por las diferencias, que no se habían dado en otros momentos de nuestra trajinada historia.

2. El rol del derecho

Los apuntados cambios no se hicieron solos, sino que se vieron efectivamente acompañados por una mayor fe en la construcción del consenso democrático a través de herramientas jurídicas. La creciente aprobación de documentos internacionales, como ser el Pacto de San José de Costa Rica en 1984, su cotización en nuestro ordenamiento con fallos como “Ekmekdjian c. Sofovich” (Fallos 315:1492) y “Fibraca” (Fallos 316:1669) aún bajo la Corte de la llamada “mayoría automática” y, finalmente, la reforma constitucional de 1994, mostraron la arista jurídica de la democracia política. La democracia se realizaría a través de instrumentos, tanto constitucionales cuanto convencionales, que la robustecerían y fortalecerían, proveyendo una mayor musculatura para la defensa de su vigencia plena, aún para los particulares procesalmente legitimados.

El papel del “derecho a tener derechos”, para utilizar la inteligente expresión de Hannah Arendt[2], no ha sido menor. La “explosión” de la dogmática constitucional, sobre todo a partir de

1 Conviene siempre tomar distancia de los fenómenos históricos. Por ser los que aquí tratamos relativamente o muy recientes, nos falta una adecuada perspectiva para formular juicios definitivos o finales cuando el hecho histórico es relativamente fresco.

2 ZAGREBELSKY, Gustavo (2023), Derechos a la fuerza, Madrid, Trotta.

1994, fue significativa. Se recoge una visión unitiva o de conjunto del fenómeno de los derechos humanos, congruente con la indivisibilidad de los mismos que proclamaría la Conferencia mundial de Viena de 1993.

Temas tan diversos como la protección ambiental, o la del usuario y consumidor, o la cultura o el desarrollo humano, fueron analizados a la luz y bajo el prisma ya no sólo del Derecho objetivo, es decir, del conjunto de normas, sino de la lente de los derechos subjetivos, o sea, en términos de *facultades de los sujetos titulares con exigibilidad plena.* [3]

Claro que la literatura existente había elaborado la diferenciación entre cláusulas operativas y programáticas, a la par de insistir entre los derechos de primera, de segunda y de tercera generación. La insistencia en la *diferente cotización de los derechos* redundaría en intentos marcados de postergación u olvido de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, los llamados "DESCA". Ya en su obrar a lo largo de una gran porción del siglo XX, las "normas internacionales del trabajo" (NIT) habían intentado socavar esos distingos arbitrarios según los objetos sobre los cuales recayeran los derechos humanos. Igualmente, las diferenciaciones prosiguieron.

Es decir, ese imaginario colectivo construido a partir de 1983 en adelante no era igualitario para todos, sino que sufría *disquisiciones técnicas en función de la materia tutelada.* La vigencia del Estado de derecho sería "tuerta": un ojo, una mirada o lente para los derechos civiles y políticos, una visión más cerrada sobre los derechos sociales, cuya realización era por cierto más problemática y compleja, incluso desde la hacienda pública y el presupuesto nacional de gastos.

Dicha narrativa se ha montado sobre la premisa de que los derechos sociales cuestan, *olvidando* que, *en definitiva, todos los derechos son costosos.* Es que tener policía, u organizar jornadas electorales, o establecer tribunales, representan también costos. Como diría Corti, hay que "financiar la Constitución". En su totalidad, sin enfoques parciales o carentes de integralidad.

3. Las recurrentes crisis económicas. Derecho y economía

Hay que recordar que la restauración democrática argentina se dio en el *contexto de una crisis económica heredada del gobierno militar anterior,* que no logró ser sofocada por la Administración de Raúl Alfonsín. El nuevo gobierno democrático se vio jaqueado por las variables económicas adversas o negativas (Torre, 2002), lo cual dio pábulo a algunos para sostener que era necesario recortar a los derechos de la Seguridad Social.

Es que, entre los derechos sociales, los provenientes de la Seguridad Social impactan notablemente en el erario público, llegando a configurar en tiempos actuales el 40 % del presupuesto

3 Véase, de cita obligada, la obra de COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor (2004), Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta.

nacional. Ese cúmulo de dinero siempre fue un imán para gobiernos ávidos de recursos.

La Administración Alfonsín procuró ordenar las variables macroeconómicas. Sin embargo, encontró *escollos jurídicos formidables,* imposibles de sortear o superar. Por un lado, las "emergencias económicas" a las que se recurrió por vía de los decretos 1296/86 y 648/87 (Carnota, 2002) de paralización de juicios de reajustes fueron impotentes para lograr la tan ansiada estabilidad. Por otro, se topó con una integración de la Corte Suprema, que ella había conformado con la reinauguración de la democracia, no dispuesta a sacrificar a los derechos sociales en el altar de la armonía macroeconómica.

En este último sentido, resulta harto elocuente las afirmaciones pronunciadas por la Corte en el seminal caso "Rolon Zappa, Víctor Francisco" del 30 de septiembre de 1986. En efecto, la entonces Comisión Nacional de Previsión Social había apelado por vía del recurso extraordinario federal la decisión de la Alzada laboral que había declarado la inconstitucionalidad de los índices elaborados al abrigo del art. 53 de la ley 18.037, por estimarlos confiscatorios. El más Alto Tribunal federal fue enfático a la hora de rechazar la *gravedad institucional* invocada por la Administración, en torno a las *dificultades económico-financieras de las Cajas previsionales.*

Así, en célebre pasaje (considerando quinto de esta sentencia), la Corte afirma con contundencia que:

> es principio del ordenamiento jurídico vigente en la República que tanto la organización *social* como *política* y *económica* reposan en la ley. Y si bien la exégesis de este concepto no ha de caracterizarlo como una expresión exclusivamente formal, no lo es menos que debe estimarla como excluyente de la creación *ex nihilo* de la norma legal por parte de los órganos específicos de su aplicación: los jueces en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. En suma, el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces -comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías a la Ley Fundamental-, así como en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales y la suplencia de sus lagunas (art. 16, Cód. Civil), no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma (Énfasis original).

Resulta interesante la línea argumentativa desplegada por el Tribunal en este decisorio[4], que capturaba sin ambages el *espíritu de la época.* Es que se rechazaba la postura gubernamental, sobre la base de la potestad de la judicatura de "decir el Derecho". Es decir, dicho en otras palabras, se evidenciaba una firme vocación por hacer prevalecer no ya la ley (o los índices tejidos en torno a ella), sino la constitucionalidad de las normas dictadas por los otros poderes del Estado. Claramente, el fallo rescataba la misión de los magistrados judiciales de *fijación de límites al poder en esta sensible materia.*

Los susodichos decretos de emergencia intentaban, en este duro contexto, dar respuesta a lo que la Corte había inhibido en "Rolón Zappa" y su descarte de la "gravedad institucional" para la procedencia del remedio federal.

4 También destacado en BIANCHI, Alberto B. (2007), Una Corte liberal (La Corte de Alfonsín), Buenos Aires, Ábaco, en concreto ps. 146/147.

Por lo demás, la Administración Alfonsín implementó, a poco tiempo antes de dejar el poder, en el mes de marzo de 1989, la puesta en funciones de la ex Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, que había sido creada por la ley 23.473. Mitad ley de establecimiento del nuevo Tribunal, desgajando la competencia que desde 1953 había ostentado la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en virtud de la ley 14.236, y mitad nueva ley procesal previsional, la flamante Cámara también representaba un intento por canalizar los litigios en esta área mediante la actuación de un fuero especializado, lográndose de ese modo la autonomía jurisdiccional de la Seguridad Social. El presidente Alfonsín solo vetó la disposición sobre la imposición de costas, manteniendo así la clásica jurisprudencia de la Corte Suprema en orden a la exención de gastos causídicos de los entes de la previsión social.

Quedaba claro que los años de la restauración democrática implicaron fe en el Derecho y en sus jueces. No fue menor, para ello, la conformación hacia fines de 1983 de una Corte Suprema plural, decidida a toda costa al mantenimiento del Estado de Derecho y de las mandas constitucionales. La defensa del principio sustitutivo del haber, incorporado al art. 14 bis CN por la reforma constitucional operada en 1957, fue prueba acabada de ello, no sólo en la sentencia de "Rolon Zappa", sino incluso en su dictamen fiscal.

4. La esquizofrenia jurídica: una ley regresiva y una reforma constitucional progresista

En 1993 se sancionó la ley 24.241, que instituyó el "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones". Instauraba un sistema previsional con dos vertientes: a) la de reparto o pública; b) la de capitalización individual. La gestión de esta última estaría a cargo de entes privados, las AFJP (Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones).

A su vez, la ley 24.463 de 1995 vino a introducir modificaciones tanto sustantivas como procesales a la legislación argentina existente. El sub-sistema público o de reparto sería "asistido", denotando con ese calificativo a mayores aportaciones al mismo por parte del Estado Nacional. El procedimiento previsional, por su parte, sería teóricamente bilateral: por un lado, el jubilado, pensionado o jubilable; por el otro, la Administración Nacional de la Seguridad Social, que había sido creada por decreto 2741/91, confirmado por el art. 167 de la ley 24.241 ya citada. Si bien ese molde procesal era elogiable en cuanto a la transparencia del rol de cada uno de los intervinientes en el proceso judicial, veremos que el Estado deudor aparecía rodeado de una serie de prerrogativas o ventajas a la hora de litigar, lesivas a los más mínimos estándares de *igualdad de armas* (Carnota, 1995).

Todo ese entramado normativo, además, no era fácilmente conciliable con la reforma constitucional de 1994. Dicha revisión, vasta en sus implicancias jurídicas y de amplio consenso político, tuvo una serie de muy importantes consecuencias en el ámbito de la Seguridad Social.

En primer lugar, la reforma mantuvo con su clásica denominación al art. 14 bis, que había sido incorporado en un contexto muy diferente por la Asamblea Constituyente de 1957. Esta norma, que en su tercer inciso contiene las directivas más relevantes en la materia, había sido producto de una época *de facto.* Ahora, una Asamblea Constituyente legal y legítima venía a ratificarla en plenitud y con esa idéntica denominación.

Además, la reforma jerarquiza a los tratados internacionales de derechos humanos, en las condiciones prefijadas por el art. 75 inc. 22. Ello significó "constitucionalizar al derecho internacional de los derechos humanos". Entre las normas con esa nueva raigambre encontramos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención contra la Discriminación hacia la Mujer y a la Convención de los Derechos del Niño, entre otras, que contienen preceptos en materia de Seguridad Social.

Por fin, el art. 75 inc. 23, también adoptado en 1994, contiene una cláusula que admite la *discriminación inversa* en favor de cuatro grupos desaventajados, a saber: los ancianos, los niños, las mujeres y las personas con discapacidad, de significativa presencia en los planteos relativos a la Seguridad Social. También se protege en especial a la maternidad.

Tal como puede fácilmente observarse, la revisión producida en 1994 trajo consigo nuevas e importantes incorporaciones, que hizo que la Seguridad Social no sólo se recluya en el art. 14 bis, sino que, ahora además la Seguridad Social estaría al ritmo del derecho internacional de los derechos humanos.

Quedaban así bien delimitados los marcos normativos. De un lado, el "bloque de constitucionalidad" que se mostraría amplio y generoso en la materia. Del otro, una legislación en clave de regresividad, con difíciles problemas de articulación con el primero. Pronto, la Corte Suprema de Justicia se sumaría a la contienda.

En efecto, en autos "Chocobar, Sixto Celestino" (Fallos: 319: 3241), la mayoría del Alto Tribunal consideró, a diferencia de lo acontecido una década antes en "Rolon Zappa" ya analizado, que la sustitutividad del haber previsional dependía de la voluntad legislativa del momento, sin revestir ningún carácter *axiomático. Dejaba así librada a la discreción del Congreso la pauta de movilidad de la prestación previsional.*

La minoría en esta decisión fue enfática a la hora de defender la línea jurisprudencial clásica en materia de sustitutividad, criterio que luego fue rescatado por fin por la pluralidad del Tribunal en ocasión de fallar en "Sánchez, María del Carmen" (Fallos: 328: 1602).

En términos generales, la jurisprudencia de la llamada "mayoría automática" fue refractaria a tildar de inconstitucional las normas tanto de la ley 24.241 como de la ley 24.463, ambas ya referidas. La excepción estuvo dada por el artículo 24 de este último instrumento legal, texto aún no derogado formalmente. La regla era completamente arbitraria e irrazonable, al prever un mecanismo de retrogradación procedimental, incompatible con los cánones mínimos del derecho de defensa y de la preclusión procesal. En virtud de ese cuestionado dispositivo, las actuaciones radicadas en la

Cámara se devolvían a la nueva primera instancia, a fin de que tramitaran *ex novo* a partir de una interposición de "demanda" contra el organismo previsional.

La ley 24.463 trajo otras normas análogamente censurables, como la excepción de falta de recursos (art. 16), su prueba (art. 17), la federalización del fuero (art. 18), la alternativa de interponer un recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art.19) y la imposición de las costas por su orden. Tanto el legislador como la Corte fueron depurando gradualmente a la ley de esos muy opinables ingredientes.

Como puede fácilmente constatarse, la normatividad legal y reglamentaria se alejaba considerablemente del programa constitucional, tanto del de 1957 cuanto del de 1994.

5. El paradigma del desarrollo sustentable

La conjunción armónica del art. 41 y del art. 75 inc.19 CN, incluidos por la revisión federal de 1994, consagraron en nuestro medio al *paradigma del desarrollo sustentable.* La Constitución histórica de 1853, en clave alberdiana, consagraba la "cláusula del progreso", que hoy vemos reflejada en el art. 75 inc. 18 del plexo de base. Pero el constituyente reformador de 1994 fue más allá: pensó en el desarrollo humano (Recalde, 2019).

El derecho constitucional desde las últimas décadas para aquí se ha ocupado y preocupado por el desenvolvimiento *integral* de la persona humana y no sólo por su progreso o bienestar material. Este último es, sin dudas, un prerrequisito necesario, pero el desarrollo humano es sin dudas un concepto multifacético, que abarca distintas dimensiones (espiritual, inter-generacional), en donde se constatan algunos puntos de contacto con la Seguridad Social.

Al introducir la cláusula del desarrollo en el mencionado inciso 19 del art. 75, el constituyente revisor condensó su pensamiento al hablar del *"progreso económico con justicia social".* No se trata de propugnar por un desarrollo sin rumbo. Por el contrario, aparece adecuadamente balanceado por la - a veces- esquiva noción de justicia social.

La reforma constitucional de 1994 se dictó en clave de humanismo. Esa centralidad del ser humano la llevó a considerar al desarrollo también a lo largo de las generaciones que se van dando en el tiempo.

6. La seguridad social de comienzos del Siglo XXI

Todo este andamiaje proveniente de la reforma constitucional de 1994 hizo que, para los inicios

de nuestro siglo, la Seguridad Social no sólo fuera vista como un *producto* de un determinado sistema económico, sino que estaría al servicio de la dignidad de la persona humana. Tanto democracia como Seguridad Social sirven y están en función de la persona y de su intrínseca dignidad, no a la inversa.

Ello condujo a medidas más inclusivas, desarrollando el "lenguaje de la inclusión", siempre dentro de la gramática de los derechos humanos fundamentales. En ese sentido, se inscribieron los sucesivos planes de moratorias previsionales y la asignación universal por hijo (AUH), entre otras innovaciones introducidas en la primera década de nuestra centuria actual.

Así, se constató una visión más inclusiva o social de los clásicos esquemas previsionales, montado sobre netas bases contributivas.

7. La salud como derecho humano

Cabe hacer notar que la reforma constitucional de 1994 desperdició una histórica oportunidad para incluir en el texto de la norma de base al derecho a la salud de modo explícito. Sin embargo, las directivas que dimanan del derecho internacional de los derechos humanos también acusaron aquí su impacto de manera notable, amén de las construcciones que podrían derivarse sobre la base del art. 33 CN en materia de derechos implícitos o no enumerados.

Dos pronunciamientos de la Corte Suprema se destacaron a comienzos del siglo XXI en esta materia. Por un lado, en "Asociación Benghalensis" (Fallos: 323: 1339), el Supremo Tribunal confirió *legitimación activa amplia a un ente colectivo dedicado a la defensa contra el virus de HIV-SIDA.* Para la época en que ese pronunciamiento fue dictado, no abundaban las definiciones sobre ese tópico. Y en "Campodónico de Beviacqua", (sentencia del 24 de octubre de 2000, Fallos: 323: 3229), la Corte volvió a tener una visión no formalista sobre reclamos de salud.

8. La jurisprudencia más reciente en materia de crisis económica y seguridad social

En ocasión de decidir el caso "Blanco, Lucio Orlando" (Fallos: 341: 1924) el Alto Tribunal argentino expresó -en su considerando 26- que: "es precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra su máximo significado. En tales épocas críticas, deben profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergadas, pues son las *democracias avanzadas y maduras* las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos" (El subrayado es nuestro).

Allí la Corte maneja la noción de *vulnerabilidad* que tiene ascendencia directa en el art. 75

inc.23 constitucional ya citado, en la medida en que en dicha norma como fue descripto, aparecen cuatro grupos de personas *con preferente tutela.* Ello permite entroncar con el decisorio posterior recaído en "García, María Isabel" (Fallos: 342:411) en cuanto exime al colectivo de jubilados y pensionados de pagar el impuesto a las ganancias, y con "Giménez, Rosa Elisabé" (Fallos: 344: 1788), en que sobre el prisma de la vulnerabilidad declaró la inconstitucionalidad del art. 49 de la ley 24.241 en cuanto exige la concurrencia del jubilable del retiro por invalidez a litigar ante los estrados de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

9. Las Contribuciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Debemos adicionar que fruto de la aludida reforma constitucional, la incidencia de la democracia política y los derechos humanos sobre la Seguridad Social no sólo es constatable a nivel interno o doméstico del Estado argentino, como ya se anticipó, sino en sede internacional, en especial en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos.

Hemos destacado el rol que en esta evolución ha tenido el art. 75 inc.22 introducido por la reforma, dando pie a algunos a sostener la existencia de un *bloque de constitucionalidad* [5], expresión de cuna francesa para denotar la presencia de contenidos de raigambre suprema no incorporados específicamente en el documento base.[6]

La referida jerarquización del derecho interamericano de los derechos humanos implicó también el seguimiento, con mayor o menor intensidad según la naturaleza del órgano de supervisión -Comisión o Corte Interamericanas- y la época histórica de nuestra propia Corte Suprema, de los criterios de esos organismos de contralor. Es decir, no sólo se sigue la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en la ciudad de San José de Costa Rica, que no sólo adquiere el valor de *cosa juzgada* cuando el Estado miembro es parte de una controversia puntual, sino también de *cosa interpretada.*

En materia de Seguridad Social, se registró una interesante evolución. Así, de pasar a defender a la misma como un derecho conexo a la propiedad y al debido proceso, tal como se propugnó en "Cinco Pensionistas vs. Perú" (Corte IDH, 2003), se pasó -16 años después- a postular la *autonomía del derecho a la Seguridad Social en el contexto interamericano.*

Así, en "*Muelle Flores vs. Perú*" (Corte IDH, 2019), el Tribunal interamericano vino a sostener su "suficiente grado de especificidad", que se deriva de la directiva contenida en el art. 45 de la Carta de la OEA, que establece que la persona "sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo", particularizando en su inciso h la necesidad de

5 Sobre el tema, ver MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto (2022), El bloque de constitucionalidad (Análisis sistemático y crítico), Bogotá, Legis.

6 Recordemos, sobre el punto, que el susodicho art. 75.22 prevé la "jerarquía constitucional" de los instrumentos allí consignados, no su lisa y llana incorporación a la CN misma.

desarrollar “una política eficiente de seguridad social”.

Se advierte en la narrativa así construida por la Corte Interamericana un acento puesto en el principio *pro persona,* para lograr de esa manera la aplicabilidad de todos los derechos, incluso los DESCA.

10. A modo de conclusión

En los acápites precedentes, hemos tratado de sustentar la vinculación entre la democracia (política) y la Seguridad Social, en cuanto implica la vigencia de un DESCA. Así, la Seguridad Social exige y reclama mayor cantidad y calidad de prestaciones -la nota de *integralidad* que contiene el art. 14 bis, CN- que mejor florecen en un ámbito de *democracia,* entendida como estilo de vida en donde se defienden a rajatablas los derechos de la persona humana. Nada mejor que la Seguridad Social, que comprende a todas las personas y a toda la persona, para ponerse al lado y codo a codo de la *defensa de los derechos humanos, siendo que la Seguridad Social es uno de los más relevantes.* De allí que quepa el análisis conjunto.

Destacamos, para ello, la reforma constitucional de 1994 y la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos, en especial el interamericano, y de la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de 2005 (Carnota, 2009) , más allá de puntuales intervenciones de los órganos ejecutivo y legislativo como el caso de la AUH (v.gr., Decreto 1602/2009) o de la supresión de la capitalización individual por la Ley 26.425 con las secuelas para sus afiliados que hubo que atender y que diera origen también a pronunciamientos del Alto Tribunal. Es decir, la Seguridad Social pasó en estas cuatro décadas a ser y a valer como política de Estado cimentada en el respeto por los derechos humanos más básicos y elementales.

Es de concluir, pues, que ambos mundos -seguridad social y democracia- se retroalimentan, enriquecen y enaltecen, en interesante dinámica interactiva e integral.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias bibliográficas

BIANCHI, A. (2007), Una Corte liberal (La Corte de Alfonsín), Buenos Aires, Ábaco.

CARNOTA, W. (1995), *Ley de Solidaridad Previsional Comentada*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

CARNOTA, W. (2002), *Emergencia y Derecho Previsional*. Revista de Derecho Público tomo 1.

CARNOTA, W. (2009). *Rights and Politics in Argentine Social Security Reform*. Australian Journal of Political Science, vol. 44, número 1, pág. 123.

CARNOTA, W. (1995). *Ley de Solidaridad Previsional Comentada*. Buenos Aires, Ad-Hoc.

CARNOTA, W. (2002). *Emergencia y Derecho Previsional*. Revista de Derecho Público.

CARNOTA, W. (2009). *Rights and Politics in Argentine Social Security Reform.* Australian Journal of Political Science, vol. 44, número 1, pág. 123.

COURTIS, C. y ABRAMOVICH, V. (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta.

MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto (2022), *El bloque de constitucionalidad (Análisis sistemático y crítico),* Bogotá, Legis.

RECALDE, M. (2019). *El desarrollo como derecho humano,* Buenos Aires, Astrea.

RECALDE, M. (2019), *El desarrollo como derecho humano,* Buenos Aires, Astrea.

TORRE, J. (2022), *Diario de una temporada en el quinto piso (Episodios de política económica en los años de Alfonsín),* Buenos Aires, Edhasa.

TORRE, J. (2022), *Sobre esos tiempos convulsos. Diarios de una temporada en el quinto piso*. Episodios de política económica en los años de Alfonsín, Buenos Aires, Edhasa.

ZAGREBELSKY, G. (2023), *Derechos a la fuerza.* Madrid, Trotta.

VOLVER A ÍNDICE

Resolución pacífica de las disputas de límites entre Argentina y Chile

Por Gustavo Carrizo Adris

1. Introducción

Los conflictos limítrofes entre Argentina y Chile, países separados por una extensa frontera, son de larga data. La falta de un acuerdo sobre los límites exactos de la frontera dio lugar a una serie de disputas a lo largo del siglo XIX y XX.

Durante las dictaduras militares de ambos países, en las décadas de 1970 y 1980, estas disputas limítrofes se agravaron. Los gobiernos militares, carentes de legitimidad democrática y con un nacionalismo exacerbado, ignoraron o violaron el derecho internacional, lo cual dificultó el diálogo y el acuerdo entre las partes.

El retorno a la democracia y la vigencia del estado de derecho impactó positivamente en el desarrollo de las relaciones exteriores de ambos países. En el caso de Argentina, la joven democracia enfrentaba no pocas dificultades en el plano regional. Por entonces sus países vecinos estaban bajo gobiernos militares, creando un clima de mutua desconfianza que, en caso el particular con Chile, se mantenía la hipótesis de conflicto con el país trasandino, aunque no en los niveles de aprestos bélicos como en 1978. En este sentido uno de los objetivos inmediatos de la política exterior argentina en aquellos años fue reducir las tensiones con los países vecinos y en particular con Chile. Ejemplo de ello es la paulatina resolución de las disputas limítrofes entre ambos países. El nivel de tensión y el discurso belicista que se vivió por la disputa por el Canal de Beagle, cedió a un clima de fraternidad y respeto mutuo. En un marco de distensión y apelando a la mutua cooperación, la diplomacia y el derecho internacional se dio solución a la determinación del límite binacional.

El objetivo de este capítulo es presentar un panorama general de estos diferendos limítrofes y la forma en que se arreglaron a través de medios pacíficos contemplados en el Derecho Internacional.

2. Antecedentes

El establecimiento de la frontera en la Cordillera de los Andes que separa a Argentina de Chile dio lugar a controversias desde principios del siglo XIX, para lo cual fue necesario un número significativo de tratados y laudos arbitrales a fin de zanjar los conflictos derivados de esta tarea. En un principio, con los datos que ofrecía la realidad los trabajos de delimitación de la frontera parecían simples: una cadena de montañas, que se extendía a lo largo de 4800 kilómetros y con altitudes cercanas a los 7000 metros de altitud con el Aconcagua, fijaba una ruta a seguir a los estados, ya que era suficiente “aceptar el orden de la naturaleza que erigió esta barrera física entre Argentina y Chile” (COT, 1968, p. 237).

Sin embargo, se sabe que las fronteras naturales a menudo sólo ofrecen una seguridad

ilusoria. En este caso particular de la frontera binacional argentino-chilena, su propia longitud deja vislumbrar desde el principio las dificultades a venir.

Durante el siglo XIX, con el ánimo de establecer la extensa frontera, Argentina y Chile llevaron adelante negociaciones y acciones que se materializaron en el Tratado de Límites suscripto en 1881, en el cual se fijaron los criterios centrales en torno a la delimitación de la frontera cordillerana y las bases para una resolución pacífica en caso de controversia. Allí se regula:

> El límite entre la República Argentina y Chile es, de Norte a Sur, hasta el paralelo cincuenta y dos de latitud, la Cordillera de los Andes.
>
> La línea fronteriza correrá en esa extensión por las cumbres más elevadas de dichas Cordilleras que dividan las aguas y pasará por entre las vertientes que se desprenden a un lado y otro. Las dificultades que pudieran suscitarse por la existencia de ciertos valles formados por la bifurcación de la Cordillera y en que no sea clara la línea divisoria de las aguas serán resueltas amistosamente por dos peritos nombrados uno de cada parte. En caso de no arribar éstos a un acuerdo, será llamado a decidirlas un tercer perito designado por ambos Gobiernos. (Tratado de Límites. República Argentina y de la República de Chile. Artículo 1. 23 de julio de 1881)

En 1888 los países celebraron el Convenio de Demarcación. La demora en su firma se debió al conflicto en el Pacifico en el cual Chile se encontraba embarcado. En su ejecución, sin embargo, se presentaron dificultades sobre el terreno. Luego de los estudios de demarcación realizados en el área de frontera, se pudo comprobar que lo reglado en los tratados de límites no siempre se ajustaba a la realidad del terreno. Consecuencia de ello ambos países comenzaron a presentar interpretaciones divergentes sobre las disposiciones convencionales.

Así, a instancias de sus respectivos peritos y expertos, Chile adoptó el criterio para determinar la línea general de la frontera, a partir de la interpretación se dio al art. 1 del Tratado de 1881 como el “divortium aquarum continental”, es decir la línea hidrográfica, o línea que divide las aguas que van a desembocar en el océano Pacifico de aquellas que lo hacen en el Atlántico. Argentina por su parte, establece como criterio para fijar el límite, conforme al art. 1 del mencionado Tratado, la línea de las altas cumbres de los Andes que dividen aguas, es decir la línea orográfica.

Ante estas discrepancias se suscribe en 1893 un Protocolo Adicional y Aclaratorio cuyo art. 1 reafirmó lo establecido en el Tratado de 1881:

> Estando dispuesto por el artículo Primero del Tratado de 23 de Julio de 1881, que “el límite entre Chile y la República Argentina es de norte a sur hasta el paralelo 52 de latitud, la Cordillera de los Andes”, y que la línea fronteriza correrá por las cumbres más elevadas “de dicha Cordillera, que dividan las aguas, y que pasará por entre las “vertientes que se desprenden a un lado y a otro”, los Peritos y las Subcomisiones tendrán este principio por norma invariable de sus procedimientos. Se tendrá, en consecuencia, a perpetuidad, como de propiedad y dominio absoluto de la República Argentina, todas las tierras, y todas las aguas,

a saber: lagos, lagunas, ríos y partes de ríos, arroyos, vertientes que se hallen al oriente de la línea de las más elevadas cumbres de la Cordillera de los Andes, que dividan las aguas, y como de propiedad y dominio absoluto de Chile todas las tierras y todas las aguas, a saber: lagos, lagunas, ríos y partes de ríos, arroyos, vertientes, que se hallen al occidente de las más elevadas cumbres de la Cordillera de los Andes que dividan las aguas. (Protocolo adicional y aclaratorio del Tratado de Límites de 23 de Julio de 1881. República Argentina y de la República de Chile. Articulo 1. 1 de Mayo de 1893).

No obstante, tampoco este Protocolo resultó eficaz para superar las ambigüedades de los acuerdos anteriores y las dos interpretaciones opuestas en cuanto a su aplicación en las tareas de demarcación del límite se mantuvieron.

Ante ello, la cuestión fue sometida al arbitraje. Ambos países firmaron un Acuerdo, el 17 de abril de 1896, a fin de facilitar las tareas en el terreno designando a Gran Bretaña como árbitro.

En el art. 2 se dispone que:

Si ocurriesen divergencias entre los peritos al fijar en la Cordillera de los Andes los hitos divisorios al sur del paralelo veinte y seis grados, cincuenta y dos minutos y cuarenta y cinco segundos y no pudieran allanarse amigablemente por acuerdo de ambos Gobiernos, quedarán sometidas al fallo del Gobierno de Su Majestad Británica, a quien las partes Contratantes designan, desde ahora, con el carácter de Árbitro encargado de aplicar estrictamente, en tales casos las disposiciones del Tratado y Protocolo mencionados previo al estudio del terreno, por una comisión que el Árbitro designará. (Acuerdo para Facilitar las Operaciones de Deslinde Territorial. República Argentina y de la República de Chile. Artículo 2. 17 de abril de 1896)

En los “Pactos de Mayo” firmados en 1902 las partes se obligaron mutuamente a acatar la decisión del Tribunal Arbitral y asumieron el compromiso de someter cualquier nueva controversia a arbitraje. El Laudo dictado por el rey Eduardo VII de Inglaterra, el 19 de noviembre de 1902 excluyó la zona de los Hielos Continentales Patagónicos del arbitraje (Corona Británica, 1902, pp. 29-49).

Las indefiniciones en la delimitación de la frontera persistieron por un siglo dando lugar a toda clase de situaciones, desde la indiferencia hasta los aprestos bélicos, pasando por iniciativas de arreglo que avanzaban de manera parsimoniosa al compás de las vicisitudes políticas de cada uno de los Estados involucrados.

Está claro que en el Sur de la Cordillera de los Andes, la geografía logró doblegar la voluntad de las partes, obligando a ambos países al ejercicio de la diplomacia y del recurso al derecho internacional. El resultado de esta intensa actividad conforma un interesante objeto de estudio que “hace las delicias de los juristas”(Cot, 1968, p. 237).

3. El conflicto del Canal de Beagle

El Canal de Beagle es una vía marítima importante para el comercio y la pesca. Los reclamos de Argentina y Chile de derechos sobre la plataforma continental y las aguas adyacentes al canal afectan el acceso de ambos países a estas áreas. El conflicto del Canal Beagle se centró en la soberanía de las islas Picton, Nueva y Lennox, la plataforma continental y las aguas adyacentes al canal de Beagle, en el extremo sur de América del Sur. Las islas Picton, Nueva y Lennox están ubicadas en el canal de Beagle, tienen una superficie total de 152 kilómetros cuadrados. Derivado de una cuestión de interpretación al art. 3 del Tratado de Límites suscripto por entre Argentina y Chile en 1881 (Lacoste, 2003, p. 308).

El mencionado art. 3 dispone:

> En la Tierra del Fuego se trazará una línea que, partiendo del punto denominado Cabo del Espíritu Santo en la latitud cincuenta y dos grados cuarenta minutos, se prolongará hacia el Sur, coincidiendo con el meridiano occidental de Greenwich, sesenta y ocho grados treinta y cuatro minutos hasta tocar en el Canal "Beagle". La Tierra del Fuego dividida de esta manera será Chilena en la parte occidental y Argentina en la parte oriental. En cuanto a las islas, pertenecerán a la República Argentina la isla de los Estados los islotes próximamente inmediatos a ésta y las demás islas que haya sobre el Atlántico al Oriente de la Tierra del Fuego y costas orientales de la Patagonia; y pertenecerán a Chile todas las islas al Sur del Canal "Beagle" hasta el Cabo de Hornos y las que haya al Occidente de la Tierra del Fuego. (Tratado de Límites. República Argentina y de la República de Chile. Artículo 3. 23 de julio de 1881)

El conflicto, que se remonta al siglo XIX, se desarrolla en varias fases, aunque se intensificó en la década de 1970, cuando ambos países iniciaron una carrera armamentista en la región (Barboza, 2014, p. 152).

Esta situación persistió hasta la firma de un acuerdo de arbitraje entre el presidente (de facto) Lanusse de Argentina y el presidente Allende de Chile en 1970. Como resultado del compromiso arbitral suscripto por ambos países, el Tribunal Arbitral, recayó en la Corona Británica, conforme a lo ya establecido en el Laudo arbitral de 1902. La resolución del Tribunal fue emitida en 1977 (Corona Británica, 1977, pp. 53/264). Sin embargo, en lugar de disminuir las tensiones, el laudo agravó la situación existente entre los dos países. El fallo otorgó a Chile la soberanía sobre las islas Picton, Nueva y Lennox. El resultado adverso para Argentina, llevó a que fuese declarado inválido, dando lugar a duras negociaciones que nuevamente colocaron a ambos países al borde de la guerra. La oportuna intervención del Papa, representado por el cardenal Antonio Samoré, enviado de la Santa Sede, y la consiguiente mediación papal permitieron descomprimir los aprestos bélicos.

Tras la mediación papal, con la firma del Tratado de Paz y Amistad entre los Gobiernos de

las Repúblicas de Argentina y Chile de 1984, redactado sobre la base de esa propuesta papal, celebrado en la Ciudad del Vaticano el 29 de noviembre de 1984 se resolvió el conflicto.

El Tratado confirmó la línea trazada por la Corte de Arbitraje en el Canal de Beagle. Sin embargo, desde su punto final, en la intersección de las coordenadas latitud 55º 03' 21" S; longitud 66º 31' 25" O", la línea tomó el rumbo acordado en la mediación.

El acuerdo suscripto implicó un reconocimiento tácito por parte de Chile de la existencia del principio Atlántico-Pacífico, siempre sostenido por Argentina, y que Chile había rechazado rotundamente como aplicable al sur del Canal de Beagle (Valenzuela Ugarte, 2008, pp. 61).

Con certeza, la propuesta del Mediador papal entendió que el rechazo por parte de la Corte de Arbitraje del criterio Atlántico-Pacífico había sido uno de los factores decisivos en la postura argentina de repudiar el Laudo (Moncayo, 1994, pp. 197-433).

Previa a su ratificación, el Tratado, por decisión del Presidente Alfonsín, recientemente elegido en Argentina, se sometió a consideración del pueblo su ratificación, si bien la Constitución Argentina en ese momento no preveía tal posibilidad. En un claro ejemplo de participación soberana del pueblo, el plebiscito realizado el 25 de noviembre de 1984, cuyo resultado no sería obligatorio para el Congreso, fue indubitablemente favorable a la ratificación del Tratado.

La participación popular en la toma de una decisión tan trascendental, claro ejemplo de democracia participativa, se trató de un acontecimiento histórico en Argentina. Fue la primera vez que la ciudadanía argentina se pronunciaba sobre un conflicto internacional. La consulta tuvo un alto nivel de participación, el cual alcanzó el 87,1% del electorado. El resultado de la consulta fue un apoyo a la propuesta de paz con Chile, con un 80,6% de los votos a favor.

La consulta popular fue un éxito para el gobierno de Raúl Alfonsín y su resultado demostró que la población argentina estaba dispuesta a resolver el conflicto del Beagle a través de la paz.

Es destacable, además, que la oportunidad dada a la ciudadanía argentina de expresar su opinión sobre un tema importante para el país contribuyó a fortalecer la recientemente restablecida democracia en Argentina.

4. El conflicto argentino-chileno en la laguna del Desierto

Luego de solucionado el diferendo por el Canal de Beagle, el foco se pone en la delimitación de los restantes puntos en disputa en la frontera binacional. En el caso del área conocido como Laguna del Desierto que comprende una superficie de 481 km² ubicada en la Patagonia, entre el hito 62 —en la ribera sur del lago O'Higgins/San Martín— y el monte Fitz Roy, el conflicto que se extendió desde 1965 hasta 1994 en que se dirime la cuestión a través de un laudo emitido por un

tribunal arbitral internacional.

Las causas de la disputa se remontaban al ya referido Tratado de Límites de 1881, que estableció la frontera entre Argentina y Chile en la Cordillera de los Andes. En su artículo 1 dispone:

> El Límite entre Argentina y Chile es, de Norte a Sur, hasta el paralelo 52 de latitud, la Cordillera de Los Andes, la línea fronteriza correrá en esa extensión por las cumbres más elevadas de dichas Cordilleras que dividan las aguas y pasará por entre las vertientes que se desprenden a un lado y otro. (Tratado de Límites. República Argentina y de la República de Chile. Artículo 1. 23 de julio de 1881)

Chile sostenía la aplicación del principio de "la línea de divisoria de aguas", en desmedro del de la de "altas cumbres", adoptado por Argentina y más consecuente con la cartografía y la orografía del terreno.

A partir de 1903, Chile comenzó a ocupar la zona, construyó una escuela y un puesto de carabineros. Argentina, por su parte, también reclamó la soberanía sobre la zona, argumentando que la divisoria de aguas de la cordillera era el límite natural.

La controversia se intensificó en 1965, con la construcción por Chile de una ruta a través de la zona en disputa. Argentina respondió con la construcción de una ruta paralela. En 1967, ambos países enviaron tropas a la zona, lo que llevó a un enfrentamiento armado que dejó un saldo de un muerto y varios heridos.

Superado el conflicto por el Canal de Beagle, y en un marco de distensión, el día 2 de agosto de 1991 los presidentes Carlos Menem de Argentina y Patricio Aylwin Azócar de Chile, jefe de estado de la recién restablecida democracia chilena, firmaron la Declaración Presidencial sobre Límites entre la República Argentina y la República de Chile, en Buenos Aires en el que mediante el Anexo III se resolvieron 22 puntos pendientes en la disputa limítrofe. En ese acuerdo, sin embargo, no se resolvió la disputa sobre el trazado del límite entre el Hito 62 y el monte Fitz Roy. Para ello, en el Anexo II de la mencionada declaración se acordó recurrir a arbitraje internacional para la resolución de la disputa de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 del Tratado de Paz y Amistad firmado entre ambos países en 1984.

El acuerdo se completó con la suscripción del instrumento llamado Compromiso para someter a arbitraje el recorrido de la traza del límite entre la República de Chile y la República Argentina en el sector comprendido entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy, el 31 de octubre de 1991 en la ciudad de Santiago de Chile. En su artículo 1 establece:

> Ambas Partes solicitan al Tribunal Arbitral que decida el recorrido de la traza del límite en el sector comprendido entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, de la 3ra. Región, definida en el número 18 del Informe del Tribunal Arbitral de 1902 y analizada en detalle en el párrafo final de número 22 del citado informe. (Compromiso para someter a arbitraje el recorrido de la traza del límite entre la República de Chile y la República Argentina en el sector comprendido

entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy. República Argentina y de la República de Chile. Artículo 1. 31 de octubre de 1991)

En el artículo segundo del compromiso bilateral se señala que “el Tribunal decidirá interpretando y aplicando el Laudo de 1902, conforme al derecho internacional” (Compromiso para someter a arbitraje el recorrido de la traza del límite entre la República de Chile y la República Argentina en el sector comprendido entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy. República Argentina y la República de Chile. Artículo 2. 31 de octubre de 1991).

El órgano jurisdiccional estuvo integrado por cinco árbitros latinoamericanos, tres designados por ambos gobiernos en conjunto: Rafael Nieto Navia (Colombia), Presidente; Reynaldo Galindo Pohl (El Salvador) y Pedro Niken (Venezuela), y uno por cada país, Santiago Benadava fue nombrado por el gobierno de Chile y Julio Barberis por el gobierno de Argentina.

El laudo se pronunció el 21 de octubre de 1994. La decisión, en lo referido al límite, sigue una línea muy similar a la pretendida por Argentina.

> “El recorrido de la traza del límite, entre las Repúblicas Argentina y de Chile, entre el hito 62 y el monte Fitz Roy de la 3n región a que se refiere el Laudo de S. M. Eduardo VII, definida en el número 18 del Informe del Tribunal Arbitral de 1902 y descrita en el párrafo final del número 22 del citado Informe, es la divisoria local de aguas identificada en el parágrafo 151 de la presente sentencia.” (Tribunal Arbitral Internacional, 1994, pp. 3-149).

En virtud de ello se resuelve otorgar a Argentina la mayor parte de la zona en disputa, incluyendo el monte Fitz Roy. Por su parte, Chile conservó una pequeña franja de territorio en el extremo sur de la zona.

Conocido el pronunciamiento, Chile presenta un recurso de revisión y de interpretación. En relación al primero,

> Chile solicita al Tribunal que acoja este recurso, decidiendo un nuevo trazado del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy acorde, por una parte, con la naturaleza estable, única y continua de la frontera decidida por el Laudo de 1902.
>
> Y por la otra, con lo solicitado por Chile durante el presente proceso o, en subsidio, una línea que respete la dirección general y el efecto distributivo que deja de manifiesto la línea graficada en el mapa del Árbitro Británico de 1902. (Tribunal Arbitral Internacional, 13 de octubre de 1995, sobre la solicitud de revisión y de interpretación en subsidio planteada por Chile respecto de la Sentencia del 21 de octubre de 1994)

En cuanto al segundo,

VOLVER A ÍNDICE

> Chile solicita al Tribunal interpretar su sentencia en el sentido de que la realidad geográfica en el terreno prevalece sobre la identificación realizada por el Perito, esto es, que el Demarcador deberá determinar en el terreno mismo la ubicación real de la divisoria local de aguas y, en los casos en

que ello no sea posible, trazar una línea recta que una el punto al cual llega la divisoria desde el norte con aquel otro punto que se encuentre al sur y a partir del cual sea posible determinar fehacientemente dicha divisoria.

Chile pide al Tribunal interpretar su Laudo y el modo de ejecución del mismo en el sentido de que, por sobre la definición que hace el Perito en el párrafo 151 de la Sentencia, él debe determinar en el terreno mismo el recorrido de la línea arbitral de manera que ella separe aguas en todos sus puntos.

Chile solicita al Tribunal aclarar, en la eventualidad en que interpretara que corresponde al Perito determinar en el terreno. (Tribunal Arbitral Internacional, 1995)

El Tribunal rechazó ambas pretensiones del gobierno de Chile. En cuanto al recurso de revisión lo hizo en el entendimiento que "los presuntos errores de hecho que Chile ha alegado no constituyen fundamento para la revisión de la Sentencia del 21 de octubre de 1994 (Tribunal Arbitral Internacional, 1995).

Por su parte, sobre el recurso de interpretación, el Tribunal sostuvo que "no existe ningún diferendo actual entre Argentina y Chile acerca de la interpretación de la sentencia del 21 de octubre de 1994 (Tribunal Arbitral Internacional, 1995).

El laudo arbitral fue aceptado por ambos países, y el proceso de demarcación de la frontera se completó en 1995. La apertura de la ruta internacional que atraviesa la zona en disputa, en 2005, fue un símbolo del fin del conflicto.

La resolución de la disputa en la Laguna del Desierto trajo consecuencias importantes para el vínculo entre Argentina y Chile. En primer lugar, contribuyó a la mejora de las relaciones binacionales. El laudo arbitral puso fin a una disputa territorial de larga data que había estado latente durante décadas ya que se extendió por 60 años desde 1965 a 1994 y contribuyó a crear un clima de confianza y cooperación entre los dos países.

En segundo lugar, el conflicto puso de manifiesto la importancia de la resolución pacífica de las controversias. El laudo arbitral fue un ejemplo de cómo los países pueden resolver sus diferencias a través del diálogo y la negociación.

En tercer lugar, el conflicto destacó la importancia de la cooperación en materia de fronteras. El mecanismo establecido en el Tratado de Paz y Amistad de 1984 entre Argentina y Chile para resolver futuras controversias limítrofes contribuyó a garantizar la paz y la estabilidad en la región. Ejemplo de ello es el laudo por la Laguna del Desierto, lo cual sentó un precedente para la resolución de disputas territoriales en el futuro.

En el diferendo de los Hielos Continentales, el conflicto limítrofe entre Argentina y Chile se centró sobre el trazado de la frontera entre ambos países en el campo de hielo patagónico sur, una gran extensión de glaciares situada en los Andes patagónicos, que constituye el mayor campo de hielo de carácter continental no polar y con acceso terrestre.

Se trató de un conflicto de resolución compleja por las características orográficas particulares de la zona geográfica de gran extensión, con características geológicas y geomorfológicas únicas, que además tiene importantes implicaciones económicas, políticas y ambientales. Desde el punto de vista económico, el área en disputa es rica en recursos naturales, como minerales, petróleo y gas. Desde lo político, su no resolución seguía generando tensiones entre Argentina y Chile sin olvidar la importancia estratégica para ambos países del territorio en disputa. Finalmente, en cuanto a lo ambiental, el área en cuestión constituye un ecosistema frágil, que requiere protección.

No se puede soslayar, además, la falta de información como elemento a considerar ya que la zona en disputa es de difícil acceso, lo que ha dificultado la recopilación de información precisa sobre el terreno.

El conflicto se remonta a los Tratados de límites firmados entre Argentina y Chile en 1881 y 1893. En estos acuerdos, se estableció que la frontera entre ambos países se trazaría a lo largo de la divisoria de aguas de la cordillera de los Andes, pero no se especificó cómo se aplicaría esta regla a los glaciares. Como se dijo antes, la Cordillera de los Andes en su extremo sur presenta particularidades que no fueron contempladas en estos acuerdos por motivos diversos.

Argentina y Chile sostuvieron dos interpretaciones diferentes sobre lo reglado en los Tratados de 1881 y 1893. Argentina, por un lado, entendió que la frontera debe seguir la divisoria de aguas entre los glaciares, mientras que Chile postuló que la frontera debe seguir la línea media de los glaciares.

Estas discrepancias dieron lugar a la disputa sobre una superficie de unos 160.000 kilómetros cuadrados, que incluye parte del campo de hielo Patagónico Sur, el lago General Carrera y el estrecho de Magallanes.

El Laudo arbitral de 1902, solicitado para poner fin a las diferencias en las interpretaciones del Tratado de límites de 1881 y XX, en referencia al campo de hielos continentales, dispuso que “Desde el monte Fitz Roy, hasta el monte Stokes la línea de frontera ya ha sido determinada.” (Corona Británica, 1902, p.29-49).

El laudo resolvió que en esa zona las altas cumbres son divisorias de aguas, razón por lo cual no había disputa. De manera que la demarcación de la frontera en el campo de hielos continentales, entre los dos montes señalados, quedó pendiente de establecer.

Sobre la base del Informe de 1990 presentado por la Comisión mixta de límites (COMIX),

los presidentes Aylwin Azócar y Menem firmaron la Declaración Presidencial sobre Límites entre la República Argentina y la República de Chile en Buenos Aires, el 2 de agosto de 1991. Se suscribieron además tres Anexos a la Declaración donde se acordaron un conjunto de convenios de complementación económica, promoción recíproca de inversiones y defensa del medio ambiente.

En lo específicamente referido a la cuestión de Hielos continentales, en el Anexo I, se precisaba el nuevo límite poligonal a establecer en la zona comprendida entre el Monte Fitz Roy y el cerro Daudet (zona de los Hielos Continentales Patagónicos) - el trazado de una línea poligonal que sugirió dividir la superficie en 1238 km. cuadrados para Argentina y 1057 km. cuadrados para Chile 30.

Lo acordado en el mencionado Anexo I fue altamente criticado en la República Argentina, incluso por el Instituto Nacional de Hielo Continental Patagónico. Entre las críticas más fuertes contra el arreglo realizadas en el país se encontraban aquellas que argumentaban que Argentina abandonaba principios jurídicos sustentados desde 1881, y que incluso esto podría perjudicar la postura argentina en el arbitraje por la Laguna del Desierto.

El gobierno argentino no logró la aprobación del acuerdo. El cuestionamiento a “La Poligonal” encuentra la razón de este rechazo.

El repudio al Tratado de la Poligonal obligó a la firma de uno nuevo, el “Acuerdo para precisar el límite en la zona comprendida entre el Monte Fitz Roy y el Cerro Daudet”, suscripto en diciembre de 1998 y en vigencia desde julio de 1999. En su art. 1, con el fin de precisar el recorrido del límite entre ambos países desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet, se establecen dos secciones. La sección A, en la zona sur, que se extiende desde el Cerro Murallón hasta el Cerro Daudet y la Sección B, desde la cumbre del Monte Fitz Roy hasta el Cerro Murallón.

En la primera sección, se determinan hitos naturales y sus correspondientes coordenadas geográficas sobre la línea divisoria de aguas, salvo en la zona de Laguna Escondida, que se conserva bajo soberanía argentina aun cuando se encuentra cercana a los fiordos del Pacífico y en el Cerro Stokes donde el límite se corre al oeste para incluirlo.

La sección B, en la zona norte, se aceptó la pretensión chilena de lograr un mejor acceso al Fitz Roy (o Chaltén), a partir de hacer llegar la línea del límite desde dicho cerro hasta el Paso Brecha de los Italianos por la divisoria continental de aguas. Desde allí la línea del límite se dirige hasta un punto ubicado a 200 metros al norte de la Aguja Bífida con sus precisas coordenadas, y luego por una línea recta por el paralelo del lugar hasta un punto al noroeste del lago Viedma sobre la divisoria continental de aguas.

El Tratado nada dice cómo desde el punto determinado a 200 metros al norte de Aguja Bífida la línea del límite deberá dirigirse hacia el Cordón Mariano Moreno. Evita que pudiera precisarse en forma automática la diferencia en cantidad de kilómetros cuadrados de territorio en disputa que le correspondería a cada parte (Eissa, s.f.).

Como consecuencia del límite establecido, en la provincia de Santa Cruz hay puntos de su

territorio en la Cordillera de los Andes que se encuentran muy cercanos a la costa marítima del Pacifico (Armas Pfirter, 2000).

El art. 3 establece que las aguas que desembocan por el río Santa Cruz serán considerados recursos hídricos de Argentina y, por otro lado, aquellas aguas que corran hacia los fiordos oceánicos del Pacífico serán recursos hídricos propios de Chile.

Con la entrada en vigencia de este instrumento en 1999 quedaron zanjadas las disputas en torno al límite argentino-chileno.

6. Conclusión

La estrecha cooperación entre Argentina y Chile, a pesar de la larga historia de disputas territoriales que la puso en cuestionamiento, constituye un factor decisivo y positivo para el beneficio mutuo de ambos países. La voluntad de acuerdo existió siempre, a pesar de los grupos ultranacionalistas de uno y otro lado de la frontera que buscaron la confrontación bélica como instancia para la resolución de los conflictos. En su momento, la mediación papal fue fundamental para el restablecimiento y mantenimiento de esta concordia binacional, y luego los esfuerzos consiguientes durante los períodos presidenciales de Alfonsín y Menem junto a la buena disposición de sus pares chilenos permitieron establecer de manera definitiva las fronteras permanentes fundando las bases para un entendimiento futuro y fructífero entre ambas repúblicas.

Restablecida la democracia en Argentina, la Cuestión por el Diferendo en el canal de Beagle fue de absoluta prioridad, encarando la Cancillería argentina ingentes esfuerzos a fin de lograr un acercamiento y arribar a un acuerdo, el Tratado de Paz y Amistad de 1984. La finalización del conflicto del Beagle sustentado en el plebiscito del 25 de noviembre de 1984, dio pie al comienzo de una nueva relación con Chile lo cual permitió dejar de lado el recelo y la desconfianza.

Es destacable en la resolución del conflicto por el Canal del Beagle un “elemento de la política exterior *democratizada”* (Jimenez, 2010), a través de la discusión en la escena pública (debate televisado mediante) del oficialismo y la oposición de sus puntos de vista ante la propuesta de resolución del conflicto y el recurso de un procedimiento de democracia directa (plebiscito no vinculante) previo a la ratificación del acuerdo que arrojó un aval contundente e ineludible a la posición del gobierno. Un procedimiento inédito en la historia diplomática argentina (Jimenez, 2010).

El Tratado de Paz y Amistad de 1984 además, regula un mecanismo de resolución de controversias aplicables a los conflictos aún pendientes entre ambos países (Comisión de Conciliación, Tribunal Arbitral, Comisión Arbitral Permanente).

Con posterioridad, los acuerdos celebrados por los presidentes Menem y Aylwin (Declaración Presidencial sobre límites entre la República Argentina y la República de Chile, Compromiso para

someter a arbitraje el recorrido de la traza del límite entre la República Argentina y la República de Chile en el sector comprendido entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, Acuerdo entre la República Argentina y la República de Chile para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet) permitieron completar la determinación de la larga frontera binacional, lo cual que felizmente cambió el clima de la relación bilateral.

En este sentido, es destacable la importancia del laudo arbitral de la Laguna del Desierto es cuanto ejemplo de la manera en que la diplomacia y el diálogo binacional son los medios adecuados para la resolución de los conflictos de manera pacífica y justa.

Está claro, que todo lo aquí dicho se pudo realización gracias al marco democrático y de estado de derecho vigente en ambas sociedades. Se trata del presupuesto necesario que facilitó que las relaciones con los países vecinos se encauzaran hacia la paz, fraternidad y cooperación.

En el plano diplomático, los cambios fueron elocuentes. Más allá de los instrumentos propios de la cuestión limítrofe, ambos países iniciaron una fructífera relación binacional en la integración económica de la cual el Acta de San Luis (1996) por la cual se acordó el ingreso de Chile al MERCOSUR como estado asociado junto al compromiso de construir doce rutas transandinas en los años subsiguientes son el ejemplo más trascendentes.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias bibliográficas

ARMAS PFIRTER, F., BARBERIS, J. A., BÉRAUD, A., y FREYRE, N. (2000). *Los límites de la República Argentina. Cuadernos de Derecho Internacional, Vol. 2*. Buenos Aires, ed. Depalma.

BARBOZA, J. (2014) *The Beagle Channel Dispute: Reflections of the Agent of Argentina*, *Chinese Journal of International Law*, Oxford University Press.

COT, J.P. (1968) *L'affaire de la frontière des Andes (Sentence arbitrale de la Reine Elisabeth II du 9 décembre 1966)*. Annuaire français de droit international, volumen. 14 (pp. 237- 259).

CORONA BRITÁNICA. (1977). Declaración de su Majestad la Reina Isabel II, sobre la controversia entre la República Argentina y la República de Chile con respecto a la región del Canal Beagle. https://www.cancilleria.gob.ar/es/servicios/tratados.

CORONA BRITÁNICA. (1902). *Laudo arbitral de Su Majestad el Rey Eduardo VII, en el litigio de límites entre la República Argentina y Chile*. https://www.cancilleria.gob.ar/es/servicios/tratados.

EISSA, S. (s.f). *Hielos Continentales - La política exterior argentina en los ´90*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, e-book, #.45. P. 56.

GARCÍA JIMÉNEZ, M. E. (1996). *La sentencia arbitral de 21 de octubre de 1994: "Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el monte Fitz-Roy" (Laguna del Desierto) (Chile/Argentina)*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.

JIMENEZ, D. M. (2010). *La política exterior de Raúl Alfonsín (1983-1989) : un balance aproximativo, Temas de historia argentina y americana, 17, 99-121.* Recuperado de https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/7136/1/la-politica-exterior-raul-alfonsin.pdf (Fecha de consulta: 28/11/23).

LACOSTE, P. (2003) *La imagen del otro en las relaciones de la Argentina y Chile (1534-2000)*. Fondo cultura económica, Buenos Aires/Santiago de Chile.

MONCAYO, G. R. (1994). *La médiation pontificale dans l'affaire du Canal Beagle, Académie de Droit International, "La Haya. Recueil des Cours"*. Dordrecht. Boston. Londres. Martinus Nijhoff Publishers.

SALVIOLI, F. O. (1995) *Las Sentencias del Tribunal Arbitral sobre el Diferendo Argentino Chileno en Relación al Recorrido del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy*, Revista de Relaciones Internacionales N° 9. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Instituto de Relaciones Internacionales. Recuperado de: https://www.iri.edu.ar/

revistas/revista_dvd/revistas/R9/R9JUR02.html (Fecha de consulta: 28/11/23).

TRIBUNAL ARBITRAL INTERNACIONAL, Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile), Sentencia del 21 de octubre de 1994.

TRIBUNAL ARBITRAL INTERNACIONAL, Solicitud de revisión y de interpretación en subsidio planteada por Chile respecto de la Sentencia del 21 de octubre de 1994, Sentencia del 13 de octubre de 1995.

VALENZUELA UGARTE, R., y GARCÍA TOSO, F. (2008) *A treinta años de la crisis del Beagle, desarrollo de un modelo de negociación en la resolución del conflicto,* "Revista Política y Estrategia", N° 111. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5622178 (Fecha de consulta: 28/11/23).

Instrumentos internacionales

Tratado de Límites suscripto entre Argentina y Chile. 23 de julio de 1881. Protocolo adicional y aclaratorio del Tratado de límites entre la República Argentina y Chile. 1 de mayo de 1893.

Acta preliminar entre la República Argentina y la República De Chile para celebrar un Tratado general de arbitraje. Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Chile sobre designación de una comisión que fije en el terreno los deslindes determinados en la sentencia arbitral. (Pactos de Mayo). 28/05/1902.

Tratado de Paz y Amistad entre los Gobiernos de las Repúblicas de Argentina y Chile. Suscripto entre la República Argentina y la República de Chile. 29 de noviembre de 1984.

Declaración Presidencial sobre Límites entre la República de Chile y la República Argentina. 2 de agosto de 1991.

Compromiso para someter a arbitraje el recorrido de la traza del límite entre la República Argentina y la República de Chile en el sector comprendido entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy. Suscripto entre la República Argentina y la República de Chile 31 de octubre de 1991.

Declaración conjunta de los presidentes de la República Argentina y de la República de Chile. Santiago de Chile, Chile 8 de agosto de 1997.

Acuerdo para precisar el límite en la zona comprendida entre el Monte Fitz Roy y el Cerro Daudet. Suscripto entre la República Argentina y la República de Chile. 16 de diciembre de 1998.

El MERCOSUR y la agenda democrática: contrastes y desafíos intra y extra zona a 40 años de su creación

Por Luis F. Castillo Argañarás

1. Introducción

El 26 de marzo de 1991, los Presidentes de Argentina (Carlos Saúl Menem), Brasil (Fernando Collor de Mello), Uruguay (Luis Alberto Lacalle) y Paraguay (Andrés Rodríguez) firmaron el "Tratado de Asunción" dando nacimiento al Mercado Común del Sur (MERCOSUR). En la reunión del Consejo Mercado Común (CMC) realizada en diciembre de 2005 en Uruguay se adoptó la Decisión CMC 25/05 y el "Acuerdo Marco para la Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR" del 2006, haciéndose efectiva en el año 2012 mediante la Declaración sobre la Incorporación de la República Bolivariana de Venezuela. A la fecha este último Estado Parte se encuentra suspendido desde el año 2017. El 17 de julio de 2017 el Estado Plurinacional de Bolivia firmó el "Protocolo de adhesión al Mercado Común del Sur". Hasta 2023 restaba la aprobación de Brasil, que fuera confirmada el 29 de noviembre por el pleno del Senado (Télam, 2023).

Adriana Dreyzin de Klor y Mariela Morales subrayan que

> la existencia de regímenes democráticos es un presupuesto básico y condicionante del despegue de una nueva y más dinámica fase del proceso económico pues solo en el contexto de legitimidad es posible encarar la modernización tecnológica, la transformación productiva y la inserción competitiva en el mundo. (2009:20)

Las dictaduras que existían durante la Guerra Fría en nuestra región americana fueron cayendo conforme fue terminando la confrontación este-oeste, permitiendo instaurar un Estado de derecho con instituciones democráticas. Así, se procuró con la política exterior de las nuevas democracias la necesidad de afianzarlas mediante acuerdos internacionales tendientes a consolidar las instituciones democráticas. Ejemplo de ello es el tratado firmado entre los Presidentes de Argentina (Raúl Alfonsín) y Brasil (José Sarney) en Brasilia el 10 de diciembre de 1986 denominado "Acta de Amistad Argentino – brasileña, Democracia, Paz y Desarrollo", que en su artículo I:

> Reafirman la tradicional y fraterna amistad argentino-brasileña, continuamente fortalecida por el respeto a las normas de la buena convivencia internacional y por la convicción común de que la independencia de la política externa se fortalece en la democracia, auténtica vocación de los pueblos argentino y brasileño.

En ese sentido, en el cono sur americano "los procesos sustentados por la voluntad política de este conjunto de naciones, enaltecieron la función de las denominadas 'cláusulas democráticas' se erigieron para los países en condición esencial de pertenencia o participación en los modelos integracionistas" (Córdoba Sosa y Jurio, 2017:261). En el ámbito del MERCOSUR se encuentran en 1998 el "Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile" (Protocolo de Ushuaia I) y el "Protocolo de Montevideo sobre el Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR" (Ushuaia II) que fuera rubricado por los Estados partes junto con Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú en 2011.

En el año 2008 se estableció por Disposición del Parlamento del MERCOSUR 26/2008 el Observatorio de la Democracia del Parlamento del MERCOSUR con la finalidad, entre otras, de realizar el seguimiento de los procesos electorales de los Estados Partes del MERCOSUR. Por otro lado, los Estados partes del bloque en su política exterior se han vinculado a la Nueva Ruta de la Seda liderada por la República Popular China (RPCh). Este país ha sido cuestionado frecuentemente por su modelo democrático.

El objetivo de este trabajo es identificar las debilidades del MERCOSUR en relación con la consolidación democrática. En ese orden de ideas surgen los siguientes interrogantes: 1) ¿Han sido implantados los Protocolos de Ushuaia y Ushuaia II? 2) ¿Cuáles son las actividades del Observatorio de la Democracia del MERCOSUR? 3) Debido a la vinculación de los Estados partes del Bloque con la RPCh ¿Cuál es la visión china de la democracia? Las respuestas a estos interrogantes permitirán arribar a conclusiones.

2. La Cláusula Democrática en el MERCOSUR

Los países del bloque han evidenciado serias dificultades para consolidar el régimen democrático y fortalecer sus instituciones. Por ese motivo se ha formado con el tiempo un conjunto normativo con una perspectiva de afianzamiento de la democracia. En este apartado se considera la evolución del plexo jurídico relativo a la dimensión democrática de nuestro proceso de integración. Posteriormente, se focaliza en un análisis de casos vinculados a la aplicación de la Cláusula democrática en el MERCOSUR particularmente con Paraguay y Venezuela.

2.1. Evolución de la dimensión democrática en el MERCOSUR

La normativa internacional en el proceso de integración fue evolucionando con el objetivo de afianzar y consolidar la democracia en la región. En el Tratado de Asunción de 1991 no se encuentra ninguna referencia a la cláusula democrática. No obstante

> diversos valores democráticos influyeron no sólo en la formación del bloque, sino también en su propia actuación, ampliando su objetivo inicialmente económico hacia objetivos políticos, técnicos, sociales y culturales, basados en la preocupación por la protección de valores diversos como la democracia, derechos humanos y estabilidad política. (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:9)

La apertura a la dimensión diplomática la encontramos recién en documentos posteriores. Entre los instrumentos jurídicos involucrados, se pueden destacar:

- *Declaración Presidencial de Las Leñas de 1992* donde “[L]os Presidentes ratificaron que la

plena vigencia de las instituciones democráticas es un supuesto indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR" (punto 2).

- *Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR* realizada en la X Cumbre Presidencial del MERCOSUR en San Luis (Argentina) el 25 de junio de 1996 en donde acordaron que "[L]a plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios" (punto 1) y que "[T]oda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración en curso respecto al Estado miembro afectado" (punto 2).

- *Declaración relativa al Diálogo Político en el MERCOSUR* realizada en la X Cumbre Presidencial del MERCOSUR y la XII Reunión del Consejo del Mercado Común donde se firmó la Declaración Presidencial de Asunción sobre Consulta y Concertación Política de los Estados Partes del MERCOSUR, de 19 de junio de 1997. En virtud de ellas, se adoptó la Decisión 2/98 del Consejo del Mercado Común, mediante la cual se determinó "[C]rear un Foro de Consulta y Concertación Política, como órgano auxiliar del Consejo del Mercado Común" (artículo 1).

- *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR*, la República de Bolivia y la República de Chile (Protocolo de Ushuaia I) de 19981. Se resaltó "[L]a plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes" (artículo 1). En este instrumento jurídico se instauró la "cláusula democrática" y se aplica cuando se produce la "ruptura del orden democrático en uno de los Estados Partes del presente Protocolo" (artículo 3). Esta situación genera el inicio de un procedimiento que puede culminar con medidas que "abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos" (artículo 6, segundo párrafo) y "cesarán a partir de la fecha de comunicación a dicho Estado del acuerdo de los Estados que adoptaron tales medidas, de que se ha verificado el pleno restablecimiento del orden democrático", y ello deberá hacerse "tan pronto ese restablecimiento se haga efectivo" (artículo 7). Todas las medidas se deben adoptar por consenso (artículo 6).

- *Disposición del Parlamento del MERCOSUR 26/2008* que crea el Observatorio de la Democracia del Parlamento del MERCOSUR "integrado por los parlamentarios de todos los Estados Partes" (artículo 1).

- *Protocolo de Montevideo sobre el Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR* (Ushuaia II)2. Firmado por los Estados Partes del MERCOSUR, junto con Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Al ser más el número de Estados que rubricaron el Protocolo, se amplía

el ámbito territorial de su aplicación y se extienden al mismo tiempo los supuestos de

1 En vigencia conforme información brindada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay en su sitio web. Recuperado de https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=ktUNNjkHcd6x6bSnkufaDA== (Fecha de consulta: 17/11/23).

2 Al 17 de noviembre de 2023 aún no entró en vigor.

procedencia, ya que agrega a la ruptura del orden democrático, la amenaza de ruptura de tal orden, o la violación del orden constitucional, o de cualquier situación que en riesgo el legítimo ejercicio de poder y la vigencia de los valores y principios democráticos. (Ristoff y Martínez, 2020:366)

Las medidas que se pueden tomar en el supuesto de verificarse las situaciones antes mencionadas, conforme al artículo 6, son:

a.- Suspender el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura institucional del MERCOSUR.

b.- Cerrar de forma total o parcial las fronteras terrestres. Suspender o limitar el comercio, tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros.

c.- Suspender a la Parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus Protocolos, y de los Acuerdos de integración celebrados entre las Partes, según corresponda.

d.- Promover la suspensión de la Parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales. Promover ante terceros países o grupos de países la suspensión a la Parte afectada de derechos y/o beneficios derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte.

e.- Respaldar los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada.

f.- Adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales.

Estas medidas deberán guardar “la debida proporcionalidad con la gravedad de la situación existente; no deberán poner en peligro el bienestar de la población y el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales en la Parte afectada”. Se debe, además, respetar “la soberanía e integridad territorial de la Parte afectada, la situación de los países sin litoral marítimo y los tratados vigentes” (artículo 6 *in fine*). Todas las medidas del artículo 6 entran en vigor cuando se adopte la decisión y “cesarán a partir de la fecha en que se comunique a la Parte afectada la decisión de las demás Partes en tal sentido, una vez que las causas que motivaron su adopción hayan sido plenamente subsanadas” (artículo 9).

El procedimiento es iniciado por el gobierno constitucional cuando sucede alguna de las situaciones previstas en el ámbito del Protocolo de Ushuaia II, que puede solicitar a través de la Presidencia Pro Tempore a los Presidentes de los Estados partes, o en sesión ampliada del Consejo del Mercado Común a los Ministros de Relaciones Exteriores, “colaboración para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática” (artículo 4). A solicitud “del Gobierno constitucional de la Parte afectada y con su consentimiento, los Presidentes de las Partes o, en su defecto, los

Ministros de Relaciones Exteriores en sesión ampliada del Consejo del Mercado Común podrán disponer" de acuerdo al artículo 5, entre otras, la constitución de: a.- Comisiones de apoyo, cooperación y asistencia técnica y especializada a la Parte afectada. b.- Comisiones abiertas para acompañar los trabajos de mesas de diálogo entre los actores políticos, sociales y económicos de la Parte afectada. En la formación de estas Comisiones podrán participar, entre otros, "miembros del Parlamento del MERCOSUR, del Parlamento Andino, de los Parlamentos Nacionales, el Alto Representante General del MERCOSUR y representantes gubernamentales designados por las Partes a tal efecto".

Se podrán realizar gestiones diplomáticas y buenos oficios "para promover el restablecimiento del orden democrático y constitucional, el legítimo ejercicio del poder y la plena vigencia de los valores y principios democráticos del país afectado" (artículo 8).

El Protocolo de Ushuaia I constituye un hito en la protección del orden democrático y el funcionamiento pleno de las instituciones políticas en los Estados Partes del MERCOSUR y en los Estados Asociados de Chile y Bolivia. Se considera que "el Protocolo inició una fase en que se legitima el control mutuo de los Estados del Bien protegido" (Bizzozero, 2016:77). Además, establece un mecanismo en el supuesto que se produzca una ruptura del orden democrático. En ese procedimiento no intervienen los órganos del MERCOSUR, sino directamente los Estados Partes y Asociados donde la decisión debe ser tomada por consenso entre ellos y el Estado afectado no interviene. Por lo tanto, "como los Estados están representados por los Jefes de Estado, salvo delegación expresa, deberíamos entender que la decisión tomada por los Jefes de Estado es vinculante para el Consejo del Mercado Común, que es el órgano político" (Bizzozero, 2016:77).

Aunque el Protocolo de Ushuaia II no está en vigencia, los valores democráticos están protegidos por Ushuaia I. De acuerdo con las normas internacionales analizadas previamente, se considera que "la democracia es una condición sine qua non para el ingreso al bloque, cuando se violan los principios democráticos se activa el procedimiento de sanción y constituye igualmente una condición para los acuerdos de cooperación" (Dreyzin de Klor y Morales, 2009:99).

2.2. Análisis de casos

En este apartado se focalizará en la aplicación de la cláusula democrática a dos Estados Partes del MERCOSUR. Ellos son Paraguay y la República Bolivariana de Venezuela a los fines de analizar en la práctica la normativa relativa a la dimensión democrática del MERCOSUR. En ambos casos se aplicó el Protocolo de Ushuaia I.

2.2.1. Suspensión de Paraguay

Fernando Lugo, un ex–obispo, se impuso en las elecciones presidenciales con un 40% de los

votos en el año 2008. Encabezaba la Alianza Patriótica para el Cambio (APC). En su desempeño

> Lugo no había generado grandes cambios desde la Presidencia; sin embargo, las mínimas prestaciones sociales que había incorporado (como retornar al principio de salud universal y gratuita o aumentar el caudal de presupuesto destinado a acción social) originaron una fuerte oposición de los partidos tradicionales. (López, 2014:96)

En junio del año 2012 se realizó un juicio político para su destitución como Presidente de Paraguay como consecuencia de la Masacre de Curuguaty. Los hechos fueron descriptos de la siguiente manera:

> el 15 de junio de 2012 se produjo una orden de desalojo contra 70 campesinos de las tierras públicas Marina Kue, en el departamento de Canindeyú (este), la cual habían ocupado para exigir una reforma agraria, sin embargo, la propiedad era reclamada por una empresa privada, Campos Morombí. (TeleSurTv.Net, 2020)

Hubo un enfrentamiento armado en el que murieron once trabajadores del campo y seis policías. Esta situación está vinculada a un problema de larga data en Paraguay que es la propiedad de la tierra. Se debe subrayar que en ese tiempo

> las asimetrías en la propiedad de la tierra llegaron al punto tal, de que un 2% de la población retiene el 85,5% de las tierras de la nación. Lo que crea en el país, una verdadera anomalía en la región sudamericana. (Yussef, 2013:6)

En consecuencia, se demandó la remoción del cargo del entonces Presidente alegando ineficiencia para tomar decisiones.

El 21 de junio de 2012, la Cámara de Diputados aprobó la realización de un juicio político a Fernando Lugo por los hechos de Curuguaty y designó los fiscales que actuarían ante la Cámara de Senadores. El juicio demoró el tiempo récord de 24 horas siendo removido de su cargo de Presidente. El entonces Secretario General de la Unión de Naciones Suramericanas, Alí Rodríguez Araque, consideró que se produjo un “Golpe de Estado parlamentario” (Redacción BBC, 2012) y agregó que

> Se violentó uno de los principios más elementales de los juicios, que es el legítimo derecho a la defensa [...] se presentó la acusación y apenas le dieron unas horas a los defensores del presidente para que conocieran las pruebas y pudieran elaborar argumentos, con lo cual refutar las pruebas. Eso es físicamente imposible. (Redacción BBC, 2012)

Se desarrolló así, “un fugaz juicio político para bañar de legalidad” (Ristoff y Martínez, 2020: 372) que finalizó en una “expulsión institucional del Ejecutivo paraguayo” (Yussef, 2013:7) o “neogolpe” (Yussef, 2013:18).

Conci y Guiherme, citados por Ristoff y Martínez, puntualizan que “el velocísimo proceso de remoción, no respetó los derechos procesales previstos en la Constitución paraguaya y en la

Convención Americana de Derechos Humanos" (2020:373). Este hecho motivó a la Cumbre de Presidentes a suspender a Paraguay de participar en el ámbito del MERCOSUR "considerando que se había producido una ruptura del orden democrático en los términos del Protocolo de Ushuaia, es decir un incumplimiento de la cláusula democrática" (Ristoff y Martínez, 2020:373). En esa misma Cumbre se acordó que "la suspensión duraría hasta que hubiese un retorno al orden democrático al país o que sucedieran las nuevas elecciones previstas para el año siguiente" (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:14). Además, "los Estados Partes aprobaron la incorporación de Venezuela al MERCOSUR, teniendo a la vista que el país que objetaba la adhesión definitiva de Venezuela ahora estaba suspendido" (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:14).

La cuestión fue sometida al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR). Así, en una petición conjunta se inició, como se denomina el Laudo 1/2012 un "Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República de Paraguay en relación a su participación en los órganos del MERCOSUR y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno" (Laudo 1/2012). Por su parte,

> Argentina, Brasil y Uruguay alegaron la incompetencia del TPR para decisiones de tipo político, tomadas como base en el Protocolo de Ushuaia I, considerando que el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR es una herramienta apta para dirimir asuntos de naturaleza comercial. (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:15)

Además, reiteraron que "la democracia es una condición sine que non para el desarrollo del proceso de integración" (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:15). Canepa, citado por Ristoff y Martínez, sintetiza lo que el TPR laudo señalando que "el sistema de solución de controversias previsto por el bloque no se limita a temas de carácter comercial, sino también a cuestiones contenidas en otras normas de derecho mercosureño, incluido el Protocolo de Ushuaia" (2020: 373).

En el año 2013 se llevaron a cabo elecciones presidenciales y tras comprobarse el restablecimiento del orden democrático, el 13 de julio de 2013 se levantó la suspensión sobre Paraguay y la reincorporación se produjo en diciembre de ese año. En esa oportunidad, la entonces mandataria de Brasil, Dilma Rousseff declaró que "la asunción del Presidente Horacio Cartes es motivo de esperanza. Paraguay y el pueblo paraguayo son partes esenciales del destino del MERCOSUR. Queremos tenerlo de vuelta" (Reuters, 2013).

A pesar de esta suspensión a Paraguay por lo que se consideró una interrupción del orden democrático o "neogolpe" por la realización de un juicio político al Presidente, en similar situación, cuando fue destituida Dilma Rousseff como Presidenta de Brasil en 2016, el MERCOSUR guardó silencio.

2.2.2. Suspensión de la República Bolivariana de Venezuela

Por segunda vez se aplicó la denominada cláusula democrática y fue en relación con la República Bolivariana de Venezuela. Fue suspendida en agosto de 2017, de conformidad con el Protocolo de Ushuaia I, en todos sus derechos y deberes como Estado Parte del bloque.

Con posterioridad al fallecimiento de Hugo Chávez fue electo por voto popular Nicolás Maduro, quien se desempeñaba como Vice-Presidente. En ese contexto, "que ya venía siendo de inestabilidad política, culminó en una crisis nacional, sustentada también por un desequilibrio económico institucionalizado y con diversas manifestaciones contra el gobierno" (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:16). Frente a esta situación, en mayo de 2016 "el Presidente Venezolano decreta estado de emergencia que fue validado por el Tribunal Supremo que declaró nulo el veto del Parlamento a esa medida" (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:16). Aparte de esta situación, "al año siguiente, potenciando el escenario crítico [...], Maduro propuso la realización de una Asamblea Nacional Constituyente para reformar la Constitución otorgando más poderes al Ejecutivo y fue legitimado por el Poder Judicial" (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:16). Por lo reseñado, en septiembre de 2016, los Estados Partes del MERCOSUR con excepción de Uruguay "acordaron que dicho país no ejercería la presidencia pro tempore, poniendo en duda su democracia y alertando su posible suspensión si no adaptaba sus normas internas a las normativas del bloque y cumplía con los compromisos de adhesión" (Ristoff y Martínez, 2020:374). Se le otorgó plazo hasta el 1 de diciembre de 2016.

Al mismo tiempo, la empresa Smartmatic, responsable del sistema del voto electrónico en Venezuela, realizó una denuncia

> de que el número de electores divulgado por el órgano oficial electoral fue manipulado, sumado a la escasez de alimentos y productos básicos y la migración de venezolanos a los países vecinos y las protestas contra el gobierno de Maduro, motivaron que los Estados fundadores del MERCOSUR se reúnan en una Cumbre de Cancilleres el 5 de agosto de 2017. (Klein Vieira y Alves Monteiro, 2023:16)

En esa oportunidad se adoptó la decisión de suspender a la República Bolivariana de Venezuela "en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia (artículo 1) y "la suspensión cesará cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7° del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la República Bolivariana de Venezuela" (artículo 3)[3]. El entonces Canciller brasileño Aloysio Nunes declaró que "aunque Venezuela cumpla todos los requisitos e internalice los acuerdos, las normas del MERCOSUR, sino restablece la democracia permanecerá suspendida" (Royo, 2017). Por su parte, el Canciller argentino, Jorge Faurie, afirmó que "no importa lo que se pierda en comercio, lo que estamos diciendo aquí es que no puedes matar a tu pueblo, no se pueden anular derechos" (Royo, 2017). A la fecha de noviembre 2023, la suspensión a Venezuela no ha sido levantada.

3 La Decisión puede ser consultada en la página web oficial del MERCOSUR. Recuperado de https://www.mercosur.int/documento/decision-sobre-la-suspension-de-venezuela-en-el-mercosur/ (Fecha de consulta: 13/11/2023).

3. El Observatorio de la Democracia del Parlamento del MERCOSUR (ODPM)

El Observatorio de la Democracia fue establecido por Disposición del Parlamento del MERCOSUR 26/2008 de 18 de agosto de 2008. En ese sentido se decidió "[C]rear el Observatorio de la Democracia del Parlamento del MERCOSUR, integrado por parlamentarios de todos los Estados Partes" (artículo 1). Su Reglamento fue aprobado por la Disposición 07/2009 del 16 de marzo de 2009. Se encuentra anexado a la Disposición y señala que es un "[I]nstituto del Parlamento" (artículo 1).

El ODPM debe cumplir sus funciones en consideración a determinados *principios* que los encontramos en el artículo 2 del Reglamento. Los principios son líneas directrices a las cuales el ODPM debe sujetarse y guiarse en el desempeño de su actividad y respetarlas plenamente. Estos principios son los siguientes:

a) Plena vigencia de las instituciones democráticas, sujeción al estado de derecho, respeto efectivo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos los ciudadanos.

b) Adhesión al derecho internacional y la reafirmación de los conceptos de solidaridad regional y cooperación internacional.

c) Promoción de la transparencia y fomento de la participación de la ciudadanía, para el fortalecimiento democrático.

d) Independencia, imparcialidad y no interferencia en la autonomía de los órganos electorales de los Estados.

Los *objetivos* los encontramos en el artículo 3 del Reglamento. Estos son los fines, la razón de la creación del ODPM. Se indican a continuación:

a) Contribuir al cumplimiento del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, en la República de Bolivia y en la República de Chile.

b) Promover el intercambio de experiencias y la cooperación en materia electoral entre los Estados.

c) Realizar el seguimiento de los procesos electorales en los Estados que integran el MERCOSUR, los Estados Asociados y aquellos Estados que soliciten la participación del ODPM.

d) Realizar actividades y estudios vinculados a la consolidación de la democracia en la región, incluyendo los indicadores y estadísticas necesarios para ese fin.

Su *capacidad* o *atribuciones* las encontramos en el artículo 4 del Reglamento. Resultan ser:

a) Elaborar propuestas relativas a la conformación del Cuerpo de Observadores Electorales del Parlamento del MERCOSUR (COEPM), que incluya los criterios para el seguimiento de los procesos electorales y las tareas de observación de dicho cuerpo colegiado. Para el desarrollo de esta función, el ODPM trabajará en coordinación con los Tribunales u órganos electorales de los Estados.

b) Elaborar la normativa para el desempeño de las funciones del COEPM, y coordinar las actividades que se realicen en los Estados en donde tenga lugar el proceso electoral.

c) Realizar estudios sobre el desarrollo democrático, teniendo en cuenta indicadores políticos, socioeconómicos, educativos, culturales y de los sistemas judiciales.

d) Presentar un informe trimestral de sus actividades al Parlamento del MERCOSUR, el cual lo elevará al Consejo del Mercado Común y a la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (CRPM).

e) Realizar las actividades y proporcionar los informes que soliciten el Parlamento del Mercosur, el Consejo del Mercado Común (CMC) y la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur (CRPM).

El Reglamento establece que para llevar a cabo su labor el ODPM "podrá establecer vínculos de cooperación con otros órganos del MERCOSUR" (artículo 29). Además, el Observatorio podrá entablar "relaciones de cooperación con organismos oficiales de los Estados Partes que traten temas afines, así como realizar actividades de observación electoral en conjunto con los órganos oficiales del área electoral" (artículo 30). Del mismo modo, el ODPM podrá desarrollar "acciones de cooperación con universidades, institutos, centros de investigación, organizaciones políticas y sociales, y entidades nacionales, regionales e internacionales con fines similares" (artículo 31).

Se establece una estructura orgánica para el ODPM. En ese orden de ideas, tendrá:

a. *Consejo de Representantes* (CR): lo componen tres Parlamentarios por cada Estado Parte, elegidos por dos años, pudiendo ser reelectos. Al CR lo coordina el Presidente del Parlamento del MERCOSUR. Los parlamentarios de los Estados en proceso de adhesión pueden integrar el CR con voz, pero sin derecho a voto (artículo 5 del Reglamento). El Presidente del PARLASUR tendrá la función de coordinar las reuniones ordinarias y extraordinarias y la redacción de las actas respectivas (artículo 6 del Reglamento). El Presidente del Parlamento del MERCOSUR podrá delegar su función en otro parlamentario miembro de la Mesa Directiva (artículo 5 del Reglamento). El CR se encargará de elaborar las propuestas de actividades anuales con su financiamiento básico, y previo dictamen de la comisión pertinente, quedarán sujetas a la aprobación del Plenario del Parlamento por mayoría simple, (artículo 8 del Reglamento). Tiene reuniones ordinarias y extraordinarias en la sede del Parlamento del MERCOSUR o en otras localidades de los Estados Partes. Las reuniones ordinarias se realizan trimestralmente y las reuniones extraordinarias pueden ser solicitadas por el plenario del PARLASUR, por mayoría simple, por la Mesa Directiva del mismo órgano, por el Consejo Mercado Común o por la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR. El

CR determina la fecha de la reunión (artículos 10, 11, 12 y 13 del Reglamento)

b. *Dirección Ejecutiva* (DE). Es "la responsable de llevar adelante el Programa de actividades". Está a cargo de un Director Ejecutivo. La DE tendrá a su cargo dos áreas: un Cuerpo Técnico y un Cuerpo de Administración. (artículos 13 y 15 del Reglamento).

El CR adopta decisiones por mayoría simple y se pronuncia mediante informes del Observatorio los que serán elevados a conocimiento del Plenario del PARLASUR por medio de su Mesa Directiva. En su última reunión ordinaria aprobará un informe anual de las actividades realizadas e incluirá una propuesta del Programa de Trabajo para el año siguiente. (artículo 17 y 18 del Reglamento).

La observación electoral está regulada en el Capítulo V del Reglamento. Ellas son "coordinadas por los Parlamentarios miembros del ODPM y estarán asistidas por un cuerpo técnico" (artículo 23 del Reglamento). En su desempeño, las misiones de observación electoral deberán ejecutarse "en forma objetiva, imparcial, transparente e independiente y tendrán por base la normativa del MERCOSUR, actuando en un marco de respeto al orden jurídico de cada Estado" (artículo 25 del Reglamento).

En el Acta de la Reunión Ordinaria realizada el día 30 de mayo de 2019, el parlamentario brasileño Arlindo Chinaglia consideró que el Observatorio viene ganando reconocimiento cada vez más y que el interés dada por la presencia de ex–presidentes demostraba la importancia dada a ese instituto del Parlamento (Parlamento del MERCOSUR, Observatorio de la Democracia, 2019:4)

El ODPM se adhirió en el año 2017 a la Declaración de Principios para la Observación Electoral Internacional y Código de Conducta para Observadores Electorales[4]. Esta Declaración tiene una amplia adhesión de organizaciones internacionales intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales[5].

Por Disposición 03/2017 del PARLASUR aprobó el Convenio de Cooperación entre este órgano y la Universidad Federal de la Integración Latinoamericana que pasó a colaborar de manera permanente con el ODPM.

4 El texto de la Declaración de Principios para la Observación Electoral Internacional y Código de Conducta para Observadores Electorales suscripto en Naciones Unidas, el 27 de octubre de 2007, puede ser consultado en el siguiente enlace recuperado de https://www.ndi.org/sites/default/files/DoP-SPA.pdf (Fecha de consulta: 18/11/23).

5 Fue también firmada por: la Unión Africana, Asamblea Parlamentaria – Consejo de Europa (PACE), Asociación de Administradores Electorales de las Islas del Pacífico, Australia y Nueva Zelandia (PIANZEA), Centro Carter, Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), Comisión Europea por la Democracia a través de la Ley (Comisión Venecia), Comisión Europea, Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, Foro Parlamentario (SADC-PF), Foro de las Islas del Pacífico, IFES, Instituto Electoral del África Meridional (EISA), Instituto Internacional de Democracia y Asistencia Electoral (IDEA), Instituto Republicano Internacional (IRI), Secretariado de Naciones Unidas, El Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales (NDI), Organización de los Estados Americanos (OEA), La Organización de la Seguridad y Cooperación en Europa, La Oficina de Instituciones Democráticas y derechos humanos (OSCE/ODIHR), Red Asiática para la Celebración de Elecciones Libres (ANFREL), Red Europea de Organizaciones de Observación Electoral (ENEMO), Secretaría del Commonwealth, Servicios Internacionales de Reforma Electoral (ERIS), Unión Interparlamentaria (IPU), La Asociación Estadounidiense de Ex-Congresistas (USAFMC).

4. El MERCOSUR y la Ruta de la Seda

En los albores del presente siglo, China buscó su posicionamiento como potencia en la sociedad internacional buscando restituir a la Gran Nación China. En el supuesto del gigante asiático "no se trata de un país emergente, sino de uno que re-emerge, habiendo sido durante cientos de años la principal potencia económica hasta mediados del siglo XVIII" (Diez, 2013:1). La iniciativa denominada "*One Belt, One Road"*, puesta en marcha por por Xi Jinping en 2013 "alude con una visión estratégica a la antigua Ruta de la Seda, vínculo comercial y cultural entre Oriente y Occidente durante más de dos milenios" (Müller-Markus, 2016). El Presidente de la RPCh en 2015

> recordó que hace más de 2.100 años, durante la dinastía Han, el enviado imperial Zhang Qian abrió las puertas a las relaciones con Asia Central. De esta experiencia, surgió el nombre de este plan, llamado a ser el más grande en infraestructura de la historia moderna. (Guzzetti y Rodríguez, 2021:4)

Finalmente, este proyecto fue denominado *Iniciativa de la Franja y Ruta de la Seda* (*Belt and Road Iniciative*) en 2018 y se extendió hacia América Latina. Esta iniciativa "contempla la construcción de carreteras, líneas de ferrocarril, oleoductos y puertos" (Guzzetti y Rodríguez, 2021:4). Ejemplo

> de algunos de los macro-proyectos financiados con capital chino en América Latina en el marco de esta iniciativa han sido la plataforma de la isla de Cuba – a modo de base naval – y los proyectos de comunicación del Gran Canal de Nicaragua, el ferrocarril bioceánico Brasil-Perú. (Guzzetti y Rodríguez, 2021:4)

La RPCh se perfiló "como un importante socio para la región latinoamericana, con peso político considerable al fomentar el diálogo y los acuerdos comerciales complementados como un brazo financiero que opera a través de préstamos no concesionados e inversiones en infraestructura" (Crivelli Minutti y Lo Brutto, 2019:57). En ese orden de ideas, Diego Guelar, citado por Bolinaga, la ha denominado la "invasión silenciosa como un eufemismo que intenta disimular lo que todos saben: que China transita de la influencia a la hegemonía en América Latina" (Bolinaga, 2015: 70). Merino, referenciado por Bagardi, reflexiona que "con la transformación del orden mundial latente el MERCOSUR muta desde un regionalismo autónomo y proteccionista, hacia un regionalismo abierto a las redes financieras globales" (2019). En ese orden de ideas,

> la caída del precio de las commodities y la precaria adaptabilidad del bloque regional en años pasados, junto al surgimiento de nuevos bloques latinoamericanos más flexibles, influyeron en la toma de posición de "abrirse al mundo" a través de una inserción inteligente que no cuestione el papel periférico del MERCOSUR. (Bagardi, 2019).

Y agrega que además "incorpore una división internacional del trabajo y capital trasnacional para integrarse a las cadenas globales de valor" (Bagardi, 2019). Así, "China ha desplazado a la UE como segundo socio comercial en América Latina y es el primero en inversiones extranjeras

directas dentro del MERCOSUR (Bagardi, 2019).

A pesar de la importancia económica, comercial y financiera que puede tener la RPCh para el bloque, algunos sectores cuestionan el relacionamiento con este país por considerarlo un país no democrático. Andrés Ortega (2014) haciendo referencia al libro *Sobre China* (2011) de Henry Kissinger señala que el autor "habla poco de democracia". Ortega, citando a Kissinger, subraya que "en las relaciones de China con Occidente persistirán muchas causas de fricción mientras no cambie el sistema político del país más poblado de la Tierra" (Ortega, 2014).

Se señala que "la República Popular China construye sus primeros cimientos en un modelo socialista cuya inspiración recae directamente sobre su líder y principal ideólogo, Mao Zedong. Marcado por la existencia de un partido-Estado único que monopolizaba toda vida política" (de las Heras, 2021). Por su parte, "Xi Jinping, el actual presidente de China, supone una vuelta a la figura de Mao Zedong: es la figura del padre, del líder, con un giro muy ultraconservador y muy controlador" (de las Heras, 2021). En ese sentido, "*Human Rights Watch* centra su crítica, principalmente, en la libertad de expresión y en una vigilancia masiva que con las nuevas tecnologías es cada vez más difícil de evadir. En sus comunicados, la organización no duda en calificar a China como una amenaza global a los derechos humanos, algo derivado de un "gobierno de la represión y no del consenso popular" (de las Heras, 2021). En relación con el derecho a sufragio

> las únicas elecciones que se dan en China son aquellas concebidas en los municipios que cuentan con menos de 100.000 habitantes […] porque entiende que estas elecciones son útiles para controlar a las élites locales, que a veces podían escaparse un poco del partido, provocando descontento popular por temas como la corrupción. (de las Heras, 2021)

La RPCh acompañó en 2021 el documento "China: democracia que funciona" o conocido como *White Paper*[6]. En este informe "presenta su 'versión de la democracia', en un esfuerzo de mercadeo político que fue interpretado como una señal de protesta por su exclusión de la Cumbre por la Democracia convocada por los Estados Unidos a finales de 2021" (Puerta Riera, 2022). En "el documento aclara que se trata de una dictadura democrática popular, en donde la unidad se construye a partir de la amalgama entre dictadura y democracia" (Puerta Riera, 2022). Además, el informe "deja claro que en China no hay partidos de oposición, por lo que no se trata de una democracia competitiva" (Puerta Riera, 2022). Al mismo tiempo, junto al Partido oficial "hay ocho partidos políticos que lo acompañan en una red de cooperación […] Son organizaciones intermediarias de alcance local y regional, que sirven de aparato de monitoreo y control político y social" (Puerta Riera, 2022). Por su parte, "el pueblo es visto como un vehículo, pero el fin último es el fortalecimiento del modelo a través del partido, que es el verdadero eje del sistema" (Puerta Riera, 2022)

Puerta Riera (2022) estima que

> el debate abierto por China obliga a insistir en su falta de valores y prácticas democráticas. Es decir, en la ausencia de democraticidad, por lo que el fondo de la discusión debe partir de

6 Se puede consultar en texto en la página web de *ChinaDaily.com*. Recuperado de: https://www.chinadaily.com.cn/a/202112/04/WS61a-b0795a310cdd39bc7957e.html (Fecha de consulta: 13/11/23).

la rigurosidad conceptual que el estiramiento chino intenta evadir.

A pesar del déficit democrático de la RPCh, El MERCOSUR mira al gigante asiático como una alternativa de inserción internacional en el re–acomodamiento de las potencias a nivel global donde China juega un papel protagónico.

5. Palabras finales

En el Tratado de Asunción de 1991 no se encuentran referencias a la Democracia, pero si las encontramos en sus antecedentes como en el "Acta de Amistad Argentino – Brasileña, Democracia, Paz y Desarrollo" de 1986. Luego de 1991, comenzó a cimentarse un andamiaje normativo para la protección y la consolidación democrática. Los Estados Partes han ido fortaleciendo la dimensión democrática mediante la firma de acuerdos internacionales con la finalidad de establecer la denominada "cláusula democrática" instaurada a partir del Protocolo de Ushuaia I de 1998. Esta cláusula se aplica en el supuesto de ruptura del orden democrático en los Estados Partes derivando en la aplicación de sanciones como ser la suspensión del Estado afectado en el goce del derecho y obligaciones que surgen del proceso de integración. Esas sanciones terminan cuando se verifica la restitución del orden democrático.

El Protocolo de Ushuaia I fue empleado en dos oportunidades: las rupturas del orden democrático en Paraguay (2012) y en Venezuela (2017). En relación con el primero, en el cual fue destituido el entonces Presidente Lugo por medio de un juicio político ante el Senado y se lo denominó "neogolpe" o "golpe de estado parlamentario", no tuvo su correlato cuando frente a una situación similar como en la destitución de Dilma Rousseff en Brasil no se implementó la cláusula democrática. Quizás, y llama la atención, que Paraguay se oponía al ingreso de Venezuela al bloque y en la misma normativa que se lo suspendió a Paraguay, se incorporó a la República Bolivariana de Venezuela al bloque. Queda en el aire la sospecha de un comportamiento utilitario por parte de los Estados Partes en la aplicación del Protocolo de Ushuaia I.

El MERCOSUR también ha ido fortaleciendo sus instituciones en beneficio de una consolidación democrática dentro del proceso de integración mercosureño. En ese sentido, se encuentra al Observatorio de la Democracia del Parlamento del MERCOSUR cuya función principal es lograr la plena vigencia del Protocolo de Ushuaia I.

En relación con su vínculo con la República Popular China y la Iniciativa de la Franja y Ruta de la Seda, si bien no es un país con tradición democrática, conforme se analizó, los Estados Partes del MERCOSUR lo observan como una alternativa de inserción internacional debido al trato comercial que se mantiene con China que se convirtió, según del caso, en primer o segundo socio comercial a nivel internacional.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias bibliográficas

BAGARDI, S. (2019, 23 de mayo). El frente oriental del MERCOSUR y la nueva ruta de la seda. *El Emisario Político*. Recuperado de https://es.linkedin.com/pulse/el-frente-oriental-del-mercosur-y-la-nueva-ruta-de-seda-bargardi (Fecha de consulta: 14/11/2023).

BIZZOZERO, L.. (2016). El vínculo democracia – integración regional en el MERCOSUR: ¿hacia un control mutuo de Estados o hacia mejores niveles de calidad institucional y participación ciudadana?. *Revista Pensamiento Propio,* 43 (21, enero-junio 2016). Buenos Aires: CRIES.

BOLINAGA, L. (2015). Política China en el Río de la Plata. ¿Asociación Estratégica o nueva dependencia?. *Nueva Sociedad*, (259). Recuperado de https://nuso.org/articulo/politica-china-en-el-rio-de-la-plata/ (Fecha de consulta: 12/11/23).

CRIVELLI MINUTTI, E. y LO BRUTTO, G. (2019). Las relaciones entre China y América Latina en la segunda década del siglo XXI. *Cuadernos del CEL*, 7 (VI). Centro de Estudios Latinoamericanos. Recuperado de http://www.celcuadernos.com.ar/upload/pdf/3.%20Crivelli%20y%20Lo%20Brutto.pdf (Fecha de consulta: 20/11/23).

DE LAS HERAS, Pelayo (2021). ¿Por qué China no es una democracia?. *Ethic internacional*. Recuperado de https://ethic.es/2021/02/china-un-rojo-y-opaco-gigante-bajo-la-lupa/ (Fecha de consulta: 13/11/23)

DIEZ, E. (2013). China y América Latina, oportunidades y desafíos de una relación compleja. *XI Congreso Nacional de Ciencia Política, Sociedad Argentina de Análisis Político*. Universidad Nacional de Tres de Febrero. Recuperado de https://www.academia.edu/3883939/China_y_America_Latina_China_and_Latin_America (Fecha de consulta: 22/5/23).

DREYZIN DE KLOR, A.y MORALES, M. (2009). *Ampliación del MERCOSUR. El Caso de Venezuela*. Buenos Aires: Zavalia.

CÓRDOBA SOSA, A.y JURIO, M. (2017). Institucionalidad en el MERCOSUR: actualidad y trascendencia de la Cláusula democrática. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, 14 (47-2017). Recuperado de https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4215/3984. (Fecha de consulta: 10/11/23).

GÖRLACH, A. (2023, 21 de noviembre). Plan de Milei de desacoplarse de China, paso sin precedentes. *DW*. Recuperado de https://www.dw.com/es/plan-de-milei-de-desacoplarse-de-china-ser%C3%ADa-un-paso-sin-precedentes/a-67514438 (Fecha de consulta: 21/11/2023).

GOSMAN, E. (2023, 14 de abril). Nadie va a prohibir a Brasil que aumente la proximidad con China. *elDiarioAR*. Recuperado de https://www.eldiarioar.com/mundo/lula-beijing-nadie-prohibir-

brasil-aumente-proximidad-china_1_10121531.html (Fecha de consulta: 13/11/23).

GUZZETTI, R. y RODRÍGUEZ, M. (2021). América Latina y la Iniciativa de la Franja y la Ruta. En Ríos, Xulio (Dir), *Análisis y Pensamiento Iberoamericano sobre China, Observatorio de la Política China*, España. Recuperado de https://politica-china.org/areas/politica-exterior/xi-sei-america-latina-y-la-iniciativa-de-la-franja-y-la-ruta (Fecha de consulta: 20/11/23)

KLEIN VIEIRA, L. y ALVES MONTEIRO, M. (2023). Parametros para um conceito de democracia aplicável aos Protocolos de Ushuaia: uma proposta semântica para o MERCOSUL, a partir da Carta Democrática Interamericana. *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis*. 20 (11). Asunción.

LÓPEZ, M. (2014) Democracia en Paraguay: la interrupción del proceso de cambio con la destitución de Fernando Lugo Méndez. *Cuadernos del CENDES*, 85 (31). Caracas. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37421.pdf (Fecha de consulta: 17/11/23)

MÜLLER-MARKUS, C. (2016). One Belt, One Road: el Sueño Chino y su impacto sobre Europa. *Notes Internacionals CIDOB*, 148 (2 de mayo de 2016). Recuperado de https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionals/n1_148_one_belt_one_road_el_sueno_chino_y_su_impacto_sobre_europa/one_belt_one_road_el_sueno_chino_y_su_impacto_sobre_europa (Fecha de consulta: 20/11/23).

ORTEGA, A. (2014). ¿Puede China llegar a ser una democracia?. *Real Instituto Elcano*. Recuperado de https://www.realinstitutoelcano.org/blog/el-espectador-global-puede-china-llegar-ser-una-democracia/ (Fecha de consulta: 13/11/23).

PARLAMENTO DEL MERCOSUR, Observatorio de la Democracia (2019). Acta de la Reunión realizada en el día 30 de mayo de 2019. Recuperado de https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/16782/1/acta-de-reunion-ordinaria---30_05_2019-2.docx (Fecha de consulta: 18/11/23).

PUERTA RIERA, M. (2022). ¿Democracia «made in China»?. *Diálogo Político,* (10 de mayo de 2022). Recuperado de https://dialogopolitico.org/debates/democracia-made-in-china/ (Fecha de consulta: 14/5/23)

REDACCIÓN BBC (2012, 22 de junio). Jefe de UNASUR: Se ha dado un golpe de Estado parlamentario. *BBC*. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/06/120622_paraguay_lugo_reacciones_en (Fecha de consulta: 17/11/2023).

REUTERS (2013, 12 de junio) MERCOSUR levantará la suspensión a Paraguay tras más de un año. Estados Unidos de América. Recuperado de https://www.reuters.com/article/latinoamerica-mercosur-paraguay-idLTASIE96B03W20130712/ (Fecha de consulta: 13/11/23).

RISTOFF, C. y MARTÍNEZ, R. (2020). El MERCOSUR: una mirada desde la democracia y los derechos humanos. *Integración Regional & Derechos Humanos/Revista Regional Integration & Human Rights/Review,* 2 (VIII, segundo semestre 2020).

ROYO, J. (2017, 5 de agosto) MERCOSUR suspende a Venezuela indefinidamente. *El Mundo.* España. Recuperado de https://www.elmundo.es/internacional/2017/08/05/5985e29a268e3ef83d8b4576.html (Fecha de consulta: 13/11/23).

TÉLAM (2023, 29 de noviembre). Bolivia ya es miembro del Mercosur, tras años de discusiones, y el bloque se reconfigura. Recuperado de https://www.telam.com.ar/notas/202311/648106-bolivia-mercosur-bloque.html (Fecha de consulta: 29/11/23).

TELESURTV.NET (2020, 15 de junio). Masacre de Curuguaty: Ocho años de impunidad e injusticia. Recuperado de https://www.telesurtv.net/news/masacre-curuguaty-impunidad-injusticia-20180615-0050.html. (Fecha de consulta: 18/11/23).

YUSSEF, N. (2013). Neogolpismo: el caso paraguayo. *Boletín Informativo del CENSUD,* (41). Instituto de Relaciones Internacionales (IRI). UNLP. La Plata. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/39912# (Fecha de consulta: 17/11/23).

Laudo

Laudo 01/2012: *Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el Procedimiento Excepcional de Urgencia Solicitado por la República del Paraguay en Relación con la Suspensión de su Participación en los Órganos del Mercado Común Del Sur (MERCOSUR) y a la Incorporación de Venezuela como Miembro Pleno*. Recuperado de https://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf (Fecha de consulta: 22/11/23).

VOLVER A ÍNDICE

40 años de democracia en leyes que garantizan[1] derechos de Mujeres, NNA y personas LGBTTTI[2]

Por Claudia Hasanbegovic

Introducción

En las siguientes páginas haremos memoria en un recorrido desde hace 40 años hasta la actualidad, para presentar algunas de las principales leyes que se dictaron en la República Argentina para garantizar los derechos humanos de mujeres, niñas, niños (en adelante NNA) y adolescentes y personas LGBTTTI desde el retorno a la democracia en 1983.

Se considera relevante enmarcar las leyes que fueron sancionadas en estos años, recordando que las precedió: "el quiebre del Estado de Derecho y anulación de las garantías constitucionales, con la sistemática violación a los derechos humanos", y en un contexto internacional de *estándares internacionales de derechos humanos*[3] a los que el nuevo gobierno democrático prontamente adhirió, lo cual implicó la adquisición de obligaciones del Estado argentino en materia de derechos humanos de mujeres, NNA y las personas LGBTTTI ante los Organismos Internacionales que los sancionaron, y sus comités y mecanismos de seguimiento[4]. El 10 de diciembre de 1983 la República Argentina recuperó la democracia, indisoluble e íntimamente relacionada con la aspiración de vigencia y garantía de los derechos humanos de todas las personas que habiten su territorio. Este anhelo se extendió a la reforma de la Constitución que se llevó a cabo en 1994, la cual incorporó las Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos al art. 75 inc. 22.

En las siguientes páginas presentaré en limitada -por motivos de límites de espacio-, algunas de las leyes que, a consideración de esta autora, constituyen las leyes más importantes hacia el efectivo goce de los derechos humanos de mujeres, NNA y personas LGBTTTI. Su sanción, implicó un avance en esta materia, pero aún, existen deudas pendientes y desafíos que abordaremos al final del trabajo.

Argumento en este trabajo que los períodos de democracia continuada facilitaron que la población de la Argentina, como tejido social y entendida para este artículo como 'ciudadanía' se fuera sanando de la omnipresente violencia y represión sufrida como sociedad durante el período 1976-1983, lo que permitió su involucramiento y movilización en el reclamo al Estado de garantizar sus derechos, que se tradujeron en parte en sanciones legislativas.

---

1 Por NNA se entenderá niños, niñas y adolescentes.

2 Seguimos los Principios de Yogyakarta utilizando la sigla "LGBTTTI" para nombrar a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis, Transexuales, Transgénero e Intersexuales.

3 Por estándares internacionales sobre derechos humanos se entiende "el conjunto de instrumentos jurídicos de distinta naturaleza, origen, contenido y efectos que, por un lado, establecen las obligaciones internacionales a las que están sujetos los Estados en materia de derechos humanos (tratados, convenios, convenciones, protocolos y normas consuetudinarias); y por otro, contribuyen a precisar el contenido, objeto y alcances de dichas obligaciones, facilitando su interpretación, integración y cumplimiento (declaraciones, reglas mínimas, principios, observaciones generales y observaciones finales de Órganos de Tratados, entre otros). Los estándares internacionales constituyen obligaciones mínimas de los Estados". (OACNUDH Guatemala, s/f, p.7).-

4 Por ejemplo, el Comité CEDAW; el Comité de CDN –Convención de los derechos de NNA-; el MESECVI –Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana "Belém do Pará", entre otros.

Entendemos en este trabajo la “ley” en término amplio, de “fenómeno legal” tal como lo entiende Facio Montejo (1992)[5], el cual incluye tres componentes: componente formal-normativo; el estructural-funcional y el político-cultural. Cada uno de estos componentes se influencia entre sí. Argumento que las movilizaciones de colectivos sociales que reclaman por el reconocimiento de sus derechos se encuentra en el componente político cultural, apropiándose de las leyes existentes para reclamar que sean aplicadas para obtener la garantía de los derechos; y promoviendo la sanción de otras, para lograr el reconocimiento de sus derechos, etc.

Es por ello que, además de indicar las principales leyes sancionadas, presentaré algunos de los reclamos y luchas más prominentes del movimiento de mujeres y disidencias, que se localizan en el tercer componente, el político-cultural mencionado por Facio Montejo (1992), y el cual influye tanto en la sanción de las leyes como en su interpretación.

Argumentamos que en nuestro país, las movilizaciones de los colectivos mencionados han sido fundamentales para ampliar los derechos humanos aumentando la democracia de género, teniendo las mismas un impacto directo, en menor o mayor tiempo, en el ordenamiento jurídico, ya sea en la sanción como en la interpretación de las leyes a casos concretos. Estas movilizaciones, fueron posibles gracias a la restauración de la democracia, y a su vez, la fortalecen.

Para una mejor lectura organizamos el presente trabajo en las siguientes secciones: 1. Dere chos humanos y Democracia. Estándares Internacionales de Derechos Humanos y Reforma Constitucional de 1994. 2. Leyes sancionadas durante los 40 años de democracia. En esta sección se presentarán, divididas en cuatro décadas 1984-1993; 1994-2003; 2004-2013 y 2014 a hoy. 3. En tercer lugar se presentan reflexiones con respecto a algunas deudas pendientes y desafíos en materia de derechos humanos de mujeres, la niñez y las personas LGBTTTI en la Argentina.- 4. La última sección presenta una síntesis de los temas abordados, y señala las deudas y desafíos que quedan por delante.

1. Derechos Humanos y Democracia. Estándares Internacionales de Derechos Humanos y Reforma Constitucional de 1994

La experiencia de la interrupción violenta del Estado de Derecho en la República Argentina entre 1976-1983 produjo desastres humanos, y en el aparato de producción económica del país,

5 Facio (1992) sostiene que en el primer componente, se hallan las leyes sancionadas formalmente y promulgadas por la vía constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenciones colectivas, etc.). En el segundo componente, hallamos leyes no escritas que los/as legisladores/as, las cortes, las oficinas administrativas, la policía y todos los y las funcionarias que administran justicia le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al crear, seleccionar, combinar, aplicar e interpretarlos. Y, en el tercer componente, hallamos el contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la gente tenga de la ley, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes; etc.

y endeudando a la república con una ilegítima deuda externa. Miles de personas desaparecidas, secuestradas, torturadas, asesinadas, exiliadas, de cientos de niños y niñas nacidos en cautiverio, secuestrados de sus familias, apropiados en muchos casos por parte de las fuerzas represivas, donde muchos han ido recuperado su identidad pero, cientos aún hoy, siguen siendo buscados.

Estas experiencias traumáticas no solamente para las víctimas directas de personas desaparecidas, torturadas, asesinadas y exiliadas sino también, para la sociedad en su conjunto dieron una impronta particular al primer gobierno democrático que surgió del voto popular el 10 de diciembre de 1983, que enfatizó en garantizar la democracia y el goce de los derechos humanos de todas las personas que poblaran su territorio. Pocos días después, el 15 de diciembre, el presidente Raúl Alfonsín, creó la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas) con el objetivo de aclarar e investigar la desaparición de personas producida durante la última dictadura militar, dando origen al Informe "Nunca Más" en 1984. (MCA, s/f.a). El informe producido acompañó el impulso político que el presidente Alfonsín dio al enjuiciamiento a las tres Juntas Militares que gobernaron el país hasta 1983.

A nivel legislativo, a partir de la recuperación de la democracia, la República Argentina procedió a firmar y ratificar numerosas convenciones y tratados internacionales de derechos humanos.

Este proceso se vio profundizado con la "jerarquización constitucional" de los tratados internacionales de derechos humanos que se realizó con la Reforma de la Constitución Nacional llevada a cabo por la Asamblea Constituyente en 1994, al incorporar en el artículo 75 "Atribuciones del Congreso", el inciso 22, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por la Argentina. Además, dicho artículo en su párrafo 3º dejó abierta la posibilidad de incorporar nuevas convenciones internacionales "necesitándose para ser aprobados el voto de dos tercios de los miembros de cada cámara". La reforma constitucional trajo también una innovación de relevancia para alcanzar la igualdad estructural entre las personas, a saber el art. 75 inc 23 promueve las políticas de acción positiva.

> Art. 75 inc 23 – Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y el ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

La jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos puede verse como un "refuerzo" de la voluntad del Estado de garantizar los derechos humanos en su territorio, que como se ha sostenido (Gorgion, 2010 en Hasanbegovic, 2021) "fue una innovación que trajo la reforma constitucional de 1994, para la cual diversos/as constituyentes fundamentaron su inclusión en la relevancia de que todo el Estado esté jurídicamente interesado en la protección de los derechos de los seres humanos".

1.2. Estándares Internacionales de Derechos Humanos y Reforma Constitucional de 1994

A noviembre de 2023 contamos con un amplio marco internacional de derechos humanos aplicables a las leyes sancionadas en estos 40 años de democracia para garantizar derechos humanos de las mujeres, de la niñez y adolescencia y de las personasLGBTTTI.

La igualdad de género[6], las garantías de no discriminación[7] y de una vida libre de violencia[8] para las mujeres, NNA y las personas LGBTTTI están en el centro mismo de los derechos humanos. Todos los instrumentos de derechos humanos tienen sus orígenes en las luchas sociales de determinados grupos humanos que se movilizaron en busca de reconocimiento de sus derechos frente al Estado, mediante la sanción de normas que les obligaran a respetarlos, garantizarlos y modificar aquellas normas, instituciones y prácticas que los vulneraban (Hasanbegovic, 2017).-

Podemos decir que han marcado hitos en la evolución de los derechos humanos de mujeres, las niñas, niños y adolescentes y personas LGBTTTI, y que los mismos son instrumentos y declaraciones fundamentales, los siguientes:

a) la sanción de la ***Convención de los Derechos del Niño*** **en 1989 sancionada en la ONU en 1989** y ratificada por la Argentina en 1990 mediante ley 23.849 –que consagra jurídicamente a NNA como sujetos de derecho, y contiene los principios fundamentales de a.1) no discriminación; a.2) el interés superior del niño; a.3) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; a.4) la participación infantil; y el derecho a la protección contra toda forma de abuso o negligencia, por parte del Estado (art. 19), quien debe, a su vez, garantizar el pago de los alimentos por parte de los progenitores no convivientes (art. 27 inc. 4). (ONU, 1989).-

b) la sanción de la ***Convención Internacional para la Eliminación de Toda forma de Discriminación hacia la Mujer*** **(en adelante CEDAW),** sancionada en el seno de la ONU en 1979, y ratificada por nuestro país por ley 23.179 en 1985, brinda b.1) la definición jurídica de qué es discriminación, en todos los ámbitos, y que la misma puede ser directa o por resultado; b.2) la obligación de los Estados de promover la igualdad formal y sustancial entre varones y mujeres, inclusive aplicando medidas de acción positiva, sin poder invocar las tradiciones o la religión como obstáculo para no actuar en pos de alcanzar la igualdad y la no discriminación; b.3) promover a

6 La Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación hacia la Mujer (en adelante CEDAW) establece que la "igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz" (en Hasanbegovic, 2017).

7 Los Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género, en su 2do principio sostiene: Los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

8 La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém do Pará (en adelante Belém do Pará) dice que: "Violencia contra las mujeres y las niñas" refiere a "(...) cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Los ámbitos donde puede ocurrir la violencia contra la mujer son: a) dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y; c) que sea perpetrada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. (artículos 1º y 2º)"

la modificación de patrones socio-culturales de discriminación hacia las mujeres; b.4) establece un programa de denuncias, y b.5) a través de su Protocolo Facultativo sancionado en 2000, creó un mecanismo de denuncias internacionales por violación a esta convención.- (ONU, 1979). A su vez, el Comité CEDAW sanciona periódicamente Recomendaciones Generales, de las cuales la 19/1992 y la 35/2017 se refieren específicamente a la violencia de género contra las mujeres, y cómo ésta se halla contemplada en la Convención CEDAW.

c) **la *Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Viena* (en adelante la Declaración de Viena)** de 1993 que dispuso que: "los derechos de las mujeres son parte indivisible e inalienable de los derechos humanos", y lanzó una declaración universal de lucha contra la violencia hacia las mujeres;

d) la sanción de **la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "de Belem do Pará"* en 1994,** ratificada por nuestro país en 1996 mediante la ley 24.632, que establece: d.1) que la violencia contra la mujer (en adelante VCM) es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres; una violación de los derechos humanos y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades; que atraviesa todas los sectores de la sociedad sin importar clase, raza, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión; d.2) define la VCM y que la misma puede tener lugar en el ámbito familiar o doméstico; en el ámbito comunitario, o perpetrada o tolerada por el Estado; d.3) establece el derecho de toda niña y mujer a una vida libre de violencia, a ser educada sin estereotipos sexistas ni discriminación; d.4) formula las obligaciones para el Estado, inmediatas, tales como la debida diligencia en la investigación y sanción de los hechos de VCM, como la de sancionar y/o modificar leyes que toleren la violencia contra las mujeres; y obligaciones mediatas, como la provisión de servicios integrales, reeducación a varones violentos; remover los patrones socio culturales de discriminación hacia las mujeres; capacitación; concientización a la sociedad, teniendo un rol especial los medios de comunicación, etc., y d.5) crea un mecanismo de denuncias. (OEA, 1994).

e) los ***Principios de Yogyakarta*** elaborados por un Equipo Internacional de Especialistas en 2006, los cuales guían la aplicación por parte del Estado de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género, la expresión de género y la diversidad corporal, y prevenir y erradicar la violencia y discriminación que sufren sistemática y estructuralmente las personas LGBTTIQ+. (PEN, 2020, p. 3).

f) Mención especial merece la ***IV Conferencia Mundial sobre la Mujer organizada por las Naciones Unidas y celebrada en Beijing*, China en 1995**, incorporó la perspectiva de género y su transversalización en todas las políticas públicas y del Estado, para promover la igualdad en todos los ámbitos de la vida. La conferencia cerró con una *Plataforma de Acción*, y durante los años que siguieron los Estados presentaron informes sobre los avances en la implementación de dicha Plataforma, que incluyen la transversalización de la perspectiva de género.- En la misma

Conferencia, comenzó el ataque a la "categoría género"[9] como explicativa de la discriminación de las mujeres y como construcción social de lo femenino y lo masculino por parte de las delegaciones del Vaticano y otras religiones allí presentes.-Dichos ataques continúan hasta la fecha y, lejos de tratarse de un debate jurídico o científico, son de naturaleza 'política'. (OEA-CIM, 2017, p.11).

A continuación mencionaré en primer lugar, aquellos instrumentos que se encuentran incorporados al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, siguiendo, con aquellos que se hallan firmados y ratificados por nuestro país.

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2. Declaración Universal de Derechos Humanos.

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (1969) – ratificada por ley 23.054 sancionada en 1984.

4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Pacto Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (1966), ratificada por ley 23.313 en 1986.

5. Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio (1956), ratificada por Decreto-Ley 6286/56.

6. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1967), ratificada por ley 17.722 (1968).

7. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), ratificada por ley 23.179 sancionada en 1985.Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1967), ratificada por ley 17.722 (1968).Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), ratificada por ley 24.556 sancionada en 1995.

Es de resaltar que, aunque vigente y obligatoria para la Argentina, aún hoy no se encuentra incorporada a nuestra Constitución[10] la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres "Belém do Pará"** –(en adelante "Convención Belém do Pará) ratificada por ley 24.632 en 1996, de vital importancia para garantizar a las mujeres y niñas una vida libre de violencia.

9 Se sostiene que "La categoría género tiene y ha tenido la capacidad de contribuir a la construcción de propuestas para las mujeres que ha redundado en una mayor autonomía física, económica y en la toma de decisiones".- (OEA-CIM, 2017, p. 11).

10 Un estudio previo ha demostrado que entre el 9/9/1996 y el 31/7/2020, se presentaron 60 proyectos de ley para incorporar la Convención Belém do Pará al art. 75 inc. 22 de la Constitución; sin embargo, hallaron que dicho fracaso se encontraría en el lobby político realizado por grupos religiosos, en particular católicos, que percibirían su aprobación como una claudicación en la batalla simbólica frente al avance de los derechos humanos de las mujeres y al feminismo. (Hasanbegovic, 2021, p. 192).

2. Leyes sancionadas durante los 40 años de democracia

Los 40 años de democracia se vieron alimentados y enriquecidos para la sanción de leyes que ampliaron derechos para mujeres, NNA y personas LGBTTTI por colectivos de mujeres, feministas, de derechos de la infancia y adolescencia, y de los derechos de las personas LGBTTTI.

Así, los Encuentros Nacionales de Mujeres (ENM) surgen en 1986 en la ciudad de Buenos Aires, con la participación de 150 mujeres muchas de ellas pertenecientes a diversos partidos políticos que habían asistido en 1985 a la III Conferencia Mundial de Mujeres de Nairobi (Kenia, África), donde se sugirió a las asistentes "reunirse en sus países para conversar sobre sus problemas". Argentina desde entonces ha tenido 36 encuentros anuales, cada vez en una provincia diferente, y más recientemente amplió su denominación a Encuentro Plurinacional de Mujeres y Disidencias.

Por su parte, los colectivos LGBTTTI fueron visibles desde CHA Comunidad Homosexual Argentina, la ALLIT (Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual) fundada por Lohana Berkins, entre otras organizaciones. Este colectivo hizo en 1992 la primera marcha del orgullo gay-lésbico-trans de la Argentina, y luchando por la derogación de los edictos policiales que vulneraban constantemente sus derechos que continuará en 2007 con la derogación de las figuras jurídicas que criminalizaban la identidad y expresión de género travesti/trans en los Códigos de Falta y Contravenciones. El 28 de junio de 2005, Día del Orgullo LGBT se conformó la Federación Argentina LGBT. "En la década de los 90 el colectivo travesti/trans argentino puso en debate público la legitimidad de sus cuerpos en la ocupación del espacio público, del cual era expulsado a través de figuras jurídicas que criminalizaban la identidad y expresión de género, con detenciones ilegales y arbitrarias" (INADI, 2022).

2.1 Primera Década 1984-1993

Dentro de las primeras medidas del gobierno de Raúl Alfonsín, fue la sanción de dos leyes fundamentales para las mujeres y sus hijos e hijas; y por las cuales los movimientos de mujeres y feministas venían reclamando en la sociedad. Siguieron en esa primera década la firma y ratificación de importantísimos instrumentos internacionales de derechos humanos, que luego dieron lugar a la sanción de otras leyes en los años subsiguientes.

En 1985 se sanciona la ley 23.264 - de Patria Potestad Compartida. Esta ley quitaba el monopolio de los derechos y obligaciones sobre los hijos e hijas menores de edad a los varones y extendía los mismos a las madres. También, derogaba toda distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, que si bien había sido establecida en la Constitución Nacional de 1949, fue derogada por el gobierno militar que derrocó al presidente Perón.

En 1985 se sanciona la ley 23.179 por la cual se ratifica la Convención CEDAW.

La sanción de la ley 23.515 de Divorcio Vincular en 1987, en medio de un tenso debate nacional y con la oposición de la Iglesia y de los sectores más conservadores de la sociedad. Esta ley vino a modernizar la legislación argentina ya que, en 1984 Argentina era uno de los pocos países del mundo en el que no existía el derecho al divorcio; un 10% de su población eran personas separadas de hecho e inhabilitadas para volver a casarse legalmente.

En 1988 se sancionó la ley 23.592 de penalización de actos discriminatorios. Esta ley reprime, entre otros los actos de discriminación "por motivo de sexo".

En 1990 mediante la ley 23.849 se ratifica la Convención de los Derechos del Niño.

En 1991 se sancionó la ley 24.014 de Cupo Femenino, que determinó que al menos el 30% de las listas de candidatos que presentan los partidos políticos en las elecciones estuviera ocupado por mujeres. Esta ley fue producto de una alianza de las mujeres de todos los partidos políticos, en pos de este objetivo común para promover la participación política de las mujeres y garantizar sus derechos políticos en el ámbito parlamentario.

El Observatorio de Políticas de Género de la Presidencia de la Nación ha dicho que "Esta fue la primera legislación en el mundo establecida para aumentar la representación femenina en las listas partidarias para los cargos legislativos nacionales". (OPG, 6/11/2021), y luego fue replicada en las provincias argentinas. Las leyes de cupo femenino permitieron ampliar la cantidad de mujeres ocupando bancas en el Congreso Nacional y los Congresos Provinciales, incluyendo en la agenda parlamentaria temas hasta entonces desatendidos por un poder legislativo masculino casi en su totalidad. Así las leyes de protección contra la violencia de género; el acoso sexual; de salud sexual y reproductiva; de cupo laboral travesti-trans; de licencia por violencia de género, o la ley Micaela de capacitación en género, son algunas de las leyes con impronta de la ley de Cupo Femenino.

También en 1991 se sancionó la Ley 24.029 modificó la Ley 13.944 sancionada en 1950, que tipifica el delito de Incumplimiento de los Deberes Alimentarios. Con la ley sancionada en 1991, incorpora el art. 2 bis, que establece que el delito de "incumplimiento alimentario fraudulento", es decir aquel que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, dañare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor. La sanción que incluyó es de uno a seis años de prisión. Esta pena es sustancialmente mayor que la del delito simple de "Incumplimiento de las Obligaciones Alimentarias" art. 1º, de 1 mes a 1 año de prisión.

2.2 **Segunda Década, de 1994 a 2003.**

En 1994 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia

Familiar. Esta ley es “género neutra”, es decir, no analiza la protección contra la violencia que requiere cada miembro de la familia según su género, ni tampoco según su edad, lo cual “oculta” la realidad estadística que señala que las mujeres en primer lugar, y las niñas y niños en segundo lugar[11], son las personas más afectadas por la violencia familiar y que los varones adultos, son los principales agresores.- El objetivo de la ley es promover medidas de protección urgente que frenen los hechos de violencia, que estuviere sufriendo cualquier integrante del “grupo familiar”.- Esta fue la primera ley en la materia, que luego en 2009 fue superada –para mujeres, niñas y personas LGBTTTI por la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres contra la Violencia allí donde desarrollen sus relaciones interpersonales.

En 1995, Ley 24.515 creó el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) con el objeto de elaborar políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo.

Ley 24.660 sancionada en 1996, estableció que las penas privativas de libertad deben ser cumplidas en establecimientos según el sexo, a cargo de personal femenino y brindarse atenciones específicas para las internas embarazadas y con hijos/as lactantes.

Entre 1995 y 1999 el Código Penal sufrió importantes reformas mediante la Ley 24.453, que derogó el art. 118 “adulterio” e “infanticidio”, y la Ley 25.087 que modificó la denominación y articulado del título III, antes llamado “Delitos contra la Honestidad” –en los cuales el bien jurídico tutelado era la “honestidad”, y a partir de la reforma, denominado “Delitos contra la Integridad Sexual” –protegiéndose, la libertad e integridad sexual.

En 1996 la Argentina ratifica la Convención “Belém do Pará” con la sanción de la ley 24.632.

Esta década cierra con la sanción de la ley 269 que creó el Primer Registro de Deudores Alimentarios Morosos del país en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1999. El resto de las provincias fue creando registros similares en sus jurisdicciones, habiéndose debatido en 2022 la creación de un Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos[12].

La Ley 25.273 sancionada en el año 2000, creó un Régimen Especial de Inasistencias Justificadas por razones de gravidez para alumnas que cursen en todos los niveles en todas las jurisdicciones. Esta ley tiene por objeto garantizar la inclusión escolar de las alumnas embarazadas.

En el año 2002 se sancionó la Ley 25.584, y el art. 81 de la Ley 26.206 de 2006, promueven la inclusión educativa de las estudiantes madres, en el primer caso, previniendo toda acción

11 Según la OVD-CSJN, en sus 15 años de trabajo –entre 2008 y 2023-, acudieron a la oficina 216.733 personas, siendo el 94% de las afectadas mujeres, niñas, niños y adolescentes (64%, y el 30% NNA); y el 80% de las personas denunciadas fueron varones. (OVD-CSJN, 14/9/2023).

12 Ver Orden del Día No 447, 15 de noviembre de 2022, Cámara de Diputados de la Nación. URL: https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-140/140-447.pdf

institucional en establecimientos de educación pública que obstaculice el acceso a o continuidad del ciclo escolar a alumnas embarazadas, y en el segundo caso, adoptando las medidas necesarias para garantizar el acceso y la permanencia en las escuelas a alumnas en estado de gravidez, así como la continuidad de sus estudios luego de la maternidad, evitando cualquier discriminación que las afecte, entre otras medidas.

También en el año 2002 se sancionó la Ley 25.674 de Cupo Sindical, la cual dispone que, en cada unidad de negociación colectiva de las condiciones laborales, se cuente con una participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de trabajadoras en la rama o actividad correspondiente. Contempla también que los acuerdos que se celebren sin la representación proporcional de mujeres no serán oponibles a las trabajadoras, salvo cuando fijen condiciones más beneficiosas. Asimismo, establece un cupo mínimo del 30% de representación femenina para cargos electivos y representativos en las asociaciones, en ciertas circunstancias.

Mediante la Ley 25.673, se creó en el año 2002 el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el Ministerio de Salud de la Nación, con el objetivo de alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva para que cada persona pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia. Para ello, se propone garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios relativos a la salud sexual y procreación responsable; potenciar la participación femenina en la toma decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable.

2.3 Tercera Década, de 2004 a 2013.

Resaltan en esta época numerosos hitos importantes, protagonizados por el movimiento de mujeres y feministas, y por los colectivos LGBTTTI. También, considero fundamental el rol de periodistas con perspectiva de género de la RedPAR, quienes contribuyeron eficazmente en poner en la agenda pública, y crear conciencia social sobre la trata de mujeres para explotación sexual y los femicidios, logrando en este último caso lograr la sustitución del término “crimen pasional” por el de “femicidio” para referirse a los asesinatos de mujeres por el solo hecho de ser mujeres.

En materia de autonomía sobre el cuerpo, “El 28 de mayo de 2005 fue lanzada la Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, integrada por un importante número de organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos de las mujeres, agrupaciones de mujeres, y organizaciones sociales de todo el país.” (Tarducci, 2018). Esta Campaña se concretó en el seno de los Encuentros Nacionales de Mujeres celebrados en Mendoza en 2023 y en Rosario en 2004, con una historia previa de seminarios y encuentros feministas desde 1982.[13] La consigna que sería el lema de la campaña: *“Educación sexual para decidir” y “anticonceptivos para no*

13 Tarducci (2018) sostiene que la lucha por el derecho al aborto comienza a colectivizarse y hacerse visible en los encuentros y seminarios feministas que se desarrollaron a partir de 1982 (en el seno de ATEM 25 de noviembre) en adelante, creándose en 1988 la “Comisión por el Derecho al Aborto”, que en 1992 presenta por primera vez en la Cámara de Diputados el anteproyecto sobre Anticoncepción y Aborto.

abortar, aborto legal para no morir". Las estrategias propuestas en dichos Encuentros luego son debatidos y consensuados por varias agrupaciones de diversos partidos, feministas, defensoras de los derechos sexuales y reproductivos, en un Congreso organizado a tal fin en la Facultad de Ciencias Sociales, en la Universidad de Buenos Aires.- (Tarducci, 2018).- A partir de entonces comenzaba una larga campaña y activismo por sancionar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, en diciembre de 2020.

En 2004 se sancionó la Ley 25.929 de Parto Respetado. Esta ley, junto con la ley de Derechos del Paciente y la Ley 26.485 de Protección a las Mujeres contra la Violencia constituyen las principales herramientas de prevención y sanción de la violencia obstétrica contra las mujeres.

La Convención de los Derechos del Niño en Argentina fue trasladada al ámbito local en 2005 a través de la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Esta ley produjo un cambio de paradigma jurídico-legal, pasando NNA de ser "objetos de derecho" en la hasta entonces vigente ley de patronato, a "sujetos de derechos", garantizando los principios rectores y derechos contenidos de la Convención.

En 2006 Argentina ratifica el Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, quedando así expedita la vía para denunciar al Estado argentino por violación a los derechos humanos contemplados en dicho instrumento y/o en las Recomendaciones Generales que expide el Comité CEDAW.

En 2006 se aprobó la Ley 26.130 que regula el Acceso a la Contracepción Quirúrgica para toda persona mayor de 18 años con el sólo consentimiento informado.

En 2006 la Ley 26.150 que establece el Derecho a Recibir Educación Sexual Integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada, de todas las jurisdicciones y creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral (ESI), que estableció que niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir educación sexual integral en las escuelas estatales y privadas de todos los niveles (inicial, primario y secundario). Belén Barral sostiene que "la ESI es una apuesta a un cambio cultural, una enseñanza de otras maneras de relacionarnos interpersonalmente, que pondera la afectividad y además de garantizar derechos en torno a la sexualidad y mejorar la calidad de vida, desarma y visibiliza todo tipo de violencias y multiplica mundos donde todas las diversidades son posibles, las disidencias, las étnicas, las funcionales. Es la posibilidad de un mundo a partir del resguardo de los derechos humanos" (Carbajal, 22/10/2022).

A pesar de los cuestionamientos de algunos sectores, de su implementación heterogénea a lo largo y ancho del país, existen evidencias del impacto positivo que este Programa ha impactado en un 57% de descenso de los embarazos adolescentes desde 2005 a la actualidad (Ministerio de Salud en Anón, 14/4/2023), y en facilitar la denuncia por parte de NNA de actos de abuso sexual después de una clase de ESI[14] (Iglesias, 9/1/2020).

14 Según el estudio del MPT el 80% de NNA que declararon en Cámara Gesell en el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires

En 2008 se sanciona en la Argentina la Ley 26.364, primera ley para la Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. La movilización social surgida por la lucha de Susana Trimarco, madre de Marita Verón la joven tucumana secuestrada el 3/4/2002 en San Miguel de Tucumán por redes de trata, fue la primera ley de trata del país. Sin embargo, la norma mantenía que "el consentimiento de la víctima mayor de edad" transformaba el delito en conducta atípica, y carecía de un programa de asistencia integral a las víctimas.

La Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario fue sancionada en 2010 luego de aproximadamente una década de campaña estratégica llevada a cabo por los colectivos LGBTTTI, que incluyó hacer visible su reclamo por el derecho al matrimonio civil a través de los medios de comunicación y con el apoyo de personalidades de la cultura y, con notorios casos de 'amparos' que habilitaron los casamientos en los Registros Civiles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de otras jurisdicciones.

La Ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental, sancionada en 2010, también ha sido un avance en los derechos de las personas, y en especial de las personas LGBTTTI. Esta norma demanda de los prestadores de salud que las personas usuarias como personas titulares de derechos y, establece que en su artículo 3, inciso c) que en "ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de (…) la elección o identidad sexual".

Ley 26.743 de Identidad de Género, fue sancionada en 2012 después de muchos años de reclamos de los colectivos LGBTTTI, recogiendo en su articulado los Principios de Yogyakarta, se sanciona esta ley. Activistas históricas como Lohana Berkins y Diana Sacayán integraron desde 2010 el Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género, una alianza de más de quince organizaciones que impulsó la sanción de la ley 26.743. Esta ley entiende por "identidad de género": la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. En su art. 11, la ley establece que el sistema sanitario debe garantizar la atención integral de la salud de las personas LGBTTTI, incluyendo el acceso a diferentes técnicas de modificación corporal para quienes lo requieran, que tienen cobertura al cien por ciento (100%) de medicamentos necesarios para los tratamientos hormonales o inhibición del desarrollo puberal contemplados en dicha ley. (PEN, 2020, p. 4).

En 2009 se sancionó la ley 26.529 de Derechos del paciente que establece que toda persona tiene derecho a: ser asistida por profesionales de la salud sin menoscabo a sus derechos por causa de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, pertenencia étnica, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición, y (a estar acompañada en el parte por quien ella desee). (Anzorena, 2016).

---

denunciaron abusos después de tener una clase de ESI en la escuela.

La Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres contra la violencia allí donde desarrollen sus relaciones interpersonales fue sancionada en 2009, y reglamentada, con la colaboración de un comité *ad hoc*[15] de la sociedad civil, mediante Decreto 1011/2010. Esta ley hace operativa a nivel local la Convención "Belém do Pará", reconoce la causa de la violencia contra la mujer como una violación a los derechos humanos y una discriminación, define la violencia contra las mujeres tanto en el ámbito público como privado, establece las políticas públicas a cargo de los tres poderes del Estado, la obligación de diseñar un Plan Nacional de Acción que coordine las políticas y respuestas a la violencia contra la mujer a cargo del mecanismo de adelanto para las políticas de género, y prohíbe resolver los hechos de violencia contra la mujer en mediación u otras formas de conciliación (art. 28 *in fine*).- La norma también explicita los derechos que protege y principios a garantizar en las denuncias, -las que pueden ser orales o por escrito, ante cualquier juez de cualquier fuero y jurisdicción para que dicte las medidas de protección urgente (art. 21), garantiza la amplitud probatoria, la asistencia amiga a la mujer quien podrá acompañarla en los procesos de denuncias y exámenes forenses relacionados con ello; además de un menú de medidas cautelares (arts. 26 y 27), (Hasanbegovic, 2021).

El objetivo de la ley 26.485 es proteger y promover los derechos de las mujeres, que desde una lectura en consonancia con la Ley de Identidad de Género y los principios de Yogyakarta, deben extenderse a todas las personas que forman parte de los colectivos LGBTTTI.

En 2011 la Ley 26.705 modificó el Código Penal en cuanto a la prescripción de los delitos sexuales cometidos contra personas cuando estas eran niñas, niños y adolescentes menores de 18 años. Conocida como "ley Piazza", estableció que cuando la víctima sea menor de edad la prescripción comienza a correr recién desde la medianoche del día que cumpliera los 18 años de edad.

En 2012 el Código Penal sufrió numerosas e importantes modificaciones en materia de género, en los tres casos femicidios o secuestros y desapariciones en las redes de trata de personas para explotación sexual impulsaron la sanción de las modificaciones legales, las cuales son:

a) la **Ley 26.738** que **sustituyó el art. 132**, **derogando la figura del "avenimiento"**[16] en casos de violencia sexual. Esta figura permitía la extinción del reproche penal por la violación si la víctima se casaba con el varón que había ejercido violencia sexual.

b) la **Ley 26.791, de "femicidio"**[17]**,** que estableció **agravantes a la figura típica de homicidio del artículo 80, por violencia de género** en los incisos 1º "(...) o a la persona con quien

15 La autora formó parte de dicho Comité en representación de la Universidad Nacional de General San Martín, donde era docente.-

16 El antecedente inmediato de esta ley fue el femicidio de Carla Figueroa, en la provincia de La Pampa, quien fue ultimada por su marido quien había estado cumpliendo condena por haberla violado hasta una semana antes del femicidio, cuando quedó en libertad al contraer matrimonio en uso de la figura del avenimiento.- (Anón, 2021).-

17 El femicidio "por el fuego" de Wanda Taddei por el músico Eduardo Vázquez, ex baterista del grupo Callejeros en febrero de 2010 tuvo amplia difusión, y a partir de que su muerte al menos 136 mujeres fueron incineradas en los siguientes tres años (Carbajal, 2013).- Este ha sido un antecedente de mucha relevancia para la sanción de la modificación del art. 80 del Código Penal.-

mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia", y 11º "A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género", y en el inciso 4º por "**odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión**". El asesinato de la activista travesti Diana Sacayán fue juzgado y conceptualizado dentro del art. 80 inc. 4º del Código Penal, y se denominó "travesticidio" y "mediando violencia de género" en primera Instancia, y aunque confirmada la condena en la Cámara de Casación, sólo lo fue por "la causal de mediando violencia de género". (MCA, s/f.b).

c) la Ley 26.842 **de Trata de Personas**[18], modifica y/o sustituye los artículos del Capítulo III del Código Penal, constituyendo una herramienta superadora con respecto a la primera ley de trata de personas, sancionada en 2008, ley 26.364.- La ley 26.842 estableció que existe trata "aún cuando mediara consentimiento" de la víctima, sin importar su edad, dejando así de lado el consentimiento que las víctimas pudieran prestar, como elemento de atipicidad; establece la asistencia integral a las víctimas de trata; y ordena la creación de un Consejo Nacional de Lucha contra la Trata de Personas.

En 2013 se sancionó la ley 26.862 de **Reproducción Médicamente Asistida**, que establece el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.-

También en **2013**, se sancionó la **Ley 26.844 del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares**. "Esta ley regula un empleo clave para la organización social del cuidado, tiene impacto en el trabajo de miles de mujeres y LGBTTTI que son quienes mayoritariamente desempeñan esas tareas. La ley reconoce derechos a un colectivo de trabajadorxs desvalorizado e invisibilizado en el mercado de trabajo. Entre estos derechos, se halla el derecho a un sueldo anual complementario, a licencias ordinarias y especiales, incluyendo la licencia por maternidad, indemnización por ruptura de contrato de trabajo, etc." (MMGyD, 2021, p.22).

2.4 Cuarta Década, del 2014 a la actualidad.

Esta cuarta década de sanción de leyes en materia de igualdad de género y protección contra las violencias debe ser contemplada a la luz de la irrupción en la escena social y política del #NiUnaMenos, el 3 de junio de 2015, de la condena social a los femicidios y a la violencia sexual hacia las mujeres y NNA, entre otros a través del #YoTeCreo, que llevaron a la sanción de una serie de leyes destinadas a brindar patrocinio jurídico gratuito para las víctimas de violencia; a privar de responsabilidad parental a aquellas personas que hubieran intentado o logrado, cometer femicidio contra la madre del hijo o hija; facilitar el acceso a denunciar los abusos sexuales a las personas que fueron victimizadas en la niñez; a la paridad de género en los cargos políticos y sindicales; y

18 Esta ley, que llevaba tiempo en el proceso legislativo sin tener la fuerza suficiente para lograr la sanción, obtuvo un impulso por la indignación popular ante el conocimiento de las absoluciones dictadas el 11/12/2012 en Tucumán, contra las personas procesadas por el secuestro y desaparición en las redes de trata para explotación sexual de María de los Ángeles Verón "Marita", logrando su sanción el 27/12/2012.- (Anón, 2012).

entre 2018 y 2020 a lograr la sanción de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, que por décadas se había intentado sin haber logrado su sanción.

Ley 26.994 de 2015, sancionó el **Código Civil y Comercial de la Nación** (en adelante CCCN) que entró en vigencia en 2016.- Su sanción fue precedida de 18 audiencias públicas[19] llevadas a cabo en 2012 ante la Comisión Bicameral del Congreso Nacional que estudió el proyecto de CCCN. Estas audiencias se realizaron en diversas jurisdicciones del territorio nacional para facilitar la participación federal, para recabar opiniones de la sociedad civil y ciudadanía en general, participando cientos de ciudadanas/os y organizaciones de la sociedad civil.

El CCCN desde sus primeros artículos (1º y 2º) establece que las normas en él contenida deberán ser interpretadas conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.- El CCCN contempla el matrimonio entre las personas, sin distinción de su identidad o género y sus derechos y obligaciones en el derecho de familia.- Establece que lxs progenitorxs tienen los mismos derechos y responsabilidades sobre los bienes y personas de sus hijxs. Entre sus regulaciones, establece la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes, el derecho de NNA a ser oídos y a que el interés superior de los niños guíe las decisiones en los procesos judiciales donde se discutan sus intereses; consagra la autonomía de la voluntad de las personas, el principio de solidaridad familiar, la perspectiva de género, en casos como el instituto de la compensación económica tanto para convivientes como para cónyuges, cuando la separación o divorcio cause un desequilibrio económico manifiesto a uno/a de ellos/as, y al atribuir valor económico a las tareas de cuidado de hijos e hijas, entre otros.- El nuevo Código eliminó el divorcio "causado", estableciendo que cualquiera de las personas integrantes de un matrimonio puede decidir concluirlo.

Entre las críticas que se ha efectuado a este código de avanzada ha sido la "omisión de la violencia de género" en las disposiciones de su articulado, y la falta de mención a la prohibición del "incesto", entre las prohibiciones de violencia hacia NNA. (Hasanbegovic, 2012). Todo ello obstaculiza hacer visible las diversas formas de violencia, y su protección desde la normativa del CCCN en armonización con las leyes 26.485, y 26.061, y demás *estándares internacionales de derechos humanos* vigentes.

Es así que en 2017, se sanciona la ley conocida como **"privación de responsabilidad parental a causa de femicidio",** a propuesta de la Asociación "La Casa del Encuentro", se sancionó la **Ley 27.363** que incorporó el art. 700 bis, con conductas tales como haber cometido femicidio o lesiones graves, aún en grado de tentativa, contra la madre o cuidadora del NNA, o contra el hijo o hija, como causales de "privación de responsabilidad parental".- Como en muchas otras leyes,

19 Ver: "Acto de promulgación del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Casa Rosada, URL: https://www.casarosada.gob.ar/informacion/archivo/27984-acto-de-promulgacion-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-palabras-de-la-presidenta-de-la-nacion [última visita 29/11/2023].

la injusticia de un caso concreto[20] fue el elemento político de peso que, canalizado por la sociedad civil, en este caso por la Asociación "La Casa del Encuentro", favoreció la sanción de la ley 27.363.

En **2017** se sancionó la **Ley 27.412 de paridad de género en ámbitos de representación política**. Esta ley derogó la ley de cupo sancionada en 1991, estableciendo que las listas de candidatos/as que presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del MERCOSUR deben intercalarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente. La norma busca lograr la transparencia y equidad electoral, democratizando la representación política.

La **Ley 27.499 - ley Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado,** conocida como "Ley Micaela" - sancionada en diciembre de **2018** dispone la **capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública** en todos sus niveles y jerarquías, tanto en el poder ejecutivo, legislativo y judicial; procurando transmitir herramientas y construir sentidos comunes, que cuestionen la desigualdad y la discriminación, y transformen las prácticas concretas. Además, indica los mecanismos de implementación, la institución responsable de la aplicación y el seguimiento.

En **2018** se sancionó la **Ley 27.452 "Brisa"** que establece un régimen de **reparación económica para las niñas, niños y adolescentes** cuya madre, padre o afín haya muerto a causa de la violencia de género o intrafamiliar, o su progenitor y/o progenitor afín haya sido procesado y/o condenado como autor, co-aturo, instigador o cómplice del delito de homicidio de su progenitora.

El **Decreto 840/2020** modifica la **Ley 24.714 de Régimen Nacional de Asignaciones Familiares**, incorporando en su **art. 14 bis** la **Asignación Universal por Hijo (AUH).** Esta norma establece que la AUH "consistirá en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo o una sola de los padres o de las madres, tutor o tutora, curador o curadora o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada niña, niño y/o adolescente menor de DIECIOCHO (18) años que se encuentre a su cargo, o sin límite de edad cuando se trate de una persona con discapacidad; en ambos casos, siempre que estuviere empleado o empleada, emancipado o emancipada o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en dicha ley.

En 2019, la Ley 27.521 sanciona el **Sistema único normalizado de identificación de talles de indumentaria**, impulsado por organizaciones que promueven la diversidad de cuerpos. (Anzorena, 2021).

20 Se trata del femicidio de Rosana Galliano cometido en 2008 en su casa, en el contexto de un divorcio conflictivo con su esposo José Arce, padre de sus hijos de 3 y 4 años. Su esposo José Arce y su suegra Elsa Aguilar, fueron condenados a perpetua por haber sido hallados culpables de "homicidio triplemente calificado por el vínculo, por alevosía y por haberse cometido con el concurso premeditado de dos o más personas" en 2014. A pesar de la condena, en 2015 les otorgaron el beneficio de la prisión domiciliaria y desde entonces los hijos volvieron a vivir con ellos.- Dejó en libertad al condenado Arce "para que cuidara de sus hijos". (Braillard, 2021).

Ley 27.532 creó en 2019 la **Encuesta Nacional del Uso del Tiempo,** la cual se incorpora al Sistema Estadístico Nacional la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo como un módulo de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH).- La finalidad de esta encuesta es recolectar y cuantificar información con perspectiva de género sobre el aporte económico del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado fuera del mercado; la distribución del tiempo dedicado al trabajo doméstico y de cuidado no remunerado al interior de los hogares; la población que realiza actividades de trabajo no remunerado para otros hogares, para la comunidad y trabajo voluntario y sobre el tiempo que le dedican las personas al autocuidado, desagregado por género y edad. (MMGyD, 2021, p.24).

La Ley 27.580 sancionada en 2020 ratificó el **Convenio sobre la violencia y el acoso (núm. 190)** de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ampliando así la protección jurídica contra la violencia en el mundo del trabajo y guiando la prevención de la misma.- La Argentina fue uno de los cinco primeros países en ratificar este convenio, facilitando así su entrada en vigencia.-

En diciembre de 2021 se promulga la Ley 27.610 de **Interrupción Voluntaria del Embarazo –en adelante ILE-**. Esta norma fue lograda al calor de masivas movilizaciones especialmente de mujeres, entre 2018 y 2020-, y de un intenso debate parlamentario que contó con presentaciones de personas expertas y de la sociedad civil, tanto a favor de su sanción como en contra de la misma. La Ley 27.610 despenaliza y legaliza el aborto hasta la semana 14 de gestación, y sin límite de plazo en casos de violación o riesgo para la salud, reconociéndole este derecho a todas las mujeres y otras personas gestantes a recibir la información que pidan, a que se respeten sus derechos y provean la interrupción del embarazado en los establecimientos de salud pública dentro de los 10 días de solicitado. Esta ley modifica también el Código Penal, penalizando la "dilación injustificada, obstaculización o negación a practicar un aborto e los casos legalmente autorizados, por parte de lxs profesionales o el personal de salud (art, 85 bis del Código Penal).

La Ley 27.611 sancionada a continuación de la ILE, de **Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia**, conocida como "Plan de los 1.000 días", establece una nueva asignación por Cuidado de Salud Integral, que consiste en el pago de una prestación anual para ayudar al cuidado de cada niñx menor de tres años. El compromiso es garantizar la integridad física, psíquica y emocional en todos los casos, evitar muertes por abortos clandestinos y acompañar con recursos y servicios a todas aquellas mujeres y otras personas gestantes que desean continuar con sus embarazos. (MMGyD, 2021, p.25).

La Ley 27.636 sancionada en 2021, de **Acceso al Empleo Formal para personas Travestis, Transexuales y Transgéneros "Diana Sacayán-Lohana Berkins",** comúnmente conocida como "ley Cupo laboral travesti-trans" establece un cupo mínimo de 1% de los cargos y puestos del Estado Nacional para esta población. Su objetivo es que travestis y trans puedan acceder a un trabajo formal en condiciones de igualdad, garantizando que quienes no hayan finalizado sus estudios puedan terminarlos y seguir capacitándose con el fin de adecuar su situación a los requisitos formales para el puesto de trabajo en cuestión.- (MMGyD, 2021).

El Decreto 476/2021 establece como **nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios**, en el campo referido al “sexo”, “F” -Femenino-, “M” - Masculino- o “X” para aquellos supuestos donde las partidas de nacimiento hayan sido rectificadas en el marco de la Ley 26.743 de Identidad de Género. Este decreto “viene a saldar una deuda que el Estado argentino tenía con personas cuya autopercepción rompe con el binarismo mujer y varón. Al no receptar la posibilidad de ver reflejado en la documentación la identidad autopercibida se perpetuaba, desde las instituciones, su negación.” (MMGyD, 2022, p.18).

3. A Modo de Conclusión: Deudas Pendientes y Desafíos

Democracia y derechos humanos son dos conceptos que, en nuestro país y en los últimos 40 años son inseparables, y se alimentan dialécticamente la una del otro. La democracia es la que ha permitido a la sociedad ir curándose de las heridas traumáticas de la represión, en todos los ámbitos de la vida social, que produjo la última dictadura militar y, consideramos que algunas expresiones de esa “sanación” social son los colectivos de mujeres, personas defensoras de derechos de NNA, y de personas LGBTTTI que se movilizan en procura de reconocimiento de derechos y de cumplimiento de las leyes existentes, y el debate y sanción de leyes que acogen sus reclamos favorablemente.

3.1. Deudas Pendientes

Más allá de los avances alcanzados, aún existen deudas pendientes, en especial aquellas que garanticen la autonomía económica de las mujeres y, que prevenga la pobreza estructural en la que ellas, las personas LGBTTTI y sus familias viven.

En materia de *protección contra la violencia de género*: Es fundamental que el Estado argentino fortalezca su compromiso en garantizar una vida libre de violencia para las mujeres otorgando rango constitucional a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres; que funcione en todo el territorio de la república, el “Equipo de Abogadas y Abogados Especializado en Violencia contra las Mujeres”, creado por ley 27.210, u otro similar, que garantice el patrocinio jurídico gratuito a toda mujeres, NNA, o persona LGBTTTI que sufre violencia de género.

Las *Familias Monomarentales* con jefatura femenina, necesitan reconocimiento jurídico en todas las políticas públicas de manera de no quedar excluidas, por ejemplo del sistema de asignaciones familiares y sociales en general; y fortalecerlas en su rol, de manera tal que puedan obtener trabajos en el mercado laboral formal; con programas habitacionales –subsidios y garantías para alquilar, o comprar-; modificar la legislación que establece el delito de inasistencia alimentaria (Ley 13.944), de forma tal que la gravedad del incumplimiento deje de ser naturalizado y minimizado, que lleva a la consecuente impunidad. Es imperioso que el Estado argentino cumpla con su rol de garante (art. 27 inc. 4 CDN, art. 75 inc. 22 CN) y cree un Sistema garantizador de Alimentos para

hijos/as, y transforme las deudas “privadas” en deudas “públicas”, encargándose de la persecución a los deudores alimentarios, y el reembolso de las sumas que el Estado brinde a las madres a cargo de NNA. (Hasanbegovic, 2022).

El *Código Civil y Comercial de la Nación* debe armonizarse para contemplar explícitamente las situaciones de violencia de género contra mujeres y NNA en su articulado, que al no estar mencionadas, crean obstáculos al momento de exigir el cumplimiento de las leyes de Protección contra la violencia.

Es necesario también reformar el *Código Penal* para tipificar adecuadamente hechos de violencia de género hacia mujeres, NNA y personas LGBTTTI.

Finalmente, una deuda importante para mejorar la respuesta judicial es el diseño y puesta en funcionamiento de un *fuero específico de violencia de género contra las mujeres, NNA y personas LGBTTTI* con competencias múltiples civiles, penales, contencioso-administrativas y laborales para que las/os juezas/ces puedan entender y juzgar todas las cuestiones relacionadas y conexas con los tipos y modalidades de violencia contra la mujer contemplados en las leyes 26.485 de Protección a las mujeres contra la VCM, ley 26.061 de Protección Integral a NNA y, ley de 26.743 de Identidad de Género.

3.2. Desafíos

Los estándares internacionales de derechos humanos, han facilitado que muchos derechos de las mujeres, NNA y personas LGBTTTI adquirieran visibilidad y comenzaran a ser reclamados y exigibles a nuestro Estado, logrando un importante avance en materia de igualdad de la mano de la sanción de leyes y de su aplicación.- Sin embargo, estos desarrollos –ni son completos ni se hallan exentos de riesgos. Desde temprano la lucha por la igualdad y la no discriminación se encontró con ataques desde sectores conservadores y religiosos, tanto en Argentina como en el resto de la región de América Latina y el Caribe.

> Cada avance alcanzado para garantizar los derechos de las mujeres se ha logrado teniendo que superar enormes obstáculos e inadmisibles discursos que justifican las discriminaciones, las prácticas nocivas, la división sexual del trabajo, o la exclusión de las mujeres del poder público y político, e incluso el feminicidio (…) se deben identificar claramente aquellos argumentos que rechazan o distorsionan la categoría analítica de género como herramienta explicativa de la realidad social, sobre todo mediante sus ejes de análisis: público-privado y productivo-reproductivo. (…) Tales argumentos, que en distinta medida se manifiestan en todos los países de la región, constituyen más allá de posicionamientos ideológicos, claras expresiones en contra de la concepción integral de los derechos humanos en tanto indivisibles, universales e inalienables. (OEA-CIM, 2017, p. 21-22).

Los deudas pendientes en materia de igualdad de género y protección contra la violencia de mujeres, NNA y personas LGBTTTI, tiene un obstáculo primordial que representa el principal desafío la voluntad política en lograr la igualdad de género y generacional y garantizar una vida libre de violencia para mujeres, NNA y las disidencias.

Ante un ambiente de discursos políticos que niegan la represión que precedió a la recuperación de la democracia en la Argentina y que amenazan con derogar las leyes que ampliaron los derechos de mujeres, NNA y personas LGBTTTI en estos últimos 40 años, consideramos que el mayor desafío que existe por delante es mantener los derechos alcanzados y lograr el efectivo cumplimiento de las leyes vigentes.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias bibliográficas

ANÓN (2023). *En Argentina disminuyeron los embarazos adolescentes.* El Resaltador. URL: https://elresaltador.com.ar/en-argentina-disminuyeron-los-embarazos-adolescentes/ [Última visita 29/11/2023].

ANÓN (2021). *Caso Carla Figueroa: 10 años del femicidio que desde Pico conmocionó al país.* Diario Textual. URL: https://diariotextual.com/inicio/index.php/2021/12/10/caso-carla-figueroa-10-anos-del-crimen-que-desde-pico-conmociono-al-pais/ [Última visita 29/11/2023].

ANÓN (2012). *Todo el país pidió justicia por Marita Verón.* El Ciudadano del GBa. URL: https://www.elciudadanogba.com/13/12/2012/todo-el-pais-pidio-justicia-por-marita-veron/ [Última visita 29/11/2023].-

ANZORENA, C. (2021). *Leyes y políticas de género en Argentina. (1985 a 2020).* Universidad Nacional de Cuyo. URL: http://www.politicaspublicas.uncu.edu.ar/articulos/index/leyes-y-politicas-de-genero-en-argentina-1985-a-2020

BRAILLARD, M. (2021). *A 13 años del femicidio de Rosana Galliano: cómo están hoy sus hijos.* La Nación. URL: https://www.lanacion.com.ar/seguridad/a-13-anos-del-femicidio-de-rosana-galliano-como-estan-hoy-sus-hijos-nid18062021/ [Última visita 29/11/2023].

CARBAJAL, M. (2022). *La ESI tiene quien la defienda.* Página12, Sociedad. URL: https://www.pagina12.com.ar/601140-la-esi-tiene-quien-la-defienda [Última visita 29/11/2023].

CARBAJAL, M. (2013). *Las mujeres incineradas. Fuego y muerte.* El País. URL: https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/214568-62574-2013-02-25.html [Última visita 29/11/2023].

FACIO MONTEJO, A. (1992). *Cuando el género suena cambio trae. (Una metodología de género para el análisis del fenómeno legal).* San José.- ILANUD.

HASANBEGOVIC, C. (2022). El Garante Invisible. *El mayor incumplidor alimentario es el Estado. Identidad Feminista.* URL. ttps://www.identidadfeminista.com.ar/el-garante-invisible-el-mayor-incumplidor-alimentario-es-el-estado-por-claudia-hasanbegovic/ [Última visita 29/11/2023].

HASANBEGOVIC, C. (2021). *¿Por qué se le teme a la Convención Belém do Pará? Proyectos de ley para otorgarle rango constitucional.* Corbetta, J.C. (director) *V Número Extraordinario de la Revista Anales,* (2021), 161- 205.- URL: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/

handle/10915/127737/Revista_completa.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Última visita 27/11/2023].

HASANBEGOVIC, C. (2018). *Respuestas Judiciales y Otras Políticas Públicas sobre Violencia contra la Mujer ¿Ineficacia o violencia Institucional?.* Revista Anales. (15) 48, 1161- 1205.- URL: Https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5575/5370 [Última visita 27/11/2023].

HASANBEGOVIC, C. (2017). *Entre el texto y la realidad: los instrumentos internacionales de derechos humanos ¿son de utilidad para las mujeres?.* Revista Anales. (14) 47, 297- 340.- URL: http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/Anales47.pdf [Última visita 27/11/2023].

HASANBEGOVIC, C. (2016). *Violencia de género y el rol del poder judicial.* Revista Facultad de Derecho, (40), 119- 158. URL: https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/538/705 [Última visita 27/11/2023].

HASANBEGOVIC, C. (2012). *La Omisión de la Violencia de Género contra la Niñez las Mujeres en el Proyecto de Ley de Código Civil y Comercial de la Nación.* HCDN. URL: https://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/029_CLAUDIA_HASANBEGOVIC.pdf [Última visita 27/11/2023].

IGLESIAS, M. (2020). *El 80% de los niños, niñas y adolescentes que denunciaron abusos fue después de tener una clase de ESI en la escuela*. Clarín, 9/1/2020. URL: https://www.clarin.com/sociedad/80-ninos-ninas-adolescentes-denunciaron-abusos-despues-tener-clase-esi-escuela_0_YZopzkpI.html [Última visita 29/11/2023].

INADI (2022). *Breve reseña histórica de una ley histórica. Argentina.gob.ar.* INADI. URL: https://www.argentina.gob.ar/noticias/breve-resena-historica-de-una-ley-historica [Última visita 29/11/2023].

MINISTERIO DE CULTURA ARGENTINA –MCA (s/f.a). ¿Qué es la CONADEP? URL: https://www.cultura.gob.ar/que-es-la-conadep-9904/ [Última visita 27/11/2023].

MINISTERIO DE MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDADES – MMGyD (2021). Plan Nacional de Igualdad en la Diversidad 2021-2023. MMGyD.

MINISTERIO DE MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDADES – MMGyD (2022). Plan Nacional contra las violencias por motivos de género. Más Estado, Menos Violencia- 2022-2024. MMGyD.

MINISTERIO DE CULTURA ARGENTINA –MCA (s/f.a). Diana Sacayán, símbolo de la lucha contra la transfobia. URL: https://www.cultura.gob.ar/diana-sacayan-activista-travesti-matanzera-que-promovio-el-cupo-trans-9949/[Última visita 27/11/2023].

NACIONES UNIDAS-OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS (s/f). *Estándares internacionales sobre derechos humanos aplicables al proceso electoral*.-ONU- Guatemala.

OPG-PEN (6/11/2021).30 años de la sanción de la Ley de Cupo Femenino en nuestro país. URL: https://www.argentina.gob.ar/noticias/30-anos-de-la-sancion-de-la-ley-de-cupo-femenino-en-nuestro-pais [Última visita 29/11/2023].

OEA-CIM (2017). *Lineamientos Interamericanos por la Igualdad de Género*. Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de la Mujer. OEA/Ser.L. URL: https://www.oas.org/es/cim/docs/lineamientosigualdadgenerobien-es.pdf [Última visita 27/11/2023].

OEA (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "de Belén de Pará"*. Organización de los Estados Americanos. URL: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf [Última visita 27/11/2023].

ONU (1989). *Convención de los Derechos del Niño*. Organización de las Naciones Unidas. URL: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child [Última visita 27/11/2023].

ONU (1979). *Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación hacia la Mujer*. Organización de las Naciones Unidas. URL: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women [Última visita 27/11/2023].

OVD-CSJN (14/9/2023). *La OVD cumple 15 años de trabajo ininterrumpido.*- Corte Suprema de Justicia de la Nación.- URL: https://www.csjn.gov.ar/novedades/detalle/7524 [Última visita 27/11/2023].

PEN (2020). Anexo Único – Plan nacional Políticas de Género y Diversidad en Salud Pública.- Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina - *Resolución 1886.* 23/9/2020.- URL: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/344244/res1886.pdf [Última visita 27/11/2023].

Equipo Internacional de Especialistas (2006). *Principios de Yogyakarta. Principios Sobre La Aplicación De La legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.* URL: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf [Última visita 27/11/2023].

TARDUCCI, M. (2018). *Escenas claves de la lucha por el derecho al aborto en Argentina.* Salud colectiva. (14) 3, 425-432, DOI: 10.18294/sc.2018.2036. URL: https://www.redalyc.org/journal/731/73158180005/html/ [Última visita 27/11/2023].

VOLVER A ÍNDICE

La pena de prisión. El olvidado ideal resocializador del art. 18 de la Constitución Nacional

Por Cecilia P. Incardona

1. Introducción

Calificado como un fracaso desde su propio nacimiento (Sozzo, 2008), el ideal resocializador fue un objetivo acorde con el paradigma constitucional (artículo 18 de la Constitución Nacional), que históricamente tuvo por fundamento la reducción de posibilidades de que el condenado vuelva a cometer delitos al egresar de la cárcel. Este paradigma nutrió e impregnó toda la legislación penal de nuestro país.

La idea de la resocialización, conforme la ley 24.660, implica necesariamente el paso por un tratamiento penitenciario, llevado a cabo dentro de un régimen de ejecución de la pena que admita la posibilidad de que la persona vaya adquiriendo progresivamente mayor autonomía, y acceda a egresos anticipados antes de agotar la pena, con el objetivo de tejer redes sociales en el medio libre, que le permitieran mantenerse lejos del delito una vez recuperada completamente su libertad.

Existen en la norma, aunque sin nombrarlos, criterios basados en la peligrosidad pues, tal como afirma Ziffer (2008), todas las decisiones de atenuación de la pena de prisión dependían de la valoración de la resocialización, que no eran otra cosa que la contracara de la peligrosidad (p.149).

El derecho argentino organizó su sistema de penas en torno a la privación de la libertad, siguiendo de este modo el modelo liberal que comenzó a desarrollarse a fines del siglo XVIII y se consolidó durante el siguiente. No previó en sus orígenes, como así tampoco en las posteriores reformas, un régimen específico para el caso que la persona condenada se trate de una mujer. Por ello el análisis que sigue se realizará con respecto a las reglas genéricas que se aplican a ambos sexos.[1]

El presente trabajo consta de una primera parte en la cual se hará una narración breve de la evolución de la cuestión carcelaria; y una segunda parte, en la que se analizarán las últimas reformas a la ley de ejecución que modificaron sustancialmente las bases del sistema de ejecución de penas en argentina y, por eso, resultan relevantes para reflexionar en un homenaje a los 40 años de democracia en nuestro país.

---

1 El artículo 8 de la ley 24660 prevé como criterio general que las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. La única distinción respecto al trato en prisión que deben recibir las mujeres, se encuentra en el Capítulo XV referido a los establecimientos de ejecución de la pena, (arts. 190 al 196). Allí se prevé que el personal penitenciario será exclusivamente femenino, que existirán sitios especiales para la atención de internas embarazadas y de las que han dado a luz. También se exime a la mujer embarazada de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad de tratamiento incompatible con su estado, estableciendo un plazo de 45 días anteriores al parto y otros 45 posteriores a él. Dispone también que la interna podrá retener consigo a sus hijos menores de 4 años agregando que, cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado. Por otra parte, el Decreto 18/97 que prevé el Reglamento de Disciplina para los Internos, establece un exhaustivo régimen de sanciones administrativas destinada, según su letra, a posibilitar una ordenada convivencia en el interior de los establecimientos carcelarios, y regula en los artículos 66 y 67 que a las mujeres embarazadas no podrá ejecutársele ninguna sanción disciplinaria que pueda afectar la gestación o al hijo lactante; tampoco podrán ejecutarse con relación a aquellas mujeres que tengan hijos a su cargo y con indicación médica que indique que podría afectarse la salud física o psíquica del menor. Como se observa, la exclusión de factores de género en la legislación de ejecución penal de nuestro país es notable. Ello se debe a que, con criterios aparentemente neutrales, se diseñaron leyes y procedimientos que se aplican indistintamente a hombres y mujeres. La paridad de los sexos en estas disposiciones no implica la igualdad material de ellos ante el derecho, desde que las normas iguales son así aplicadas a un grupo que padece profundas desigualdades. Las mujeres que ingresan al sistema penal argentino deben enfrentar prácticas jurisdiccionales e institucionales patriarcales, razón por la cual sufren una mayor discriminación y marginación. Es que, al aplicar a las mujeres un cuerpo normativo que se construyó con parámetros masculinos, con visos de neutralidad y universalidad, se afectan gravemente sus derechos, potenciando su criminalización. Un desarrollo más extenso de la cuestión excede el propósito de este trabajo pero puede consultarse en Incardona, C. (2016).

2. Evolución histórica de la cárcel en Argentina

Para indagar en la historia de las instituciones penales de nuestro país y sus objetivos, y situarnos mejor en el tiempo, recurriremos a la clasificación de Juan Carlos García Basalo (1975) que divide en períodos según las normas creadas en cada uno de ellos. El primero, entre 1810 y 1933, se denomina período inorgánico. El segundo, entre 1933 y 1946, de la racionalización legal. El tercero, desde 1946 hasta 1953, de reglamentación progresista. El cuarto, desde 1958, de unificación legal del régimen penitenciario, dividido a su vez en varias etapas.

a) Período inorgánico (1810-1933)

Se denomina así en razón de que durante ese lapso no existió regulación legal alguna, pues cada institución penitenciaria tenía su propio reglamento y modo de organizarse (Cesaroni, 2013, p. 50).

Durante este lapso, se inauguró en 1877 la Penitenciaría de Buenos Aires (Levaggi, 2003)[2], y luego se expandió el Servicio Penitenciario Federal a algunas provincias.

El Instituto de Criminología, instalado en la penitenciaría, dirigido por José Ingenieros, se convirtió en el principal espacio de observación clínica del delincuente y abarcó una investigación que sirvió de base empírica a su obra sobre el programa de criminología, mediante el cual validó la hipótesis de la “escuela psicopatológica”, basado fundamentalmente en la corriente positivista criminológica.

De ese modo, esas instituciones formaban parte de toda una red encargada de observar y abordar a los enfermos mentales, los delincuentes y los jóvenes, que servían a los efectos de la difusión de dichas ideas.

La observación del sujeto como objeto de estudio fue una de las primeras intervenciones científicas en nuestro país, que concibió la necesidad de realizar un estudio sobre la personalidad del condenado y, a partir de él, diagramar su tratamiento penitenciario (Caimari, 2004, p. 101).

Como sostiene Ricardo Salvatore (2001), la criminología positivista consolidó una cultura estatal en Argentina, desde lugares claves de las instituciones de control social y extendiendo esas prácticas a todo el aparato estatal. En ese momento histórico, clave para la consolidación del estado nación, se fueron renovando las características de un Estado conservador y la criminología contribuyó a redefinir el alcance de la soberanía, los instrumentos de poder y las pretensiones hegemónicas del estado oligárquico (p. 93).

Por eso, el surgimiento de la criminología positivista y su difusión tuvieron incidencia en

2 El autor analiza la historia de las cárceles argentinas de los siglos XVIII y XIX.

las instituciones carcelarias, debido a que ellas no sólo eran las proveedoras de evidencia para las investigaciones criminológicas, sino que además los “laboratorios” producían y convalidaban hipótesis sobre el delito y el castigo, como así también la anormalidad o la enfermedad mental (Salvatore, 2001, p. 86).

Entre la clínica médica y la criminología, se produjo una intersección técnica que, desde las dependencias públicas del Estado, generaban no sólo el análisis y estudio de las conductas sociales “desviadas” sino que además pusieron en marcha una serie de estrategias que diseñaban los cánones de la normalidad, bajo una aparente neutralidad, que sirvieron de base para la construcción social del prototipo del individuo normal para el Estado Nación: “Un ciudadano normal que se recortaba de un fondo donde aparecían los comportamientos peligrosos” (Ferreyra, 2015, p.12).

El programa de Ingenieros constaba de tres etapas: etiología criminal, clínica criminológica y terapéutica criminal.

Según Anitua (2005), la primera buscaba las causas del delito, que no sólo serían biológicas sino también determinadas por el ambiente. La clínica determinaría la temibilidad del delincuente. Por último, la pena, concebida como “terapéutica” debería asegurar la “defensa social” a través de actividades preventivas y del aislamiento en instituciones de distinto tipo, según el grado de peligrosidad de los delincuentes (p. 207).

Las observaciones sobre las personas detenidas que se realizaban en el Instituto dirigido por Ingenieros eran asentadas en un documento, perfectamente protocolizado, constituyéndose en la raíz de lo que hoy conocemos como historia criminológica, pieza fundamental a la hora de diagramar el tratamiento del condenado.

En la historia criminológica, la tradicional historia clínica mutaba al interceder la clínica con la criminología.

Amil, Miceli y Rojas Breu (2009), indican que el reglamento del Instituto de Criminología especificaba en su primer artículo que se procedería “a la preparación de un boletín médico-psicológico para cada uno de los penados que cumplen condena en este establecimiento o que ingresen en lo sucesivo, boletín que deberá ser mantenido constantemente al día”. Este boletín, en la práctica, se denominó: Cuaderno Médico-Psicológico (p. 392).

En estos cuadernos se concentraba información descriptiva, y exhaustiva respecto del sujeto detenido, sin establecer distinción entre su condición de penado o no.

En un comienzo, el cuaderno guardaba una íntima conexión con criterios autónomos delineados por el José Ingenieros, y enmarcados en la necesidad de investigar, de recorrer “los laberintos del alma”.

Por ese motivo se afirma que es en este siglo cuando se sentaron los puntos de partida de

la moderna psiquiatría y la nueva psicología, en el cual el hombre derribaba enigmas de sí mismo y recorría los profundos caminos de su psiquismo obteniendo respuestas interesantes, hasta que se encontró con el interrogante mayor, constituido por aquellas conductas altamente disonantes en la orquestación de las sociedades[3].

De esta manera, genialidad o degeneración, crimen o locura, significaron una profunda encrucijada para el cientificismo de la época.

Como sostiene Ursula Kirsch (2009), desde los primeros registros, José Ingenieros procuró determinar los signos de alienación mental en el delincuente, siguiendo en este punto una tradición, que comenzó con Lombroso (p. 418).

Tanto la conducta delincuente como la alienación mental eran consideradas aberraciones anómalas, y se les atribuía en principio una etiología común: congénita, hereditaria y degenerativa.

Esta concepción, según Kirsch, se inscribía en el determinismo hereditario y en el darwinismo social, logrando conmover el procedimiento judicial, ya que admitía la presencia de locura en el delincuente, y modificaba los criterios de imputabilidad.

En el registro de Ingenieros se trataron de aportar al procedimiento judicial criterios más precisos que permitieran diferenciar al delincuente loco de aquél que ha aprendido a simular la locura en los trajines de la lucha por la vida.

En la segunda etapa de su programa, llamado clínica criminológica, estudió las formas del delito y los caracteres de los delincuentes, determinando el grado de inadaptabilidad social o de peligro individual. De esta asociación entre formas de delito y patología del delincuente, surgió la clasificación en tres grandes formas de anomalías: moral, intelectual y volitiva. Mientras apuntalaba la defensa social, advirtió que no solo había delincuentes congénitos, adquiridos y/o transitorios, sino que también se especificaban los criterios de reconocimiento de la alienación mental (Kirsch, 2009, p. 418).

Dicha descripción respondió a los siguientes ejes: antecedentes familiares, descripción del detenido en particular, apartado en el cual se incluyen datos de filiación, el examen físico, el examen psíquico, su relación con el medio ambiente (moral, inmoral), para, en un lugar relegado del documento, exponer su actuación en el medio: hogar, calle, profesión, instrucción, facultades mentales y, por el último, la descripción del delito.

Los antecedentes familiares contenían tanto la información filiatoria, como los antecedentes patológicos y procesales, al incluir la categoría de herencia criminal, lo cual podría integrar un factor criminógeno que dé cuenta de la etiología criminal, otro de los ejes ponderados por Ingenieros.

3 Sobre el punto, sostienen los autores que “Los sujetos atípicos, que desbordan las fronteras establecidas por las comunidades y rompen la armonía existencial de los grupos, constituyen un desafío al saber. Cuanto más grave es la conducta, más perentoria se hace la necesidad de conocer las causas que la provocan. Desentrañar esas causas constituye un desafío para el conocimiento” (p. 392)

El tercer punto del cuaderno lo formalizaba el examen físico del detenido, en el cual se medían algunas partes de su cuerpo y se asentaban referencias respecto a su sistema muscular, óseo, aparato respiratorio, etc. los aspectos físicos y antropométricos cobraron un lugar destacado.

Finalizaba con el examen psicológico del detenido, que a su vez se dividía en tres sectores: uno dedicado a los instintos (de conservación, de propiedad, sexuales, de nutrición); otro referido al medio ambiente, en el cual se especificaba si fue moral o inmoral. Luego venía la actuación en el medio que dividía el comportamiento del sujeto en el hogar y en la calle. También existía un ítem donde se registraba la información sobre la instrucción.

Este examen concluía con un informe sobre las facultades mentales, en el cual los datos se presentaban analíticamente como una serie de funciones que intentaban indagar la personalidad del detenido: 1- atención (duración-fatiga); 2- percepción de ideas; 3- memoria (formas diversas); 4- reflexión; 5- razonamiento; 6- deducción; 7- inducción; 8- asociación de ideas; 9- juicios; 10- imaginación; 11- abstracción; 12- instrucción religiosa; 13- ideas y sentimientos estéticos; 14- afectividad; 15- emotividad; 16- voluntad; 17- conciencia (que se subdivide en: A- ideas sobre la propia personalidad; B- cumplimiento de los deberes ciudadanos; C- ideas sociales; D- ideas morales; E- ideas jurídicas; F- concepto del delito) (Amil, Miceli & Rojas, 2009, p. 393).

A partir de la estructura de este documento, puede verse con facilidad, cómo la criminalidad se asociaba con enfermedades mentales. Es decir, desde el método implementado por Ingenieros, las psicopatías eran una forma directa de entender el porqué del delito.

Por tal razón el objetivo del estudio del delincuente estaba dirigido a descubrir esa patología, y desde allí, emprender un tratamiento.

Existía entonces un desplazamiento del estudio del hecho delictivo al del sujeto que delinque, del cual se desprendería posteriormente el concepto de peligrosidad (Amil, Miceli y Rojas, 2009, p. 393).

Caimari (2004), analizó el trabajo realizado en el Instituto de Criminología a partir del estudio de estas historias criminológicas, que, como afirma la autora, eran el instrumento en el cual se cimentaban las decisiones sobre el destino de los penados: la cárcel o el manicomio, la libertad condicional o la prisión, el taller o el hospital.

Para cuestionar este mecanismo institucional, partió de una premisa simple: las historias criminológicas se realizaban con la colaboración tensa entre penados y peritos, y se desarrollaba en un escenario institucional claramente intimidatorio, que llevaba a adoptar una máscara de sumisión para mejor sortear los peligros de este diálogo con el poder.[4]

La relación asimétrica entre entrevistadores y entrevistados, hacía que el intercambio entre

4 Ella lo escenifica del siguiente modo: "El contexto institucional de la entrevista, en la Penitenciaría misma pautaba signos externos de la desigualdad simbólica del intercambio. Los penados que respondían vestían uniforme (según las épocas e instituciones, azul, gris, a rayas azules y amarillas, o completamente rojos) y se sometían, a la vez, al examen de médicos con guardapolvo profesional e instrumentos de medición y peritaje" (Caimari, 2004, p.139)

ellos fuera distorsionado, lo cual restaba valor científico a sus conclusiones.

Afirmó Caimari (2004), todos los entrevistados sabían que la información obtenida en este encuentro serviría para tomar decisiones sobre su futuro. Por otro lado, la manipulación de los criterios de peligrosidad y adaptabilidad era una destreza que permitía la supervivencia en el medio carcelario. Así, existía una gran distancia entre la mirada científica y la realidad (pp.144-145).

Concluyó la autora en que todo el estudio sobre la personalidad del penado, y los criterios de clasificación, eran funcionales a las ideas de la modernidad, resultando un modo sofisticado de selección de los individuos capaces de integrar la sociedad argentina, de aquellos incapaces de hacerlo (p. 150).

b) Período de racionalización legal (1933-1946)

Esta etapa histórica se inauguró con la sanción de la ley 11833[5] y tuvo como uno de sus principales actores al abogado Juan José O'Connor, considerado uno de los pioneros del penitenciarismo nacional, dados sus esfuerzos por crear una organización centralizada dentro del orden federal, que hasta el momento no existía. En la década del '20 fue Director de Inspección de las cárceles de los Territorios Nacionales.

Con la aprobación de la ley, se creó la Dirección General de Institutos Penales, que mantuvo a O'Connor como la máxima autoridad en materia penitenciaria en el ámbito nacional hasta 1937 (De Luca y Malagino, 2016).

La idea de pensar en la prisión como laboratorio, se vio plasmada en dicha ley, dictada durante una época en que nuestro país asistió a un proceso de militarización del aparato de control social con influencia de los modelos provenientes del fascismo y el franquismo.[6]

La norma limitó su aplicación a los establecimientos penales y, por ello, no fue complementaria del Código Penal (O'Connor, 1933).

También creó el Instituto de Clasificación de los detenidos, marcado también por las ideas de Ingenieros. Aunque su intención fue establecer un régimen progresivo, sólo avanzó en el período de observación (Cesaroni, 2013, p. 52). Sin embargo, el modelo perduró en el tiempo.

La ley 11833 se trató del primer instrumento legal que desarrolló la idea de la necesidad de realizar un estudio científico de la personalidad social del condenado, a partir de la cual se debería individualizar un tratamiento penitenciario y aplicar un régimen progresivo cuyo objetivo fuera inculcar normas de disciplina social. En definitiva, establecía que el medio para lograr la readaptación social era el tratamiento penitenciario obligatorio para ellos.

5 Aprobada el 9 de octubre de 1933

6 Una descripción interesante sobre esa época en Argentina puede encontrarse en Dovio (2014).

Se ha destacado que en esa época, tanto el tratamiento individualizado, como la incorporación de medidas alternativas a la privación de la libertad, coincidían con las ideas que primaban en el plano internacional desde hacía un tiempo atrás, pues, tanto en el Congreso Penitenciario Internacional celebrado en Roma en 1885, como en el de Budapest de 1905 se recomendó la adopción del trabajo, uno de los ejes del tratamiento individualizado a los fines de mejorar la salud física y moral de los penados y generar mayores condiciones para el liberado pueda ganarse la vida (Amil, Miceli y Rojas, 2009, p. 394).

Los pilares de la ley se tradujeron en tres ejes: 1) el estudio científico de la personalidad social del condenado; 2) la individualización del tratamiento penitenciario; 3) la aplicación de un régimen progresivo.

El estudio del condenado que antes se registraba en el cuaderno médico-psicológico, pasó a llamarse historia clínica criminológica a partir de la asunción de Osvaldo Laudet como Director del Instituto de criminología en el período 1932-1946. Este documento profundizó las características del creado por José Ingenieros, ya que se detallaron los antecedentes y el diagnóstico; pero se agregó el pronóstico, bajo las categorías de peligrosidad y adaptabilidad.

Si en el modelo anterior se investigaban el pasado y el presente del condenado, en este se profundizó el criterio longitudinal al incluirse la restante dimensión temporal: el futuro.

La peligrosidad para Laudet, era concebida como la probabilidad de que un individuo cometiera o intentara cometer un delito. Ser peligroso implicaba mostrar rasgos de comportamiento antisocial debido a la condición psíquica o hábitos adquiridos, es decir, designó los casos de individuos posiblemente dañinos por su manera de ser.[7]

Los cambios que sufrió la historia criminológica incluyeron un nuevo diseño de la portada, en la cual se mencionaba la pertenencia a la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires y al Instituto de Criminología. Se sustituyó la palabra detenido por penado, es decir que el estudio criminológico se haría solamente a quien tuviera esa calidad.

Asimismo se alteró el orden de la información, pues al presentar los datos correspondientes al penado se antepuso su actuación en el medio -vida escolar, familiar, social, política, laboral, militar- dejando postergada su historia personal, la que fue recortada a partir de criterios organicistas y médicos, en los cuales se siguieron incluyendo estudios antropométricos, profundizados en el examen antropológico (Amil, Miceli & Rojas, 2009, p. 394).

Más allá de la ampliación de los aspectos psicológicos a estudiar[8] resultaba destacable la

7 Según Dovio (2014), el concepto de peligrosidad ya se encontraba inserto en el Código Penal de 1922. Allí la peligrosidad aparecía receptada en el artículo 34 como uno de los criterios para la declaración de la insania (de aquel que representase un peligro para sí mismo o para los demás). También apareció en los artículos 40 y 41 donde se establecía que la pena debía regularse entre un mínimo y un máximo, pero no estableció un concepto de peligrosidad de forma específica. Para un estudio profundo sobre el concepto de peligrosidad ver: Ziffer, 2008, pp.135-168.

8 Antes se agotaba en el plano de lo instintual, y en un apartado aparte la descripción analítica de las facultades mentales. En la historia criminológica se deja de incluir dicho plano, para estudiar variables tales como la *isonomía el carácter, el trato, la actitud, lenguaje, temperamento, afectividad, voluntad, atención, percepción y memoria.* Asimismo, introduce un nuevo apartado: a*lienación mental,* en el que analiza al penado desde

diferencia en relación a los conceptos de pronóstico y tratamiento.

Respecto al pronóstico, se incluyó el índice de peligrosidad, cuya graduación respondía a criterios delineados por la escuela positivista italiana, para quienes la peligrosidad podía ser producto de tendencias congénitas o hábitos adquiridos, por un lado, o de factores emocionales, pasionales u ocasionales, que sólo en un momento particular convertían a un sujeto en un delincuente.

Eran indicadores de la primera categoría, merecedora de un grado mayor de peligrosidad, los siguientes factores: haber llevado una vida disoluta, deshonesta o parasitaria; tener antecedentes penales y policiales; haber cometido el delito en forma precoz; haber obrado por motivos innobles o fútiles (odio, venganza, codicia, etc.); haber preparado minuciosamente el acto delictivo; elementos tales como el lugar, momento, instrumentos aplicados, etc. que den cuenta de una mayor insensibilidad al cometer el delito; tener condiciones psíquicas y orgánicas anormales.

En relación a este último punto, es importante destacar que el modelo se apuraba en aclarar que estas condiciones no debían constituir enfermedades mentales al tiempo que sí podían revelar tendencias criminales (Amil, Miceli y Rojas, 2009, p. 394).

Aquélla historia clínica criminológica, a partir de 1938 comenzó a llamarse ficha criminológica. En este modelo, las modificaciones, en parte, recondujeron al modelo inicial en tanto recuperó la evaluación de los instintos en su evaluación psicológica. Asimismo, confirmó y acentúo aspectos al introducir el examen del biotipo, y al sostener la evaluación periódica en términos del tratamiento individualizado y progresivo, basado en los tres ejes de programa creado por Ingenieros -tríada etiología criminal, clínica y terapéutica-, como así también la ponderación de la peligrosidad y la adaptabilidad.

c) Período de reglamentación progresista (1946-1953)

Llamado también servicio penitenciario justicialista, este período intentó fortalecer la intención de la ley 11833 en el sentido de que la cárcel deje de ser un lugar sólo de custodia de los detenidos, y se constituya como uno de reforma.

Se pueden destacar varias normas que marcaron este ciclo. Entre ellas, el decreto 12.351 de 1946 que convirtió al Sistema Penitenciario Federal en parte de las fuerzas de seguridad y estableció el estado penitenciario.

También se dictó el decreto 35758 que reglamentó la ley 11833, y que reguló la progresividad del régimen penitenciario y la organización de la institución, además de crear la Escuela Penitenciaria de la Nación.

Más allá del espíritu humanizador que signó la actuación de Roberto Pettinato[9], una de las

el prisma psiquiátrico (Amil, Miceli & Rojas, 2009, p. 394)

9 Un mayor y desarrollado análisis de esta etapa puede encontrarse en Cesano (2010).

figuras más emblemáticas de su tiempo en el tema, al describir esta época Cesaroni (2013) señaló que aquél modo de organizar el servicio penitenciario dio lugar a que la institución se autoregule, sancione sus propias normas y construya un saber que en los hechos implicó que el gobierno de la cárcel sea un tema de su exclusiva potestad. Este resultó ser uno de los factores determinantes que explica, a su criterio, la opacidad de las cárceles, el abuso y la arbitrariedad que allí imperan, sumado al abandono de las personas allí alojadas (p. 57).

d) Período de un servicio penitenciario militarizado (1956-1966)

Se dictó en ese tiempo el Decreto-ley 412/58 llamado: Ley Penitenciaria Nacional, el cual tomó como antecedente a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.[10]

Esta norma estableció nuevos criterios de clasificación de las personas condenadas, de acuerdo a parámetros que permitieran segmentarlos en las categorías de: a) fácilmente adaptable; b) adaptable; c) difícilmente adaptable. Esta tarea debía llevarse a cabo durante el período de observación

Además, el período de tratamiento, regulado en el artículo 7, disponía que, en la medida en que lo consienta la mayor o menor especialización del establecimiento penitenciario, aquél podría ser fraccionado en fases que importen para los internos una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas posibles fases podían incluir no sólo el cambio de sección dentro del establecimiento, sino también el traslado a otro tipo de establecimiento.

e) Período de consolidación de un servicio penitenciario militarizado (1967- 1983)

Durante el gobierno de Onganía, se dictó la ley 17326, Orgánica del Servicio Penitenciario Federal la cual, entre otras cuestiones, creó los Consejos Correccionales en cada unidad y definió al servicio penitenciario como la rama de la administración pública activa destinada a la guarda y custodia de los procesados y la ejecución de las sanciones penales privativas de la libertad.

Dicha norma fue sustituida por la ley 20416, dictada el 18 de mayo de 1973, durante la presidencia de facto de Alejandro Agustín Lanusse[11], hasta hoy vigente, que regula la composición, finalidad y organización del servicio penitenciario la considera una fuerza de seguridad con un destino de ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, y de defensa social (artículo 5º inciso h).

Esta ley, acotó de manera importante la actividad que debía llevar a cabo el Instituto de

10 Aprobado por el Primer Congreso de Naciones Unidas en materia de Prevención del delito y Tratamiento del, delincuente, reunido en Ginebra en 1955.

11 Sobre esta norma, Cesaroni (2013) destaca que la ley se dictó una semana antes de la Asunción de Héctor Cámpora a la presidencia, y que se trata de la única norma que organiza una fuerza de seguridad que no ha sido modificada en cuarenta años, incluyendo los treinta años de democracia desde la finalización de la última dictadura. (p. 72).

Clasificación, el cual a partir de aquí, sólo se encargó de diseñar programas y brindar apoyo técnico a los servicios criminológicos; sin abarcar al trabajo directo de los profesionales con los internos.[12] Posteriormente, se dictaron una gran cantidad de reglamentaciones durante la dictadura militar.[13]

f) Período normalizador/disciplinario/correccional (1996 hasta la actualidad)

Repuesto el Estado democrático, recién en 1996 se sancionó la Ley 24660, que suplantó el Decreto 412/58.

Según la nota de elevación del proyecto -enviada al Congreso Nacional por el Ministro de Justicia Rodolfo Barra-[14] la ley respetó la esencia de la Ley Penitenciaria Nacional e incorporó a su texto lo ya vigente en otras normas, actualizó conceptos y adecuó sus previsiones a los preceptos constitucionales, contenidos en los tratados y pactos internacionales, particularmente las recomendaciones emanadas de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos.[15]

Aquéllas establecieron como finalidad de las penas y de las medidas privativas de la libertad, el proteger a la sociedad contra el crimen, aclarando que sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el condenado, una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

Se mencionaba en varios artículos de las Reglas, la necesidad de llevar adelante esos objetivos a través de un tratamiento individual, para el cual deberá utilizar los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer.[16]

La ley 24660 mantuvo -con algunas modificaciones- el texto del decreto ley 412/58, al regular este período de tratamiento del siguiente modo: “en la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento penitenciario, el período de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro”.

---

12 http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20anual%202001_0.pdf (visita del 8/12/2017)

13 Decreto 261 (5/2/75); 2770 (6/10/75); Ley 21267 (24/73/76); Decreto 1209 (6/6/76)

14 La nota de elevación del proyecto y el trámite parlamentario original disponibles en el sitio: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/miscelaneas44618.pdf (visita del 27/11/2023)

15 Adoptadas por el “Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente” celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Res. Nros. 663 C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977

16 El artículo 66.1 establece que para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud físicas y mentales, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación. Sitio: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx

En la nota de elevación, ya citada, también se ratificaba la importancia de aplicar un régimen penitenciario que incluya todos los medios de tratamiento interdisciplinario apropiados. Además remarcaba la idea de que el tratamiento, en parte obligatorio y en parte voluntario[17], sería programado e individualizado, vinculándolo necesariamente con el momento del egreso.[18]

Según Máximo Sozzo (2008), esta ley poseía todos los componentes del proyecto normalizador/disciplinario/correccional de la prisión moderna.[19]

Resulta difícil pensar en un modelo que busca la resocialización en establecimientos superpoblados y con gran hacinamiento[20], en los cuales priman condiciones de vida inhumanas y violentas.[21]

Recientemente, la Ley 24660 sufrió profundas modificaciones a partir de la sanción de la Ley 27.375, que tuvo origen en varios proyectos tratados por la Cámara de Diputados[22], impulsados por el diputado Luis Petri, y reflotados por el Congreso a partir del feminicidio de Micaela García.[23]

---

17 El artículo 5 de la ley 24660 no sufrió cambios. Esta regla establece los límites y sentido de la intervención estatal en la aplicación del régimen penitenciario, en su configuración y puesta en marcha de los programas de tratamiento. Se separa el conjunto de actividades que no son obligatorias – las terapéuticas que están diseñadas para colaborar en el proceso de resocialización – de las que sí lo son (Salt, 2005, p. 226).

18 http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/44618-antecedentes-del-tramite-legislativo-ley-24660-ejecucion-penal

19 Citando aspectos centrales la regulación legal, el autor señala que, para lograr las finalidades propuestas en el artículo 1, el tratamiento interdisciplinar debería ser "programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo" (art. 5). El "régimen penitenciario se basará en la progresividad" hacia menores niveles de restricción de la libertad (art. 6), estableciendo cuatro periodos diversos -"observación", "tratamiento", "prueba", "libertad condicional" (art. 12). En el primer periodo el "organismo técnico-criminológico" deberá realizar "el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y pronóstico criminológico, todo ello se asentará en una Historia Criminológica...que se mantendrá actualizada", deberá buscar la colaboración del condenado para "proyectar y desarrollar su tratamiento", indicar la sección en la que el condenado deber ser incorporado y fijar un "tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización" (art. 13) -que se realizará "como mínimo, cada 6 meses" (art. 27). El periodo de tratamiento a su vez se subdividirá en fases que impliquen una "paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena" (art. 14). El período de prueba implicará sucesivamente la incorporación del condenado a un establecimiento o sección regido por el "principio de la autodisciplina", la posibilidad de obtener "salidas transitorias" y la incorporación al "régimen de semilibertad" -salidas laborales en los días hábiles durante el día- (arts. 15 y 23). Luego de este período de prueba, el condenado puede acceder a la libertad condicional de acuerdo a los requisitos establecidos en el Código Penal (art. 28).

20 Basta observar las últimas estadísticas elaboradas por el SNEEP (año 2022), de las que surge que las cárceles en Argentina tienen capacidad para alojar a 88.622 personas; sin embargo se encuentran allí detenidas 105.053. Así, la superpoblación carcelaria asciende al 18,54% respecto al total del país. Este número igualmente refleja parcialmente la magnitud del problema, ya que si observamos sólo las cárceles de la provincia de Buenos Aires, que concentran casi el 50% del total de personas detenidas, el porcentaje de superpoblación es mucho mayor. Sólo por mencionar un ejemplo: la Unidad Nº 32 de Florencio Varela cuenta con una capacidad de alojamiento de 655 cupos; pero posee 1239 personas detenidas, es decir un 89,2% de sobrepoblación. La Unidad Nº 46 de San Martín tiene capacidad para 530 personas y aloja 1193. Allí el porcentaje asciende al 125,1%. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/09/informe_sneep_argentina_2022.pdf (visita del 27/11/2023)

21 El informe anual 2016 de la Comisión Provincial para la Memoria, que releva información respecto a la cárceles de la Provincia de Buenos Aires, expone que de las 145 muertes ocurridas durante 2015, el 65 % fue por enfermedades curables no asistidas, como por ejemplo la tuberculosis, que produjo 15 muertes. La tasa de personas muertas en el sistema penitenciario asciende a 4,3 cada 1.000 personas detenidas. En el año 2015 se incrementó el número de muertes respecto de 2014. También el informe destaca que no se implementó ninguna política destinada a prevenir o sancionar la tortura, que sigue siendo una práctica sistemática. Durante 2015 se realizaron 6.719 entrevistas a personas detenidas o sus familiares. En estas entrevistas se registraron 18.557 hechos de agravamiento de las condiciones de detención de las personas detenidas, que dieron origen a 3.916 habeas corpus o acciones urgentes en las que se denunciaron judicialmente 12.787 hechos de torturas o malos tratos. A esto deben agregarse las 42 presentaciones o ampliaciones de habeas corpus colectivos sobre 22 unidades penitenciarias. El Registro Nacional de Casos de Torturas y Malos Tratos relevó 2.514 hechos de tortura y malos tratos padecidos por 596 víctimas. http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informe2016.pdf (visita del 9/12/2017)

Asimismo, resulta sumamente esclarecedor el informe estadístico sobre muertes en prisión junio 2017 realizado por el Equipo de Fallecimientos en Prisión del Observatorio de Cárceles Federales, dependiente de la Procuración Penitenciaria de la Nación. De allí surge que durante este año 2017, se registraron un total de 21 muertes. Señalan que la muerte bajo custodia en el Servicio Penitenciario Federal tiene un carácter disperso: los 21 casos se distribuyen en doce establecimientos diferentes. Destacan la existencia de ciertos establecimientos con roles protagónicos: diez de las 21 muertes vuelven a registrarse en complejos de máxima seguridad para varones adultos en el área metropolitana; siete de ellas, transcurren en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. Secundan a este grupo las dos muertes registradas en una cárcel de máxima seguridad del interior del país (U. 6 SPF) y en la Colonia Penal de Santa Rosa (U. 4 SPF). http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Muertes%20en%20Prision.%20JUNIO%202017.pdf (visita del 9/12/2017)

22 http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-134/134-924.pdf

23 Así lo señaló el diputado Juan Carlos Giordano, en el dictamen en minoría. http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/perio-

La actual norma impide acceder a un régimen de libertad condicional o asistida a las personas condenadas por una importante cantidad de delitos, enunciados taxativamente en el artículo 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24660.[24]

A la vez, también impuso mayores restricciones para ingresar al período de prueba, como así también la obligación de permanecer en dicha etapa por un tiempo determinado[25]. Con relación a este último, es decir requerir que el condenado permanezca un lapso de tiempo en el período de prueba antes de acceder a las salidas transitorias, Alderete Lobo (2017) aseguró que ya se realizaba como una mera práctica judicial, razón por la cual la ley no hizo más que recoger esa jurisprudencia (p. 211).

Entonces existe en la actualidad un conjunto importante de personas condenadas por un amplio universo de delitos que se encuentran excluidos de acceder a regímenes de libertad anticipada (antes de agotar la pena); pero además, para la generalidad de los condenados, se endurecieron los requisitos para acceder a la semilibertad y a las salidas transitorias.

Conclusiones

Como vimos, en la última década, se sucedieron varias reformas a la ley 24.660; las dos últimas surgieron como respuesta legislativa[26] a hechos gravísimos cometidos por hombres en contra de mujeres, en razón de su género.

En diciembre de 2012, a raíz del femicidio[27] cometido por Juan Ernesto Cabeza[28], contra

do-134/134-1326.pdf

24 Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal; Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal; Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal; Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal; Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal; Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal; Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal; Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal; Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal; Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737; Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

25 Cfr. artículos 15 y 17.

26 Anteriormente, en el año 2004, se sancionó la Ley N° 25.892 que reformó el art. 14 del Código Penal, y dispuso la imposibilidad de concederse la libertad condicional para ciertos delitos: Homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7., del Código Penal. Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal. Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Luego la ley N° 25.948 que excluyó de beneficios penitenciarios durante el período de prueba a personas condenadas por ese catálogo de delitos.

27 Cito el caso, además, con el nombre del agresor pues, hacerlo sólo con el nombre de la víctima mujer, invisibiliza al responsable y constituye, en definitiva, un acto de violencia simbólica. Por lo general, los medios de comunicación se refieren al caso con el nombre de la mujer víctima y sólo residualmente identifican al agresor. HETHERINGTON, Luciana, en *Los medios de Comunicación de Masas y el efecto imitación en casos de femicidios,* realizó un abordaje interesante respecto al tratamiento de hechos de violencia contra mujeres realizados por los medios masivos de comunicación. Su trabajo puede verse en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/miscelaneas48308.pdf

28 La víctima de ese caso, ocurrido en la provincia de Chaco, fue Tatiana Kolodziej. Se trató de un hecho que tuvo alta repercusión mediática debido a que Cabeza era un hombre condenado por delitos de agresión sexual a mujeres y, al momento de asesinar a Tatiana, se encontraba

Tatiana Kolodziej, se promovió desde distintos sectores políticos la reforma a la Ley 24.660, que quedó plasmada finalmente con la sanción de la Ley 26.813.[29]

La ley tuvo como objetivo primordial restringir la posibilidad de conceder libertades anticipadas a quienes resultaran condenados por la comisión de delitos contra la integridad sexual.

Luego de unos años, el Congreso Nacional, a través de la sanción de la Ley 27.375, volvió a modificar el régimen de ejecución de la pena.[30]

Esta norma tuvo origen en varios proyectos tratados por la Cámara de Diputados[31], impulsados por el diputado Luis Petri y reflotados a partir de otro femicidio, esta vez el cometido por Sebastián Wagner, en la provincia de Entre Ríos.

Wagner violó y mató a Micaela García[32] y el hecho alcanzó gran notoriedad pública. El tribunal que lo juzgó le impuso al femicida, la pena de prisión perpetua.[33]

La reforma legal introducida por la ley 27.375 fue catalogada por algunos autores como la más importante que sufrió la ley de ejecución penal desde su sanción, atribuyéndole características apocalípticas para el derecho de ejecución de penas (Alderete Lobo, 2017, p. 179).

Se trató de una reforma muy resistida desde el ámbito académico. Tuvo como principal objetivo el endurecimiento de los requisitos para acceder a egresos anticipados y la reducción drástica de sujetos elegibles para ellos (Gual, 2018)[34].

El nuevo régimen de ejecución de la pena impide acceder a la libertad condicional o asistida a las personas condenadas por una importante cantidad de delitos, también impone mayores restricciones para ingresar al período de prueba, y para obtener salidas transitorias o laborales.

Por eso, gracias a esta reforma, existe en la actualidad un conjunto importante de personas condenadas, sin una regulación legal específica respecto a qué hacer con ellos dentro de la prisión e impedidos de acceder a regímenes de libertad anticipada antes de agotar la pena.

---

gozando de salidas transitorias otorgadas por un juez de ejecución de la Capital Federal, Axel López. El magistrado fue sometido a un jurado de enjuiciamiento por estos hechos, aunque por votación dividida, El tribunal decidió que rechazar los cargos de mal desempeño de sus funciones. La sentencia puede leerse en: http://www.saij.gob.ar/jurado-enjuiciamiento-rechaza-destitucion-juez-axel-gustavo-lopez-nv10885-2015-03-31/123456789-0abc-588-01ti-lpssedadevon

29 B.O. 16/01/2013.

30 B.O. 28/07/2017. Se basó en un proyecto conocido como “Proyecto Petri”.

31 http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-134/134-924.pdf

32 Fue tal el impacto que provocó el hecho, que un grupo de docentes, académicas, investigadoras y/o funcionarias comprometidas con las cuestiones y problemáticas de género presentó ante la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto, que se convirtió en ley 27.499, denominada “Micaela”, en reconocimiento por su lucha militante por los derechos de las mujeres y de los más vulnerables.

33 El Tribunal Oral Nª2 de Gualeguay, Entre Ríos, condenó a prisión perpetua a Wagner, por considerar probado que el imputado “abusó sexualmente de Micaela García con acceso carnal y luego procedió a asfixiarla con alevosía para lograr su impunidad y en un contexto de violencia de género”. La Cámara de Casación de esa Provincia confirmó la condena de Wagner. El fallo completo puede leerse en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/07/fallos47834.pdf

34 El autor analiza y compara los requisitos para el acceso a las salidas anticipadas entre la antigua norma y la hoy reformada, y los delitos que quedaron excluidos el régimen de progresividad y afirma que la nueva ley empeorará las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad.

De este modo, como dice Pitlevnik (2017), al reducirse la progresividad del régimen de ejecución de la pena, se perpetúa una situación de encierro continuado y lineal que, de manera abrupta y repentina, sin experiencias intermedias y sin herramientas paulatinamente adquiridas, finaliza cuando el individuo es "arrojado" en el medio libre (p. 8).[35]

El modelo penitenciario así legislado, amén de que como finalidad declarada busca la corrección del condenado, parece asemejarse a un modelo de prisión depósito, descripto en la primera parte de esta obra, que no tiene otro fin que el de neutralizar temporalmente a la persona condenada.

Estas reformas podrían indicar que la política criminal en nuestro país, frente a los más graves hechos de violencia contra una mujer en razón de su género, respondió con el endurecimiento de la ley penal.

Esto dio lugar a que algunos autores señalaran al movimiento feminista causante de un aumento del poder penal, y llegaran a tildarlo de "neopunitivista".

Sin embargo, tal visión fue refutada con sólidos argumentos por Piqué y Allende (2017) para quienes, desde distintos sectores del feminismo, existe consenso de que una agenda de política criminal dirigida a eliminar la violencia contra las mujeres no implica necesariamente "más derecho penal" o una restricción de las garantías constitucionales, sino la incorporación de un enfoque de género en esta rama del derecho, es decir, mirar las normas desde el punto de vista de las mujeres, también su interpretación y aplicación, la cual muchas veces, redunda en la disminución del poder punitivo y de la violencia penal.

De lo que no quedan dudas, es del carácter sexista de la ley 27.375, en tanto sólo aumenta la cantidad de tiempo que una persona debe permanecer en prisión, omitiendo el diseño de una política penitenciaria o pospenitenciaria para evitar la reincidencia.[36]

La pregunta de si este tipo de política penal está encaminada o es útil para el control del delito, es difícil de responder y claramente debería estar respaldada mediante un análisis minucioso de datos empíricos, con los cuales no contamos, como es costumbre en nuestro país.

Para finalizar, es necesario remarcar que la resocialización como norte para las personas condenadas, es un ideal de la democracia. Con estas líneas intenté demostrar que el camino legislativo fue a contramano de esa premisa y por lo tanto, sería deseable retomar la senda que guía la Constitución Nacional y construir un sistema de ejecución de la pena integral, sin parches,

35 El Informe sobre el Proyecto de reforma del sistema de ejecución de penas en Argentina, elaborado por el Profesor Leonardo PITLEVNIK, Director del Centro de Estudios de Ejecución Penal de La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, elevado al Decanato de esa facultad, el día 9 de mayo de 2017 puede consultarse en http://www.derecho.uba.ar/institucional/pdf/2020-proyecto-de-reforma-del-sistema-de-ejecucion-de-penas-en-argentina.pdf .

36 El debate parlamentario de la ley es una buena muestra de ello. Puede verse en HCDN, Período 135 12ª Reunión – 7ª Sesión Ordinaria (ESPECIAL) 05 DE JULIO DE 2017. https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html

La repercusión en los medios de comunicación, y las distintas opiniones, fue confusa y contradictoria. Aquí una de las pocas notas que resume coherentemente los problemas de la ley y las posturas de los movimientos sociales: https://www.pagina12.com.ar/48327-la-mano-dura-ya-tiene-su-ley

que atienda las necesidades actuales de toda la sociedad sin olvidar su función primordial, que es la de reducir los efectos de la prisión en las personas que la sufren y reintegrarlos a la vida libre con mayores herramientas para que puedan reconstruir su plan de vida.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias Bibliográficas

ALDERETE LOBO, R. (2017). *Reforma de la ley 24660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina.* Revista El debido proceso penal.(5),179-225. Angela Ledesma, Directora; Mauro Lopardo, Coordinador. Hammurabi. Buenos Aires.

AMIL, A., MICELI, C. y ROJAS BREU, G. (2009). *Criterios psicológicos en registros formales de documentación: las historias criminológicas de la penitenciaría nacional.* I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Dirección estable: https://www.aacademica.org/000-020/92

ANITUA, G.(2005). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

CAIMARI, L. (2004). *Apenas un delincuente. Crimen, Castigo y Cultura en la Argentina, 1880-1955*. Siglo XXI Editores Argentina S.A. Buenos Aires.

CESANO, J.. (2010). *La política penitenciaria durante el primer peronismo (1946 - 1955)*. Revista de historia del derecho, *(39)* Recuperado en 27 de noviembre de 2023, de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842010000100002&lng=es&tlng=es.

CESARONI, C. (2013). *Masacre en el Pabellón Séptimo*. Tren del Movimiento. Temperley.

DE LUCA, D. y MALAGNINO, S. (2016). *Reconstrucción histórica del archipiélago carcelario federal. En La Privación de Libertad.* Anitua, Gabriel Ignacio y Gual, Ramiro (comp.). Didot. Buenos Aires.

DOVIO, M. (2014). *Medicina Legal en Buenos Aires entre 1924-1934. Proyectos Legales sobre peligrosidad en la Revista de Criminología, psiquiatría y Medicina Legal.* Cuadernos de Historia 40, 95-114, Departamento de Ciencias Históricas. Universidad de Chile. Sitio: http://www.scielo.cl/pdf/cuadhist/n40/art04.pdf

FERREYRA, G. (2015). *Psicología y Penas*. Sitio: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/12/doctrina42541.pdf, consultado por última vez el 27/11/2023.

GARCÍA BASALO, J. (1975): *El régimen penitenciario argentino. Antecedentes, Ley Penitenciaria, Aplicación*. Buenos Aires: Ediciones Librería del Jurista.

GARLAND, D. (2005). *La Cultura del Control*. Gedisa. Barcelona.

GUAL, R. (2018). *Cambiemos la progresividad de la pena.* BORDES, 1(4), 209-218.

Recuperado a partir de https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/bordes/article/view/323

HETHERINGTON, L. (2019) *Los medios de Comunicación de Masas y el efecto imitación en casos de femicidios,* Universidad Nacional de Rio Negro, disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/miscelaneas48308.pdf

INCARDONA, C. (2016). *Las reglas de Bangkok. Su recepción en la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal. ICARO* - Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro (8), Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido.

KIRSCH, U. (2009). *La construcción del criterio clínico criminológico. La historia de clínica criminológica (1932) - pericias médicolegales (1938). I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR.* Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Dirección estable: https://www.aacademica.org/000-020/103

LEVAGGI, A. (2003). *Las cárceles argentinas de antaño*. Ad Hoc. Buenos Aires.

O´Connor, Juan José (1933). *Cárceles de los territorios Nacionales. Memoria y estadística.* Penitenciarias Nacionales. Buenos Aires.

PIQUÉ, M. y ALLENDE, M. (2017)*. Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo.* En: Roberto GARGARELLA y Daniel PASTOR (dirs.) Constitucionalmismo, garantismo y Democracia. Puentes dialógicos entre derecho constitucional y el derecho penal. Ad Hoc, Buenos Aires.

RIVERA BEIRAS I. y SALT M. (2005). *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

SALVATORE, R. (2005). *Sobre el surgimiento del Estado Médico Legal en la Argentina [1890-1940].* Estudios Sociales, 20(1), 81–114. https://doi.org/10.14409/es.v20i1.2464

SOZZO, M. (2008). *Populismo punitivo, proyecto normalizador y "prisión-depósito" en Argentina*. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. http://www.juragentium.org/topics/latina/es/sozzo.htm#n11

ZIFFER, P. (2008). *Medidas de Seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*. Hammurabi. Buenos Aires.

VOLVER A ÍNDICE

DEMOCRACIA: UN CAMINO DE SERVICIO A LOS POBRES

Por Monseñor Jorge R. Lugones SJ

1. Palabras previas

Agradecemos la convocatoria de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora **celebrando estos cuarenta años de democracia.** Nos parece, desde nuestra visión humana y cristiana, proponer al comienzo que *la democracia debe ser un camino al servicio de los pobres.* En esta realidad, para poder enfrentar las desigualdades, debemos poner en el centro *la dignidad de la persona humana y, como columna vertebral, la digni icación del trabajo.* Pero, para ello, necesitamos remar juntos, como dice Francisco, *hacia una conversión humanista y ecológica, para que tengamos una patria habitable* (2015, 24 de mayo).

Finalmente me referiré a ***Recrear la Democracia "con un oído en el pueblo"***.

2. Acerca de la democracia como un camino de servicio a los pobres

Recordamos, con una memoria agradecida, estos cuarenta años de gobiernos democráticos, pues creemos que una democracia participativa es lo mejor que hoy un país puede aspirar para su pueblo. Pero, asimismo, constatamos que la democracia, como sistema óptimo para resolver la dura realidad de los pobres en Argentina, aún no ha dado todos los resultados positivos que podría. Hemos tenido algunas mejoras, pero falta una política de fondo que permanezca en el tiempo y pueda ser evaluable para mejorar el sistema, que debe tener una fuerte finalidad social; especialmente en la deuda que hoy persiste con los más empobrecidos y vulnerables de nuestro país.

Como he señalado en la Semana Social celebrada en 2018, cuando hablamos de **pobreza**, mirándolo desde la verdad, no solo tenemos que hablar de pobreza sino hablar de la **riqueza mal acumulada**. La pobreza en un país como el nuestro, al menos, ha venido creciendo en los últimos años a tasas muy importantes. Cuando hablamos de pobreza tenemos que mencionar también el **crecimiento económico que no se ha distribuido adecuadamente**, digo, creando fuentes de trabajo. No es que haya que repartir el dinero sino distribuir en programas de desarrollo que sean de verdad integrales.

No podemos seguir afirmando que la pobreza es una preocupación sin tomar medidas de largo alcance para los más expuestos, los más débiles, los que afrontan mayores dificultades para alcanzar una vida digna. Dios depositó la autoridad en el pueblo para que todos cuiden de todos, para que, viviendo en comunidad, nos ayudemos unos a otros. Esto es obligación de la familia y de la sociedad, pero particularmente del Estado y del gobierno. Para que el gobierno - que no podemos ejercer todos permanentemente en asamblea- sea posible, delegamos ese poder en algunos para que gobiernen. En eso consiste la democracia. Pero aquellos que reciben el mandato político -presidentes, gobernadores, intendentes, legisladores, jueces- tienen un mandato general,

con independencia del partido o el ideario político al que pertenezcan: el bienestar de todos, la igualdad de oportunidades para todos, que a nadie le falte lo necesario para una vida digna. Y también cuidar de la naturaleza, de modo que todos podamos vivir en un ambiente sano. Eso es precisamente lo que manda nuestra Constitución: los derechos que ella reconoce son para todos los habitantes de la Nación, sin excepción. Y esos derechos son claros: el derecho a la vida desde la concepción (art. 75, inc. 22), el derecho a que la naturaleza sea cuidada (art. 41) y los derechos a trabajar, estudiar y enseñar, comerciar, producir (arts. 14 y 14 bis). Ese es el plan básico de gobierno para todos los partidos políticos y para todos los que ejercen funciones de gobierno, ejecutivas, legislativas o judiciales.

Por eso, también he señalado en 2018, que cuando vemos que en una democracia hay excluidos, hay pobres, hay quienes pasan hambre, viviendo en condiciones infrahumanas, sin trabajo, podemos decir sin temor a equivocarnos, que algo no está funcionando bien. Que debemos revisarla y mejorarla, para que haya democracia hasta para el más postergado de los habitantes de nuestra nación y nuestro continente. Es decir, las políticas de gobierno que se desarrollen deben perseguir alcanzar el bien común, el bien de todos sin excepción.

La democracia debe expresar y afrontar los problemas y las necesidades de todos los miembros de la comunidad nacional y de su casa común, la naturaleza. Esto no quiere decir que el gobierno deba resolver todos los problemas, pero sí adoptar las medidas que orientarán y ayudarán a la comunidad a resolverlos. Y cuando la orientación es insuficiente para que la sociedad responda, el gobierno debe emplear los estímulos adecuados para lograrlo. Pero cuando la sociedad, pese a eso, no los resuelve, entonces el gobierno debe hacerlo.

Como les dijo Francisco a todos los gobernantes del mundo reunidos en la 70ª Asamblea General de Naciones el 25 de septiembre de 2015

> los gobernantes han de hacer todo lo posible a fin de que todos puedan tener la mínima base material y espiritual para ejercer su dignidad y para formar y mantener una familia, que es la célula primaria de cualquier desarrollo social. Este mínimo absoluto tiene en lo material tres nombres: techo, trabajo y tierra; y un nombre en lo espiritual: libertad de espíritu, que comprende la libertad religiosa, el derecho a la educación y todos los otros derechos cívicos. (Asamblea General, 2015:4)

> Hoy todavía escuchamos expresiones encontradas que consideran inexistente la categoría de pueblo y tienen un prejuicio con todo lo que sea cultura popular y con otras formas directas de participación ciudadana.

Reconocemos que una democracia sana supone la participación de todo el pueblo: la inclusión, la integración que implica dar oportunidad, ser corresponsable. Es una responsabilidad y un compromiso de todos, en especial de los dirigentes. El Papa Francisco nos lo recuerda, diciendo:

> Y el que tiene los medios para vivir una vida digna, en lugar de preocuparse por sus privilegios, debe tratar de ayudar a los pobres para que puedan acceder también a una

condición de vida acorde con la dignidad humana, mediante el desarrollo de su potencial humano, cultural, económico y social. (2015, 29 de noviembre)

Los Obispos de la República Argentina en su 111º Asamblea Plenaria en Pilar indicaron en su apartado 30 que

> La integración hace a la persona protagonista desde su propia dignidad e implica el derecho al trabajo, la propiedad de la tierra y un techo habitable. Esto está muy lejos de un protagonismo economicista devastador, que impone sin ninguna ética su dominio absoluto. (Conferencia Episcopal Argentina, 2016:10)

Adicioné en 2018 que cuando en una Nación como la nuestra, en la que hay tierra suficiente para que todos seamos propietarios, riqueza suficiente para que todos tengamos una vida digna, alimentos para un número de personas varias veces mayor que el número de sus habitantes, sigue habiendo muchos argentinos que no tienen techo, ni tierra, ni trabajo, que comen menos de los necesario y donde hay una grave desnutrición infantil, es necesario llamar fuertemente la atención de los gobernantes y de todos los sectores de la sociedad acerca de esos problemas porque, por algún motivo, la democracia y la sociedad están fallando.

Esta es nuestra propuesta: que todos tomemos conciencia de que hay muchas cosas que andan mal y que debemos corregirlas. Y que, el medio que debemos emplear para corregirlas es el **diálogo y el encuentro de los diferentes sectores de la sociedad entre sí y con el gobierno**.

Agregué que la razón de ser de la democracia es que todos los habitantes de una nación puedan participar en las decisiones políticas mediante los sistemas que la Constitución establece -las elecciones, las peticiones públicas, las movilizaciones- pero también que puedan ejercer realmente los derechos que la Constitución otorga a todos sus habitantes. Es decir, la Constitución establece un sistema institucional valioso –soberanía popular, división de poderes, elecciones libres, libertad de expresión, libertad para manifestarse, etc.– pero le asigna un fin: que todos sus habitantes puedan ejercer los derechos que ella consagra, bastando para ello que cumplan también sus deberes. El sistema institucional no funciona bien si los derechos y garantías que establece la propia Constitución no pueden ser ejercidos por muchos, pese a todos sus esfuerzos, como hoy ocurre con asociaciones de vecinos, pequeñas cooperativas, mini-empresas familiares que están creando trabajo en la economía popular porque la economía de mercado no genera empleos suficientes.

Como les dijo Francisco a los diputados europeos en el Parlamento de la Unión Europea

> Mantener viva la realidad de las democracias es un reto de este momento histórico, evitando que su fuerza real –fuerza política expresiva de los pueblos– sea desplazada ante las presiones de intereses multinacionales no universales, que las hacen más débiles y las trasforman en sistemas uniformadores de poder financiero al servicio de imperios desconocidos. Este es un reto que hoy la historia nos ofrece. (Papa Francisco, 2014)

Por esto nosotros defenderemos y celebraremos nuestras instituciones democráticas llamando la atención y proponiendo soluciones para todos esos problemas en los que no estamos practicando la democracia: los muchos argentinos que no pueden ser propietarios, que no tienen trabajo, los que afrontan mayores dificultades para alcanzar una vida digna. Fortalecer y alentar la tarea difícil de sumar voluntades para potenciar el compromiso, las relaciones y ayudas interinstitucionales.

Ese es el modo de defender y celebrar la democracia. Recordemos nuevamente la potente voz de Francisco, esta vez ante los representantes y senadores del Congreso de los Estados Unidos:

> La sociedad política perdura si se plantea, como vocación, satisfacer las necesidades comunes favoreciendo el crecimiento de todos sus miembros, especialmente de los que están en situación de mayor vulnerabilidad o riesgo. La actividad legislativa siempre está basada en la atención al pueblo. A eso han sido invitados, llamados, convocados por las urnas. (Papa Francisco, 2015, 24 de septiembre)

Pero no olvidemos que ese no es solamente el sentido y la razón de ser de la democracia como sistema de gobierno. También es el sentido y la razón de ser de la familia y de la sociedad: que todos cuidemos de todos, que nos ayudemos mutuamente. No olvidemos que los seres humanos tenemos una capacidad principal que nos distingue de los animales, además de la razón, la capacidad de cooperar, de ser solidarios.

A todos nos conmueve siempre la espontánea y masiva respuesta de los argentinos ante la pandemia o las catástrofes, como ocurre cuando hay inundaciones, u otros fenómenos naturales.

Proponemos que toda la sociedad argentina comprenda que estamos frente a algo similar a una catástrofe, que la única diferencia que tiene con las demás catástrofes es que es crónica. Precisamente el que sea crónica, el que esté entre nosotros desde hace mucho tiempo, ha terminado por anestesiarnos. Y estar anestesiado es peor que estar dormido. Del sueño uno despierta espontáneamente porque ya no tiene necesidad de seguir durmiendo o sonó el despertador o hubo un ruido fuerte. De la anestesia uno despierta sólo cuando dejan de suministrársela. Deseamos ayudar a suprimir la anestesia social.

3. Acerca de por qué asociar el cuidado de la tierra con la posibilidad de vida digna para todos los argentinos

La crisis que estamos afrontando es global, no sólo argentina o latinoamericana. Y como nos dice Francisco en *Laudato Si'* (2015, 24 de mayo), es al mismo tiempo una catástrofe de la naturaleza y de la humanidad. Y las causas son las mismas: el control de la economía por el paradigma tecnoeconómico y la subordinación de la política y la sociedad a la economía.

Creer que es posible reemplazar ese paradigma que hoy gobierna al mundo por un modelo humanista que coloque en el centro de las preocupaciones del sistema global a la persona humana y a todas las formas de la vida, tiene una connotación de esperanza. A partir de creerlo se abren para todos muchas posibilidades de contribuir a producir el cambio, cada uno dentro de sus posibilidades, a participar en la construcción de una nueva sociedad y una nueva economía.

Esta crisis es grave. Por eso Francisco se convirtió en la voz de todos los pueblos de la tierra cuando en Naciones Unidas afirmó que "El mundo reclama de todos los gobernantes una voluntad efectiva, práctica, constante, de pasos concretos y medidas inmediatas, para preservar y mejorar el ambiente natural y vencer cuanto antes el fenómeno de la exclusión social y económica" (Asamblea General, 2015:4).

No podemos soslayar el tema del trabajo y la pobreza, entre estas pobrezas "el trabajo infantil y el trabajo forzoso", en llamar la atención sobre este daño común que está recibiendo la madre tierra y las personas en todo el mundo y, sobre todo, sobre su causa. Es decir, pensar y debatir acerca de cómo reemplazar el paradigma tecnoeconómico por uno humanista, que vuelva a subordinar todas las actividades humanas al bien común global, a proteger y restaurar la naturaleza y a un mismo tiempo hacer posible para todos los habitantes del planeta y en particular de nuestra Patria y de la Patria Grande latinoamericana, el acceso a la tierra, al techo y al trabajo.

4. Acerca de por qué debemos afrontar esta crisis junto con las demás naciones de América Latina, con las que compartimos la identidad, la historia y el mismo humanismo cristiano

Otro desafío es que la magnitud de los problemas que debemos resolver para mejorar y profundizar la democracia exige que lo hagamos junto con todas las naciones latinoamericanas y del Caribe. Hemos intentado llamar la atención sobre la integración de nuestras patrias hermanas como nuestro modo de estar en el mundo.

Cómo nos decía Francisco cuando era Cardenal

> Ante todo se trata de recorrer las vías de la integración hacia la configuración de la Unión Sudamericana y la Patria Grande Latinoamericana. Solos, separados, contamos muy poco y no iremos a ninguna parte. Sería un callejón sin salida que nos condenaría como segmentos marginales, empobrecidos y dependientes de los grandes poderes mundiales. (Bergoglio, 2005:8)

Es que solamente con políticas de estado continentales acordadas y ejecutadas en común con todas las naciones de América del Sur y de América Latina podremos afrontar la defensa de los recursos naturales que pertenecen a nuestros pueblos y, simultáneamente, construir nuevas y masivas fuentes

de trabajo, asegurar el acceso de todos a los servicios públicos, a la salud, a la educación.

Un ejemplo en ese sentido es el Sínodo de la Amazonia que Francisco convocó y que se realizó en Roma en 2019 y del que participaron todos los países de la Amazonia y también delegaciones de los demás Estados latinoamericanos. Allí se debatieron los problemas que afrontan la naturaleza y las personas y se propusieron soluciones para desarrollar en común en toda nuestra Patria Grande.

Otro ejemplo es **la lucha contra el narcotráfico**, para lo cual existe un Consejo de UNASUR, en el que participan todas las naciones de América del Sur. El gobierno informó que considera la participación del Ejército en las tareas de control del narcotráfico en las fronteras. Pero el único modo de hacerlo efectivo es en forma conjunta con las fuerzas armadas de todos los países de América del Sur y para eso ya existe el ámbito apropiado que es el Consejo de Defensa de UNASUR.

Hoy tenemos que poner el hombro ante este flagelo de la droga, ayudar a cargar la cruz del caído del camino, es otro Cristo como lo puso *Simón de Cirene*, un extranjero, un africano, que cargó con la cruz de Jesús hacia el calvario. Dios no mira razas, ni procedencia cuando se trata de servir al prójimo más vulnerable. Necesitamos unir nuestras voluntades para acompañar al que ha quedado solo y desahuciado en el recodo de la vida.

El creciente consumo de droga nos está hablando de la demanda del amor que tantos adolescentes y jóvenes reclaman, a su familia, a su círculo de amigos, a su comunidad, es doloroso el sentimiento de abandono y desprotección que palpamos cotidianamente en nuestros barrios.

La Doctrina Social de la Iglesia, al postular el ***principio de la solidaridad***, propone el equilibrio entre los más débiles y los más fuertes, quienes se constituyen en verdad como las columnas de la nueva sociedad que se debe construir. A los laicos les corresponde ordenar las realidades temporales según la voluntad de Dios, en el vasto campo de la cultura, de la vida económica y social y de la acción política.

Dice Francisco:

> Estamos llamados, por lo tanto, a tender la mano a los pobres, a encontrarlos, a mirarlos a los ojos, a abrazarlos, para hacerles sentir el calor del amor que rompe el círculo de soledad. Su mano extendida hacia nosotros es también una llamada a salir de nuestras certezas y comodidades, y a reconocer el valor que tiene la pobreza en sí misma. (2017)

Como ya indicara durante la Semana Social Virtual de 2020, tenemos que referirnos necesariamente al estado de situación que hoy vive nuestra patria. Recordar lo que decíamos hace un tiempo ya: que la pandemia además de una tragedia, podía ser una oportunidad de conversión. Conversión implica un rumbo distinto pero para esto hay que dar pasos, como en la vida espiritual, y estos pasos son de transformación. Podemos transformar algo cada día, desde nuestra cordialidad, cercanía, escucha, diálogo, creatividad y amor fraterno hacia el interés comunitario.

Es una oportunidad en la cual *"nadie se salva solo"* y donde el desafío colectivo justamente puede ser esa conversión humanista y ecológica, donde podamos afianzar caminos para construir una sociedad más igualitaria. Se requiere para ello de una sensibilidad social y un sentido de fraternidad y solidaridad, que implica no sólo inclusión sino también integración, sin las cuales no es posible el humanismo ni el cuidado de la casa común.

El Discernimiento Social de la Iglesia (DSI) insta a encontrar maneras de poner en práctica la fraternidad como un principio regulador del orden económico. Donde otras líneas de pensamiento sólo hablan de la solidaridad, el DSI habla también de fraternidad. Reconocer al otro en forma personal, implica visibilizarlo con bondad, implica no prejuzgarlo y con lucidez, es decir con discernimiento, percibir, descubrir cuál es la urgencia, la necesidad o la situación particular de mi prójimo.

Una sociedad fraternal es solidaria, pero no siempre es cierto lo contrario, como muchas experiencias lo confirman*. Mientras la solidaridad es el principio de la planificación social de la desigualdad que permite llegar a ser iguales, la fraternidad es lo que permite a los iguales ser personas diversas.* Dicho de otro modo, la fraternidad permite participar de formas diferentes en el bien común de acuerdo con su capacidad, su plan de vida, su vocación, su trabajo o su carisma de servicio.

Más que nunca es necesario repensar la economía con rostro humano para el escenario que se nos avecina. Una economía que ponga el centro de la atención en las personas, en la dignidad del trabajo, en el diálogo como factor articulador de las diferencias políticas y sociales. En una economía de la producción y el consumo antes que en una economía de la especulación.

Por eso *Laudato Si',* no habla de crisis laboral ni económica, sino de "*crisis ecológica",* porque lo engloba todo: la diversidad del ambiente y de la persona, la cuestión de la "tres T" (tierra-techo-trabajo). La crisis ecológica es un problema cultural antes que económico y su resolución -según nos dice el Papa- es la conversión de las estructuras culturales mediante la política -entendida esta como "la forma más alta de caridad" (Papa Francisco, 2015, 24 de mayo).

Necesitamos mejorar nuestro rumbo que, para ser *sostenible,* necesita colocar en el centro del sistema económico a la persona humana -que siempre es un trabajador y una trabajadora-, integrando la problemática laboral con la ambiental.

La cuestión laboral reclama la *responsabilidad del Estado*, al cual compete la función de promover la creación de oportunidades de trabajo, incentivando para ello al mundo productivo, tanto como al científico-tecnológico y cultural, que se debe corresponder con un mundo de acceso social a los bienes y el consumo. Para eso, como tarea primordial, consideramos que se debe estimular y garantizar el diálogo entre organizaciones de trabajadores y de empresarios tanto como entre estos dos sectores y los partidos políticos, los movimientos sociales y populares, las asociaciones civiles, los organismos internacionales, las universidades.

Queremos estar cerca y acompañar a todos los que hoy sufren angustia por la falta de trabajo y por las dificultades para sostener una vida digna para su familia. Junto a ellos no renunciamos a pensar en un país donde la economía esté al servicio del hombre y no al contrario. Donde no se

promueva la idolatría del dinero sino la búsqueda del bien común. Unimos nuestras plegarias a las del Papa Francisco:

> ¡Ruego al Señor que nos regale más políticos, empresarios, sindicalistas, dirigentes sociales a quienes les duela de verdad la sociedad, el pueblo, la vida de los pobres! Es imperioso que los gobernantes y los poderes financieros levanten la mirada y amplíen sus perspectivas, que procuren que haya trabajo digno, educación y cuidado de la salud para todos los ciudadanos. (2013:162)

Hoy, más que nunca, necesitamos deponer en nuestra sociedad los odios que nos despersonalizan, los distanciamientos ideológicos y acusaciones constantes que no hacen más que generar enemistad, descalificación, mediocridad y culpabilizaciones sin solución.

Entendiendo que estamos en una coyuntura donde la creatividad de todos debe poder ayudarnos recíprocamente, será posible con la participación de todos los sectores encontrar los mejores caminos de salida, ya que -como dice el Papa Francisco- "*estamos todos en la misma barca*" (2020) y sólo saldremos juntos.

5. Una Patria habitable

(Quino, 1998:147)

Para iniciar esta reflexión, será bueno tomar conciencia antes que nada de qué pienso, qué pensamos cuando decimos patria ¿es solamente un concepto que aprendimos en la escuela? ¿es un sentimiento que nos invade especialmente en las "fechas patrias" o cuando juega y gana Argentina? ¿es el afecto y el sentido de pertenencia a nuestro país siendo constructores comprometidos todos los días por hacer de este suelo, de esta sociedad, un espacio más habitable

para todos los hombres y mujeres que en él vivimos? ¿y para los que vendrán?

¿Cómo “hacemos patria”? Todos tenemos un sueño de patria, tal vez de esa Patria Grande donde nuestro pueblo se amplía con otros vecinos, unidos por lazos de historia, identidad, raíces culturales o de pensamiento, pero soñar es también empezar a hacerlo realidad.

¿Quién lo tiene que hacer? ¿Quiénes tienen que hacer la Patria? ¿Es responsabilidad de los que gobiernan, de los tres poderes, de los dirigentes políticos y sociales solamente? De los actores más destacados por sus funciones: iglesia, agentes sociales, representantes de la cultura, educadores, etc.

Estamos convencidos de que la patria es tarea DE TODOS, cada uno desde su rol, desde su responsabilidad y por eso, en la medida en que pensemos que siempre es responsabilidad de unos, o de otros, no mía, el sueño se irá alejando.

¿Qué aspectos me parecen urgentes y alcanzables por todos para que esta patria sea cada vez más habitable?

5.1. Tener una mirada trascendente de la vida y del futuro

Mafalda tiene razón: a veces planeamos mucho y volamos como la perdiz. Y perdemos el sentido de futuro y de trascendencia. “Proyectar es dar lugar a la utopía, es mirar al futuro, escribirlo, construirlo día a día con decisiones y acciones en diálogo armónico con el don recibido”. El proyecto requiere buscar estrategias con acuerdos sustanciales y plurales para ir paso a paso, creciendo progresivamente y a la vez sin negar las raigambres de nuestra identidad (Bergoglio, 2010:22).

La Palabra de Dios nos señala que todos los seres humanos son iguales entre sí (tienen el mismo origen). La mujer y el hombre tienen igual dignidad: fueron uno y están destinados a serlo. La Palabra es poderosa: lo crea todo. Todo ha sido creado bueno, Dios no es el origen del mal. El origen del mal está de alguna manera ligado al ejercicio de la libertad por parte del ser humano. El ser humano tiene una responsabilidad particular respecto al lugar de la creación (cosmos) en el que es puesto. Esta responsabilidad significa ser colaboradores con Dios creador. El comportamiento del ser humano tiene consecuencias que impactan en el cosmos y están deteriorando nuestra casa común.

Como me he expedido en la Semana Social de 2022, para esto Francisco no sólo pone el énfasis en la *Espiritualidad (socioecológica)* como animadora (alma) de la cultura -estilo de vida de un pueblo- incluidas instituciones y estructuras sino que invita implícitamente a que esa espiritualidad que anima lo cotidiano tenga su horizonte en un proyecto más amplio y trascendente, nos anima a soñar, aún cuando sea, o parezca de verdad, una utopía. Esta espiritualidad socioecológica fraterna con los otros, especialmente con “los pobres y nuestra hermana madre tierra”.

5.2. Cuidar la propia casa favoreciendo la vida de todos

(Quino, 1998:417)

¿Cuántos de los que estamos aquí hoy pensamos como Mafalda? Mantener limpia la patria hoy también incluye el cuidado del sitio que habitamos y de todas las formas de vida que en ella existen, si de verdad queremos que nuestra patria sea habitable para todos.

Existe un verdadero "derecho del ambiente" que implica límites éticos a la acción humana y que supone que cada una de las criaturas, especialmente las vivientes, tienen un valor en sí mismas (Asamblea General, 2015:3). Si de verdad queremos comprometernos en hacer una patria para todos y todas, debemos impulsar la promoción de "una cultura del cuidado que impregne toda la sociedad" (Papa Francisco, 2015, 24 de mayo), cuidado de la creación, pero también del prójimo, cercano o lejano, en el espacio y el tiempo.

La vida digna supone el cuidado de ese patrimonio común en el que habitamos. Necesitamos concientizarnos para vivir la "ecología integral" como nuevo paradigma de justicia, una ecología que "incorpore el lugar peculiar del ser humano en este mundo y sus relaciones con la realidad que lo rodea" pues el ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos (Papa Francisco, 2015, 24 de mayo).

5.3. Superar lo que nos distancia y ver al otro como hermano

(Quino, 1997:443)

Seguramente hoy aquí no hay nadie que se crea mejor que el otro, eso está descontado. Pero mirando alrededor en nuestra realidad social más amplia, debemos reconocer que este sabio consejo de Miguelito necesita ser escuchado. Todos tenemos claro, al menos en teoría, de que somos creados a imagen y semejanza de Dios, creados por amor. Sin embargo, muchos discursos procuran instalar lo contrario.

Asistimos a un tiempo en nuestro país -y en la región- de instigación permanente al odio y al desencuentro, que nos impide reconocernos como hermanos y dar pasos trascendentes en términos de unidad. De unidad en la diversidad como bien nos enseña Francisco en la figura del poliedro. Una Patria de hermanos es la antítesis del odio y de las grietas y solo es pensable desde la integración y el respeto por el diferente.

Reconocer el amor de Dios es una sabiduría que también se expresa en lo que Francisco llama ***"Experiencias de salvación comunitaria"***, para el cristiano se perfecciona como don del Espíritu Santo. Acontece por el plus que da el encuentro interpersonal y comunitario que hace algo nuevo que no se da en la mera suma de individuos o por solo un contrato social (Papa Francisco, 2015, 24 de mayo).

5.4. Revisar las posibilidades y condiciones de trabajo para todos

(Quino, 1997:448)

En este punto es evidente que todos vamos a coincidir en que sin posibilidades de trabajo para todos no haremos una patria más habitable. Será justamente todo lo contrario. Y dentro de estas posibilidades de trabajo, también urge promover salidas laborales que dignifiquen a la persona, que promuevan su crecimiento y creatividad.

La preocupación de Miguelito es una realidad para muchos de nuestros hermanos y hermanas que hoy no tienen la posibilidad de un trabajo digno o estable y para quienes su realidad de trabajo se convierte en un "malgastar" la vida, o de quienes aún con trabajo formal no llegan a esa dignidad. En consonancia con lo manifestado en la Semana Social de 2022, la posibilidad del trabajo digno no es un problema individual; es la consecuencia de un modelo que debe anteponer la

producción a la especulación, la distribución a la concentración y el acaparamiento, el bien común a la rentabilidad sectorial.

Para Francisco, lo importante es asegurar a todos la posibilidad de hacer brotar las semillas que Dios ha puesto en cada uno, sus capacidades, su iniciativa, sus fuerzas. Esa es la mejor ayuda para un pobre, el mejor camino hacia una existencia digna" (2020, 3 de octubre). **Jamás propone que las personas vivan de subsidios.** No se cansa de insistir en que "ayudar a los pobres con dinero debe ser siempre una solución provisoria para resolver urgencias". No es repartir, sino que "lo verdaderamente popular –porque promueve el bien del pueblo–debería ser siempre permitirles una vida digna a través del trabajo". Porque "no existe peor pobreza que aquella que priva del trabajo y de la dignidad del trabajo". Por consiguiente, reclama creatividad política y empresarial para "acrecentar los puestos de trabajo en lugar de reducirlos" y alienta "la creación de fuentes de trabajo diversificadas" (Papa Francisco, 2015, 24 de mayo).

En nuestro país, en este tiempo, aunque se verifique crecimiento en la actividad económica o en el empleo, sabemos que es insuficiente. Por ello, tengamos presente que no hay modo de alcanzar una auténtica integración social sin redistribuir la riqueza y las oportunidades.

(Quino, 1997:481)

Muchos coinciden con Mafalda en esta idea negativa de la política. No se puede ignorar que detrás de este hecho percibimos los errores, la corrupción, la ineficiencia de algunos políticos, el personalismo, el individualismo, el privilegio de un sector. A esto se suma los que buscan debilitarla o reemplazarla por la economía, o dominarla con alguna ideología (Papa Francisco, 2020, 3 de octubre).

Francisco se pregunta: "¿puede funcionar el mundo sin política? ¿puede haber un camino eficaz hacia la fraternidad universal y la paz social sin una buena política?" Y nosotros hoy: ¿se puede hacer una patria más habitable sin política? Necesitamos políticas públicas que salgan del cortoplacismo, necesitamos más responsabilidad y espíritu crítico ante el poderío mediático que, respondiendo a intereses económicos sectoriales, reduce la política al espectáculo o a la imagen privilegiando el rating, la descalificación, negando la discusión inteligente de las ideas y el discernimiento de la realidad.

Necesitamos un análisis sereno, reflexivo, profundo, de dónde estamos y hacia dónde nos

proponemos ir. No podemos segmentarnos en espacios, más bien -como decía Francisco- tenemos que “privilegiar el tiempo al espacio” (Bergoglio, 2010:4). Procesos que ayuden a la integración.

No podremos descartar a ninguna fuerza o movimiento político. Cada uno siempre tiene algo bueno para aportar para el bien común. ello, teniendo presente que la administración de la vida en sociedad no es sólo tarea del poder político, sino que está condicionada también por otros poderes, como el judicial o el económico.

No hay punto final en la construcción de la paz social de un país, sino que es, como aconseja Francisco una tarea que no da tregua y que exige el compromiso de todos. Trabajo que nos pide no decaer en el esfuerzo por construir la unidad de la nación y, a pesar de los obstáculos, diferencias y distintos enfoques sobre la manera de lograr la convivencia pacífica, persistir en la lucha para favorecer la cultura del encuentro, que exige colocar en el centro de toda acción política, social y económica, a la persona humana, su altísima dignidad, y el respeto por el bien común (2017, 7 de septiembre).

6. Recrear la democracia con un oído en el pueblo

Haciendo eco de las palabras pronunciadas en la Semana Social de 2023, tenemos memoria en estos cuarenta años de democracia, por lo tanto, hablar de recreación es identificación con lo que se ha creado antes, no es novedad pero sí un impulso nuevo a la creatividad que imponen tiempos distintos, un cambio epocal que exige un discernimiento de los signos de los tiempos, desde la realidad de hoy, pero sin descartar lo vivido en democracia con aciertos y errores.

Democracia: es una forma de gobierno justa y conveniente para vivir en armonía y con participación de la ciudadanía, en la cual se respeta el principio de la mayoría, que debe ir más allá de la perspectiva electoral. Pero también es un estilo de vida; como sistema que promueve y permite el respeto irrestricto de los derechos y libertades de las personas, con principios y valores como libertad de asociación, participación, organización social, solidaridad, respeto a la diversidad, equidad, pluralismo, diálogo, consenso, competencia político-electoral, en búsqueda del desarrollo económico, político y cultural de la sociedad.

Decíamos los obispos en el Documento del Bicentenario:

En nuestra cultura prevalecen valores fundamentales como la fe, la amistad, el amor por la vida, la búsqueda del respeto a la dignidad del varón y la mujer, el espíritu de libertad, la solidaridad, el interés por los pertinentes reclamos ante la justicia, la educación de los hijos, el aprecio por la familia, el amor a la tierra, la sensibilidad hacia el medio ambiente, y ese ingenio popular que no baja los brazos para resolver solidariamente las situaciones duras de la vida cotidiana. Esos valores tienen su origen en Dios y son fundamentos sólidos y verdaderos sobre los cuales podemos

avanzar hacia un nuevo proyecto de Nación, que haga posible un justo y solidario desarrollo de la Argentina. (Conferencia Episcopal Argentina, 2008:3)

Estamos conmemorando los primeros cuarenta años ininterrumpidos de democracia en nuestra Patria y entendemos que nos hallamos ante el desafío de recrearla.

Recreare. Re: es el prefijo (hacia atrás). Es crear de nuevo, volver a la vida, restablecer, pero también alegrar, deleitar, (de aquí la palabra "recreo").

Para re crear, necesitamos también la memoria. En sus inicios en 1983, al cabo de la noche más oscura a manos de un poder militar ilegítimo, se soñaba con un ideal democrático con valores populares que garantizarían la igualdad, el desarrollo económico, la integración republicana de la nación. Sin embargo, en la medida en que la identificación de la democracia empezó a ser asociada con el capitalismo como modelo económico – particularmente a partir de la caída del muro de Berlín – se fue desvalorizando el concepto de gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo, en tanto no pudo resolver las cuestiones planteadas.

Se comenzó a evidenciar una degradación en las instituciones que fue de la mano de un proceso de desintegración del cuerpo social y una crisis del sistema de representación. La democracia dejó de identificarse con la defensa de los intereses de la mayoría, del bien común, para pasar a ser una herramienta en manos de sectores de poder vinculados a corporaciones monopólicas que fue manipulando la opinión pública y los criterios de análisis a nivel social.

Lamentablemente hasta estos días el otro factor es el endeudamiento endémico que ha tenido la Argentina tanto con los programas de ajustes del FMI y de administración de la moneda norteamericana, con las consecuencias en la política internacional, que ha impedido, por ejemplo, acuerdos virtuosos de cooperación internacional multilateral.

Nos encontramos así ante una democracia con una percepción de falta de vigor y empatía con lo propio, que no alcanza a cobijar a todos los sectores de la Argentina. Con un vaciamiento de las instituciones sociales y políticas, aún las incorporadas en la reforma del 94, que han perdido la capacidad de arbitrar entre el capital y el trabajo, así como de contener a los descartados del mercado de trabajo y brindar la debida protección social como consecuencia de los nuevos escenarios económicos.

Todo ello en un escenario del mundo occidental a escala global que va avanzando hacia la disminución del estado de bienestar, con el surgimiento de grupos radicalizados.

Desde esta historia, recrear es nuestro modo de hacernos cargo de la realidad. De ESTA realidad. Con una escucha "vulnerable", porque solo una escucha humilde, puede vulnerarnos realmente y por ello afectarnos y cambiarnos. Sin humildad, no hay escucha. Sin escucha no hay convivencia política.

Es hora de que tomemos conciencia de que ese poder que tenemos nos desafía a

PARTICIPAR en la tarea de cuidar la democracia, mantenerla y enriquecerla con el aporte de cada uno. *Reflexionar sobre esta participación,* preguntándonos cómo podemos renovar el compromiso y la esperanza.

Entonces ¿Por qué recrear? Y ¿por qué escuchar puede ser un camino para re-crear? Si la democracia es el gobierno del pueblo, es el gobierno que nos representa, ¿por qué un oído en él? Algunas razones para ello:

- Porque aún no se vive una justicia social que responda a lo que cada persona necesite para vivir con dignidad.

- Porque aún nos enredamos en contiendas partidarias, más que en discernir cómo podemos aportar juntos al bien común.

- Porque aún miramos al que piensa distinto como un enemigo y no nos abrimos al diálogo que construye.

- Porque pareciera que vivimos atados a la coyuntura y no despegamos hacia políticas de estado sostenibles en el tiempo.

- Porque cada uno, cada una, puede agregar su propia mirada.

7. Escuchar para recrear…

Entonces, pensamos de qué modo recrearla. Una propuesta puede ser a través del encuentro-dialógico. Escuchando con esperanza. **Escuchar**.

> Escuchar es algo decisivo, por ser una de las necesidades mayores que experimenta el ser humano: 'el deseo ilimitado a ser escuchados' [...] y es exigente, porque no basta cualquier tipo de escucha, hay que escuchar bien, prestando atención a quién escuchamos, qué escuchamos y cómo escuchamos. (Martinez-Gayol Fernández, 2022:5)

Citando a San Pablo: "la fe proviene de una escucha" (Papa San Pablo II, 1987, 25 de marzo).

> Creer, en último término es ver lo que nace de una escucha. De ahí que, para la Biblia, el oír –la audición– sea más importante que la visión. […] No hay escucha verdadera sin esperanza, sin aguardar algo del otro a quien escucho… sin 'retener mis expectativas, deseos, búsquedas…'. Sin dar la prioridad absolutamente a aquel de quien viene la palabra. Por esa razón, la escucha también genera esperanza 'en el otro', que se experimenta escuchado, que percibe que alguien aguarda algo de él, que cree en él, y así lo dignifica. La escucha es reconocimiento del otro, y por ello, supone su dignificación (Martinez-Gayol Fernández, 2022:5-6)

La escucha supone también el diálogo

> Una palabra atenta a la vida, al otro, y a todo lo que acontece a través de ella es la que puede implicarse en esa construcción y crear un verdadero diálogo que trata de generar 'algo nuevo'. Nos permite así mirar la realidad juntos… re-crearla, decirla, y por ello también 'hacernos cargo de ella'. (Martinez-Gayol Fernández, 2022:5-6)

Después de pasar la pandemia, Francisco nos exhortaba a retomar la conciencia de nuestra pertenencia común porque la mejor forma de cuidarnos es aprendiendo a cuidar y proteger a los que tenemos al lado: conciencia de barrio, conciencia de pueblo, conciencia de región, conciencia de casa común.

> El cuidado no sólo tiene que ver con las relaciones interpersonales, sino que es un concepto con una profunda dimensión política. De hecho, ya se está hablando de "ciudadanía". La pandemia ha dejado al descubierto no solo nuestra vulnerabilidad sino también la importancia de las redes de cuidado que sostienen nuestra vida social. (Martinez-Gayol Fernández, 2022:16)

Nos indica Francisco que los políticos están llamados a

> Preocuparse de la fragilidad, de la fragilidad de los pueblos y de las personas. Cuidar la fragilidad quiere decir fuerza y ternura, lucha y fecundidad, en medio de un modelo funcionalista y privatista que conduce inexorablemente a la 'cultura del descarte'. […] significa hacerse cargo del presente en su situación más marginal y angustiante, y ser capaz de dotarlo de dignidad. (2020, 3 de octubre)

Así ciertamente se genera una actividad intensa, porque "hay que hacer lo que sea para salvaguardar la condición y dignidad de la persona humana" (Papa Francisco, 2015, 29 de noviembre).

Pero… en este camino de re-creación de la democracia, ¿a quién escuchamos y a quién cuidamos? Ya Francisco, en el año 2010:

> El desafío de ser ciudadano comprende vivir y explicitarse en las dos categorías de pertenencia: de pertenencia a la sociedad y de pertenencia a un pueblo. Se vive en sociedad y se depende de un pueblo. Es real y cierto que, en nuestra condición de pueblo nuevo en la historia, nuestra identidad no está del todo perfilada y definida. En nuestra situación, ser parte del pueblo, formar parte de una identidad común, para algunos sectores, no es automático. [...] Se trata de un proceso, de un hacerse pueblo. De una integración, de un trabajo lento, arduo, muchas veces doloroso por el cual nuestra sociedad ha luchado. (Bergoglio, 2010:7)

Concluía Francisco en ese entonces que

> al referirnos a la escucha para re-crear, tenemos que hacer el esfuerzo de recuperar esa dimensión individual, personal, importantísima y destacada de manera significativa,

en nuestra tradición de pensamiento para ponerla a jugar con la dimensión social, colectiva, estructural de la vida comunitaria. (Bergoglio, 2010:6)

Construyendo así verdaderas experiencias de salvación comunitarias. Necesitamos pasar de una **democracia representativa a una democracia participativa**, en nuestra convivencia cotidiana la pluralidad se manifiesta cuando reconocemos que no puede haber una sola manera de entender la convivencia… que siempre hay posibilidad de discusión, debate, interacción.

Hay sectores que hoy cuestionan el sistema democrático, pero no debemos claudicar, es el marco y estilo de vida que hemos elegido tener, con sus aciertos y errores, en este proceso de integración debemos discutir nuestras posturas, dirimir nuestras diferencias y encontrar nuevos consensos.

Necesitamos un análisis sereno, reflexivo, profundo, de dónde estamos y hacia dónde queremos ir. No podemos segmentarnos en espacios, más bien -como decía Francisco- y ya indicamos, tenemos que "privilegiar ***el tiempo al espacio"***. Todo este proceso contribuirá a la integración.

Como nos enseña Francisco:

> Cada día se nos ofrece una nueva oportunidad, una etapa nueva. No tenemos que esperar todo de los que nos gobiernan, sería infantil. Gozamos de un espacio de corresponsabilidad capaz de iniciar y generar nuevos procesos y transformaciones. Seamos parte activa en la rehabilitación y el auxilio de las sociedades heridas. Hoy estamos ante la gran oportunidad de manifestar nuestra esencia fraterna, de ser otros buenos samaritanos que carguen sobre sí el dolor de los fracasos, en vez de acentuar odios y resentimientos. (2020, 3 de octubre)

Nunca la persecución, indiferencia o la descalificación del otro pueden ser parte de la solución.

Volvemos al principio. Estamos transitando los primeros 40 años de una democracia ininterrumpida. Providencialmente estamos aquí para hacer esta reflexión. Pero también para que no se quede solamente en esto, en una reflexión: ¿podremos nosotros en nuestros ambientes, comprometernos como ciudadanos, parte de un pueblo, a re-crear esta democracia? ¿Podremos poner "un oído en pueblo y otro en el Evangelio" (como decía el beato Angelelli) para que esta democracia sea más participativa y un camino de esperanza para todos los que habitamos este suelo? A esa tarea estamos todos convocados, especialmente los jóvenes, escuchando sus propuestas, anhelos y sueños.

> ¡República Argentina! ¡Noble patria… Todos tus hijos te consagramos nuestros sudores, y nuestras manos no descansarán, hasta que te veamos en posesión de tus derechos, rebosando orden, vida y prosperidad! Regaremos, cultivaremos el árbol sagrado, hasta su entero desarrollo; y entonces, sentados a su sombra, comeremos sus frutos. Los hombres, las cosas, el tiempo, todo es de la patria. (Sermón del 9 de julio de 1953 del Fray Mamerto Esquiú)

VOLVER A ÍNDICE

Referencias Bibliográficas

ASAMBLEA GENERAL (2015, 25 de septiembre). A/70/PV.3 3° sesión plenaria. *Documentos oficiales*. Nueva York: ONU.

BERGOGLIO, Jorge M. (2005). Prólogo. En CARRIQUIRY, Guzmán, *Una apuesta por América Latina*. Buenos Aires: Sudamericana.

BERGOGLIO, Jorge M. (2010, 16 de octubre). Conferencia del Sr. Arzobispo en la XIII Jornada Arquidiocesana de Pastoral Social: Hacia un Bicentenario en Justicia y Solidaridad 2010-2016. Nosotros como ciudadanos, nosotros como pueblo. Recuperado de https://www.pastoralsocialbue.org.ar/wp-content/uploads/2014/11/Nosotros-como-Ciudadanos-Nosotros-como-Pueblo.pdf (Fecha de consulta: 7/12/23)

CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA (2008). Hacia un Bicentenario en justicia y solidaridad (2010-2016). *Documentos históricos*. Recuperado de https://episcopado.org/assetsweb/documentos/2000-2019/2008-Bicentenario_89.doc (Fecha de consulta: 7/12/23)

CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA (2016). El Bicentenario. Tiempo para el encuentro fraternal de los argentinos. Recuperado de https://pastoralsocialbue.org.ar/documento/el-bicentenario-tiempo-encuentro-argentinos/ (Fecha de consulta: 7/12/23)

MARTÍNEZ-GAYOL (aci), Nurya (2022) Espiritualidad de la Sinodalidad. *UISG Unión Internacional Superioras Generales*. Recuperado de https://www.uisg.org/files/allegatodocumento/2022/NURYA_MARTINEZ_GAYOL_Espiritualidad_de_la_sinodalidad_SPA.pdf (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA FRANCISCO (2013, 24 de noviembre). Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium* del Santo Padre Francisco a los obispos, a los presbíteros y diáconos, a las personas consagradas y a los fieles laicos sobre el Anuncio del Evangelio en el mundo actual, p. 162. Recuperado de https://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium_sp.pdf (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA FRANCISCO (2014, 25 de noviembre). Discurso del Santo Padre al Parlamento Europeo en Estrasburgo. Recuperado de https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/november/documents/papa-francesco_20141125_strasburgo-parlamento-europeo.html (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA FRANCISCO (2015, 24 de mayo). Carta Encíclica *Laudato Si'* del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la Casa Común. Tipografía Vaticana. Recuperado de https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA FRANCISCO (2015, 24 de septiembre). Discurso del Santo Padre en la visita al Congreso de los Estados Unidos de América. Recuperado de https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150924_usa-us-congress.html (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA FRANCISCO (2015, 29 de noviembre). Discurso del Santo Padre en el Encuentro con la clase dirigente y con el cuerpo diplomático en Bangui. Recuperado de https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/november/documents/papa-francesco_20151129_repubblica-centrafricana-autorita.html (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA FRANCISCO (2017, 13 de junio). Mensaje del Santo Padre para la Jornada Mundial de los Pobres. Recuperado de https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2017/06/13/mens.html (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA FRANCISCO (2017, 7 de septiembre). Discurso del Santo Padre en el Encuentro con las autoridades, el cuerpo diplomático y algunos representantes de la sociedad civil en Plaza de Armas de la Casa de Nariño, Bogotá. Recuperado de https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/september/documents/papa-francesco_20170907_viaggioapostolico-colombia-autorita.html (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA FRANCISCO (2020, 3 de octubre). Carta Encíclica *Fratelli Tutti* del Santo Padre Francisco sobre la fraternidad y la amistad social. Recuperado de https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html (Fecha de consulta: 7/12/23)

PAPA SAN PABLO II (1987, 25 de marzo). Carta Encíclica *Redemptoris Mater* del Sumo Pontífice Juan Pablo II sobre la Bienaventurada Virgen María en la vida de la Iglesia peregrina. Recuperado de https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031987_redemptoris-mater.html (Fecha de consulta: 7/12/23)

QUINO (1998). *Toda Mafalda* (8° ed.). Buenos Aires: Ediciones de la Flor.

VOLVER A ÍNDICE

Las facultades legislativas del Poder Ejecutivo en la reforma constitucional de 1994

Por Pablo Luis Manili

1. Introducción

Como es sabido, la reforma de 1994 fue posible por el consenso al que arribaron los dos partidos mayoritarios de Argentina a fines de 1993. Uno quería la reelección a cualquier precio y el otro, presionado por el primero[1] y sin una cantidad de legisladores suficiente para impedir alguna maniobra en el Congreso, accedió a posibilitar la reforma a cambio de que en el nuevo texto constitucional se incluyeran institutos que atenuaran el hiper-presidencialismo que afectaba a nuestro sistema constitucional, tanto en la faz normativa como en la práctica.

Por lo tanto, se incluyeron en la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma y en el texto definitivo de la constitución, una serie de institutos tendientes a ese fin. Los mencionaremos siguiendo el orden de las normas constitucionales que los contienen:

- Introducción de la consulta popular vinculante convocada por el Congreso (art. 40), que éste puede utilizar para obligar al Ejecutivo a realizar determinada acción u abstención[2].
- Extensión del período de sesiones ordinarias del Congreso (comenzando el 1º de marzo en vez del 1º mayo y finalizando el 30 de noviembre en lugar del 30 septiembre), lo cual acota el período de receso y por lo tanto reduce la posibilidad de que el Presidente gobierne por decreto durante él (art. 63).
- Exigencia de previa aprobación por el Congreso (con los dos tercios de la totalidad de miembros de cada una de las Cámaras) para la denuncia de tratados con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22 CN), lo cual antes de la reforma podía hacer por sí solo.
- Reducción de las facultades del gobierno federal en los establecimientos de utilidad nacional3 (art. 75 inciso 30 CN).
- Limitación de la facultad del Presidente para declarar la intervención federal a las provincias (arts. 75 inciso 31 y 99 inciso 20 CN), habilitándolo a hacerlo sólo en caso de receso del Congreso y convocándolo de inmediato para tratar el tema.
- Creación de órganos de control externo de la administración pública, tales como la Auditoría General de la Nación, presidida por la oposición (art. 85 CN) y del Defensor del Pueblo de la Nación, designado por mayoría calificada del Congreso (art. 86).

1 Varios fueron los resortes utilizados para esa extorsión: (i) El Diputado Nacional Durañona y Vedia (U.Ce.De., aliado al oficialista PJ) había presentado un proyecto de ley en la H. Cámara de Diputados de la Nación para "reglamentar" el art. 30 CN y hacerle decir a éste que la mayoría de dos tercios que exige, debe calcularse solamente sobre los presentes y no sobre la totalidad de los miembros de las cámaras del Congreso. (ii) También se amenazó con la convocatoria a un plebiscito para preguntarle a la ciudadanía si apoyaba o no le reelección, en una artera maniobra para confundir lo permanente (la reforma constitucional) con lo coyuntural (la reelección de una persona); etc.

2 Puede verse nuestro trabajo "La Utilidad de los Mecanismos de Democracia Semidirecta como Mecanismos de Control de los Poderes del Estado", publicado en Revista Jurídica de Buenos Aires, editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1997, n° I-II-III, pág. 137 y ss.

3 Puede verse, para mayor análisis, nuestro libro Establecimientos de Utilidad Nacional, Buenos Aires, Universidad, 2004, passim.

- Acotamiento del mandato presidencial de seis a cuatro años (art. 90 CN), con posibilidad de una sola reelección y prohibición de sucesión recíproca entre los integrantes de la misma fórmula.

- Exigencia de dos tercios en el Senado para prestar acuerdo a la designación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante "la Corte", art. 99 inciso 4 CN).

- Necesidad de un nuevo acuerdo del Senado para que un ministro de la Corte que cumple 75 años de edad se mantenga en el cargo (art. 99 inciso 4, tercer párrafo, CN), lo cual implica que las designaciones que hace un Presidente no duran tanto tiempo como antes, a menos que el Senado (también con dos tercios) lo ratifique. Esta norma no se ha aplicado aún porque en 1999 la Corte la declaró nula en el fallo "Fayt"4, pero ya ha mostrado su efectividad al provocar la renuncia del Juez Zaffaroni (aceptada el 31 de diciembre del año 2014 por Cristina Fernandez de Kirchner), para evitar someterse a ese acuerdo por haber llegado a esa edad.

- Creación del cargo de Jefe de Gabinete, con responsabilidad política y con rendición de cuentas mensualmente ante el Congreso de la Nación y con la posibilidad de que éste apruebe mociones de censura y de remoción (arts. 100 y 101).

- Creación del Consejo de la Magistratura, para acotar la discrecionalidad del Presidente al momento de designar jueces inferiores, ya que sólo puede decidir entre los de la terna que prepara ese órgano (art. 114 CN)

- Regulación del Ministerio Público como órgano extra-poder, abandonando así la jurisprudencia de la Corte que lo consideraba un mero asesor del Poder Ejecutivo5 (art. 120 CN).

- Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 CN), lo que implicó en los hechos, quitarle al Presidente la posibilidad de designar, a su solo arbitrio, a la persona que administra el tercer presupuesto más abultado del país (luego del nacional y del bonaerense).

- Regulación de la delegación legislativa, la promulgación parcial de leyes y los decretos de necesidad y urgencia —DNU— (arts. 76, 80 y 99 inciso 3 CN),

El análisis de cada uno de esos ítems excedería los límites impuestos por la dirección de esta publicación cuando nos honrara con la convocatoria a participar en ella. Por tal motivo, nos centraremos en el último de esa lista, que contiene las que denominamos "facultades legislativas del Poder Ejecutivo" por ser las más delicadas en cuanto al equilibrio ente ese poder y los otros dos y, por lo tanto, la vigencia del régimen republicano de gobierno. A diferencia de ellas, reservamos

4 Fallos 322: 1616

5 *Fallos* 43:321 ("*La Pilcomayo")*

el rótulo de *"facultades co-legislativas del Poder Ejecutivo"* para las demás: iniciativa legislativa, la promulgación y la reglamentación de leyes, la convocatoria a sesiones extraordinarias, etc.

Para cada uno de esos institutos se podrían analizar tres aspectos: (i) el uso que el Poder Ejecutivo hizo de estas facultades, (ii) el control que ejerció el Legislativo sobre los decretos dictados en consecuencia y el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente (creada recién doce años después de la reforma constitucional por ley 26.122 y manejada por un oficialismo que evita todo tipo de control); y (iii) el control que ejerció el Judicial en los casos puntuales que le fueron sometidos. En este trabajo analizaremos solamente el tercero de ellos. Más que hacer una exégesis de las normas constitucionales que los regulan, estudiaremos el modo en que cada uno de esos institutos funcionaba en la práctica jurisprudencial antes de 1994 y cómo fue su tratamiento jurisprudencial después de esa fecha.

2. Art. 76: La delegación legislativa

a) En el fallo "*Delfino*"[6] de 1927 comenzó la permisividad judicial respecto de la delegación legislativa, ya que en él se analizaba la constitucionalidad de una ley que delegaba en una agencia del Poder Ejecutivo (la Prefectura General de Puertos) el dictado de normas complementarias a fin de castigar ciertos ilícitos en el área portuaria, dentro de las cuales estaba la fijación de penas. La Corte entendió que la ley era válida porque fijaba límites claros a la actividad del Presidente: (i) Un límite temporal: "Mientras no sea sancionado el Código de Policía Fluvial y Marítima"*;* (ii) Un límite material: "Cuando la pena no exceda de un mes de arresto o de cien pesos de multa"*;* (iii) Un mecanismo de control: "la resolución será apelable para ante el juez de sección *inmediato*". Esos tres límites conformaban, a criterio de la Corte, una política legislativa clara, dentro de la cual el Ejecutivo se limitaba a "cumplir la voluntad legislativa expresada en esa ley" a través del dictado de ordenanzas y reglamentos que simplemente "defin(ían) los hechos… mediante los cuales se hacían efectivos los poderes... conferidos y cuyo detalle aquélla no había reglado". Por todo ello, la Corte convalidó no sólo la ley del Congreso sino también lo actuado por el Ejecutivo en su consecuencia[7].

b) Treinta años después se presentó el caso "*Mouviel*"[8] que resultaba análogo por cuanto lo que se juzgaba era la creación y la aplicación de una sanción por parte de un órgano dependiente del Ejecutivo (antes, la autoridad portuaria, ahora la policía), en ejercicio de una delegación de facultades legislativas[9]. La Corte declaró la inconstitucionalidad de los

6 Fallos 148:430.

7 Para ampliar pueden verse nuestros trabajos: "La Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo" en la obra colectiva *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, dirigida por Daniel Sabsay, La Ley, 2002, pág 755 y ss., y "La Delegación Legislativa en el Derecho Constitucional Norteamericano" en *Debates de Actualidad (Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*) Año XVIII, nª 189, Septiembre 2002-Abril 2003, pág. 71 y ss.

8 Fallos 237:636

9 Puede verse nuestro análisis de la evolución jurisprudencial en esta materia en "La Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo", en la obra colectiva de Sabsay Daniel et al, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2002,

edictos policiales, con fundamento en el principio nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, contenido en el art. 18 CN y que constituye un pilar del debido proceso sustantivo. Sostuvo: "La 'ley anterior' del art. 18 de la Constitución Nacional y del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege', exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar".

c) Hasta aquí, la doctrina judicial venía siendo moderada y aceptable, pero en el caso "*Cocchia*", dictado apenas unos meses antes de la reforma constitucional y cuando ésta ya estaba en ciernes[10], la Corte de la mayoría automática convalidó un decreto[11] que derogaba beneficios laborales para los trabajadores portuarios a través de la suspensión de la vigencia de un convenio colectivo de trabajo, esgrimiendo para ello una muy vaga apoyatura en ciertos tratados internacionales y en leyes del Congreso. Para ello: (i) inventó la "doctrina" de los decretos de ejecución sustantivos, que no es más que un juego de palabras para confundir la tarea de reglamentación de leyes de la de ejercicio de facultades legislativas, y (ii) echó mano de normas que muy remota y vagamente se relacionaban con la materia en cuestión: las leyes de reforma del Estado[12], de emergencia económica[13], de puertos[14] y el Tratado de Asunción, constitutivo del Mercosur.

d) Este fallo muestra el estado de la cuestión antes de 1994. Con esos precedentes la convención constituyente introdujo el art. 76 CN, que recoge gran parte de la doctrina esbozada por la Corte en "*Delfino*", como un modo de limitar los excesos convalidados en *"Cocchia"*. En efecto: (i) Comienza con una prohibición general: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo"*;* (ii) Luego traza la excepción: "salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública"*;* (iii) Obliga al Congreso a establecer un plazo y un marco para el ejercicio de la delegación: "con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso *establezca".* (iv) A su vez, el art, 100 inciso 12 CN crea un mecanismo de control posterior, en cuanto obliga al Jefe de Gabinete refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas y establece que "estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente".

Después de la reforma, la jurisprudencia del máximo tribunal acusó recibo del cambio y ello posibilitó el dictado de varios fallos que limitan la discrecionalidad del Ejecutivo en la materia.

e) En el caso *"Selcro"*[15] de 2003, la Corte sostuvo que "Los aspectos sustanciales del derecho

pág. 755 y ss.

10 El fallo es del 2 de diciembre de 1993 y el Pacto de Olivos, que posibilitó la reforma de 1994 fue firmado quince días antes, el 14 de noviembre. En el punto G), item b) del núcleo de coincidencias básicas contenido en ese pacto se convenía un texto muy similar al finalmente adoptado por la convención. La ley nº 24.309 de convocatoria a la convención constituyente recogió el contenido del Pacto y fue sancionada el 29 de diciembre de 1993.

11 Decreto nº 817/92.

12 Ley nº 23.696, especialmente art. 10.

13 Ley nº 23.697.

14 Ley nº 24.093.

15 Fallos 326:4251.

tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo". Es decir que el tribunal hizo una aplicación extensiva, a los decretos delegados, de las prohibiciones que pesan sobre los DNU para determinadas materias (penal, tributaria, electoral y de partidos políticos).

f) En el fallo *"Colegio Público de Abogados de Capital Federal"*[16] de 2008 la Corte hizo una especie de inversión de la carga de la prueba, ya que expresó:

> "El principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene -en el plano de las controversias judiciales-, la consecuencia de que **quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, y demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado**, y en materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional), y, por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria **y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas**" (el destacado nos pertenece).

El último párrafo también contiene la exigencia de que las directrices de la ley sean claras y determinadas.

g) En "*Camaronera Patagónica*"[17] de 2014, ajustó más la doctrina de "*Selcro"* y afirmó que, como el Congreso no había previsto cuál es la alícuota aplicable en un impuesto, "*ni siquiera mediante el establecimiento de parámetros mínimos y máximos para la fijación de los derechos de exportación*", ese silencio generaba la inconstitucionalidad de la norma que dejaba librada al arbitrio del Poder Ejecutivo uno de los aspectos estructurales del tributo.

3. Art. 80: La promulgación parcial de leyes

a) En el caso "*Colella*"[18] se discutía la validez de la promulgación parcial de una ley, ya que la parte actora fundaba su derecho en una ley[19] que era considerada inconstitucional por la demandada por ese motivo. El Poder Ejecutivo había promulgado sólo cuatro de los sesenta y dos artículos que componían la ley sancionada por el Congreso. La Corte consideró que el proyecto

16 Fallos 331:2406

17 Fallo del 15 de abril de 2014, aún inédito.

18 Fallos 268:352.

19 Ley n° 16.881

sancionado constituía "un todo inescindible" del cual el Ejecutivo "arrancó" algunas normas, y que el Congreso no hubiera sancionado el proyecto en caso de eliminarse de él algunas de sus normas principales. Aclaró que sólo se expedía sobre el caso concreto y concluyó que "la promulgación parcial que se analiza es constitucionalmente inválida", lo cual presupone que si ella no hubiera sido irrazonable y no hubiera alterado la unidad del proyecto, la Corte la habría considerado válida.

b) En el fallo se cita el precedente "*Giulitta*"[20] de la década de 1930, también referido a una promulgación parcial, pero al sólo efecto de declarar la justiciabilidad de la cuestión y fundar la intervención del poder judicial.

c) La reforma de 1994 incorporaría el criterio sentado en el fallo bajo estudio en el art. 80 CN, cuando establece que la parte promulgada debe tener "*autonomía normativa*" y la aprobación parcial no debe alterar "*el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso*".

d) Después de la reforma los vetos parciales fueron harto escasos y no hubo, hasta donde sabemos, planteos judiciales de impugnación a los pocos que hubo. Ello demostraría que, hasta ahora, la limitación introducida en el art. 80 ha sido efectiva.

Somos conscientes de que ello puede responder a que, salvo durante pequeños períodos de tiempo[21], los presidentes que gobernaron desde 1994 lo hicieron con mayoría en ambas cámaras del Congreso.

4. Art. 99 inciso 3: Los decretos de necesidad y urgencia

a) En 1990, en el funesto fallo *"Peralta c/ Estado Nacional"*[22], la Corte llegó a convalidar, por primera vez en su historia, un DNU[23] por el cual se privaba a los ahorristas de los depósitos a plazo fijo que tenían en los bancos públicos y privados, canjeándolos por bonos de deuda pública a largo plazo, invocando la emergencia. La excusa fue detener el proceso inflacionario que atravesaba la Argentina y estabilizar el valor del dólar. El fallo encaja en una cadena de precedentes en los cuales la Corte había convalidado varias leyes de emergencia[24], pero en éste profundizó esa línea dado que: a) La norma impugnada no limitaba una de las manifestaciones del derecho de propiedad, como en los casos que lo precedieron (donde, por ejemplo, se afectó el precio de los alquileres en

20 Fallos 189:156.

21 Salvo durante todo el gobierno del presidente Fernando De la Rúa (1999 a 2001) y durante la segunda mitad del primer mandato de la presidenta Cristina Fernández (2009 a 2011).

22 Fallos 313: 1513.

23 Decreto n° 36/90 y comunicación A-1603 del Banco Central.

24 Para ampliar puede verse nuestro trabajo "La Doctrina de la Emergencia en la Jurisprudencia de la C.SJ.N.", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (RAP), n° 282, año XXIV, Marzo de 2002, pág. 151

"*Ercolano*"[25] o la tasa de los intereses en "*Avico*"[26], etc.) sino que se privaba de la propiedad lisa y llanamente. b) Esa confiscación no fue dispuesta por ley, sino por un DNU. c) Los supuestos beneficios que esta medida aportaría al bienestar general eran imperceptibles.

b) Es por causa de ese precedente que el constituyente de reforma incluyó el art. 99 inciso 3, que regula los DNU. Podemos discutir varias cosas en torno a esa norma: si está bien o mal redactada; si la regulación que ella formula los limita, los mantiene igual que antes o los refuerza; si las materias excluidas debieron ser más; si el mecanismo de control posterior (comisión bicameral permanente) debió haber sido regulado en la propia constitución, etc. Lo que no podemos negar es que era necesario que el constituyente se abocara a regular el instituto para contener o intentar contener los abusos de que fue objeto en los años inmediato anteriores a la reforma. En efecto, un excelente trabajo de Delia Ferreira Rubio y Matteo Goretti demostró que entre 1989 y 1994 se dictaron más de trescientos cincuenta DNU[27]. Evidentemente era necesario regular esta materia. Y la jurisprudencia posterior a 1994 demuestra, a nuestro criterio, que la norma tuvo cierto grado de efectividad.

c) En el fallo "*Video Club Dreams*"[28], dictado pocos meses después de la reforma, se analizaba la constitucionalidad de un DNU que creaba un nuevo hecho imponible, ampliando así el ámbito de aplicación de un impuesto. La Corte aclaró primero que tenía facultades para controlar esa arrogación de atribuciones legislativas por parte del Ejecutivo:

> No existen óbices para que la Corte valore la calificación de excepcionalidad y urgencia, lo que no implica un juicio de valor acerca del mérito, oportunidad o conveniencia de la medida sino que deviene imprescindible para admitir o rechazar el ejercicio de la función legislativa por parte del Poder Ejecutivo.

Luego esbozó varios criterios que demuestran la utilidad de la reforma constitucional en esta materia: (i) que el decreto contravenía el principio de legalidad en materia tributaria, aplicando así una de las excepciones que la norma con constitucional contiene para estos decretos, sean cuales fueren las circunstancias fácticas que les den fundamento[29]. (ii) Que, en el caso, no estaban dadas las condiciones de "grave riesgo social" que justificarían la asunción de facultades legislativas por el Ejecutivo. (iii) Que la posterior remisión de los decretos al Congreso no los convalida. (iv) Que tampoco lo convalida la consideración que el Congreso hizo de la incidencia de ese impuesto en el cálculo de recursos del Estado.

d) En el fallo "*Verrocchi*"[30], de 1999, la Corte sostuvo:

---

25 Fallos 136:164

26 Fallos 172:21

27 Fedrreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, "Cuando el Presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (Julio 1989 – Agosto 1994) en Desarrollo Económico, vol 36, nº 141, abril-junio 1996.

28 Fallos 318:1154.

29 Penal, tributario, electoral y de partidos políticos.

30 Fallos 322:1726.

(i) "Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre **las condiciones** bajo las cuales se admite la facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente funciones legislativas". (ii) "Es atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, corresponde **descartar criterios de mera conveniencia** ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto". (iii) "… la falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación". (iv) Asimismo, la Corte sostuvo que: "El art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional no deja lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que **constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país**".

Ello implica una respuesta tácita a quienes sostenían que con la inclusión de la norma bajo estudio, se había ampliado el espectro de los DNU. (v) El voto del Dr. Petracchi agrega que, al no haber sancionado el Congreso la ley que crea la comisión bicameral permanente de seguimiento de estos decretos, el presidente no puede recurrir a esos remedios de excepción. Y si el Congreso no se expide sobre los decretos dictados, ese silencio debe ser considerado como un rechazo. Lamentablemente, cuando finalmente se sancionó la ley especial que crea esa comisión[31], su art. 17 estableció el criterio contrario.

e) *En "Provincia de San Luis"*[32] declaró la nulidad del DNU nº 214/2002 que ordenó la "pesificación" y reprogramación de los depósitos bancarios que habían sido hechos en dólares por considerar que: (i) Era un DNU mezclado con un decreto delegado[33], lo cual es inadmisible porque las facultades que se ejercen por delegación no son las mismas que se ejercen en el caso de los DNU, y los presupuestos de cada caso también son distintos. Es decir: existiendo un marco de delegación legislativa dictado por el Congreso, el Ejecutivo no puede dictar un DNU sobre la misma materia. (ii) El decreto fue dictado excediendo el marco de la delegación dispuesta en la ley nº 25.561.

f) En el fallo "*Consumidores Argentinos c/ PEN*" de 2010[34], la Corte[35] esbozó una idea que consideramos valiosa: "*las modificaciones introducidas… no traducen **una decisión de tipo coyuntural** destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el*

31 Ley nº 26.122 de 2006.

32 Fallos 326:417

33 Sobre el punto puede verse Bidart Campos, Germán J. y Manili, Pablo L., "La Jerarquía Normativa de las Distintas Clases de Decretos del Poder Ejecutivo Nacional" en La Ley 2003-C:1359.

34 Para mayor análisis puede verse nuestro artículo "Nuevo fallo sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia: algo de oportunidad y poco de novedad", en Jurisprudencia Argentina, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010-II:52.

35 Considerando nº 14 del voto de la mayoría

contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de las leyes del Congreso Nacional" (el destacado nos pertenece). Es decir, para la Corte, un DNU solo puede contener medidas urgentes y provisorias para resolver la emergencia (para "apagar el incendio" podríamos graficar), pero no medidas de fondo, o permanentes, o medidas que podrían ser tomadas con igual oportunidad por el Congreso.

5. Conclusión

Muchos fueron los institutos que se incorporaron en la reforma constitucional de 1994 para atenuar o intentar atenuar el hiper-presidencialismo que afectaba notoriamente el funcionamiento de las instituciones en Argentina.

El análisis de la utilidad que cada una de esas modificaciones prestó para el fin buscado excedería los límites de este trabajo, motivo por el cual nos hemos concentrado en tres institutos, a los que conjuntamente denominamos "facultades legislativas del Poder Ejecutivo": delegación legislativa, promulgación parcial de leyes y DNU.

El análisis de la jurisprudencia anterior y posterior a la reforma de 1994 nos permite extraer las siguientes conclusiones:

1.- Se trata de tres institutos que existían en la práctica constitucional antes de la reforma y que carecían de toda regulación normativa.

2.- Habían sido usados abusivamente (especialmente durante el período julio de 1989 a agosto de 1994) y —lamentablemente— fueron avalados por la Corte con base en criterios muy laxos y en causas en las que afectaban derechos fundamentales.

3.- No compartimos, por lo tanto, la crítica de quienes afirman que no existían antes de la reforma y que fue el constituyente reformador el que los constitucionalizó; o la ad quienes sostienen que con la reforma se ampliaron estas facultades.

4.- En atención a los precedentes, era necesario, por lo tanto, incluir en la letra de la constitución una regulación para limitarlos.

5.- Las normas contenidas en los arts. 76, 80 y 99 inciso 3 CN, en nuestra opinión, distan de ser perfectas, pero tampoco son inocuas, es decir que en alguna medida ayudan a contener los excesos de poder.

6.- Los fallos posteriores a la reforma revelan que el Poder Judicial tiene ahora herramientas, que antes no tenía, para limitar el uso que el Ejecutivo (y el Congreso, a través de las delegaciones) hagan de estos institutos.

7.- Las reglas que surgen de la jurisprudencia de la Corte posterior a la reforma son las siguientes:

a) No se pueden hacer delegaciones en materia tributaria ("*Selcro*")

b) Quien se ampare en un decreto delegado debe demostrar que la norma es válida ya que esa validez no se presume ("*Colegio Público de Abogados"*)

c) Las directrices contenidas en la ley delegante deben ser claras y determinadas ("*Colegio Público de Abogados"*)

d) No alcanza con que el Congreso establezca *"parámetros mínimos y máximos"*, dado que la fijación de la alícuota de un impuesto no es materia delegable ("*Camaronera Patagónica"*)

e) No se pueden dictar DNU en materia tributaria (*"Video Club Dreams"*).

f) La Corte es competente para valorar la calificación de excepcionalidad y urgencia invocada para dictar un DNU, lo que no implica un juicio de valor acerca del mérito, oportunidad o conveniencia de la medida (*"Video Club Dreams"*).

g) Que sólo en caso de "*grave riesgo social"* se justificaría la asunción de facultades legislativas por el Ejecutivo (*"Video Club Dreams"*).

h) Al realizar esa valoración, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad (*"Verrocchi").*

i) Cuando hay un marco de delegación legislativa dictado por el Congreso, no puede dictarse un DNU sobre la misma materia (*"Provincia de San Luis").*

j) Las medidas que se adoptan a través de un DNU deben relacionarse con decisiones de tipo coyuntural destinadas a paliar una supuesta situación excepcional, pero no asumir el carácter de normas permanentes (*"Consumidores Argentinos")*

Como toda obra humana, tanto la constitución histórica como las normas que se incorporaron en 1994 adolecen de defectos y son susceptibles de ser mejoradas. Pero en lo atinente a las facultades legislativas del Poder Ejecutivo, entendemos que la reforma ha permitido al máximo tribunal elaborar una serie de reglas limitativas de esas atribuciones, que hubiera sido imposible confeccionar sin las modificaciones introducidas en 1994.

VOLVER A ÍNDICE

El rol de la Universidad: identidad en disputa a 40 años de la recuperación de la democracia

Por Diego Molea

Cumplimos 40 años de democracia ininterrumpida. Un período de construcción de acuerdos y consensos sociales que fueron posibles por el diálogo y la capacidad de escucha y entendimiento con el otro. En este tiempo, el desarrollo y el devenir del país tuvo idas y vueltas, y por supuesto, la Universidad argentina no fue ajena a ese proceso.

Al finalizar la última dictadura cívico militar, el sistema universitario debió reorganizar sus bases para responder a nuevas demandas y nuevos tiempos, a la vez que los discursos y las políticas neoliberales comenzaban a ganar espacio en el discurso público. Comienzan para ese entonces a enfrentarse dos miradas acerca del rol de la universidad: una vinculada al mercado y su necesidad de profesionales, y otra arraigada a la tradición histórica de esta institución, la de la universidad que construye comunidad, reivindicando el derecho a la educación y el papel fundamental en la mejora de las condiciones de vida de la región en que se inserta.

En un momento en el que la mayoría de las instituciones sociales, como la política, la justicia, la religión y los medios, son cuestionadas por la sociedad, la Universidad aún conserva altos índices de confianza y de reputación. Junto con la ciencia, la educación superior se erige como un bastión de vital importancia para los ciudadanos. Sin embargo, la vuelta de discursos neoliberales e individualistas que ponen el foco en el mercado y cuestionan el valor de lo público, buscan corroer esa legitimidad.

Parece entonces necesario pensar el lugar de la Universidad en una sociedad democrática. Somos más que una fábrica de profesionales que abastece las necesidades de las empresas. No se trata solamente de estudiar y conseguir el logro individual del diploma. En la definición de nuestro rol, asumimos una identidad que recupera los valores reformistas, las bases de la gratuidad y las metas de la expansión territorial.

Entendemos que no pueden pensarse las políticas impulsadas en cada momento sin considerar los discursos sociales que circulaban y circulan, los imaginarios construidos acerca de la educación en general y las instituciones universitarias en particular, y también sobre lo público y el rol del Estado en el diseño de un proyecto de país.

En ese sentido, la legislación que rige el funcionamiento del sistema educativo, y las reformas que se introdujeron son instituidas e instituyentes: reflejan el impulso social y sus demandas, y moldean las conductas a futuro.

El recorrido que se propone para el presente capítulo comienza antes de 1983. Para iniciar, se realizará un repaso del legado de la Reforma de 1918 y de la política de Juan Domingo Perón que terminó con los aranceles. Luego, se continuará con la primera oleada expansionista de la década de 1970, durante la cual se creó la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. En el siguiente apartado, se enunciarán las medidas que tomó el gobierno de facto que apuntó a cercenar los derechos, perseguir, encarcelar, asesinar y desaparecer a directivos, docentes, estudiantes y trabajadores de las universidades.

Para continuar, entraremos en la etapa democrática y la normalización institucional, luego

avanzaremos con la segunda ola expansionista, la cual tomó características particulares por el contexto en el que sucedió. Necesariamente haremos un repaso de las reformas de Estado durante la década de 1990, cuyas consecuencias aún perduran.

Finalmente, avanzaremos en la historia reciente: la política educativa del kirchnerismo, la creación de universidades del Bicentenario y la avanzada liberal de 2015.

El legado reformista y la gratuidad

Que por ello debe ser primordial preocupación del Estado disponer de todos los medios a su alcance para cimentar las bases del saber, fomentando las ciencias, las artes y la técnica en todas sus manifestaciones.

Decreto N° 29.337. 22 de noviembre de 1949

En junio de 1918, se dio a conocer el Manifiesto Liminar, en el cual el grupo de estudiantes cordobeses que se había levantado contra las autoridades de la Universidad Nacional de Córdoba, denunciaban lo anacrónico del régimen universitario y los privilegios que de él se desprendían.

El conflicto que se desató en Córdoba, reflejaba además la distancia entre el tipo de estudiantes que comenzaban a habitarla y la propia institución. Como indica Álvaro Sebastián Koc Muñoz (2019), las estructuras de gobierno académico estaban monopolizadas por una pequeña élite que ejercía dichos cargos en forma vitalicia, mientras que cada vez más alumnos (sólo varones) provenían de una incipiente clase media que se estaba formando en las principales ciudades.

En efecto, las olas migratorias de fines del siglo XIX y principios del siglo XX habían modificado la estructura social de nuestro país. Es por eso que “La población estudiantil universitaria comenzó a crecer en forma acelerada y se fue modificando lentamente su composición por el incremento de la participación de sectores provenientes de la clase media de origen migratorio que por entonces se estaba constituyendo” (Koc Muñoz, 2019).

El movimiento reformista representa así el primer impulso democratizador de la universidad, expresa el deseo de jóvenes de clase media de participar de un ámbito que estaba reservado únicamente para las élites.

Ese reclamo de modernización y apertura, llevaba inscripto también un pedido para revertir el atraso científico al que las propias características de la Universidad la habían condenado.

Como señala Fernández Lamarra (2003), los postulados reformistas incluyen el cogobierno, la autonomía y la libertad de cátedra, pero también: la renovación pedagógica, la investigación, la extensión universitaria y la solidaridad con el pueblo.

Se delinea entonces una identidad que trasciende muros, que considera al saber desde una perspectiva social, no como fin para mantener las posiciones de los más acaudalados, como sucedía entonces, y tampoco como un bien de transacción.

La Reforma del '18 y los cambios introducidos fueron como una ola que se extendió por las universidades del país y del continente entero. Las características que de ella se desprenden, son los rasgos que empiezan a definir la identidad de la Universidad argentina.

Este primer impulso democratizador surgido en Córdoba había habilitado el acceso a los hijos de la clase media. Sin embargo, durante el gobierno peronista de 1946-1952 comienza a cuestionarse a la Universidad por su carácter elitista y distancia con el pueblo y con la clase obrera.

Nuevamente, la Universidad se había transformado en un lugar para formar a la minoría dirigente. Es por ello que la política del primer peronismo apuntó a que las instituciones académicas dejasen de constituir un instrumento y reducto de la oligarquía y para eso era necesario democratizar el acceso a ellas (Koc Muñoz, 2019).

Las principales determinaciones que tomó el gobierno peronista fueron tres: el desarancelamiento, el ingreso irrestricto, y la creación de la Universidad Obrera Nacional (UON), hoy Universidad Tecnológica Nacional (UTN), la cual tomó una serie de características que apuntaron a incorporar a los obreros a los estudios superiores.

Estas medidas, se enmarcan en una idea de país industrializado, estratégicamente soberano, con justicia social y movilidad social ascendente. Parece una obviedad, pero es necesario resaltarlo: la política universitaria del peronismo respondía a los valores del movimiento.

La UON fue creada a partir de la ley 13.229 del 31 de agosto de 1948. Explica Koc Muñoz (2009) que en los considerandos de la norma se exponía que la institución coronaba una larga serie de conquistas destinadas a asegurar condiciones dignas a los trabajadores.

Desde su organización, funcionamiento y objetivos, la UON resultaba una herramienta para los objetivos del país y para la inclusión de los obreros:

> Se distinguía de la universidad tradicional por sus fines, su régimen de estudios y su íntima vinculación con el medio en que se desempeñarían sus egresados. De acuerdo con sus propósitos manifiestos la institución impartía estudios superiores técnicos a alumnos que trabajaran, por esto el horario de clases era vespertino y la modalidad teórico-práctica (Koc Muñoz, 2009).

Algunas otras de sus características tuvieron un carácter innovador que buscaba continuar con ese impulso democratizador, y también construir un conocimiento estrechamente relacionado con la comunidad, siempre en vistas que la idea era que los graduados, desde su lugar y su campo del saber, colaborarían en el crecimiento de la nación en su conjunto.

Las Facultades Regionales iban en contra de la centralización y homogeneización creciente del sistema educativo, las clases vespertinas brindaban oportunidad a los obreros de las fábricas, el requisito de trabajar en la industria o especialidad que se estudiara en la universidad ponía en valor los saberes de la clase obrera, los conocimientos técnicos.

Por otro lado, otro de los hitos de la democratización del acceso a los estudios superiores fue, sin dudas, el desarancelamiento. El 22 de noviembre de 1949, se firmó el Decreto 29.337 que suspendía el cobro de aranceles en las universidades.

En sus considerandos queda en claro el rol de la educación en la construcción de una nación soberana. El peronismo incorporó a la producción de conocimiento como parte central de la emancipación nacional, el conocimiento situado para el desarrollo de la Argentina. La Universidad tiene, en ese sentido, un rol fundamental: “Con la misión específica que la ley les impone, son las universidades especialmente, las encargadas de difundir la cultura y formar la juventud” (Decreto 29.337, 1949).

Además, especifica que la educación es una función indelegable del Estado. En un pasaje del texto de la norma indica que “es función social del Estado amparar la enseñanza universitaria a fin de que los jóvenes capaces y meritorios encaucen sus actividades siguiendo los impulsos de sus naturales aptitudes, en su propio beneficio y en el de la Nación misma” (Decreto 29.337, 1949).

Quedan planteadas dos cuestiones que forman parte del ADN del sistema universitario: El Estado es garante del acceso, como una acción de justicia social, y la educación es una herramienta de progreso colectivo.

Estos dos hitos democratizadores tuvieron consecuencias bien concretas: para 1918, la cantidad de estudiantes era de alrededor de 14 mil; para 1947 ese número ascendía a más de 50 mil; en el año 1955, cuando la mal llamada Revolución Libertadora derrocó a Juan Domingo Perón, los argentinos en la universidad eran 140 mil.

La expansión de los 70 como principio de ampliación del acceso

En 1968, Alberto Taquini (h) presenta su Plan de Creación de Nuevas Universidades Públicas para el Conurbano y el Interior del País. Taquini, quien se había desempeñado como decano de la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la Universidad de Buenos Aires (UBA), había iniciado su estudio ante la preocupación que le generaba el notorio incremento de la matrícula en las casas de

estudios existentes.

Esto se debió a diversos factores: el progresivo aumento de egresados de la educación media a partir del fortalecimiento del acceso a la secundaria; la creciente migración de los jóvenes del interior; la democratización a partir del establecimiento de la gratuidad, y también, el advenimiento de las mujeres a la vida pública, producto de las distintas reivindicaciones feministas.

La expansión de la matrícula y de las instituciones universitarias es un fenómeno que se da a nivel global, “desde la posguerra, con la extensión de las políticas sociales de corte keynesiano, se dio lugar a una fuerte expansión del derecho a la educación y con ello, de democratización del acceso a la universidad” (Andrade y Pentito, 2016).

Para la década de 1960, según publica en su trabajo Taquini,

> La UBA tenía 80 mil alumnos, 57 mil provenían de distintos barrios de la Capital y 23 mil del Conurbano, mientras que en la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) sólo un 30 % de la población estudiantil era oriunda de la ciudad de las diagonales y el mismo porcentaje se repetía en los alumnos del Conurbano y del interior del país. A ellos se sumaba un 10% de extranjeros. (UNLZ, 2022)

En noviembre de 1968, Taquini presenta su Plan en un coloquio de intelectuales organizado por la Academia del Plata en Chilecito, La Rioja. Lo hace con la exposición de un trabajo titulado “El Estado, la educación y el desarrollo científico y técnico”.

Allí, fundamenta la necesidad de poner en marcha una reforma de la política universitaria del país a partir de la apertura de nuevas universidades nacionales, y sugiere definir los lugares donde debían situarse estas instituciones teniendo en cuenta dos parámetros, necesidad demográfica y zona de desarrollo. Entre las primeras estaban las del Gran Buenos Aires: en la zona norte, Zárate; en la zona oeste, Luján, y en la zona sur, Quilmes

El Plan de Nuevas Universidades buscaba descentralizar la matrícula y evitar el desarraigo de los estudiantes, a la vez que entendía que la universidad de masas se contraponía a la universidad como espacio de investigación, por lo que otro de sus fines era mantener una matrícula más pequeña.

Es necesario resaltar también que la concreción de estas iniciativas se da en un contexto de gobierno dictatorial, en el que Alejandro Lanusse pretendía “transformar las instituciones universitarias en procura de despolitizar la vida universitaria” (Andrade y Pentito, 2016).

La Universidad Nacional de Lomas de Zamora es hija del plan Taquini. Fue la primera casa de estudios del Conurbano y significó la posibilidad de acceso a los estudios universitarios para los hijos e hijas de los trabajadores del sur del Conurbano. Las universidades de cercanía, de las cuales nuestra casa fue pionera, implica una dimensión geográfica que impacta en los costos, y una dimensión simbólica que se traduce en entender la Universidad como un camino posible más allá

del lugar donde se haya nacido.

En el caso del Conurbano, muchas veces la distancia no es mucha en kilómetros, pero sí en ocupación del tiempo. Por otro lado, tal como señala Elizabeth Teiler, la proximidad “acerca la idea de acceso por conocer la existencia de la universidad y sus potencialidades” (2022).

Y además, pensar la Universidad en proximidad, impacta en la matriz productiva de esa ciudad. En principio, resulta la descentralización del conocimiento y la capacidad de atender y dar respuesta a problemáticas locales. Luego, implica un desarrollo para esa ciudad que cobra vida alrededor de la casa de estudios.

Finalmente, el lazo de identidad con la comunidad de la que es parte se fortalece, lo que impacta positivamente.

Universidad	Fecha de creación
Universidad Nacional de Río Cuarto	1971
Universidad Nacional del Comahue	1971
Universidad Nacional de Catamarca	1972
Universidad Nacional de Lomas de Zamora	1972
Universidad Nacional de Salta	1972
Universidad Nacional de Entre Ríos	1973
Universidad Nacional de Jujuy	1973
Universidad Nacional de La Pampa	1973
Universidad Nacional de Luján	1973
Universidad Nacional de Misiones	1973
Universidad Nacional de San Juan	1973
Universidad Nacional de San Luis	1973
Universidad Nacional de Santiago del Estero	1973
Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Bs. As.	1974
Universidad Nacional de Mar del Plata	1975

Tabla 1 Universidades creadas por el Plan Taquini – Elaboración propia

El impulso dado por esta primera ola expansionista, se va a resignificar en los siguientes momentos de creación de universidades. La construcción y organización de las casas de estudio del Plan Taquini, tomó como eje central la democratización en el acceso, pero también la atención a lo local. Esta característica es otro de los rasgos que se suma a la identidad de nuestro sistema universitario.

Lo que la dictadura nos dejó: persecución, arancelamiento, baja de matrícula

Es incompatible con el ejercicio de la docencia universitaria o funciones académicas que les sean correlativas, todas aquellas actividades que se aparten del propósito y objetivos básicos fijados por el proceso de Reorganización Nacional.

Decreto 21.276. 29 de marzo de 1976

Desde el comienzo, la Dictadura Cívico Militar que gobernó el país de 1976 a 1983 implementó un conjunto de medidas cuyo principal fin era modificar sustancialmente el lugar que en el sistema educativo ocupaba la estructura universitaria.

Buchbinder P. y Marquina M. (2005) explican que esta política "partía del rechazo del papel jugado por las universidades en los procesos de movilización política de finales de la década de 1960 y principios de la de 1970" (pp. 11).

La intervención sobre las universidades había comenzado años antes. Hacia 1974 se incrementó la represión hacia las organizaciones estudiantiles, y la persecución, encarcelamiento y asesinato de miembros de la comunidad académica.

En ese marco, a pocos días del Golpe de Estado, el 29 de marzo de 1976, el autodenominado Proceso de Reorganización Nacional -un eufemismo para nombrar un plan genocida-, sanciona y promulga la ley 21.276 "para la normalización de las universidades".

Se establece que el gobierno será ejercido por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, y que la designación de rectores y decanos dependerá de esa cartera. En su artículo 7, la norma expresaba: "Queda prohibido, en el recinto de las Universidades, toda actividad que asuma formas de adoctrinamiento, propaganda, proselitismo o agitación de carácter político o gremial, docente, estudiantil o no docente". Mientras que en el 12 advertía: "Es incompatible con el ejercicio de la docencia universitaria o funciones académicas que les sean correlativas, todas aquellas actividades que se aparten del propósito y objetivos básicos fijados por el proceso de Reorganización Nacional".

La política universitaria que llevó adelante la Dictadura Cívico Militar transformó varias, sino todas, las características que en estas líneas se señalan como parte constitutiva del ADN de la Universidad argentina. Además de prohibir la militancia política, suprimió la libertad de cátedra y los concursos docentes. Los profesores eran designados de manera arbitraria y a partir de sus conexiones sociales e ideológicas con el poder militar. Así quedaba atrás el principal legado reformista.

La Universidad no fue ajena a las políticas económicas liberales que llevó adelante la Dictadura en distintos ámbitos. Se cuestionaba la dimensión del sistema universitario, por lo cual tomaron una serie de medidas para reducirlo, entre ellas la restricción del ingreso a partir de cupos y el retorno de los aranceles en 1980.

La matrícula estudiantil que había ido en aumento desde 1918 en adelante, sufrió una caída durante el período. En la década de 1960 la cantidad de alumnos había llegado a 235 mil, mientras que para 1976 ese número alcanzaba a 518 mil, el 90% de ellos estudiaban en el sistema público[1]. Hacia el fin del gobierno, en 1981 la matrícula universitaria apenas sobrepasó los 400 mil estudiantes.

La modificación de la masa estudiantil no fue sólo una cuestión de cantidad, también se verifica para la época un incremento de la participación de universidades privadas y de las instituciones de enseñanza superior no universitaria (Buchbinder y Marquina 2008).

Las políticas dictatoriales también tuvieron un impacto negativo en el papel de la Universidad en el desarrollo de la ciencia, las casas de estudio tenderían a tener cada vez menos participación en el desarrollo de conocimiento. En principio a partir de la expulsión, persecución, asesinato y desaparición de docentes e investigadores.

Pero también se dio un proceso en el que los exiguos recursos destinados al sistema científico eran canalizados a través de otras instituciones de carácter nacional y de valor estratégico para el régimen.

De esta manera, “la dictadura contribuyó a profundizar el carácter profesionalista de las instituciones universitarias y al desfinanciamiento de la actividad científica en el ámbito de la educación superior” (Buchbinder y Marquina, 2008).

Al mencionar esta característica, queda expuesta cuál era la idea que la Dictadura tenía del rol de la Universidad. No puede entenderse este período ajeno al resto de sus políticas: la desvalorización de lo público y de lo nacional. De esa forma se entienden todas las medidas que llevaron a disminuir la actividad científica y la producción de conocimiento situado, nacional, atento a nuestra realidad y apostando a un Estado con industria, desarrollo y trabajo.

Se mencionó al comienzo de este apartado y es necesario recordarlo, la Dictadura Cívico Militar no sólo atentó contra los legados reformistas, la gratuidad y la producción de conocimiento. También atentó contra la comunidad universitaria toda a partir de su plan sistemático de represión. El informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep) señaló que un 21% de los desaparecidos eran estudiantes. Otro tanto eran docentes, y los que no fueron asesinados y desaparecidos, debieron exiliarse.

En nuestra Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Julio Molina, Pablo Musso, Ramón “Moncho” Pérez, María Cristina Bienposto, Jorge Antonio Brinoli, Rodolfo Ernesto Torres, José

1 En la década de 1960 se habilita el funcionamiento de las universidades privadas.

Nicasio Fernández Álvarez y Esteban Fernando Roldán son estudiantes que se encuentran desaparecidos, al igual que Carlos Alberto Ocerín Fernández, ex funcionario de la casa de estudios entre 1974 y 1975. A ellos se les suma Hugo Hansen, asesinado en 1974 por un grupo de tareas de la Triple A en la puerta del Rectorado.

La vuelta de la democracia y la normalización

La política de la Dictadura Cívico Militar significó una universidad desmovilizada y despolitizada. El cierre de los Centros de Estudiantes, la persecución, la represión hicieron que en los comienzos del nuevo régimen sus medidas no tuvieran oposición.

Sin embargo, la decisión de 1980 de restituir los aranceles impulsó la reorganización estudiantil. En diciembre de ese año la Federación Universitaria Argentina (FUA) publicó una solicitada para rechazar la iniciativa y reivindicar la gratuidad del sistema.

Es también a partir de 1982, luego de la derrota en la Guerra de Malvinas, que el gobierno decidió volver a abrir los centros de estudiantes, desde donde se articularon una serie de demandas.

> Sus reclamos tuvieron a partir de entonces diversos ejes pero, además de las consignas contra el arancel y el pedido de mayor presupuesto, exigieron la restitución de los bienes de los centros –bar, librería, fotocopiadora– y la disponibilidad de locales dentro de las facultades. Otro motivo central de sus movilizaciones fue el retiro de las fuerzas policiales y el desmantelamiento del aparato represivo instalado en las casas de estudios (Buchbinder y Marquina, 2008)

Hacia el ocaso de la dictadura podía advertirse la existencia de una fuerte demanda para el acceso a la universidad proveniente, sobre todo, de jóvenes que no habían logrado ingresar debido a las restricciones impuestas desde 1976. Los impulsos democratizadores de la Reforma, la gratuidad y la expansión, sufren un retroceso. Con el retorno de la Democracia, la Universidad debía recuperar los valores que la caracterizaban, reconstruir un sistema científico que había sido destruido y también adaptarse a un nuevo contexto.

Inmediatamente después de que los militares dejaron el poder, las políticas del gobierno de Raúl Alfonsín tuvieron dos ejes: devolver el ejercicio de su autonomía y la pluralidad en los claustros, restituyendo así las características reformistas, y asegurar el acceso abierto a la universidad, devolviendo la gratuidad y en muchos casos el acceso irrestricto.

Para el primero de esos objetivos se sanciona la ley 23.068 que dispone la aplicación de los estatutos vigentes al 29 de julio de 1966. A poco de asumir, el presidente Raúl Alfonsín designa a los rectores normalizadores en las Universidades.

En el articulado, se establecía la constitución de Consejos Superiores Provisorios en

cada universidad, integrados por el rector normalizador junto al presidente y los delegados de la Federación Estudiantil correspondiente, y de Consejos Académicos Normalizadores Consultivos, conformados por el decano, el presidente y los delgados del centro de estudiantes, y uno o más docentes de cada departamento o Facultad. En este último caso, se contemplaba como alternativa la incorporación a ese cuerpo de un representante del Centro de Graduados. Además, en el texto se definían los plazos que debía demandar el iniciado proceso de normalización: un año, prorrogable por 180 días desde la vigencia de la ley.

El segundo de los objetivos resultaba más complejo,

> ya que implicaba responder a la creciente demanda de acceso, restringido durante el régimen militar, con una capacidad que no se tenía, tanto en materia edilicia como de recursos humanos capaces de asumir la actividad docente con niveles adecuados de calidad (Buchbinder y Marquina, 2008).

La presión por el acceso era muy fuerte, por lo que aun en un contexto de crisis económica, se atendió esa necesidad a partir de la quita de aranceles y la supresión de los sistemas de cupos y exámenes de ingreso.

Estas iniciativas se tradujeron en un incremento sustancial del número de ingresantes, y, consecuentemente, la matrícula experimentó un crecimiento acelerado. En 1983 había 416 mil estudiantes, producto del estancamiento que había deliberadamente producido el gobierno de facto, para 1984 llegaron casi a 500 mil y en 1986 superaban los 700 mil. Este crecimiento correspondió al sector público. Esto llevó a que el peso del sector privado en la matrícula universitaria disminuyera de un 19% a un 10% entre 1983 y 1986.

Esta expansión acelerada del número de estudiantes constituye una característica de nuestro sistema: la universidad de masas. Esto implicó en aquel entonces, e implica ahora, una diversidad de desafíos y de debates acerca del rol de la Universidad.

En la década de 1980, las universidades debieron aumentar su plantel docente e invertir en reformas edilicias y de infraestructura para atender esa demanda creciente. En adición, la crisis económica del gobierno alfonsinista redundó en una disminución del presupuesto destinado a las universidades, lo que implicó una degradación de las condiciones materiales de trabajo tanto para el sector docente como para el de los empleados administrativos (Buchbinder y Marquina, 2008).

De esta forma, el explosivo crecimiento de la matrícula fue seguido de una disminución abrupta de los recursos asignados por alumno. A esto se suma que la parte del presupuesto universitario destinado a gastos de capital superó el 20% en aquellos años, llegando a duplicar los promedios históricos.

> En definitiva, esto provocó que el grueso del gasto que implicó el incremento de la matrícula fuera soportado por los trabajadores de las universidades cuyos salarios disminuyeron sustancialmente durante la segunda mitad de la década del ochenta. Por otro lado, y sobre todo en las grandes universidades metropolitanas, fueron los cargos de auxiliares docentes, por lo

> general con dedicaciones simples e incluso en muchos casos ad-honorem, los que crecieron acompañando los cambios en el número de estudiantes (Buchbinder y Marquina, 2008).

Este contexto implicó el crecimiento de la conflictividad laboral. Los gremios docentes llevaron adelante huelgas con distintos reclamos, pero fue la lucha salarial la que tuvo mayor protagonismo, algo que se repitió en los distintos rubros del trabajo estatal, especialmente en la educación.

Aun con las dificultades que se presentaron en la reapertura democrática para la innovación en materia de políticas académica, Pablo Buchbinder (2020) destaca diversas iniciativas del período que buscaron revertir algunos problemas estructurales, como fue la fuerte orientación de la universidad a la formación de profesionales en detrimento de su rol de generación de conocimiento.

El autor señala la creación de Secretarías de Investigación o Ciencia y Técnica dentro de las casas de estudio, el desarrollo de carreras de posgrado y la creación del llamado “Sistema de Apoyo al Investigador Universitario”, todas propuestas destinadas a fortalecer la investigación universitaria.

Segunda ola de expansión: acceso e innovación

Las universidades de la segunda ola nacen, según García de Fanelli (1997) “como resultado de la iniciativa de políticos de la zona, que actúan en respuesta a las presiones que ejercen las comunidades locales en pos de tener una institución universitaria en su jurisdicción” (pp. 28).

En efecto, el Plan Taquini había movilizado a las distintas comunidades, creando lo que el mismo autor del proyecto considera “un estado público de demanda”.

Además, la creación de estas instituciones se dio, a diferencia de las de la década de 1970, a raíz de la presentación de proyectos por parte de distintos diputados sin que se realicen estudios de factibilidad, algo que cambiaría a partir de la sanción de la Ley de Educación Superior en 1995 (García de Fanelli, 1997).

Algunos rasgos novedosos de esta oleada de universidades pueden sintetizarse en su relación con lo local más que lo regional o provincial, y la innovación como discurso predominante. En el primer caso,

> estas creaciones pusieron en debate el lugar de la Universidad en interacción con el entorno local en sentido amplio y su vinculación con el mundo productivo. En lo que respecta a las creadas en el AMBA, además de que sus denominaciones expresaban un sentido de pertenencia territorial al lugar de asiento, se destaca la aparición, a modo de carácter distintivo, de una expectativa de una particular vinculación con su entorno, concebida como razón de su existencia, lo cual se expresa inclusive en sus objetivos estatutarios, en pie de igualdad con fines “universales” como los problemas nacionales o el desarrollo social (Andrade y Pentito, 2016).

Por otro lado, Silvia Paredes (2017) destaca otros aspectos. La autora analiza los períodos de expansión universitaria y reconoce en los '90, un eje discursivo que se centra en la "innovación", la organización en departamentos o institutos, diferenciándose de las tradicionales facultades; la incorporación de carreras cortas y la oferta académica no tradicional.

Universidad	Fecha de creación
Universidad Nacional de Formosa	1988
Universidad Nacional de La Matanza	1989
Universidad Nacional de Quilmes	1989
Universidad Nacional de San Martín	1992
Universidad Nacional de General Sarmiento	1993
Universidad Nacional de La Rioja	1993
Universidad Nacional de la Patagonia Austral	1994
Universidad Nacional de Lanús	1995
Universidad Nacional de Tres de Febrero	1995
Universidad Nacional de Villa María	1995

Tabla 2 - Universidades de la segunda ola – Elaboración propia

Esta segunda expansión tuvo un gran impacto en el Conurbano Bonaerense: seis de las 10 casas de estudio creadas se asientan en este territorio.Ya se mencionó la característica de cercanía, pero resulta valiosa la noción de "Vecinalización" que propone Pérez Rasetti (2012), citada por Silvia Paredes (2017). Una universidad vecina es una universidad anclada en un territorio cercano, es próxima geográfica y simbólicamente. Como sostiene Elizabeth Teiler, a quien citamos en párrafos anteriores, la democratización real no viene dada sólo a partir de los recursos, que son condición necesaria, sino como proyecto de vida posible, y la universidad cerca de casa es una posible respuesta.

Esta cobertura territorial se complementa con la diversificación en la oferta formativa. Aparecen en estas nuevas universidades carreras ciertamente novedosas, alejadas de las tradicionales propuestas de medicina y abogacía (por citar ejemplos), a la vez que incorporan titulaciones que las instituciones privadas ya llevaban adelante como título de pregrado, diplomaturas y certificaciones. Esto se propuso como respuesta a una de las características de nuestro sistema: la alta deserción y la baja tasa de graduación. El objetivo era que quienes no llegaran a cumplir con los cinco o seis años que demanda una carrera de grado, pudieran tener un diploma que certificara sus saberes en la materia.

Otra de las iniciativas que acompañó a la creación de nuevas universidades fue el lugar que estas entidades le dieron a la investigación. Desde su organización buscaron alejarse de las formas tradicionales de las universidades profesionistas y se consolidaron a partir de institutos o departamentos que aspiraban a articular la tarea docente con la de investigación. En efecto, muchas de ellas privilegian plantas docentes con dedicaciones elevadas que obligan a cumplir

trabajos científicos (García de Fanelli, 1997; Buchbinder, 2020).

Por otro lado, según la investigación de García de Fanelli, las nuevas universidades incorporaron alumnos provenientes, en su gran mayoría, de los partidos en los que se instalaron. Detalla la autora que los estudiantes eran egresados, mayormente, de escuelas secundarias públicas de la zona, que en promedio tenían más edad que quienes asistían a las grandes universidades y pertenecían, por lo general, a hogares de estratos socioeconómicos de menores ingresos que aquéllos. También era, en promedio, mayor el porcentaje de alumnos que trabajan (Buchbinder, 2020).

Esta segunda ola expansionista viene a dar respuesta a las demandas cada vez mayores de acceso. Continúa y resignifica el proceso democratizador a partir de nuevas ofertas formativas que buscan certificar conocimientos. También intenta modernizar el sistema a partir de nuevas carreras y un fuerte impulso a la investigación y al desarrollo científico.

El contacto y la colaboración con el entorno local también es una característica importante que se acentúa en este período y es parte constitutiva de nuestra identidad como Universidad argentina.

Las políticas neoliberales de la década de 1990 son el marco en el que deben leerse estas nuevas casas de estudio. No sin tensiones, en 1995 se sancionó la Ley de Educación Superior que rige el sistema hasta la actualidad. Intentaremos comprender el contexto social, político y discursivo en que se sancionó esta norma.

Los 90 y la política neoliberal: El discurso eficientista y de lógica económica

Durante la presidencia de Carlos Menem se realizó una profunda reforma del Estado signada por el modelo neoliberal. Según Buchbinder, durante aquellos años “el acento no estuvo puesto fundamentalmente en la incorporación de nuevos sectores a la enseñanza universitaria, sino a operar sobre algunos rasgos estructurales” (2020).

Así, las intervenciones del Estado pueden verse en la creación de la Secretaría de Políticas Universitarias (1993) y en la sanción de la Ley de Educación Superior (1995) “que reactualiza –en clave neoliberal- las discusiones sobre autonomía y planificación” (Paredes, 2017).

Esta serie de reformas se ve influenciada por el contexto internacional, las transformaciones en los sistemas de educación superior de otros países y las recomendaciones de organismos internacionales como el Banco Mundial. En este marco, algunos de los rasgos que signaron los cambios son las restricciones del financiamiento público y el fortalecimiento en el papel del mercado en las políticas públicas (García de Fanelli, 1997).

En el primero de ellos, el contexto neoliberal apunta a reducir el gasto público, es por ello que no sólo en nuestro país, sino en todo Latinoamérica, el presupuesto destinado a la

educación universitaria no aumentó a la par del crecimiento de la matrícula (incluso en muchos casos disminuyó). La cuestión del financiamiento y el recorte de gastos también ocupaba a países desarrollados que propusieron algunas recetas que aquí se replican, entre ellas la diversificación de las fuentes de ingreso, incorporando aportes privados a partir de la venta de servicios, transferencia de tecnologías al sector productivo y el cobro de aranceles. En nuestro país este último punto no fue aplicado, aunque sí permite el cobro de tasas para el dictado de carreras que no sean de grado.

La ley 24.521 establece en su artículo 59 la autarquía económico-financiera de las universidades, las cuales a su vez:

> Podrán dictar normas relativas a la generación de recursos adicionales a los aportes del Tesoro nacional, mediante la venta de bienes, productos, derechos o servicios, subsidios, contribuciones, herencias, derechos o tasas por los servicios que presten, así como todo otro recurso que pudiera corresponderles por cualquier título o actividad. Los recursos adicionales que provinieren de contribuciones o tasas por los estudios de grado, deberán destinarse prioritariamente a becas, préstamos, subsidios o créditos u otro tipo de ayuda estudiantil y apoyo didáctico; estos recursos adicionales no podrán utilizarse para financiar gastos corrientes. Los sistemas de becas, préstamos u otro tipo de ayuda estarán fundamentalmente destinados a aquellos estudiantes que demuestren aptitud suficiente y respondan adecuadamente a las exigencias académicas de la institución y que por razones económicas no pudieran acceder o continuar los estudios universitarios, de forma tal que nadie se vea imposibilitado por ese motivo de cursar tales estudios. (Ley 24.521 de 1995. Ley de Educación Superior. Artículo 59. 7 de agosto de 1995)

La Ley de Educación Superior fue sancionada en 1995 y vino a saldar una deuda pendiente. El gobierno alfonsinista había sancionado una norma que se había pensado como provisoria, sin embargo transcurrieron 10 años para poder consensuar esta legislación que está vigente en la actualidad.

En esta década se impone fuertemente la idea de calidad y de eficiencia y uso racional de los recursos. Marcela Mollis (2003) asegura que se han desnaturalizado los “saberes universitarios” para convertirlos en “conocimientos mercantilizados”.

El discurso neoliberal característico de la época toma en el caso de la educación la forma de crítica hacia el funcionamiento del sistema desde el punto de vista de la eficiencia del mismo.

Daniel Saur, quien en su tesis doctoral aborda la discursividad presente en los medios masivos de comunicación en los años previos a las reformas de la década de 1990 que crearon un estado de factibilidad y consensos que permitió la implementación de esas reformas. El autor propone que las universidades se vieron inmersas en un proceso de desligitimación que incluía a las instituciones estatales. En particular, desde los medios se instalaron ciertas “disfunciones” de la universidad y se la presentaba “como una carga onerosa”, cuestionando problemáticas como la tasa de graduación, la producción de conocimiento, la deserción, entre otras (Saur, 2007).

La investigación de Saur plantea que:

se dieron una serie de migraciones semánticas y léxicológicas del ámbito de la economía, vinculadas a la lógica de mercado, las que han delimitado fuertemente y condicionado las formas de hablar y, por lo tanto, de pensar la educación pública superior en Argentina (Saur, 2007).

Es para resaltar que en un contexto favorable para la introducción de reformas en el Estado, la Ley de Educación Superior presenta aspectos más que positivos, los cuales reivindican el legado histórico del sistema.

La norma remarca en su artículo segundo el carácter público y el rol del Estado:

> El Estado, al que le cabe responsabilidad indelegable en la prestación del servicio de educación superior de carácter público reconoce y garantiza el derecho a cumplir con ese nivel de la enseñanza a todos aquellos que quieran hacerlo y cuenten con la formación y capacidad requeridas (Ley 24.521 de 1995. Ley de Educación Superior. Artículo 2. 7 de agosto de 1995).

Además, cuando señala las funciones de la Universidad, reivindica aquellos rasgos que hemos señalado:

> La Educación Superior tiene por finalidad proporcionar formación científica, profesional, humanística y técnica en el más alto nivel, contribuir a la preservación de la cultura nacional, promover la generación y desarrollo del conocimiento en todas sus formas, y desarrollar las actitudes y valores que requiere la formación de personas responsables, con conciencia ética y solidaria, reflexivas, críticas, capaces de mejorar la calidad de vida, consolidar el respeto al medio ambiente, a las instituciones de la República y a la vigencia del orden democrático (Ley 24.521 de 1995. Ley de Educación Superior. Artículo 3. 7 de agosto de 1995).

En el artículo cuarto también señala sus objetivos, coincidentes con aquellas características que a lo largo de los años signaron el recorrido de la educación superior, entre ellos: “Promover el desarrollo de la investigación y las creaciones artísticas, contribuyendo al desarrollo científico, tecnológico y cultural de la Nación”, y “Profundizar los procesos de democratización en la Educación Superior, contribuir a la distribución equitativa del conocimiento y asegurar la igualdad de oportunidades” (Ley 24.521 de 1995. Ley de Educación Superior. Artículo 4. 7 de agosto de 1995).

Esta norma ratificó la autonomía e introdujo “las prácticas de evaluación y de acreditación sumadas al discurso en torno a la calidad” (Buchbinder, 2020). En esta época se crea la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (Coneau) y se cristaliza lo que Buchbinder considera el paso de un “Estado benevolente” a un “Estado evaluador” (2020).

La Coneau fue la encargada de acreditar las carreras de grado de interés público, como aquellas vinculadas a la salud o las ingenierías. La acreditación y evaluación se consideraron aspectos esenciales para establecer estándares mínimos de calidad.

Sobrevive de aquella época un imaginario individualista sobre la universidad, que justamente

en este 40° aniversario de nuestra Democracia vuelve a tomar fuerza: Una deslegitimación del Estado, una mirada de la formación únicamente desde la dimensión del progreso individual.

La política educativa kirchnerista: nueva expansión universitaria

Una educación de calidad para todos nuestros niños y jóvenes es la principal estrategia que puede propiciar una Nación para generar una verdadera igualdad de oportunidades, de modelo que sea la capacidad de cada uno de ellos y no su origen social el factor que determine el horizonte al que puedan acceder.

Néstor Kirchner. Discurso ante la Asamblea Legislativa 1 de marzo de 2005

La década de 1990 culmina con la crisis político institucional de 2001. El proceso neoliberal que en nuestro país dejó un nivel de desocupación del 25% y había aumentado los porcentajes de pobreza e indigencia, desembocó en el estallido social del 20 y 21 de diciembre. La represión de aquellos días terminó con un total de 39 personas asesinadas y la renuncia del entonces presidente Fernando De la Rúa.

La recuperación que experimenta Argentina luego de esta crisis, se vio también reflejada en el impulso a las políticas educativas de los gobiernos de Néstor Kirchner (2003-2007) y Cristina Fernández (2007-2015). En aquella época se sancionaron, entre otras normas, la Ley de Financiamiento Educativo, que llevó la inversión educativa al 6% del PBI; la Ley de Educación Técnico-Profesional, que buscó fortalecer la formación técnica, y la Ley de Educación Nacional, que otorga al Estado la responsabilidad indelegable de proveer educación y fijar la política educativa, además de establecer la obligatoriedad de la enseñanza desde sala de 5 años hasta el último año de la secundaria.

El discurso predominante de esta época puso el foco en la cuestión de los derechos y el rol del Estado en la protección y efectivo cumplimiento de los mismos. Desde el ámbito educativo se apuntó a una amplia cobertura de la educación media y también a la inclusión a partir del acceso de nuevos grupos a la Universidad.

En esa línea, se impulsó la creación de nuevas universidades en diferentes puntos del país, logrando que cada provincia argentina cuente con una universidad pública y gratuita en su territorio.

A diferencia de lo ocurrido en el período expansionista anterior, en este caso, el tratamiento de las leyes incluyó una solicitud de informe al Consejo Interuniversitario Nacional (CIN), organismo que se expidió en forma negativa para varias de las iniciativas, lo que no impidió que efectivamente estas fueran aprobadas en el Congreso.

Algunos autores consideran que la presión del poder local es la variable que se impuso para la creación de casas de estudio en algunos municipios por sobre el objetivo planteado por la Ley de Educación Superior y la creación de los Consejos Regionales de planificación de la Educación Superior (CPRES) de planificar la expansión a partir de estudios de oferta y demanda y de necesidades regionales (Accinelli y Macri, 2015).

De manera coincidente, Buchbinder (2020) señala que este proceso se articula con la construcción de alianzas con líderes territoriales, en particular con los intendentes, quienes a raíz del proceso de reforma del Estado asumieron en el último tiempo nuevas responsabilidades, concentrando también poder para movilizar y ejercer presión sobre otros niveles de gobierno. Para el autor, en este sentido el Poder Ejecutivo Nacional parece perder capacidad de iniciativa "para desplegar estrategias innovadoras en términos de políticas universitarias, en las medidas en que se subordina a las estructuras de poder locales" (Buchbinder, 2020). En ese sentido, señala que se diferencia del proceso iniciado a fines de la década de 1980.

Silvia Paredes (2017) menciona otros rasgos de este momento,para la autora aquí aparece un nuevo discurso político pedagógico basado en la inclusión, la atención a nuevos públicos, la vinculación con el territorio y el derecho a la educación superior.

Aparece entonces otra diferencia respecto a las instituciones nacidas durante la segunda ola expansionista. Estas últimas ofrecieron una forma novedosa de organización, carreras no tradicionales e incentivaron las tareas de investigación a través de regímenes de dedicación exclusiva para sus docentes, mientras que las nuevas casas de estudio, en su mayoría, conformaron plantas de profesores y profesoras con dedicación simple y sin tareas de investigación. Por otro lado, aparecen en la oferta académica carreras tradicionales como abogacía y medicina (Buchbinder, 2020).

Universidad	Fecha de creación
Universidad Nacional del Chaco Austral	2007
Universidad Nacional de Río Negro	2008
Universidad Nacional Arturo Jauretche	2009
Universidad Nacional de Avellaneda	2009
Universidad Nacional de José C. Paz	2009
Universidad Nacional de Moreno	2009
Universidad Nacional de Villa Mercedes	2009
Universidad Nacional del Oeste	2009
Universidad Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	2010
Universidad de la Defensa Nacional	2014
Universidad Nacional de Hurlingham	2014
Universidad Nacional de las Artes	2014
Universidad Nacional de los Comechingones	2014
Universidad Nacional de Rafaela	2014
Universidad Nacional de San Antonio de Areco	2015
Universidad Nacional del Alto Uruguay	2015
Universidad Nacional Scalabrini Ortiz	2015
Universidad Nacional Guillermo Brown	2015

Tabla 3- Universidades de la tercera ola. Elaboración propia

Esta tercera ola expansionista se dio con una notoria polémica en el debate público. Distintos sectores universitarios se opusieron a la creación de las casas de estudio alegando argumentos vinculados a la planificación y eficiencia del sistema, un discurso emparentado con el que le dio forma al imaginario de la década de 1990. Sin embargo, la recuperación de la crisis que se había dado durante el gobierno de Néstor Kirchner a partir de 2003, y la cual continuó Cristina Fernández, había puesto a la inclusión en el centro de la escena.

Desde el discurso mediático el ataque a estas iniciativas estuvo dado a partir de vincular las iniciativas al poder político y cuestionar los aspectos presupuestarios, impulsando un enfrentamiento entre las nuevas universidades y las casas de estudio tradicionales.

Sin embargo, pensar en estas nuevas instituciones, muchas de ellas situadas en nuestro Conurbano, exige considerar la obligación del Estado en la función que la Ley de Educación Superior le asigna: la de hacer efectivo el derecho de acceso a la educación superior.

Ciertamente el impulso dado a partir de 2007 a las nuevas casas de estudio llamadas “Universidades del Bicentenario”, constituye el último gran momento de democratización de nuestro

sistema. Se incorporan a nuestras aulas estudiantes que son en el 80% de los casos primera generación de universitarios en sus familias, alumnos y alumnas de mayor edad que pueden cumplir un objetivo que les había estado vedado.

Podemos contextualizar esta afirmación con algunos datos:

Para 1991, la matrícula universitaria era de 663 mil, número que llega casi a duplicarse para 2001, cuando alcanza la cifra de 1.125.000 estudiantes. Nótese el efecto de la ola expansionista de principios de 1990.

Similar efecto se encontrará con la creación de las Universidades del Bicentenario. En 2022 según un informe de la Secretaría de Políticas Universitarias en Argentina había 2.549.789, de los cuales el 80% cursa en instituciones públicas. De este informe se desprende que en la última década se registró un crecimiento del 39,7% en la matrícula de estudiantes de pregrado y grado (Ministerio de Educación de la Nación, 2023).

Una de las particularidades del sistema universitario es el alto índice de estudiantes que son la primera generación en acceder a este nivel en sus familias. Según un artículo publicado en Página 12, en las universidades del Conurbano bonaerense esta característica es saliente. Así, describe que en la Universidad Nacional de Moreno (UNM)"en 2016, un 91% de los estudiantes tiene padres sin estudios universitarios completos, mientras que en la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), el 74% de los alumnos es considerado primera generación universitaria" (Página 12, 2018).

Miguel Gabriel Vallone (2023) señala la heterogeneidad de trayectorias educativas, lo que implica un desafío para pensar la práctica universitaria en general.

Como venimos señalando, la gratuidad y la proximidad son condiciones necesarias, resta seguir trabajando para incluir a aquellos sectores que sufren una exclusión más profunda que las condiciones materiales.

Conclusión: más que un título, lo que la universidad representa para la comunidad

Comenzamos este recorrido señalando el legado de la Reforma de 1918. Continuamos explorando las políticas del primer peronismo a partir de la gratuidad y la apertura de la Universidad hacia los sectores trabajadores.

Acceso, gratuidad, producción de conocimiento, compromiso social desde la extensión, fueron algunos de los rasgos que consideramos que definieron y deben seguir definiendo la identidad del

sistema universitario.

Apunta Boaventura de Sousa Santos:

> La definición de lo que es universidad es crucial para que la universidad pueda ser protegida de la competencia predatoria y para que la sociedad no sea víctima de prácticas de consumo fraudulento. La lucha por la definición de universidad permite dar a la universidad pública un campo mínimo de maniobra para poder conducir con eficacia la lucha por su legitimidad (De Sousa Santos, 2007).

Nos encontramos celebrando 40 años de democracia en nuestro país, pero también asistimos a un escenario en el que la desconfianza hacia las instituciones lleva al resquebrajamiento de los lazos sociales y de los consensos que supimos construir.

En el caso de la educación en general, y la universidad en particular, nos encontramos con el retorno de discursos liberales y mercantilistas que piensan a la Universidad únicamente desde su dimensión individual. Las propuestas de financiar la demanda a través de vouchers o cualquiera de sus eufemismos, desconoce todo esto que hemos estado describiendo, la Universidad argentina es mucho más que la obtención de un título a través de una transacción en la que los saberes son un bien de consumo.

Nuestra legislación establece el rol del Estado como responsable de garantizar el acceso a la educación universitaria, a la vez que se asegura la gratuidad de la misma a partir de la Ley 27.204 sancionada en octubre de 2015.

Entendemos la identidad y el rol de la Universidad a partir de algunos rasgos que en este contexto están siendo fuertemente cuestionados.

La Universidad tiene una función que implica dos dimensiones: la individual y la social.

Desde el punto de vista individual, el acceso a los estudios superiores implica el garantizar el pleno desarrollo de la voluntad de las personas a partir de brindarle herramientas para mejorar sus condiciones materiales de vida.

No obstante, desde lo social, la mejora y el progreso individual no puede darse sino se contribuye al desarrollo de la nación.

En ese aspecto, la Universidad impulsa el desarrollo científico y la generación de conocimiento, aspectos que de ninguna manera deben quedar en manos del sector privado. Esto no implica un cerramiento de la Universidad hacia su interior, sino que tiene que propender al diálogo entre la institución y las necesidades propias de la región en que se inserta.

El compromiso social se expresa en la multiplicidad de programas y acciones de extensión que se llevan a cabo desde las casas de estudio. La universidad ya no es únicamente de puertas abiertas. La Universidad debe ser una con su comunidad, porque no hay adentro y afuera.

A partir de estos preceptos, es que consideramos que debe construirse la Universidad de acá hacia adelante. Mucho se ha hecho desde aquel junio de 1918, y mucho se ha plasmado en el texto de una Ley durante el período democrático, siempre desde el diálogo y la búsqueda de consensos. Tenemos desafíos porvenir, muchos de los cuales exceden a lo que se quiso comentar en estas líneas, pero sí es menester señalar que ante este avance de la derecha, el sistema universitario tiene la obligación de saber contarse y contarle a la sociedad cuál es su función y su lugar en la vida de la comunidad.

Empecemos por decir, aunque sea poco, que no somos mucho más que un lugar para obtener un diploma.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias bibliográficas

ACCINELLI A. y MACRI A. (2015). La creación de las Universidades Nacionales del Conurbano Bonaerense: análisis comparado de dos períodos fundacionales. *Revista Argentina de Educación Superior. 7*(11). http://www.revistaraes.net/revistas/raes11_art5.pdf

ANDRADE H. y PENTITO R. (2016) *La creación de la Universidad Nacional de Moreno y su organización 2010-2013*. Moreno, Buenos Aires: UNM Editora.

BUCHBINDER P. y MARQUINA M. (2008). *Masividad, heterogeneidad y fragmentación. El sistema universitario argentino 1983-2007.* Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento.

BUCHBINDER P. (2020). El sistema universitario argentino: una lectura de sus transformaciones en el largo plazo (1983 – 2015). *Revista de Educación Superior. 193* (49). https://doi.org/10.36857/resu.2020.193.1026

DE SOUSA SANTOS B. (2005). *La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*. Buenos Aires: Laboratorio de Políticas Públicas.

DERCOLI J. (2013). Las leyes universitarias del primer peronismo. Hacia una nueva forma de producción del conocimiento. *XIV Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia.* Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. https://cdsa.aacademica.org/000-010/556.pdf

GARCÍA DE FANELLI, A. (1997). *Las Nuevas Universidades del Conurbano Bonaerense: Misión, Demanda externa y Construcción de un Mercado Académico*. Buenos Aires: CEDES.

KOC MUÑOZ A. (2018). Reforma, peronismo y universidad obrera: un análisis comparativo en torno a dos modelos universitarios. *Archivos de Ciencias de la Educación, 12* (14). http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/109/109649005/html/index.html

KROTSCH, P. (1993). La universidad argentina en transición: ¿del Estado al mercado? *Sociedad*, Nº 3, 5-29.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA NACIÓN. (2023). *Los ingresantes a universidades nacionales crecieron más de 67% en los últimos diez años.* Recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/noticias/los-ingresantes-universidades-nacionales-crecieron-mas-de-67-en-los-ultimos-diez-anos (Fecha de consulta: 06/12/23).

MOLLIS M. (2003) *Un breve diagnóstico de las universidades argentinas: identidades alteradas.* Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales

PÁGINA 12. (2018). *Querer es poder.* Recuperado de: https://www.pagina12.com.ar/110661-

querer-es-poder (Fecha de consulta: 06/12/23).

PAREDES S. (25-27 de octubre de 2017) *El sistema universitario en la Argentina en 30 años de democracia. Un análisis de las transformaciones en la dimensión académica.* Jornadas de Investigación en Educación Superior, Montevideo, Uruguay.

SAUR D. (2007). Presencia neoliberal en la discursividad mediática sobre educación superior. En Padieran Jiménez P. y R. Maríñez (Coord) *Educación y comunicación. Tejidos desde el Análisis Político de Discurso*. México D.F: Casa Juan Pablos.

THEILER E. (2023). Propuesta para una política universitaria inclusiva. Derecho a la educación superior: el largo trecho entre el acceso y la accesibilidad. Incluir es creer. En Bernatené S. y J. Steiman (Comp) *Tomar la palabra. Educación en disputa.* San Martín: Unsam Edita.

UNLZ. (2022). *Universidad Nacional de Lomas de Zamora. La primera del conurbano.* Buenos Aires, Argentina.

VALLONE M. (2023). ¿Qué es eso de universidades por todos lados? El desafío de naturalizar la universidad en el horizonte de los sectores populares. En Bernatené S. y J. Steiman (Comp) *Tomar la palabra. Educación en disputa.* San Martín: Unsam Edita.

VOLVER A ÍNDICE

La protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ley 26.061

Por Osvaldo Pitrau

1. Introducción

La Ley N° 26.061/05 organiza desde el Estado un Sistema de Protección y Promoción Integral que se conforma con una estructura institucional que posibilita el acceso y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de aquí en adelante "NNyA".

A partir de los enunciados de la Convención de los Derechos del Niño, la responsabilidad en la protección de los derechos reconocidos a los NNyA no sólo recae sobre los progenitores o responsables directos del niño, sobre el área del poder ejecutivo con competencia en infancia o sobre la justicia especializada, sino que la protección integral de la infancia compromete a diferentes actores gubernamentales y no gubernamentales en el ámbito de su competencia específica y de conformidad al principio de participación comunitaria, en virtud del principio de corresponsabilidad (Murga, 2020).

Esta norma por otra parte, enuncia los derechos de los NNyA, definiendo en muchos casos su concepto y alcance.

El cambio de paradigma que construye esta ley transforma y deja atrás el modelo que consideraba a los NNyA como objetos a tutelar por el poder judicial y administrativo bajo una mirada adulto-céntrica.

Esta transición implica un hito fundamental en estos 40 años de democracia y se sustenta en la consideración normativa del Niño como un Sujeto de Derecho. Se podría sostener válidamente que a mayor aplicación de la Ley 26061 mayores son los atributos de las jóvenes generaciones a la vida democrática y a la construcción de una sociedad más justa y solidaria (Liwski, 2020).

De esta forma los NNyA aparecen en la ley como titulares de derechos, atendiendo a la progresividad y autonomía.

Esta ley constituye la recepción en la legislación nacional de la Convención de los Derechos del Niño y es espejo de esa norma internacional que tiene jerarquía constitucional.

La estructura normativa "Convención de los Derechos del Niño - Constitución Nacional de 1994 - Ley Nacional 26.061" se completará 10 años después con el Código Civil y Comercial del año 2015 que va a receptar en forma explícita varios de los principios rectores y derechos de los NNyA en la legislación de fondo.

Este marco normativo tiene una apariencia sólida y moderna, pero presenta aun una desconexión con la realidad de la práctica jurídica cotidiana judicial y extrajudicial en relación con los NNyA.

En muchos procesos aun los niños son considerados un objeto y su interés es inferior al de los mayores, no son oídos, ni se les permite participar de actos que son en su interés y no tienen

aun en forma indiscutida derecho a un abogado como cualquier ciudadano.

La Ley 26.061 es un hito fundamental del derecho argentino que expresa un enorme avance normativo, pero muchos de sus preceptos aún no tienen plena aplicación en la práctica jurídica cotidiana (Pedernera, 2020).

2. Los diversos paradigmas y sus normas representativas

2.1. El Patronato de Menores. El menor como objeto (Ley nacional 10.903)

En el año 1919 se sancionó la Ley N°10.903 que regulaba la intervención del Estado si un niño era abandonado o si era considerado peligroso para la sociedad. Esta ley inauguraba el paradigma del patronato, que ya tenía alguna tradición histórica previa. Surge en un contexto donde el capitalismo se encuentra en desarrollo, con un Estado que comienza a tornarse asistencialista y controlador, y que por primera vez empieza a generar políticas específicas hacia la niñez.

Bajo el paradigma del patronato, por un lado, se consideraban como NNyA a quienes tenían una familia que el Estado creía acorde para asumir la responsabilidad sobre ellos y sus acciones.

Por otro lado, eran considerados “menores” los niños que no tenían acceso a la educación, familia, salud, vivienda. Los “menores” eran personas sin derechos y potencialmente peligrosas que debían ser controladas.

La niñez pobre era vista como un problema, como un potencial peligro social si no se la moldeaba adecuadamente y el Estado creía necesario actuar sobre ella para procurar no poner en riesgo a la ciudadanía en general.

Para poner en funcionamiento esta nueva ley, se crearon instituciones de aislamiento para reformar a los niños que no se comportaban “adecuadamente” o no tenían una familia que el Estado creía capaz de cuidarles; instituciones de encierro como reformatorios, donde se violaban sus derechos y sufrían la represión y persecución de la mirada adulta. Así, el patronato definía que los NNyA eran propiedad de la familia o eran propiedad del Estado.

El paternalismo estatal reemplazaba al paternalismo familiar cuando éste entraba en crisis respecto de un NNyA. En ambos ámbitos ellos solo eran objeto de guarda, tenencia o depósito para los padres en la familia o para los órganos del Estado que formaban el patronato de menores.

2.2. La Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959)

El segundo paradigma, de protección integral de derechos, se comienza a desarrollar en el contexto de post Segunda Guerra Mundial, donde las consecuencias de la guerra fueron muy graves para la población de todos los países afectados, pero en particular afectaron a NNyA.

En el año 1959 la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que constituía un consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos de NNyA. En este documento se explicitan y desarrollan sus derechos. Si bien este documento fue un avance en el desarrollo del paradigma de protección integral de derechos, la declaración no tenía carácter de ley y por lo tanto eran meras recomendaciones declamativas.

El lema "primero los niños y niñas" expresa de alguna forma la imagen de una niñez que fue instalándose socialmente. El instrumento constituyó más bien un imperativo ético, una declaración de principios, ya que no posee carácter vinculante para los Estados. Esta forma de concebir a NNyA se tradujo paulatinamente en políticas públicas que, si bien significaron un avance pues tendieron a satisfacer sus necesidades básicas, distaban aún de concebirlos como sujetos y sujetas plenas de derecho.

Por otra parte, sin perjuicio de estos avances, seguían vigentes las leyes tradicionales de Patronato de Menores (Altuna y Eroldi, 2019).

En este contexto y de forma progresiva se consolida otra forma de concebir a las infancias y adolescencias en situación de mayor vulnerabilidad: la llamada "Doctrina de la Situación Irregular" que tiene la particularidad de aplicarse a NNyA por debajo de los 18 años de edad y que viven en situación de vulnerabilidad, riesgo, o en infracción ante la ley.

Esta doctrina surge como una forma de especificar y de actuar en relación con aquellas situaciones que afectan a los NNyA y determinan la intervención judicial, policial y técnico administrativa.

Esta concepción, apoyada y sostenida de manera predominante en América Latina hasta los años 80, se basa en la idea de que es necesario proteger a niños y niñas a través de una tutela organizada por las instituciones del Estado que "reeduca", "resocializa" al NNyA separándolos de manera inmediata del ámbito que contribuye a su "desviada formación", con el pretexto de evitar que se convierta en una/e delincuente cuando llegue a la adultez.

Desde esta mirada el Estado tendría la función de hacerse cargo de ellas y ellos, como así también de convertirse en tutor a través del juez de menores, quien cumple el rol de "un buen padre de familia".

Si bien en esta visión estaba implícita la idea de proteger, los niños continuaban siendo objetos que se protegían y, como tales, podían aislarse por años de una familia con la finalidad de sus resguardos, pero sin tener en cuenta sus derechos.

De esta forma se resguardaba al niño en riesgo para que llegara a su adultez, pero en todo el lapso de niñez no tenía derechos, ninguna autonomía, ni libertad. Cuando llegara a la mayoría de edad comenzaría a tener los derechos básicos de un ciudadano.

2.3. La Convención de los Derechos del Niño (1989): El niño o niña como sujeto de derechos

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, surge otra forma de concebir las relaciones entre las infancias y los adultos, y también otra noción acerca de las responsabilidades de los Estados en relación con las necesidades del niño (D´Antonio, 2001).

Es la perspectiva que se conoce como "Doctrina de Protección Integral de la Infancia" y que, como diferencia fundamental, fortalece la visión de NNyA como sujetos titulares de derechos, reconociendo su autonomía progresiva.

La Niñez se protege a partir del resguardo de los derechos que tienen los NNyA que son sujetos jurídicos plenos, pudiendo incluso reclamar ante las autoridades.

En nuestro país comienzan a percibirse cambios que van en línea con el paradigma de protección integral recién con el regreso de la democracia en diciembre de 1983.

En 1990 la Convención es ratificada por la ley 23.849 y en el año 1994 pasó a contar con jerarquía constitucional, es decir que la Argentina incluye en su Constitución Nacional a la Convención de los Derechos de los NNyA.

De esta manera, nuestro país, a través de los arts. 31, 27 y principalmente el 75 inc. 22 de la Constitución Nacional de 1994, incorpora los tratados de derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino, en rango jerárquico constitucional o supra legal, según el caso. De esta forma, todos los tratados internacionales ratificados por Argentina son de inmediata aplicación, para cuya operatividad no es necesaria ley alguna que lo reglamente (Armella, 2017).

A diferencia del modelo del patronato de menores, bajo este paradigma se afirma la idea de que los NNyA son titulares de derechos y el Estado debe ser quien garantice estos derechos a través de recursos y la promoción de los mismos.

El nuevo paradigma establece que los NNyA son personas en proceso de desarrollo y construcción de su autonomía y por ello requieren protección, cuidado y atención. Se reconocen así sus necesidades como derechos exigibles y como parte de sus derechos humanos, lo que obliga a los adultos y al Estado no sólo a satisfacer estas necesidades en forma urgente sino a intervenir en cuanta oportunidad se evidencie que los derechos son vulnerados.

Otra diferencia fundamental con las concepciones anteriores es que dentro del conjunto de derechos reconocidos se enfatiza el de desarrollarse plenamente en el seno familiar, en un ambiente sano y libre de violencia, siendo el Estado quien garantiza a la familia la posibilidad de ejercer su rol en el cuidado, educación y transmisión de valores a los NNyA.

3. La Ley 26.061 de promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes (2005)

En el año 2005 se sancionó la Ley 26.061 a través de la cual se crea el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Esta norma completa la estructura legal que inicia la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución de 1994 (Gil Domínguez, 2007).

De esta manera se profundizó la mirada que propone este paradigma: concebir a los NNyA como seres completos, con voz y opinión, donde la familia, la sociedad y el Estado deben velar por su bienestar integral (Montaña, Rambur, Gauna, Rosignolo y Tudela, 2022).

Pero estos paradigmas no se instalan socialmente en forma inmediata, distintas miradas pueden convivir en un mismo momento histórico. Las concepciones de protección integral y de patronato se encuentran hoy conviviendo en nuestras subjetividades, prácticas e instituciones. Por ello en nuestra sociedad continúa siendo una meta que los niños sean “personas” (Lezcano, Hernández, Jaureguiberry, López Celedino y Gavagnin, 2008).

El proceso que termina en la Ley 26.061 implicó una modificación importante en las instituciones y en las formas de intervención, y en las miradas sobre los niños y jóvenes. Sin embargo, existe aún una enorme persistencia del paradigma del patronato en la mayoría de los organismos judiciales y administrativos así como en las profesiones que intervienen en las áreas del Estado vinculadas con niños y familias.

A pesar del cambio de paradigma, de legislación, de los organismos del sistema de promoción y protección que se crean a partir de la ley 26.061, es cierto que muchas cosas no han cambiado demasiado principalmente en lo que respecta a las modalidades de intervención de los organismos competentes. Pese a que esta ley establece que los procesos de separación protectoria de los niños de sus familias deben ser por procesos administrativos, el poder judicial aún conserva mucho de la discrecionalidad del paradigma tutelar propio del patronato de menores.

Respecto a las instituciones de cuidado existe todavía una tradición operativa y pedagógica vinculada al patronato que posibilita situaciones en muchos espacios de alojamiento convivencial donde aún se sostienen prácticas violentas y punitivistas que nuevamente exponen a los niños como objetos, vulnerando de sus derechos (Borgioli, Hourcade y Kesteloot, 2019).

La institucionalización de niños forma parte de medidas que deben ser excepcionales ante la necesidad de resguardo de sus derechos y luego de agotadas todas las alternativas en el entorno familiar y comunitario de los niños. Las cifras de institucionalización fueron disminuyendo en los últimos años pero aún siguen vigentes elevados porcentajes de tomas de medidas excepcionales.

Los criterios de la toma de estas decisiones entre los organismos intervinientes resulta muy dispar en las diversas jurisdicciones. Así, en muchas situaciones no se comprenden las razones

de la institucionalización de los niños, ni se entiende porque no se pudieron establecer estrategias desde un abordaje integral y territorial que pudieran evitar la institucionalización.

La figura del abogado del niño en este panorama resulta esencial para asegurar una protección efectiva de los derechos y reclamar frente a situaciones de vulnerabilidad.

4. Algunos aspectos fundamentales de la Ley 26.061

4.1. El Interés Superior del Niño (Art.3 de la Ley 26.061)

La ley 26.061 en su artículo 3° describe detalladamente el concepto de Interés Superior del Niño, estableciendo que se entiende por tal a la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley.

Determina, asimismo, que debe respetarse (a) la condición de sujeto de derecho del NNyA; (b) el derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta; (c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; (d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; (e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las NNyA y las exigencias del bien común y su centro de vida.

Este principio tiene una importante transversalidad ya que rige en materia de responsabilidad parental, filiación, restitución del NNyA, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Finalmente, termina este artículo 3° estableciendo la norma esencial de aplicación de este principio cuando establece que: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Al tratarse de un principio de orden superior resulta indispensable que el resto de los intereses y principios se ordenen bajo su jerarquía primaria.

Es en este punto donde observamos las mayores afectaciones a los derechos del niño, ya que en la mayoría de los casos sus intereses son resueltos por los adultos, progenitores o jueces, sin la intervención del niño y su abogado. En estos casos prevalece el interés superior de los progenitores que acuerdan una cuota alimentaria insuficiente y sin garantías de cumplimiento, una modalidad de cuidado personal perjudicial para el niño o niña o se divorcian sin resguardar debidamente los derechos de los hijos e hijas en los convenios regulatorios (Pitrau, 2017).

En la contraposición efectiva de derechos de los niños y de los progenitores es donde se observa el mayor incumplimiento del principio del interés superior.

Este principio ha sido cuestionado porque para parte de la doctrina resulta tan difuso y omnicomprensivo que pierde efectividad. Sin embargo, cuando se contrapone el derecho de un hijo en relación a los intereses de los progenitores esa indefinición aparente del principio desaparece y su aplicación se torna sumamente concreta.

En esa circunstancia habrá que animarse entonces a decidir por el beneficio del niño por sobre las decisiones y acuerdos de los progenitores y el juez. Allí es donde se pone a prueba la importancia que tiene la aplicación efectiva de este principio esencial para estructurar la idea de un niño sujeto de derechos.

En un reciente caso se contrapuso por un lado el interés de una madre que quería viajar a España para trabajar, atento a que tenía una oportunidad laboral en ese país y, por otro lado, el interés de su hija a mantener su centro de vida en la Argentina. Ambos intereses resultaban muy legítimos y tienen fundamento en diversas normas nacionales y convenciones internacionales. Finalmente se resolvió privilegiar el derecho del niño a mantener su centro de vida en nuestro país por sobre el derecho de la madre a desarrollarse laboralmente en el exterior[1].

Sin embargo, este respeto al interés superior del niño no es lo habitual en la mayoría de los casos cotidianos de cuidado personal y alimentos.

En la mayoría de los convenios de alimentos que acuerdan los progenitores no existen garantías de cumplimiento de la obligación asistencial (Pitrau, 2016). Esto resulta inexplicable pues todos los contratos y convenios del derecho civil incluyen garantías. En este caso el interés del niño no ha sido resguardado y se privilegió el interés de los mayores en su perjuicio.

Otro ejemplo de privilegio del interés de los mayores se encuentra en los acuerdos de cuidado personal que generalmente se nominan de “cuidado compartido indistinto” pero en su estructura sostienen el mismo esquema de tenencia unilateral y visitas del Código Civil que generaba múltiples perjuicios para el niño, incluyendo el denominado síndrome Disney de padre periférico de fin de semana. La mayor conveniencia de los progenitores se impone en este caso al interés de los NNyA que tienen derecho a una coparentalidad real y efectiva.

El caso del divorcio es el más paradigmático. En la visión adulto céntrica los hijos e hijas son ajenos a la disolución del vínculo de sus padres. El divorcio es algo bilateral conyugal, no familiar. La propia norma expone esta concepción de supremacía del adulto. Por ello los niños ni siquiera son oídos en estos procesos, a pesar de lo que la Convención y la propia ley 26.061 establecen (ONU, 2009).

El divorcio significa la conclusión del vínculo matrimonial pero también la transformación del proyecto de vida familiar en donde los hijos son parte esencial. Pero además el divorcio implica la

1 TSNeuquén, 01/11/2019, “G. A. J. c. J. M. A. s/ cuidado personal de los hijos”, Publicado en: LLPatagonia 2020 (febrero), 28/02/2020, 8 - “La medida cautelar de no modificar el lugar de residencia del niño deducida por el progenitor se sustenta en la manda legal que protege el ejercicio de la coparentalidad por parte de los padres y la estabilidad de la vida del niño, lo que hace a su interés superior, de raigambre constitucional y convencional”.

terminación del régimen de bienes del matrimonio, que en los arts. 454 y siguientes establece un estatuto de protección para el hogar familiar y los hijos que va a desaparecer afectando sin dudas la vida de esos niños y niñas (Pitrau, 2018).

Por ello, un divorcio que no resguarde los derechos de los hijos no debería prosperar si aplicáramos el interés superior del niño.

Sin embargo, todo lo contrario a ello establece el texto del art.438 del Código Civil y Comercial, cuando posibilita una pronta sentencia de divorcio (Mascaro y Pitrau, 1997) derivando las cuestiones regulatorias a juicios conexos y futuros (Pitrau, 2018).

En este punto, resulta grave la falta de comunicación entre las diversas instituciones del Código Civil y Comercial, que incluye un artículo 438 que parece referirse a dos cónyuges sin hijos y, por otra parte, impone a los progenitores aun luego del divorcio el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (Pitrau, 2021).

Por ello, el camino de la aplicación efectiva del interés superior de los niños aún se encuentra en sus inicios, falta mucho por recorrer y a los adultos mucho por cambiar para reconocer que ese hijo o ese niño es una persona con derechos dentro de su familia.

4.2. Derecho a la dignidad y a la integridad personal (art.9° Ley 26.061)

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho (a) a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; (b) a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; (c) a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Esta norma refiere a la violencia contra los niños, resguarda su dignidad e integridad física, sexual, psíquica y moral. Establece, también, que cualquier persona que tome conocimiento de malos tratos o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un NNyA, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Hay muchísimos ejemplos de agravios cotidianos a la dignidad del niño: la denominada educación correctiva con violencia o con la imposición psicológica de terror al castigo, los tratos discriminatorios entre hijos que los propios progenitores llevan a cabo dentro de la vida familiar, la exposición pública irresponsable de los niños y niñas en redes sociales por parte de sus padres y otros parientes, y dentro del ámbito escolar, el señalamiento público de errores que los docentes hacen en plena clase frente a todos los compañeros de curso, con alguna errada pretensión pedagógica. Estos son todos casos cotidianos de afectación de la dignidad de los NNyA que se naturalizan y se tornan normales, pero que si esos mismos actos se aplicaran sobre nosotros los adultos no lo permitiríamos y reclamaríamos en defensa de nuestra dignidad.

4.3. El derecho del Niño a ser oído (Art.24 Ley 26.061)

El artículo 24 de la Ley 26.061 establece que las NNyA tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés y que sus opiniones sean tenidas en cuenta (Pulido, 2020).

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las NNyA; entre ellos al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

El Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño hace expresa alusión al principio de "participación ", por medio del cual se garantiza al niño el derecho de expresar su opinión libremente en los asuntos que lo afecten. El reconocimiento del niño como sujeto de derecho significa necesariamente otorgarle la debida participación integrándolo en los procesos judiciales o extrajudiciales que conciernen a su vida y su persona.

El derecho del niño a ser escuchado significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma, a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral.

La valoración de la propia opinión del niño tiene una consideración importante en la proyección protectora de su persona. El niño o adolescente no es estrictamente una persona a la que se le imponen determinadas decisiones, hay que tomar en consideración su punto de vista.

En este punto debe destacarse que oír al niño no significa que él vaya a expresarse a través de un discurso adulto y comprensible para los padres o el juez. Muchas veces, oír al niño significará conocer cómo se siente, si está sufriendo y si se siente solo. Esta información sobre un niño pequeño deberá obtenerse a través de un abordaje interdisciplinario que tiene el mismo valor de participación que el relato racional que pudiera articular un adolescente o un mayor de edad

La plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias (Pitrau, 2015).

La expresión de sentimientos puede ser considerada un juicio propio en niños muy pequeños. El niño tiene derecho constitucional a que escuchen su voz cuando esto sea posible, pero que también escuchen su corazón cuando es muy pequeño y no puede exponer su sentir a través de un discurso maduro. Por ello pensamos que no deben existir limitaciones de edad para escuchar a un niño, ya que ese niño, según nuestra norma vigente, tiene derechos desde que es persona.

En este sentido, el Comité en la Observación Nº 12 de 2009 ha dicho que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan (ONU, 2009).

Esta norma de la Convención no es plenamente aplicada en el nuevo Código Civil y Comercial que, por ejemplo, exige complejos condicionamientos para la participación judicial del niño, limitándola incluso a algunos pocos casos.[2]

4.4. El derecho del Niño a tener un abogado (Art. 27 de la Ley 26.061)

Si ese niño o niña es un sujeto jurídico debe tener la asistencia de un abogado que le permita asegurarse el disfrute de sus derechos y le posibilite reclamar cuando le son negados.

Y esto es lo que ocurre naturalmente con cualquier persona mayor de edad, ya que a nadie se le ocurriría privar a una persona del derecho a recurrir a un abogado, sin embargo, con el niño ponemos en duda ese derecho.

El derecho del niño a ser oído no puede materializarse y ejercerse si no se asegura otro derecho esencial que es el derecho a una asistencia letrada, tal como parece surgir claramente del art. 12 punto 2 de la propia Convención de los Derechos del Niño.

Pero ese derecho del niño a tener un abogado queda reflejado expresamente en el art. 27 inciso c) de la Ley 26.061, como una garantía mínima del proceso judicial:

> Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte,.. los siguientes derechos y garantías:…c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluye. (Kielmanovich, 2005)

Asimismo, en la reglamentación de la Ley 26.061, se especifica ese derecho y se establece que

> El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar (art. 27 del Decreto 415/2006).

De modo que se trata de un imperativo legal que se encuentra debidamente reglamentado y por tanto se torna operativo en su aplicación. El niño no podrá ejercer válidamente su derecho a ser oído si no tiene un abogado que lo asesore legalmente, por ello se trata de dos derechos vinculados tan estrechamente que el derecho a ser oído necesariamente requiere del derecho a una asistencia letrada para poder ejercerse con efectividad.

En nuestra práctica judicial se ha hecho costumbre que el juez convoque al niño o niña al juzgado para dar cumplimiento al derecho del Art. 12 de la Convención, a través de una entrevista entre el magistrado y el niño o niña.

Esta práctica es absolutamente legítima, ya que el Juez puede disponer las medidas para

2 Ver Art. 661 del Código Civil y Comercial, donde en el inciso b) se le exige al hijo “madurez suficiente” para iniciar una acción alimentaria en su favor con asistencia letrada.

mejor proveer que considera necesarias para el proceso, sin embargo, de ninguna manera significa que con ese encuentro se ha dado satisfacción al derecho del niño a ser oído.

Su presencia ante el juez sin la asistencia jurídica de un abogado torna imposible que esa charla pueda ser eficiente, como ocurriría con cualquier ciudadano adulto si tiene que entrevistarse con un juez en una causa judicial y no lo acompaña un abogado.

Esta entrevista personal entre el juez y el niño o niña, si pretende cubrir la obligación del art.12 de la Convención, no lo logra, pues incumple una de las garantías mínimas del procedimiento establecidas en el mencionado art.27 de la Ley 26.061, reglamentada por el art. 27 del Decreto 415/2006, que consiste en la necesidad de contar con una asistencia letrada para el niño.

El Código Civil y Comercial innova positivamente al incluir en algunas de sus normas la figura de la asistencia letrada para hijos menores de edad, sin embargo, lo hace exigiendo presupuestos complejos como la madurez suficiente, y en forma muy restrictiva, sólo para determinados casos sin respetar los principios de la Convención o de la propia Ley 26.061; norma que parecería haber ignorado casi en forma absoluta en este punto.

En ese sentido, el nuevo código ha previsto la participación del hijo en forma expresa en dos cuestiones cotidianas de su vida, que nos servirán de ejemplos para verificar cómo se aplican las normas jurídicas en un mundo de niños sin abogados.

En primer término, el art. 646 inc. c) de dicho código señala que es un deber de los progenitores respetar el derecho del niño a ser oído y a participar en su proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos.

En segundo lugar, y del mismo modo, en el último párrafo del art. 655 se plantea la obligación de los progenitores de procurar la participación del hijo en los planes de parentalidad y en su modificación.

El cumplimiento de estas dos obligaciones para los progenitores no se ha verificado aún en la práctica jurídica cotidiana, ni es reclamada por el ministerio público o los jueces, y menos aún por los niños, que no tienen abogados que puedan plantear la falta de concreción de esos deberes en cabeza de los padres.

Con estos simples ejemplos podemos observar que en esos casos un niño sin abogado es un niño sin derecho a la participación que le asigna la propia ley en forma explícita.

El niño necesita, como todo ciudadano mayor de edad, de asistencia jurídica para ejercer sus derechos, por ello su derecho a ser oído se ve claramente afectado si no tiene un abogado que lo asesore, como ocurre naturalmente con cualquier adulto que debe participar de un proceso judicial o en un acto jurídico.

Si un homicida serial tiene derecho a un abogado, no resulta comprensible porque se le niegue o se ponga en duda la asistencia letrada a un niño o niña, que pueda ver afectados sus

derechos de cuidado personal o de alimentos en procesos cotidianos de divorcio o parentalidad.

El art. 27 de la Ley 26.061, como ya lo hemos visto, consagra como garantía mínima del proceso el derecho del niño a ser oído y a tener un abogado, por lo tanto, atento al consuetudinario incumplimiento de esta norma, la mayoría de los juicios de alimentos y cuidado personal que conocemos serían nulos, ya que no se convoca a los niños y niñas y, si lo hacen, en muchos casos no se les permite tener su propio abogado.

Existe una definición de nuestra práctica jurídica mayoritaria que afirma: los niños no deben tener abogados. Este postulado resulta notoriamente discriminatorio e inconstitucional y francamente carece de todo fundamento legal.

En el marco de esa concepción, esos niños y niñas rara vez participarán de los trámites que resuelven su suerte y cuando logren participar, aun en más escasas oportunidades, tendrán la posibilidad de tener un abogado que custodie sus derechos, para impedir, por ejemplo, el uso humillante y contrario al debido proceso de la Cámara Gesell.

Esos niños y niñas sin abogado jamás lograrán conocer cuál es la cuota alimentaria de orden público que les corresponde, a cambio deberán soportar aquella cuota acordada por sus padres, nunca garantizada civilmente y que luego será a su vez fatalmente incumplida.

Esos niños y niñas sin abogado nunca lograrán que los funcionarios judiciales los escuchen a los 4 o 5 años de edad en la tranquilidad de su hogar junto a sus juguetes, ni que aquellos que deben decidir sobre ellos conozcan su centro de vida.

*S*in un abogado, esos niños y niñas muy difícilmente lograrán que su interés aparentemente superior se imponga alguna vez al de los mayores.

Las teorías, doctrinas y fallos que restringen el derecho de asistencia jurídica para el niño concluyen que no es necesario un abogado del niño, que su actuación debe ser excepcional, que es correcto el trato jurídico que se les da a los niños en los procesos jurídicos, y que por todo ello los derechos del niño se cumplen en forma efectiva.

Pero en la realidad esto no es así, y con esas posiciones y decisiones judiciales restrictivas estamos configurando un estado de indefensión jurídica para los niños que resulta inconstitucional, discriminatorio y configura un claro supuesto de violencia institucional.

Esos niños y niñas sin abogado no participarán de los actos y procesos que los afectan como el divorcio[3], alimentos o cuidado personal, ni serán válidamente oídos y entonces finalmente, siempre se resolverá, se acordará y se homologará lo que los adultos decidan, con hegemónico y absoluto respeto al principio del interés superior del niño.

3 Así lo reconoce la Observación nº 12 de 2009 del Comité de ONU de aplicación e interpretación de la Convención de los derechos del niño cuando en los parágrafos Nº 51- 52 dice al respecto que "En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al "interés superior del niño".

5. Conclusiones

La Ley 26.061 es una norma fundamental de la democracia iniciada en 1983 para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y exigir su aplicación efectiva en la práctica del derecho familiar.

En ese sentido, esta norma implementa un sistema institucional y normativo de protección de los derechos de NNyA, previniendo y remediando las situaciones de vulnerabilidad que ellos deben enfrentar en forma cotidiana por la afectación de sus intereses.

Asimismo, significó un gran avance legislativo para nuestro sistema jurídico, que luego con el Código Civil y Comercial se completó en cuanto a la declaración de derechos y principios, pero que en otros aspectos quedó a mitad de camino por la falta de interrelación entre diversas disposiciones del mismo cuerpo.

El marco legal que conforman la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución de 1994 y la ley 26.061 (con las salvedades apuntadas), el Código Civil y Comercial brinda suficiente protección a los derechos de niños y niñas, aun cuando en la práctica jurídica cotidiana queda mucho camino que recorrer para consolidar su carácter de Sujeto de Derecho y la primacía de su Interés Superior.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias Bibliográficas

ALTUNA, M. A., y ELORDI, A. (2019). *Influencia de la Ley de Patronato de Menores (10.067) y Leyes de protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (Nacional 26.061 y Provincial 13.298) en la representación social del niño institucionalizado de cuidadoras del Hogar Sociedad de Protección a la Infancia radicado en la ciudad de Balcarce.* Universidad Nacional de Mar del Plata. Ed. Facultad de Psicología.

ARMELLA, F. *LEY 26.061 de Protección Intergral de Niños, Niñas y Adolescentes De la Vigencia Normativa a la Vigencia Real.* Ediciones Universidad Siglo XXI Año 2017. https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/14951

BORGIOLI, M., HOURCADE, V., y KESTELOOT, A. A. (2019). *Estudio descriptivo de la implementación de la nueva ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en los centros de protección de los derechos de la niñez de la ciudad de Mar del Plata.* Universidad Nacional de Mar del Plata. Facultad de Psicología.

D'ANTONIO, D. H. (2001) *Convención de los Derechos del Niño. Comentada y Anotada exegéticamente.* Argentina -Buenos Aires: Astrea.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS y otros (2007) - *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes Comentada, Anotada y Concordada* (1º Ed.) Argentina - Buenos Aires: Ediar - .

LIWSKI, *Norberto Una ley para un nuevo contrato social de la niñez y adolescencia* En *Miradas diversas sobre los derechos de las infancias. Análisis y reflexiones a 15 años de la ley 26.061.pag.35 y ss.* Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, 2020. ISBN 978-987-47494-4-4.

KIELMANOVICH J. (2005) *Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 de protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.*Revista La Ley,

LESCANO, M.. HERNÁNDEZ, M., JAUREGUIBERRY, I., LÓPEZ CALENDINO, S. y GAVAGNIN D. (2008) *¿La Ley Salvadora Del Niño?: Discursos Y Prácticas Que Moldean La Nueva Normativa En Materia De Infancia De La Provincia De Buenos Aires*. Universidad Nacional de La Plata.

LLOVERAS, N. (2009) *El Interés Superior del Niño* en TAGLE DE FERREYRA, G. (Dir. Ed). *El Interés superior del Niño. Visión Jurisprudencial y Aportes Doctrinarios*. Argentina – Córdoba. Nuevo. Enfoque Jurídico – Actualidad Jurídica.

MASCARO, A. y PITRAU, O. "*El derecho del Niño a ser oído y la consideración del Interés Superior del Niño en los procesos de divorcio*" Ponencia presentada en las XVI Jornadas nacionales de Derecho Civil organizadas en la UCA, Ciudad de Buenos Aires, 1997 y en el X Congreso

Internacional de Derecho de Familia organizado en Mendoza en septiembre de 1998.

MONTAÑA, A., RAMBUR, M., GAUNA, S., ROSIGNOLO, Y. y TUDELA, M. (2022). *Del paradigma Tutelar al paradigma de Protección Integral. Accesibilidad a derechos y vigencia de las tensiones*. Anuario-Nueva Época, Vol. 19 (19), Sección: Laboratorio, pp. 26-39. ISSN 2314-3983.

ONU- CÓMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO Observación General Nº12 año 2009, parágrafos 50-56, en www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm "*Obligaciones concretas respecto de los procedimientos judiciales y administrativos (50-56). El derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales civiles. Divorcio y Separación. En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales".*

PEDERNERA, L. (2020). *La Ley 26061 en Argentina,un paso importante en la lucha por la afirmación de los derechos*. En *Miradas diversas sobre los derechos de las infancias. Análisis y reflexiones a 15 años de la ley 26.061.pag.21 y ss.* Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. ISBN 978-987-47494-4-4.

PITRAU, O. (2014) *Alimentos para los Hijos: El Camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en el Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, autores Dras. Marisa Herrera y Marisa Grahan. Ed. INFOJUS 1° edición pág. 389.

PITRAU, O. *El interés inferior del niño en la separación y divorcio de sus progenitores* en Diario Familia y Sucesiones Nro 114 - 09.06.2017 en www.DPIcuantico.com

PITRAU, O. *La exigencia de garantías en la obligación de alimentos para los hijos* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 97 – 23.12.2016 en www.DPIcuantico.com.

PITRAU, O. *El deber de contribución solidaria conyugal (art.455 del CCC)* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 157 - 29.06.2018 en www.DPIcuantico.com.

PITRAU, O. (2021) *El proyecto de vida familiar posterior al divorcio y a la ruptura convivencial* EBOOK-TR 2021 (Sambrizzi) , 128 • TR LALEY AR/DOC/609/2021.

PULIDO, N. (2020). *Voz, escucha y participación de niñas, niños y adolescentes.* En *Miradas diversas sobre los derechos de las infancias. Análisis y reflexiones a 15 años de la ley 26.061* pag. 165 y ss. Secretaría Nacional de 20Niñez, Adolescencia y Familia, ISBN 978-987-47494-4-4.

TSNeuquén, 01/11/2019, "G. A. J. c. J. M. A. s/ cuidado personal de los hijos", Publicado

VOLVER A ÍNDICE

Estado de derecho y protección de derechos. Aporte desde la prevención de daños del Derecho Privado

Por Fernando Alfredo Ubiría

1. Aproximación

En un verdadero Estado de Derecho, maduro, la tutela efectiva de los derechos humanos se encumbra como epicentro del sistema político, jurídico y económico, y en su concreción operan múltiples factores que confluyen desde distinto plano; en este trabajo nos detendremos en el ascendente aporte que realiza el Derecho privado, especialmente en el marco del Derecho de Daños o de la Responsabilidad Civil y dentro de los confines del Código Civil y Comercial.

El Derecho normativo que se manifiesta en un constante dinamismo, debe siempre dar respuesta a las cambiantes necesidades que presenta la coyuntura, y en la intersección entre el Estado de Derecho y la protección de derechos, desde el ángulo del Derecho Privado se impone la necesidad de promover la "prevención de daños" para la construcción de una sociedad más segura y equitativa.

Dentro de dicho marco, la especialidad tradicionalmente denominada "Derecho de la responsabilidad civil" creció de manera vertiginosa en las últimas décadas, y es posible distinguir claramente dos etapas evolutivas: la primera comprende desde el *Code* de 1804 hasta la primera mitad del siglo veinte, y la segunda desde allí hasta nuestros días.

El camino se abrió por el fuerte tronar de las ideas "iluministas" concebidas en Europa (fundamentalmente en Inglaterra y Francia) en el "siglo de oro" (XVIII), cuando el hombre comenzó a valorar el conocimiento como nunca antes. Se decidió a transitar hacia el progreso desde un racionalismo cartesiano que permitió el desarrollo de las ciencias modernas, y generó profundos cambios en el ámbito político, económico, social, etc. En el terreno jurídico y en el marco del llamado "Estado de Derecho Legal" construido en la Francia revolucionaria de 1789, el Código Napoleón de 1804 fue el que mejor encarnó la filosofía de esa época.

Tuvo un claro propósito "fundacional" porque fue concebido como una ruptura con el pasado, representó una verdadera revolución por brindar una seguridad hasta entonces inexistente a través de una nueva y vigorosa metodología de normas homogéneas y sistematizadas. En lo sustantivo abrió paso a ideales ilustrados nutridos de empirismo y de utilitarismo, habiendo sido comúnmente juzgado -al igual que el Código Civil de Vélez Sársfield- como un cuerpo de normas de corte liberal, individualista y positivista.

Se generó un sistema legal conservador del poder burgués que concibió al derecho como un "producto" llamado a insertarse funcionalmente en la sociedad de la época y a servir como ágil y eficaz herramienta para el desenvolvimiento del "mercado": se trataba de un Derecho privado encerrado *motu propio* en la llamada "escuela de la exégesis" que asimilaba "Derecho" y "Ley", cuya finalidad fue establecer un sistema seguro, estable, y por tanto confiable, previsible, a través de un modelo compuesto por reglas rígidas y claras, promover un contexto óptimo para la celebración de los negocios económico – jurídicos. *Pacta sunt servanda* y *dura lex sed lex* son algunos de sus dogmas más elocuentes.

Se procuraba la menor intervención posible del Estado en las relaciones privadas, un amplio alcance del derecho de propiedad y el fortalecimiento de la ley como fuente privilegiada, esto último fundamentalmente por temor a que los jueces adquirieran protagonismo y se atrevieran a "ir más allá", dejando de ser un simple "eslabón" de una cadena de poder diseñada por la burguesía dominante.

En definitiva, se trataba de un derecho privado "mínimo", mezquino y egoísta que hacía foco prioritariamente en la dimensión utilitaria del fenómeno jurídico, que descuidaba su complejidad intrínseca, su bagaje axiológico – valorativo que lo nutre e identifica (Ubiría, 2015).

Otra etapa se abrió recién a mediados del siglo pasado, pues la segunda guerra mundial produjo un verdadero sismo jurídico; su raíz detonante se encuentra en la sentencia condenatoria de Nüremberg contra los criminales nazis por haber cumplido la "ley" pero violado el "derecho": nacía una nueva época, pasaje del "Estado de derecho legal" al "Estado de derecho constitucional".

Fue menester reconocer la existencia de un derecho "supra-legal" y la conexión entre el Derecho y la moral que de manera radical se desprende, por ejemplo, de la conocida "fórmula de Radbruch": "la injusticia extrema no es derecho" (Radbruch, 1959). Era necesario primeramente un corrimiento desde la "seguridad jurídica" hacia la "justicia", tarea para la cual resultó determinante el aporte de la filosofía del derecho, pues "la madre de todas las ciencias" es la que persigue el conocimiento del deber ser, del valor, de los fines y del sentido de todas las cosas, en fin, del derecho justo.

La crisis del liberalismo económico se produjo al calor de respuestas revolucionarias en orden a reemplazar los presupuestos del sistema capitalista: propiedad privada, iniciativa particular y competencia (Rosatti, 2016).

Ya con el norte enfocado en alcanzar tales elevados fines, se empezó a cuestionar la clásica y tajante división entre Derecho público y Derecho privado por no lograr contener una realidad social cada vez más compleja; convenientemente, el interés general y la justicia distributiva dejaron de resultar patrimonio exclusivo del derecho público. La profunda evolución verificada en los últimos tiempos ha sido posible en parte gracias a la determinante influencia ejercida por el derecho público sobre el derecho privado, un verdadero "atropellamiento" y que alcanza a conmover las bases mismas que tradicionalmente lo han identificado (Lorenzetti, 2006).

La crisis era inevitable, y desde luego se encuentra acotada a dos dimensiones o ámbitos, los de "vigencia" y "validez" del sistema jurídico vigente, que por tanto está llamado a ser reelaborado. Como razona Lamas (1991), "el derecho nunca es algo que está definitivamente realizado o acabado porque se inscribe en el proceso vital de concreción del hombre"(p. 74).

2. Necesaria transformación del Derecho de la Responsabilidad Civil. Las "prevenciones estatutarias"

"En la lucha contra el daño siempre triunfa el daño" (Martínez Sarrión, 1992)[1], duro axioma que campeó a sus anchas en el Derecho de la responsabilidad civil durante toda su existencia, dejando al desnudo con elocuencia su pobre iusfilosofía. Dentro de esta dinámica de *encierro* se fue desarrollando progresivamente la disciplina, primero debido a los apretados (decimonónicos) márgenes velezanos[2], y no varió luego con la modernización plasmada por la reforma de 1968.[3]

Era menester ponerle fin a esa mirada pesimista, egoísta, e injusta.

Aquél categórico axioma es falaz, como lo es sostener que sólo la medicina logra eficacia frente al daño cuando lo vence a través de ciertos tratamientos (Martínez Sarrión, 1992), pues el Derecho también cuenta con sus propias herramientas (*vacunas*) para combatir la heterogénea proliferación de daños: para alcanzar eficacia, desde luego, es menester actuar antes.

En tal inteligencia, en las últimas décadas del siglo pasado se ha ido consolidando una apertura en la disciplina, oxigenada por el impacto de las crecientes necesidades sociales; lentamente se modeló un sistema más vigoroso, económicamente eficiente, rediseño, motorizado por una pujante doctrina y jurisprudencia.

Ya en las "V Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de 1971, se denunciaba que fruto de la evolución social, cultural y jurídica, crecía en la sociedad una tendencia de los espíritus a exigir seguridad a todo trance, a sentirse garantizado o protegido contra todo riesgo (Casiello, 1971): aunque quimera, la potencia del anhelo *ensanchó* fuertemente los confines de la disciplina.

En efecto, en este marco general la tácita obligación de seguridad ha cumplido un rol trascendente, gracias a su elasticidad o versatilidad se "acomodó" en distintos tipos contractuales para llenar lo que era considerado una "zona gris"[4], produciendo la expansión del carácter tuitivo del sistema.

Se produjo un redimensionamiento de los dominios del contrato, se incorporaron a su esfera deberes que anteriormente se consideraban ubicados fuera de su marco específico (fenómeno

1 "Los esfuerzos para conjurarlos no pasan de ser más que meros propósitos bienintencionados que, ante el daño producido, manifiestan su inoperancia y falta de virtualidad" (Martínez Sarrión, 1992).

2 En el originario Código de Vélez el art. 1198 ya establecía: *Los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos*, pero aún no se contaba con la madurez suficiente para interpretarla en clave anticipatoria.

3 La ley Nº 17.711 tuvo la virtud de incorporar expresamente a la buena fe como sustento axiológico en el mismo art. 1198: *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión…,* y así alentó la lectura desde el plano o dimensión preventiva, que fue llegando muy lentamente. Contribuyó también lo dispuesto por el art. 2499, 2° párrafo del Código Civil.

4 Supuestos en los que no resultaba sencillo determinar si la obligación cuya inejecución causa perjuicio a uno de los contratantes era o no una obligación nacida del contrato; por ejemplo, en materia de transporte ferrocarril, se pasó a considerar que la empresa está obligada a proteger la integridad del pasajero no solo dentro de la formación sino también antes y después, en el andén y demás sectores de ingreso y egreso.

que Louis Josserand denominó con elocuencia *inflación obligacional*), “descubierta” en el ámbito de la responsabilidad del transportista, debido a la fortaleza de su raíz se expandió hasta alcanzar diferentes ámbitos como por ejemplo la actividad médico asistencial y las de distintos profesionales como escribanos, arquitectos, etc., las desarrolladas por los establecimientos educativos, en materia de espectáculos públicos, entre otros (Ubiría, 2015).

En los últimos años del siglo pasado la apertura se produjo con fuerza por fuera del régimen codificado, logró abrirse camino dentro del marco de prevenciones específicas también llamadas “estatutarias”, así por ejemplo en materia de medio ambiente, riesgos del trabajo, residuos peligrosos y consumidor, ámbitos en los que la prevención asume un rol relevante para alcanzar resultados eficaces (y mensurables).

En materia de medio ambiente, por ejemplo, la prevención es el principal objetivo del sistema, y así la llamada “Ley general de medio ambiente” N° 25.675 (del año 2002) estableció dos principios centrales que animan a toda la política ambiental: en el marco del principio de prevención estableció que “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir” (art. 4), mientras que dispuso en el marco del principio precautorio que el sistema se activa cuando exista peligro de daño grave o irreversible, y que la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 4).

En otro orden, muy importante también, se atendió la situación del trabajador como sujeto vulnerable, y la llamada “Ley de riesgos del trabajo” Nº 24.557 (año 1995) tiene diferentes disposiciones específicas orientadas a prevenir daños; por ejemplo al determinarse las obligaciones de las partes, dispuso que:

> 1. Los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las ART están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo. A tal fin y sin perjuicio de otras actuaciones establecidas legalmente, dichas partes deben asumir compromisos concretos de cumplir con las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo (...)
>
> 2. Las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo deben establecer exclusivamente para cada una de las empresas o establecimientos considerados críticos, de conformidad a lo que determine la autoridad de aplicación, un plan de acción que contemple el cumplimiento de las siguientes medidas:
>
> a) La evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución;
>
> b) Visitas periódicas de control de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo y del plan de acción elaborado en cumplimiento de este artículo;
>
> c) Definición de las medidas correctivas que deberán ejecutar las empresas para reducir los

riesgos identificados y la siniestralidad registrada;

d) Una propuesta de capacitación para el empleador y los trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo. (Ley 24.557 de 1995, sobre Riesgos del Trabajo. Artículo 4. 3 de octubre de 1995)[5]

En otro orden, respecto a los "residuos peligrosos", la ley Nº 24.051 (de año 1991) entre otras medidas estableció la creación de un registro de generadores y operadores de residuos peligrosos (art. 4), el cumplimiento de rigurosos requisitos para generadores, transportistas, plantas de tratamiento o disposición final que son supervisados por la autoridad respectiva (art. 14 y ss.), un sistema de infracciones y multas penales en caso de incumplimiento, aplicables a personas físicas o si se produjera por decisión de una persona jurídica, a directores, gerentes, mandatarios, etc. (arts. 55-57).

Finalmente, en materia de "defensa del consumidor" la ley Nº 24.240 (del año 1993), consagró diferentes normas preventivas orientadas a brindar una fuerte protección a los consumidores y usuarios; se destaca lo dispuesto en materia de acciones judiciales al habilitarse cuando los intereses de usuarios y consumidores resulten afectados o amenazados (art. 52), también la inclusión del llamado "daño punitivo" con un claro propósito disuasivo de conductas dañosas, multa civil que fija el juez a favor del consumidor y a su pedido, que se gradúa en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso e independientemente de otras indemnizaciones que correspondan (art. 52 bis).

3. Consagración de la prevención dentro de los márgenes del régimen civil codificado

Para alcanzar el grado de evolución que registra nuestro actual Código Civil y Comercial, fue decisivo el aporte del Proyecto de 1998 que reguló la obligación de seguridad[6] y especialmente la consagración del "deber genérico de prevención".

En efecto, este último se plasmó en los siguientes términos: Prevención del daño.

Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella:

5 Además el empleador se encuentra legalmente obligado a observar las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo (art. 49, disp. adicional 1º, inc. 1 de la LRT), y son las empresas A.R.T. la que debe controlar y eventualmente denunciar incumplimientos (art. 31, ap. 1º, inc. "a", LRT).

6 Respecto a la "obligación tácita de seguridad" dispuso que "Quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad: a) si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes; b) si además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado" (art. 1668), y en cuanto a la "Liberación de la obligación tácita de seguridad" determinó que "Salvo disposición legal o estipulación de partes, quien está sujeto a la obligación tácita de seguridad se libera si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas" (art. 1669).

a) De evitar causar un daño no justificado;

b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) De no agravar el daño, si ya se ha producido. (Proyecto de 1998, preparado por la Comisión honoraria creada por Decreto nº 685/95. Artículo 1585).

La siguiente norma también es valiente al asignarle al tribunal interviniente atribuciones "para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro" (art. 1586), y seguidamente dispuso que:

El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada. (Proyecto de 1998, preparado por la Comisión honoraria creada por Decreto n 685/95. Artículo 1587)

Como puede apreciarse, el Proyecto de 1998 se erigió en el antecedente legislativo inmediato y fundamental para que en el año 2015 el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) recogiera sus frutos hasta el punto de encumbrarlo como nuevo eje disciplinar en el potente art. 1710, verdadera *direttiva di massima* que resultó posible gracias a los citados sucesivos pasos que denotan cierta madurez en la comunidad jurídica y en la sociedad en su conjunto[7], plasmándose en definitiva un rotundo cambio de paradigma.[8]

Exigido el Derecho de la Responsabilidad Civil, *empujado* más allá de sus límites tradicionales estrechos y egoístas, se ha producido un ensanchamiento de la disciplina hoy entonces mejor denominada "Derecho de Daños", que desborda largamente la clásica finalidad resarcitoria: el Código Civil y Comercial receptó expresamente como primera función (lógica, cronológica) a la prevención, y relegó a un segundo lugar a la resarcitoria (art. 1708), decisión de política legislativa que reconoce en todo su alcance la significancia y ubicuidad de los principios cardinales *alterum non laedere* y *honeste vivere*: ahora resulta más claro que nunca que "no dañar a otro" significa adoptar todas las medidas que resulten idóneas para evitar los perjuicios, más que indemnizar.

7 Resulta inexplicable que en la especialidad se le haya conferido tanta atención a la reparación y tan poca a la prevención de los perjuicios injustos. Siempre resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos en lugar de recomponerlos después del menoscabo (SAUX, E. (s.f)).

8 Para dar un mayor salto de calidad, aún se requiere con premura la modernización de las reglas procesales que dinamicen los juicios (Ubiría, 2011).

4. Fundamentos principiológicos de la progresiva apertura y su inevitable impacto en la ingeniería del Derecho de Daños

El deber de prevención legal se cimenta en el principio general de buena fe, que tiene fuerza para iluminar al ordenamiento jurídico en su totalidad.

El adecuado tratamiento del daño injusto –en clave "injustamente sufrido" y no "injustamente causado"– ordena a toda la disciplina, la orienta hacia la consecución de sus elevadas finalidades, y más allá de la letra del Código transforma a la Responsabilidad Civil (lenta e insuficiente) en el actual Derecho de Daños, lo que impone una lectura actualizada de los presupuestos que tornan operativo al sistema preventivo - reparatorio: 1) daño injusto o no justificado; 2) causalidad adecuada (ambos absorben a la claudicante antijuridicidad); 3) criterio de atribución aplicable (que actúa especialmente en el plano de la fundamentación de la imputación o juicio de responsabilidad).

Todo ello fue posible por la saludable y necesaria influencia del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y prueba de ello es el contundente art. 1 del CCCN que abre camino al fenómeno "constitucionalizador" que modificó la cosmovisión del sistema normativo, plasmó un régimen más humanista que realza el valor solidaridad, por lo que la prevención resulta consistente con esta remozada ius-filosofía que pivotea en torno a la dignidad de la persona humana (conforme el art.. 51 y ccds. del CCCN) (Ubiría, 2018).

En rigor el fundamento principiológico común de la obligación de seguridad y del deber legal de prevención reside en las máximas "no dañar a otro" y "buena fe", y el basamento normativo en el CCCN., que nutren dos tándems: los arts. 1710 y 1716 por un lado, y los arts. 9, 729 y 961 y concordantes por otro.

La cláusula general ordenatoria de conducta contenida en el art. 1710 del CCCN. establece:

> Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo. (Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Ley 26994 de 2015. Artículo 1710. Argentina)

Se trata de una verdadera *direttiva di massima*, cuyo vigor y alcance se irá consolidando en el tiempo de manera progresiva (Lamanna Guiñazú, 2020).

El citado art. 1716, por su parte, establece que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". Como puede advertirse, la clásica (y cuestionada) división de

órbitas ha sido “dinamitada”, sin que ello implique una unificación que resulta imposible en razón de la dinámica y operatividad de la causalidad en cada caso, cuestión esta última sobre la que resulta conveniente formular algunas consideraciones.

Se impone distinguir la causalidad que tiene lugar en una órbita y en la otra, pues la “problemática causal” sólo se presenta en su plenitud en el ámbito aquiliano y no en materia de incumplimiento obligacional donde sus funciones y utilidades se ven notoriamente menguadas. La conducta que deben desplegar los sujetos en el terreno contractual, se desarrolla dentro de los estrechos y específicos márgenes que imponen los acuerdos, que tienen su propia dinámica de relacionamiento interpersonal y economía interna.

En los contratos paritarios se construye la causalidad del contrato cuando las partes lo moldean según sus respectivos intereses: negocian y fijan el camino a seguir (“plan prestacional”), prevén contingencias, se anticipan, convienen un régimen de consecuencias aplicable al caso de incumplimiento, etc. Otra dinámica apuntala la faz genética de los contratos sometidos a cláusulas generales predispuestas y a los contratos de consumo, pues en ellos campea con fuerza el orden público, pero lo cierto es que en cualquier caso las *coordenadas* se encuentran bien definidas, es decir se sabe qué esperar del deudor, quien ejecutará una prestación a favor de su acreedor orientada a satisfacer su interés (el “objeto obligacional”). Por tanto la previsibilidad causal se apoya sobre estas bases específicas, aquí los parámetros los prevé el art. 1728 CCCN. según el cual “En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”.

Lo apuntado no acontece en la dimensión aquiliana, pues en este caso los sujetos actúan directamente con base en el libre albedrío, y a partir de tal amplitud toman sus propias decisiones. El relacionamiento que tiene lugar por el mero convivir no reconoce otro límite o confín más que el que emana del principio cardinal del derecho romano, la amplia y difusa regla de oro *alterum non laedere*. Para dar acabado cumplimiento a tal regla (principio y fin del sistema), sólo se puede establecer un deber genérico, por tanto de cierta vaguedad, los contornos son *borrosos* porque carecen de aquélla definición o precisión. Esto se traduce en una directiva central de conducta de márgenes muy anchos, de allí que se imponga a todo sujeto por el mero hecho de convivir, la adopción de “medidas razonables” para evitar la causación de daños a sus semejantes (art. 1710 CCCN) (Ubiría, 2015).

En suma, como sostienen Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, para reformularse, el Derecho de daños debió borrar o minimizar clásicas diferencias (Mosset Iturraspe, s.f.), últimos vestigios –efectivamente en el siglo XXI– de lo que ha sido una larga y ruinosa influencia del Derecho penal (Ubiría, 2015).

Por buena fe se entiende el correcto obrar, recto, honrado, el comportamiento honesto (R.A.E.), y por tanto es el que se espera en todas y cada una de las relaciones interpersonales. Se trata de un patrón de conducta, constituye un estándar, variable conforme a las circunstancias del caso, pero de todo sujeto se espera *determinado* comportamiento.

Normativamente, la buena fe del art. 9 integra el "Título Preliminar" y es encumbrada como principio rector al establecer que "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe"; ya en la materia obligacional (Libro III), el art. 729 CCCN. estipula que "Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe", y al estar allí normado evidencia su anchura conceptual y radio de operatividad que contiene y supera el marco de los negocios económicos jurídicos. Como observa Luis Díez Picazo, la buena fe ordena una forma de comportamiento e impone conductas probas a todos los habitantes (Wieacker, s.f.). En los deberes de convivencia la buena fe se presenta bajo un doble aspecto: uno negativo contemplado en la máxima de Ulpiano de "no dañar a otro" a fin de preservar la esfera de interés ajeno, y otro positivo que impone una actividad de colaboración con el grupo social a fin de promover su interés (Betti, 1979).

Por último dentro de la materia contractual, es importante el art. 961 que regula la obligación de seguridad al establecer que:

> Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. (Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Ley 26994 de 2015. Artículo 961. Argentina)

5. Especificidades del deber de prevención legal y de la obligación de seguridad

A partir de la diferencia conceptual entre "deber" (de prevención) y "obligación" (de seguridad) que se elabora a partir de una precisa captación del marco causal en que se desenvuelven las conductas y relaciones interpersonales (Aftalión, 1998), se impone practicar algunas relevantes disquisiciones, sin pretender –desde luego– agotar el tópico debido a la naturaleza de este trabajo.

Mientras el "deber de prevención legal" del art. 1710 CCCN constituye un mandato de conducta genérico y opera en el ancho campo aquiliano que reconoce como sustento un criterio de atribución subjetivo, la "obligación de seguridad" del art. 961 CCCN (y arts. 5/6 ley 24.240) constituye una regla específica y calificada de conducta que se limita al terreno del cumplimiento obligacional en el que rige un criterio o factor de atribución de corte objetivo (riesgo – garantía, seguridad). En este último caso, el mayor rigor obedece a que el deudor cuenta con un "control" o "dominio" más amplio o preciso de *su* causalidad cuando ejecuta el plan prestacional orientado a la satisfacción del interés del acreedor (arts. 773/775, 1723 CCCN.).

La obligación de seguridad adquiere contornos precisos y por tanto autoriza o justifica la mayor exigencia que pesa sobre el deudor obligacional, situación que tiene lugar particularmente –no exclusivamente– en el ámbito de la prestación de servicios, y con especial énfasis en los casos que entrañan una elevada riesgosidad (transporte de personas, espectáculo público, etc.). El art.

774 CCCN es revelador del distingo cuando categoriza a las obligaciones de medios, de resultado, y de resultado agravado (Trigo Represas, s.f.).

En la "causalidad contractual" se recorta el campo fáctico que cubre el ubicuo *alterum non laedere*, y por tanto en función de las características del plan prestacional en desarrollo que se sustenta en la ciencia, técnica o *praxis* que corresponda (ej. servicios médicos, educativos, comercio) se modela simétricamente el objeto obligacional[9]. El crédito eventualmente se ve fortalecido, lo que también depende de otra variable: la naturaleza del interés comprometido, aspecto ligado ya a una cuestión de política legislativa.[10]

Desde el prisma de la causalidad adecuada, el análisis de las conductas está ligado –se mide– a la luz de dos factores: a) el ámbito relacional en que se despliegan las conductas, el ancho margen aquiliano o el terreno más estrecho del cumplimiento obligacional; b) los intereses que se tutelan, debiendo ponderarse tanto los de la potencial víctima (prioritariamente) como los del potencial dañador y los de la sociedad en su conjunto, tensión o puja que cabe conciliar (Pizarro y Vallespinos, 2007).

En materia contractual el sistema impone más, se trata de no defraudar la confianza generada, y supone conducirse como se espera en el tráfico negocial (el art. 1067 CCCN es elocuente), lo que "exorbita" la voluntad de los contratantes o partícipes pues se sitúa por encima de ellos; se trata de una materia de orden público, de derecho no disponible (arts. 12 y 962 CCCN).

Por ello es que al lado de las obligaciones expresamente asumidas, los deberes de protección completan el plexo contractual, conductas necesarias en el tráfico comercial para que el acreedor pueda alcanzar acabadamente las expectativas tenidas en miras al contratar.

En efecto, cabe distinguir los "deberes de prestación" de los "deberes de protección", pues mientras los primeros salvaguardan el interés primario del acreedor, los segundos lo preservan frente al daño que se pueda producir en un interés creditorio distinto; y tan autónomos son unos de otros que pueden funcionar independientemente, hasta el punto que el deudor puede cumplir escrupulosamente la prestación propiamente dicha y, sin embargo, dejar de observar esos deberes de protección añadidos (Jordano Fraga, 1987).

Tienen en suma distintos campos de actuación, y entre ambos completan el plexo contractual; en otras palabras, se puede distinguir la obligación *nuclear* que determina el nacimiento del negocio jurídico, lo que las partes han tenido en mira, y los deberes de conducta encaminados a la protección, a la seguridad. Sin éstos aquélla no puede ser cumplida.

9 La clave pasa por captar con claridad el objeto de la relación obligacional, lo que permite determinar el alcance del contenido o plan prestacional: así se precisa el quid que conforma el pago y por tanto el límite de la responsabilidad del deudor (Bueres, 1998).

10 El *European Group on Tort Law*, en los "Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil", se refiere a los "intereses protegidos" en los siguientes términos: "1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad; 2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad de la persona humana y la libertad gozan de la protección más amplia; …4) La protección de los intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado…" (art. 2102).

Por lo expuesto es que la tácita obligación de seguridad pervive en el novel régimen codificado, y su concomitante o paralela vigencia con el deber de prevención general, completa el abanico de herramientas técnicas con que la especialidad capta la realidad y la orienta hacia el comportamiento deseado (generalmente denominada función demarcatoria, normativa, *deterrance*).

La obligación de seguridad no se restringe al campo del derecho del consumidor, sería desconocer que ciertos intereses dignos de especial tutela quedan fuera de su radio de acción; por ejemplo, los que se originan en actividades que se desarrollan en un colegio estatal u otro organismo público, en un centro parroquial o recreativo, en un seminario, casa dedicada a ejercicios espirituales o de culto, etc., ámbitos en donde resulta imperioso –cómo no– una administración adecuada –profesional desde luego– de los riesgos involucrados.

El CCCN asume de manera expresa y reforzada un rol orientador de las conductas que deben desplegar los sujetos en todas sus relaciones interpersonales, fija claramente un riguroso estándar que reconoce como basamento a la "previsibilidad" de los daños, alcanzándose recién ahora (más vale tarde que nunca) un cabal cumplimiento del mandato *alterum non laedere*.

6. El cumplimiento de las reglas del compliance como política empresaria de aporte al bien común

Desde otro ángulo también tributario de la protección de derechos, cabe subrayar la importancia que ha tenido la sanción de la ley N° 27.401 de "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" del año 2018, que al incorporar la figura del *compliance*, abrió un espectro muy provechoso en torno a la prevención de daños, especialmente los que pueden sufrir usuarios y consumidores.

En efecto, cabe destacar el rol protagónico que asumen las empresas en materia de prevención de daños, las que con el correr del tiempo han debido aprender (o deberían) ciertas lecciones del pasado como -por ejemplo- el pago de millonarias reparaciones por daños de carácter masivo, o el pago de indemnizaciones en concepto de "daño punitivo".

Hace algunas décadas se desarrolló con fuerza la llamada "responsabilidad social empresaria", que fue impactando lenta y progresivamente en los "modelos de negocio" en orden a que no se apuntara exclusivamente a la obtención de lucro, a la maximización de los beneficios económicos con despreocupación de cualquier otro factor involucrado; en esta inteligencia se comprendió que no era menester únicamente brindar al consumidor o usuario el mejor producto o servicio posible, sino también el más seguro, lo que se logra a través de una gestión empresarial más profesional y comprometida con la sociedad en su conjunta, transparente y amigable con el medio ambiente (Ubiría, 2022).

Estos procesos de buenas prácticas son antiguos pues se esbozan desde principio del siglo

XX con la implementación de los procesos de estandarización (normas ISO) como mecanismo para uniformar mercados, pero también como "protocolos" de prevención ante riesgos previsibles y/o probables. La "Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos" (O.C.D.E.) subraya la trascendencia de la prevención en orden a detener, prevenir y mitigar los impactos negativos de las actividades ("Guía de Debida Diligencia", parágrafo n° 32).

En nuestro país, la "Oficina Anticorrupción" (organismo desconcentrado que depende del Poder Ejecutivo) es la que define los lineamientos para la implementación de los programas de integridad, para lo que prioriza los riesgos en orden a la prevención y mitigación de daños.

En tal inteligencia, la citada ley N° 27.418 impone a las empresas que contratan con el Estado la adopción de procedimientos y códigos de buenas prácticas en orden a la identificación y gestión profesional de los riesgos vinculados a su actividad, establece la necesidad de implementar un "Programa de Integridad" que incluya un Código de ética o conducta o la existencia de procedimientos de integridad aplicables a la estructura orgánica de las empresas, pero también a sus empleados en procura de prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procedimientos licitatorios, ejecución de contratos administrativos o interacciones con el sector público (arts. 22 y 23). Más allá de la disposición legal, la aplicación de estas buenas prácticas excede largamente a las empresas que contratan con el Estado.

Se trata de nuevos estándares de conducta, y así la inclusión de la figura del "oficial de cumplimiento" y todo lo concerniente con las responsabilidades penales y civiles derivadas, abren un amplio abanico sobre el nuevo rol de los abogados de empresas, y desde el ámbito doctrinario por cierto se robustece la dimensión preventiva de la figura, su relación con principios jurídicos como la transparencia, la gobernanza, el bien común, entre otros.

En la línea preventiva del *compliance,* la incertidumbre en el campo de la ciencia que se traslada al ámbito jurídico apareja o impone la elaboración de respuestas concretas y eficaces en miras a la anticipación o minimización de los daños. Esta incertidumbre puede revestir carácter *fáctico* (falta de conocimiento científico sobre causas, dependencias, interacciones en los procesos técnicos o naturales) o carácter *valorativo* (situaciones en las que no existe un criterio unánime o mayoritario sobre la clasificación y sistematización de las categorías de riesgo).

Por tanto *compliance* y gestión de la incertidumbre a través de la *autorregulación,* son dos situaciones que requieren investigar sobre sus causalidades y efectos, así como también en su aporte en tiempos de innovaciones tecnológicas para las que no existe un adecuado paraguas protector para las potenciales víctimas.

Los programas de *compliance* o cumplimiento se enmarcan en la función preventiva regulada en CCCN, en orden a la identificación de los riesgos y los daños previsibles y posibles y la implementación de prácticas de control adecuadas; ante cualquier eventualidad, el Oficial de Cumplimiento debe velar por el respeto y/o adecuación del programa, debe trabajar en la formación, información y lenguaje claro como mecanismos idóneos para beneficio no solo de las empresas

sino por su intermedio de la sociedad en su conjunto.

En suma, corresponde aplicar los exigentes criterios emergente de las políticas del *compliance* a los fines de incardinar el cumplimiento de las obligaciones en el marco de las actividades que realizan las empresas, de manera complementaria a lo dispuesto en términos generales por el nuevo texto codificado.

7. Hacia la consolidación de una verdadera cultura preventiva

En todo este recorrido se pusieron de resalto los fuertes avances registrados en materia de prevención de daños, y, por tanto, a la protección de derechos que opera o rige con vigor en un Estado de Derecho.

Venimos de un código civil decimonónico que de acuerdo a su época concibió un sistema legal individualista y liberal, *egoísta* y por tanto calificable como *mínimo*, notoriamente ineficaz para colocar a la dignidad de la persona humana como epicentro sistémico (Ubiría, 2015).

Durante estos últimos años desde la sanción del Código Civil y Comercial en 2015, se van disipando los fundados temores de juristas clásicos educados en la iusfilosofía del Código de Vélez, que válidamente dudaron ante una posible alteración del equilibrio de la disciplina cuando era concebida sólo como un mecanismo indemnizatorio, de basamento en la justicia conmutativa, de corte subjetivista primero y mixto luego, para alcanzar cierta dosis de justicia distributiva ("desindividualización" y "socialización" del daño) desde el año 1968.[11]

La real *eficacia práctica* de las novedosas disposiciones, más allá de la clara conveniencia de ajustar ciertos parámetros clásicos perimidos por ineficientes, ha sido posible por una valiente decisión política legislativa, y nos enfrenta a ingentes desafíos que resulta menester discernir y dimensionar adecuadamente y que imponen el análisis desde todas las variables comprometidas.

Es muy fuerte el "llamado" –mandato legal– a seguir profundizando un cambio socio-cultural, y aunque resulte una afirmación de Perogrullo cabe señalar que la eficacia de toda norma de corte preventivo depende simultáneamente de diversos factores que desbordan largamente a la captación estrictamente jurídica del fenómeno dañoso, que revelan la complejidad de la aporía.

Entre ellos se destacan por un lado –primero y principalmente– la educación de los propios ciudadanos, imprescindible para construir una cultura de respeto hacia los semejantes, y aquí juega un rol preponderante la formación de nuevas camadas de profesionales del derecho que son instruidas (iluminadas) por una nueva iusfilosofía de avanzada que identifica al novel Código Civil y Comercial de la Nación.

11 El maestro Alberto Bueres lo sintetiza con elocuencia: "la prevención sólo resulta un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación" (Herrador Guardia 2011).

Los abogados cuentan con nuevos (y viejos) instrumentos para dar curso a las necesidades y a los planteos de sus clientes, para motorizar el intercambio de riquezas en una economía tan dinámica, y el asesoramiento en clave preventiva se torna cada vez más importante. El desafío es sobre todo cultural, y por tanto es menester "hacer escuela".

Por otro lado, un segundo factor es la existencia de eficaces mecanismos de control que incentiven el acatamiento de tales normas. El hombre es bueno por naturaleza, pero si se lo vigila es mejor, y en la aplicación de efectivos mecanismos de control el Estado (nacional, provincial, municipal) asume un rol protagónico a través del ejercicio de su indelegable "poder de policía", de quien también se espera especialmente que en el desarrollo de sus propias actividades cumpla con los estándares del caso y las normas evitatorias que resulten aplicables.

De ello se deduce, por tanto, el carácter nefasto de la ley 26.944, que ha desalojado a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos de las sabias estructuras del nuevo Código Civil y Comercial para incardinarla en el pantanoso e insuficiente ámbito del Derecho Administrativo (art. 1764/66 CCCN), posicionamiento que cabe sostener al menos hasta que se diseñe y opere un "estatuto de responsabilidad del Estado" basado en normas de Derecho Público como, por ejemplo, propone Horacio Rosatti (Rosatti, 2016).

8. Conclusiones

En un verdadero Estado de derecho en que se pone de relieve la protección de derechos, el Derecho Privado apuntala la función de la prevención de daños como aporte al bien común. En esa inteligencia es posible concluir que:

a) El adecuado tratamiento del "daño injusto" o "daño no justificado" ordena al Derecho de Daños y lo orienta hacia la consecución de sus elevadas finalidades, más allá de la letra del Código Civil y Comercial transformó a la clásica Responsabilidad Civil (lenta, insuficiente e ineficaz) en el actual Derecho de Daños. Esto impone una lectura actualizada de los presupuestos que tornan operativo al sistema preventivo - reparatorio: daño injusto o no justificado y relación de causalidad adecuada (que absorben a la claudicante antijuridicidad), y el criterio de atribución aplicable (fundamento o justificación de la imputación);

b) Mientras el "deber de prevención legal" del art. 1710 CCCN constituye un mandato de conducta genérico que opera en el ancho campo aquiliano y reconoce como sustento un criterio o factor de atribución subjetivo, la "obligación de seguridad" del art. 961 CCCN (y arts. 5/6 ley 24.240) constituye una regla específica y calificada de conducta que se limita al terreno del cumplimiento obligacional y se le aplica un criterio o factor de atribución de corte objetivo (riesgo-garantía, seguridad). En este último caso, el mayor rigor obedece a que el deudor cuenta con un "control" o "dominio" más amplio o preciso de *su* causalidad cuando ejecuta el plan prestacional orientado a la

satisfacción del interés del acreedor;

c) La obligación de seguridad adquiere contornos precisos y por tanto autoriza o justifica la mayor exigencia que pesa sobre el deudor obligacional, situación que tiene lugar particularmente en el ámbito de la prestación de servicios y con especial énfasis en los casos que entrañan una elevada riesgosidad (transporte de personas, espectáculo público, etc.).

d) En la causalidad contractual se recorta el campo fáctico que cubre el ubicuo *alterum non laedere*, y, por tanto, en función de las características del plan prestacional en desarrollo que se sustenta en determinada ciencia o técnica (ej. medicina, ingeniería, etc.), se modela simétricamente el objeto obligacional. El crédito eventualmente se ve fortalecido, lo que también depende de la naturaleza del interés comprometido, aspecto ligado ya a una cuestión de política legislativa.

e) La tácita obligación de seguridad pervive en el novel régimen codificado, y su concomitante o paralela vigencia con el deber de prevención general, completa el abanico de herramientas técnicas con que la especialidad capta y regula la realidad en cuanto la orienta hacia el comportamiento deseado: función demarcatoria, normativa, *deterrance* (*compliance*).

f) El *compliance* entendido como las buenas prácticas empresarias en orden a la identificación y gestión profesional de los riesgos de la actividad, confiere volumen a la previsibilidad del daño como integrante de la causalidad adecuada (arts. 1726/1728 CCCN), por lo que importa un nuevo y riguroso estándar de conducta exigible a las empresas que beneficia especialmente a usuarios y consumidores y por tanto a la sociedad en general;

g) En la aplicación de efectivos mecanismos de control, el Estado (nacional, provincial, municipal) debe asumir un rol protagónico a través del ejercicio de su indelegable “poder de policía”, y también se espera que en el desarrollo de sus propias actividades se ajuste al cumplimiento de los estándares pertinentes y normas evitatorias que resulten aplicables. De esto se deduce el carácter nefasto de la ley 26.944, que ha desalojado a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos de las sabias estructuras que el nuevo Código contempla en esta materia, para incardinarla en el pantanoso e insuficiente ámbito del Derecho Administrativo (art. 1764/66 CCCN).

VOLVER A ÍNDICE

Referencias Bibliográficas

AFTALIÓN, E. y VILANOVA, J. (1998). *Introducción al derecho*, Abeledo Perrot,

BETTI, E. (1979). *Teoría general de las obligaciones*, trad. J. L. De los Mozos, R.D.P., Madrid, España.

BUERES, A. J. (2011). *El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?, en Derecho de Daños*, Herrador Guardia, Mariano José (coordinador), Sepin, Madrid.

BUERES, A. J. (1998). El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 17, *Responsabilidad contractual-I.*

CASIELLO, J. J. (1971). *Fijación de los lineamientos generales del sistema de la responsabilidad civil* (V Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Rosario).Santa Fe, Argentina.

ENNECCERUS, L. (1947). *Derecho de obligaciones*, vol I "Doctrina general", Bosch, Barcelona, España.

HERRADOR GUARDIA, M. J. (2011). *El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?, en Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011

JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*, Editorial, Madrid.

LAMANNA GUIÑAZÚ, E. (2020). *Daño agravado por el acreedor. Formas del debido comportamiento de la víctima*. Ed. Astrea.

LAMAS, F. (1991). *La experiencia jurídica*, IEFST, Buenos Aires, Argentina.

LEIVA FERNÁNDEZ, L. (s.f). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Lexis Nexis, 3° edición actualizada, tomo V.

LORENZETTI, R. L. (2006) *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, Grijley, Lima, Perú.

MARTÍNEZ SARRIÓN, A. (1992) *Derecho de daños*, Boch, Barcelona, España.

MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. A. (s.f.) *Responsabilidad por daños. Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I "Parte general", Rubinzal Culzoni.

PANTALEÓN PRIETO, F. (2001). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual, *Estudios de responsabilidad civil: homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid.

PIZZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. (2007). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 3, Hammurabi.

RADBRUCH, G. (1959). Filosofía del derecho, *Revista de Derecho Privado*, 4° edición, Madrid,España.

ROSATTI, H. (2016). *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni.

SAUX, E. (s.f) *La tutela inhibitoria y la multa civil: dos modos de evitar la causación del daño en el Proyecto de nuevo Código Civil argentino*, Zeus, 81-D-173.

TRIGO REPRESAS, F. (2019). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. IV, La Ley.

UBIRÍA, F. A. (2015). *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot.

UBIRÍA, F. A. (2011). Cambio de paradigma en el Derecho de Daños. Hacia un nuevo salto de calidad, *Estudios de Derecho Civil con motivo del bicentenario*, El Derecho.

UBIRÍA, F. A. (2018, 28/30 de septiembre). "*Apostillas sobre la prevención como nuevo epicentro sistémico"*, *Comisión N° 4 Derecho de Daños: "Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil*, *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina.

UBIRÍA, F. A. y PÉREZ, M. (2022, 23/24 de Septiembre 2022), *"La herramienta del compliance como canal de cumplimiento de exigentes estándares preventivos para la gestión de actividades peligrosas o riesgosas"*, *Comisión N° 3 Derecho de Daños: "Responsabilidad derivada en la pandemia. Función preventiva de daños, "XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil"*, Mendoza, Argentina.

WIEACKER, F. (s.f). *El principio general de la buena fe,* traducción de José Luis Cano, Civitas, Madrid.

VOLVER A ÍNDICE

Una cultura constitucional para el estado democrático

Por Horacio Vaccarezza

1. Planteo inicial

Sumar un comentario relativo al estado democrático a cuarenta años de la recuperación de la institucionalidad, supone aguzar el análisis crítico de ciertas afirmaciones y conceptualizaciones.

Es que, a fuerza de transitar la institucionalidad, como cualquier circunstancia cultural, se van entrelazando una serie de convicciones fundantes o legitimantes, con las vicisitudes propias de las relaciones intersubjetivas; todo lo cual lleva a confundir (fundir con), deseos, mitos y realidades.

Quiero decir con esta idea, que los principios sobre los que se acuerda el re constitución de un estado democrático, en particular luego del traumatismo que implica haber transitado el terrorismo de estado; van, por así decirlo desdibujándose al par de las complejas situaciones que, de muchos lugares, parecen intentar poner en jaque tales principios.

De muchas maneras comienzan a entrecruzarse las definiciones consolidadas de Constitución, República, Estado de derecho, Legalidad; con la particular conformación, que, de la estatalidad, desarrollan las diversas administraciones que acceden a tal responsabilidad.

Es decir, la sociedad va construyendo una re significación de una serie de aspiraciones que se unen de modo inquebrantable en esos principios a los que se les otorga cierta sacralidad; pero en cada etapa las relecturas de aquellos principios o conceptos fundantes, comienzan a mostrar fisuras.

Fisuras que no son más que las diversas reinterpretaciones o pasajes, de los principios abstractos a los momentos concretos, que de modo crudo interpelan las más profundas convicciones; en cuanto a cuál es el modo de desarrollarlas.

Para ponerlo en términos simplificados: comienza a confrontarse el texto escrito con el texto leído.

En este modo de describirlo, quiero referirme a un marco fundante, que es la Constitución Nacional; y su implementación práctica, como el desarrollo mismo de la Constitución; el Estado.

Y dentro de esta implementación, a su vez, una serie de dilemas que la gestión pública enfrenta al constituirse como puente entre los ideales fundantes y las concreciones prácticas logradas o por lograr.

Y de ello, o mejor dicho de la fidelidad entre ambos “extremos”, la constatación de legitimidad o ilegitimidad de quienes lo ejecutan. Es decir, si se cumple con fidelidad o se prestan a desviaciones reprochables. Dicho de otra manera, más tradicional, si el poder ejercido mantiene legitimidad.

Claro que el poder, encierra diversas funciones en ese reparto tripartito propios del estado moderno, en nuestro caso presidencial. Todo lo cual, ofrece un verdadero universo de complejidades que se van entrecruzando de modo constante; por lo menos en dos niveles: los funcionales, propios

del mandato jurídico constitucional; y la reinterpretación práctica que se hace de ellos.

Nuevamente, el probable divorcio entre lo mandado y lo cumplido; pero no es tan fácil pues, la coincidencia entre ambos estará sujeto a los intereses y convicciones de quienes se enfrenten en visiones políticamente divergentes.

Una crítica al desempeño de una función del estado, puede ser visto como una muestra de compromiso en el mejor desempeño de la gobernanza; o como un ataque artero al equilibrio de poderes que manda la república. Y en el medio de tal línea imaginaria, una serie infinita de posibilidades que suelen soslayarse.

Ciertamente, esta alternativa, groseramente binaria, es sólo una forma de presentar el análisis de las complejidades implicadas al momento de desarrollar y mantener la gestión de un estado democrático.

Y si se me permite, quiero presentar para finalizar esta introducción, que la Constitución es una norma, *la norma*, pero norma al fin, y como tal sólo representa un ideal común, cuyo contenido, como advertí al inicio, difiere al momento de intentar su concreción.

Con esto voy de lleno al problema de la interpretación jurídica, y con las licencias del caso, puedo buscar un parangón entre la gestión estatal y una sentencia.

En ambos casos, habrá una referencia a un sistema representativo de valoraciones y significaciones cuyo sentido sea la piedra angular de la legitimidad que la hará viable.

Así, como no existe un modo único de interpretación de la ley, no existe un modo único e incuestionable de interpretar la constitución.

Y a esta verdad de Perogrullo, agrego que estoy jugando conceptualmente una comparación entre elaboración de sentencia y organización de la gestión estatal.

Entiendo que pueda sonar disparatado, y tal vez lo sea incluso para alguna mirada más conservadora; hasta puede ser irreverente. Nada más alejado de mi intención.

Por el contrario, me interesa rescatar la calidad normativa de la Constitución para que la idea de marco referencial no se agote en ideales abstractos, por una parte; y, por la otra, reflexionar sobre el modo en que la construcción concreta del estado puede referenciarse sistemática y estrictamente con la Constitución.

El problema, no es hacerlo de una manera o de otra, sino de establecer el alcance concreto de la norma suprema al momento de diseñar el esquema estatal y luego, claro está, el modo de hacerlo funcionar.

Hasta aquí, entonces, tenemos que considerar o, mejor dicho, reconsiderar el modo de compatibilizar las aspiraciones que representa la norma constitucional, con el modo de gestión

estatal. Y, al mismo tiempo, trabajar en la consolidación cultural de pertenencia a ciertos objetivos políticos, que bien podrían estar fijados por los señalados en el preámbulo.

Pero la pregunta que surge inevitablemente es, si fuera tan fácil ¿por qué existen tantos desacuerdos? Y también en forma de burla a quien esto escribe: ¿hace falta escribir tanto para decir que la solución está en la constitución?

Pues bien, antes de avanzar, tal vez también cabe la posibilidad de considerar que tales preguntas sean retóricas; sin embargo, trataré de analizar algunas aristas concernidas en el cuestionamiento y, en tal caso, intentar una respuesta.

En las líneas precedentes se entrecruzaron varios conceptos elementales, tales como estado, constitución, república, democracia y legitimidad. Todos harto conocidos y sobre los cuales no cabría desacuerdo en el ámbito teórico, pero de lo que estamos hablando es de su concreción en la vida real.

2. El estado democrático

Al momento de referirnos al estado, se abren por lo menos dos andariveles o planos de análisis: el referido a la superestructura organizacional; por una parte; y al modo de ejercer la administración, por la otra.

De inicio, quiero aclarar que estoy tratando al estado en su conjunto y no solamente al poder administrador, función ejecutiva. Y me posiciono desde esta perspectiva para considerar que existe un solo poder, como fenómeno social y una representación en la instrumentación o más precisamente institucionalización.

Esta ingeniería, tal como la producción legislativa, tiene una regla de oro para su eficacia: la encarnadura en las condiciones de producción.

De otra manera, existe un hiato en la formulación y su concesión, que no puede llenarse acabadamente con producción doctrinaria, por más densa y copiosa que sea. Y que, por lo demás, responderá a las diversas perspectivas desde las cuales se lo mire.

Si algo ha quedado claro a lo largo de la historia de la técnica jurídica, es que la literalidad como fuente de análisis, es cuanto menos, ingenua.

Tan ingenua, peligrosamente ingenua, como el obsoleto mandato de que “cuando la ley es clara no requiere interpretación”, lo cual oculta que la predicación de claridad supone una interpretación.

Desde hace muchos años, diversos estudiosos entre los que se cuentan sociólogos, politólogos, filósofos y juristas se han preguntado sobre la vigencia de la Constitución en la Argentina empujados por la necesidad de explicar, o aun entender, la fragilidad institucional que se presentó otrora.

Entre otras muestras de esa fragilidad, se cuentan los reiterados quiebres institucionales, en lo que el siglo XX ha sido prolífico: 1930, 1943, 1955, 1958, 1966 y 1976.

Por supuesto que debe tenerse presente que cada uno de estos golpes ha tenido de alguna manera el apoyo de una parte, digamos importante, de la sociedad. Cuestión que es de la mayor significación en la reflexión que pretendo desarrollar en este breve trabajo.

Desde el punto de vista constitucional, la acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que valida por efectiva la gestión del Dictador José Félix Uriburu, quien el 6 de septiembre de 1930 derrocó al presidente Hipólito Yrigoyen; es algo más que un dato histórico.

Volviendo al momento de recuperación de la institucionalidad de diciembre de 1983 del cual conmemoramos en estos días su cuadragésimo aniversario, me permito hacer un sucinto relato relativo a la preocupación sobre el mejoramiento institucional, intentado hasta el presente.

Haciendo un poco de historia, podremos recordar que el más complejo e influyente de los intentos para estudiar mecanismos de ingeniería constitucional, encaminados a consolidar la institucionalidad; ha sido el trabajo que elaboró el Consejo para la Consolidación de la Democracia, inspirado por el Dr. Raúl Alfonsín, cuya coordinación estuvo a cargo del Dr. Carlos Santiago Nino.

No es mi intención en este artículo analizar el enjundioso trabajo que distinguidos especialistas elaboraron en densos volúmenes, sino tomar algunas ideas que se difundieron en la opinión pública, especialmente algunas de las que formaron parte del Núcleo de Coincidencias Básicas. Coincidencias que oficiaron de punto de partida para la última reforma de la Constitución de la que pronto conmemoraremos su trigésimo aniversario.

No creo equivocarme si señalo que gran parte de los análisis giraron en torno de lo que se identificó como “híper presidencialismo”; que, según creo, es una expresión redundante, o más bien un caso de lo que yo llamo encarnizamiento lingüístico. Es que el sistema presidencial, en sí mismo responde a la idea de una autoridad muy definida, “suprema”. Término fuerte si los hay.

Desde esa perspectiva y con asiento en el manido apotegma de Lord Acton: “El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente” se ha desviado el análisis al diseño del poder, desde la arquitectura formal, dejando de lado la construcción cultural de un ejercicio democrático del poder, más allá de sus formas; ya explicaré más al respecto.

En efecto, desde los primeros análisis de aquel Consejo hasta los trabajos que se les encargaron a los Dres. García Lema y Gil Lavedra en 1994, representantes de las dos fuerzas políticas entonces mayoritarias, la cuestión de las facultades del presidente argentino, en su amplitud y concentración, fueron el centro de preocupación a la hora de diseñar la “nueva ingeniería constitucional”.

Centrada, como dije, la preocupación en el fuerte “presidencialismo” se comenzó a estudiar, las reformas que pudieran morigerarlo o tornarlo más controlado y previsible.

Dos fueron los caminos más transitados: la de pensar una división de ese poder ejecutivo

“absoluto” y la de introducir elementos de las llamadas formas semi directas de democracia (iniciativa popular, referéndum, plebiscito).

Con relación a la primera de ellas, la división del poder, fue inevitable la referencia al parlamentarismo británico; y así se comenzó a hablar de ministro coordinador, primer ministro, o como luego quedó: Jefe de Gabinete de Ministros.

Con relación a la segunda, se introdujeron esos mecanismos sin mayores precisiones, que quedaron en manos del Congreso para su reglamentación.

Ahora bien, esta enumeración mínima de las dos aristas elegidas para controlar el poder del Ejecutivo, no puede leerse adecuadamente sin recordar que desde los instantes que siguieron al 22 de mayo de 1810 existió en la dirigencia argentina, aun cuando tal denominación no fuera utilizada, un debate que no tuvo fin.

Quiero decir que desde el mismo momento en que se vislumbró la posibilidad de dotar a estas tierras de un gobierno propio, no hubo acuerdo duradero respecto de nuestra organización; y creo que es allí donde debe buscarse básicamente la raíz de nuestra percepción de fragilidad institucional.

Juntas, triunviratos, asambleas, directorios supremos, gobernaciones, presidencias, fueron alguna de las formas en que se intentó contener o administrar el fenómeno del poder.

A la par de tales propuestas institucionales se sucedían los vaivenes ideológicos como el Iluminismo, cuya expresión más viva tal vez la encontramos en Mariano Moreno, quien desde muy temprano pregonaba la necesidad de dictar una constitución liberal.

Aunque en la práctica fue su oposición a aceptar la representación provincial en la Junta Grande, lo que lo llevó a su alejamiento, viaje y muerte en alta mar. Es decir, la proclamación de los principios del liberalismo era ferviente, pero en su faz aplicativa diversas circunstancias, justificadas o no, impedían su concreción.

Sin embargo, los principios liberales encontraron expresión en los famosos decretos de libertad de imprenta y seguridad individual de 1811.

La Asamblea General Constituyente de 1813 fue, de varios modos, la expresión más acabada de ese liberalismo al proclamar la abolición de la esclavitud y la igualdad de derechos de indios y esclavos. Tal vez, la más significativa toma de posición en tal sentido pueda encontrarse en afirmaciones como: “la verdadera soberanía de un pueblo nunca ha consistido sino en la voluntad general del mismo”.

No es menor ni menos importante el principio de legalidad y consagración de la autonomía personal que se tradujo en el artículo 19 de nuestra Constitución por obra de los sacerdotes Sáenz y Castro Barros, pero que ya se encontraban en los proyectos constitucionales de 1815, 1817 y 1819 (para un estudio pormenorizado de su evolución, puede consultarse La Filosofía Jurídica del artículo 19, de Arturo Enrique Sampay). Pero lo cierto es que casi a cada paso de progreso o avance

institucional, existía un abuso o deformación en la faz aplicativa que hacía naufragar ese intento.

Así podremos ver como ejemplo que mientras Rivadavia avanzaba con el voto universal en la provincia de Buenos Aires y promovía una importante colonización de tierras mediante la enfiteusis, los abusos llevaron a la consumación de latifundios que nada tenía que ver con la idea que había inspirado.

3. La cuestión del Poder constituyente

Antes de continuar con la exposición y para ir completando la perspectiva del presente ensayo, creo que resulta útil pasar revista al concepto de poder constituyente para enriquecer la reflexión sobre la vigencia de la constitución. Y lo voy a hacer tomando, a manera de ejemplo, una de las tantas definiciones disponibles en la literatura constitucional.

Así puede definirse al poder constituyente como el que constituye el estado al ser capaz de decidir sobre las normas que le son sustancialmente necesarias para subsistir (Sánchez Ferriz, 2002, p. 288).

Pero, en definitiva, y más allá de conceptos doctrinarios, resulta difícil rastrear el verdadero origen de ese poder. A veces, puede coincidir con la creación misma del Estado como en Estados Unidos o nuestro país, aunque como explicaré más adelante, se trata de algo no del todo claro. Especialmente desde el punto de la legitimidad original.

Por el contrario, en Francia se encuentra desdoblado: un Estado preexistente y una instancia en la que se configura una determinada forma de existencia.

Lo apuntado no impidió a la doctrina norteamericana distinguir con claridad entre poder constituyente y poder constituido: el primero es la expresión del pueblo sin mediación de representantes, esto es que estiman indispensable la intervención popular ya sea previa a la decisión de una Convención, ya sea posterior para ratificar tal decisión.

Pasando revista por Francia, resulta punto de referencia la doctrina del abate Siéyés pues es quien elabora de manera sistemática la teoría del poder constituyente refiriéndose a la Nación, con los siguientes puntos básicos: 1) la Nación tiene un poder constituyente especial y distinto de los establecidos en la Constitución, que son constituidos; 2) el poder constituyente no puede ejercerse por la Nación misma directamente sino por representantes suyos extraordinarios; 3) quienes ejercen el poder constituyente no pueden ocuparse de tareas o funciones propias de los poderes ordinarios.

Estos postulados fueron tomados en nuestra constitución en tanto que para poder realizar cualquier reforma resulta necesario una actividad del congreso que decida la necesidad de la reforma y su alcance; y una convocatoria a elecciones para que se elijan los diputados que discutan el texto, según lo establece el artículo 30.

4. La cuestión de la legitimidad

Ahora bien, podemos describir mecanismos y asegurarnos que se desarrollen o respeten ciertos principios que parezcan asegurar un resultado "correcto", pero ¿cuál es la razón para que una comunidad acepte ese "contrato"? Pues bien, se trata del convencimiento de su obligatoriedad en el sentido de reconocer en su contenido una legitimidad inviolable.

Esa es la piedra angular de una constitución: la legitimidad que exhiba ante la sociedad. Y tal concepto puede también encontrar una definición tradicional, veamos.

Max Weber (2002) la clasificó en tres categorías: tradicional, carismática y racional. La primera se asienta en la práctica histórica, en la sacralidad del tiempo; que deriva de los principios o prácticas de nuestros mayores. Se obedece a la persona en virtud de su dignidad propia, santificada por la tradición: por fidelidad.

El contenido de las ordenes está ligado por la tradición, cuya violación desconsiderada por parte del señor pondría en entredicho la legitimidad de su propio dominio, basado exclusivamente en la santidad de aquellas. Fuera de las normas de la tradición, en cambio, la voluntad del señor sólo se halla ligada por los límites que le pone en cada caso el sentimiento de equidad, o sea, en forma sumamente elástica.

Los "funcionarios" típicos del Estado patrimonial y feudal son empleados domésticos que tienen inicialmente a su cargo tareas correspondientes a la administración doméstica (senescal, camarero, mariscal, escanciador, mayordomo).

Por su parte, la legitimidad carismática es la que provoca que los administrados o gobernados se entregan al líder por su ejemplaridad o condiciones extraordinarias que suele aparecerse como un verdadero salvador o Mesías. Este tipo de liderazgos aparecen en tiempos de crisis pues como se decía "la revolución llama al César".

Este tipo de legitimidad subsiste mientras se le atribuyan al caudillo esas cualidades extraordinarias; es decir, decae con la rutinización; cuando lo extraordinario deja de serlo. El problema mayúsculo es encarar la sucesión del líder.

Finalmente, la legitimidad, legal, racional o democrática, se encuentra relacionado con un nivel desarrollado de la sociedad. En este caso, la justificación del poder se basa en la idea de que la norma que rige el ejercicio del poder del Estado, se ajusta a las necesidades de la sociedad y, sobre todo, es expresión de la misma voluntad social.

En este esquema, se obedece porque los que ejercen el poder se designan por métodos democráticos y porque estos lo ejercen persiguiendo tan sólo el interés general y apoyándose en una burocracia neutral y objetiva. Aunque esto no es tan cierto, pues en la realidad nunca puede encontrarse una "burocracia objetiva y neutral", siempre está comprometida –en mayor o menor grado- con la autoridad política que, a su vez, está condicionada por alguna corporación

parlamentaria y ésta también responde a influencias de diversos grupos de poder.

Un ejemplo muy didáctico lo ofrece Cossio (1959) al estudiar la cuestión de la legitimidad del derecho en la que se pregunta desde dónde se cuenta tal comienzo constituyente. Así analiza que una sentencia encuentra su legitimidad en la actividad legislativa que sustentó la creación de ese tribunal, la actividad legislativa a su vez la encuentra en las atribuciones que emanan de la Constitución.

Hasta aquí, el análisis no parece ofrecer dificultad. Sin embargo, cuando la pregunta se hace sobre cuál es la fuente de legitimidad de la Constitución, ahí sí se complica.

Cossio se pregunta por qué vamos hacia atrás en búsqueda del poder constituyente, lo detenemos en la Constitución de 1853 y admitimos que su legitimidad está en el Poder Constituyente que puso en marcha Urquiza, luego de Caseros. Es decir, por qué decidimos que el nombrado Urquiza es el primer constituyente y no un asaltante del poder, al derrocar a un Gobernador.

Esta reflexión apunta a poner en evidencia que las consideraciones implican un punto de vista que condiciona el resultado del análisis, y expone, asimismo, que las abstracciones que se realizan desde la teoría tienen utilidad para enriquecer el análisis, pero de ninguna manera pueden resolver problemas.

Volviendo a Weber:

> La burocracia constituye el tipo técnicamente más puro de la dominación legal. Sin embargo, ninguna denominación es exclusivamente burocrática, ya que ninguna es ejercida únicamente por funcionarios contratados (...) Ni tampoco el cuerpo administrativo es casi en parte alguna verdaderamente burocrático, sino que suelen participar en la administración, en las formas más diversas, honoratiores por una parte y representantes de intereses por la otra (sobre todo en la llamada administración autónoma). Sin embargo, lo determinante es que el trabajo normal corra a cargo, de modo predominante y progresivo, del elemento burocrático. (Weber, 2002)

A esta concepción Webweriana se puede agregar la idea de Heller, en el sentido de considerar que no alcanza con la sujeción a procedimientos formales y preestablecidos, esto resulta per se insuficiente; pues sólo en el estado de derecho con división de poderes existe una conexión real entre legalidad y legitimidad.

Finalmente, con relación a este tema podemos agregar que la noción de legitimidad se integra a una concepción pragmática: el poder se obedece porque es eficaz. Es que en la actualidad –revolución informática mediante- las sociedades están pendiente del resultado de la gestión. Por eso, las plataformas electorales tienden a uniformarse diferenciándose sólo en matices apuntados en una visión única y hegemónica, que pretende revestirse de técnica e inevitable.

Se trata de captar votos no ya sobre la base de posiciones ideológicas diferenciadas, sino por un declamado “eficientismo”. Esto ha llevado a más de un politólogo a anunciar la muerte de las ideologías, en particular, por reduccionismos economicistas.

En mi opinión, es un disparate pensar que puede conseguirse eficacia política y calidad

institucional sin una fuerte posición ideológica, que marque los rumbos y límites de la gestión.

Claro que para ello debe efectuarse una redefinición terminológica cuando nos referimos a eficiencia; pues de lo contrario los parámetros de análisis pueden ceder ante las estadísticas, lo cual es muy peligroso. Por ejemplo, en la administración de justicia es indispensable que las decisiones lleguen a tiempo, pero resulta también indispensable que sean la expresión de la realización del valor justicia cuya descripción o mensura resulta de una alta volatilidad, pero definitivamente no puede identificarse por guarismos aritméticos.

5. Un caso paradigmático

Ahora bien, vamos acercándonos nuevamente al problema de la formulación de planes constitucionales y a su plena realización, o mejor dicho qué tanta cercanía existe entre la intención popular, la recepción de esta demanda por parte de los responsables del diseño constitucional, lo que puede realizarse o acordarse y lo que finalmente recibe la sociedad como devolución.

Es cierto que dicho de esta manera resulta fatigoso, pero es real. Y antes de continuar con el análisis central de este trabajo, quiero traer algunas explicaciones que Robert Dahl, profesor emérito de la Universidad de Yale, vierte en ocasión de analizar qué tan democrática es la constitución norteamericana:

> Los reformadores constitucionales del futuro serían prudentes en reconocer que más allá de lo que una constitución prescriba sobre el papel, cumplirá sólo con un conjunto muy limitado de metas(...) ninguna constitución puede garantizar la democracia en un país donde están ausentes las condiciones favorables a la democracia. Para preservar y mejorar estas condiciones favorables, debería propiciar un orden más democrático antes que algún cambio en la Constitución. (Dahl, 2003, p.150)

Aquí queda planteada, a mi juicio, la cuestión central de la vigencia constitucional: la aprehensión social de su contenido.

6. La ley como técnica de represión, de control y de motivación de comportamiento

Para cerrar este comentario, quiero referirme a la función de la ley como expresión y descripción de la realidad social y su primera lectura a cargo del legislador. Ello porque la Constitución es la norma fundante, la ley fundante, pero ley al fin. Aun cuando desde el punto de vista ontológico la norma producida por el poder constituyente es distinta de la emanada del poder constituido, tengo para mí que esta última conserva algún reflejo de esa naturaleza constituyente.

Como sostiene Frosini:

> Los textos legislativos proporcionan los parámetros para establecer los criterios de valoración de los comportamientos, y su control se efectúa a través de los sistemas de los procedimientos judiciales y administrativos, en los que las normas legales reciben su verdadera valencia jurídica, ya que en ellos la palabra de la ley se convierte en acción y decisión, y revela la gran fuerza en la que la ley se apoya y que le da certitud. (Frosini, 1995, p.50)

La aplicación de la ley es la verificación de su validez y eficacia. La técnica jurídica de control de los comportamientos a través de la ley no desarrolla únicamente una función de control represivo, sino que puede tener también una función promocional o incluso liberadora, en cuanto que la ley puede contribuir a alcanzar nuevas cotas de igualdad jurídica y social.

Es decir que la ley, y la Ley Fundamental no es una excepción, es la expresión de un discurso compartido de validez intersubjetiva que es "traducida" por el constituyente y vuelta a traducir por el legislador del poder constituido.

7. El parlamentarismo en la Argentina del default

Retomando la idea de la reforma constitucional de 1994 y referido con exclusividad a lo que parecía ser las cuestiones principales, el híper presidencialismo, podemos concluir que si bien se creó a la figura del jefe de Gabinete (art. 100 CN) el desideratum era el parlamentarismo británico. Es decir, todos los estudios y reflexiones referidos a conseguir una organización del poder más estable estuvieron siempre a la sombra de ese mito de organización democrática que lleva ocho siglos de desarrollo paulatino.

Sin embargo, lo verdaderamente interesante fue que mientras andábamos los primeros pasos (ocho años no son más que pasos en la vida institucional) con Jefe de Gabinete, por esas cosas que tiene Argentina, casi de un día para el otro, pasamos a tener un régimen parlamentario absoluto durante el año 2002.

En efecto, al régimen presidencial que encarnó De La Rúa siguió un régimen parlamentario. Dejemos el fugaz paso de Rodríguez Saa y pensemos que Duhalde y sus ministros casi con exclusividad provenían del parlamento.

Pero no sólo eso, los gobernadores llevaban la voz cantante y marcaban el paso del gobierno central, casi con una fuerza que no se veía desde la batalla de Cepeda de 1820. Es decir, luego de discutir durante cuarenta y tres años qué sistema político habría de implementarse en estas latitudes, se decidió el modelo norteamericano- con toque criollos- y luego, desde mediados del siglo pasado, una pendulante discusión respecto del presidencialismo y sus alternativas, se introdujo el Jefe de gabinete añorando, como dije, el sistema británico. Y, de la noche a la mañana, un parlamentarismo de hecho.

Pero nadie percibió ningún cambio, todos asistimos al mismo modelo presidencialista, aun

cuando el presidente y sus colaboradores eran senadores en su mayoría. Entonces cabe preguntarse, ¿dónde está el problema?, ¿qué debe cambiarse para cambiar el régimen constitucional?

8. ¿Qué es una constitución?

Es imposible no recordar a Fernando Lasalle y su memorable alocución a la muchedumbre de Berlín en 1862. En aquella pieza brillante, aún desde el punto de vista de la oratoria, Lasalle explica que el poder constituyente reside en los factores de poder reales y efectivos.

Vemos cómo lo explica el mismo autor:

> Si, pues, la Constitución es la ley fundamental de un país, será- y aquí empezamos ya, señores, a entrever un poco de luz-, un algo que pronto hemos de definir y deslindar, o, como provisionalmente hemos visto, una fuerza activa que hace, por un imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son, de tal modo que, a partir de ese instante, no puedan promulgarse, en ese país, aunque se quisiere, otras cualesquiera.
>
> Ahora bien, señores, ¿es que existe un país- y al preguntar esto, empieza ya alborear la luz tras de la cual andamos- algo, alguna fuerza activa y eficiente, que influya de tal modo en todas las leyes promulgadas en ese país, que las obligue a ser necesariamente, hasta cierto punto, lo que son y cómo son sin permitirles ser de otro modo? (Lasalle, 1957, p. 14)

Y ese algo que pretende investigar lo denomina factores reales poder y que constituyen, para el autor citado, la fuerza viva y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad “haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son”. (Lasalle, 1957, p. 14)

Esa fuerza viva, que puede identificarse en grupos de poder, factores de presión no son más que la expresión de ese discurso social que se sustenta en un conjunto de valores compartidos o aún en un imaginario social del cual no puede despegarse el legislador, ni siquiera el constituyente, pues es parte de esa realidad y está moldeado por ella.

Según lo explica Dahl (2003, p.150), muchos de los congresistas de Filadelfia albergaban su gusto por la monarquía, pero sabían que esa idea era mayoritariamente desechada.

9. Conclusión

La Constitución, aun considerada como la norma fundante, no es ajena al orden jurídico general y este orden, en sentido amplio, no es otra cosa que el discurso social. Las leyes, y la

constitución no es una excepción, es producto de ese discurso, lo describe y lo conforma a su vez, por ello la ley tiene una función informativa.

De tal manera, una ley no puede ser muy distinta ni idéntica de la realidad que la produce. Si es idéntica y no produce cambios es inocua, si pretende grandes cambios y se aleja demasiado de la realidad, no tendrá vigencia. Esto porque la conducta social no se construye a partir de la lectura del Boletín Oficial sino por los usos sociales que van sedimentando a lo largo del tiempo con la ayuda de las buenas leyes. Es que la vigencia de una ley está en el convencimiento de obligatoriedad y en el sentimiento de justicia o injusticia que las personas perciban.

Eso es lo que a mi juicio explica la vigencia real de la constitución, y eso es lo que pretendí mostrar confrontando los desvelos de juristas analizando la forma de modificar un modelo, el cambio formal de modelo y el no cambio en las prácticas sociales.

En ese empeño toda la riqueza que para estudios teóricos ofrece el derecho comparado, no debe confundirse con la quimera de "importar" instituciones como si fueran cosas materiales. El derecho es un producto cultural y, como tal, tiene una particularidad definitiva, cambia por el hecho de ser conocido.

Una y otra vez, en un eterno proceso de re significación social pluri-dialéctico de co-construcción comunitaria, y una vez consolidado; será tan variado como los prismas a través de los cuales los puedan mirar.

Walter Bagehot (1912) comenta con estupor el error de los norteamericanos que, al copiar el sistema británico, le agregaron un poder ejecutivo distinto del parlamento, lo que según el autor genera una contradicción que puede paralizar el funcionamiento institucional. Pero esa opinión del tratadista inglés, no es la realidad concreta de la institucionalidad norteamericana, pues esa sociedad moldeó esa forma y la construyó con una práctica interpretativa, propia de su misma experiencia política.

En nuestro país hemos importado instituciones, como las mencionadas en el presente trabajo, con la ilusión de encontrar que se repetirían las experiencias de sus lugares de origen. Sabemos que nuestra constitución tiene como referencia la norteamericana, aun considerando las diferencias criollas que hemos sabido introducir, como la institución de la función ministerial con facultades de autenticación y refrendo, etc. Y, automáticamente, nos referimos a las interpretaciones que la Corte de ese país hace de ella, para referenciarnos a la hora de interpretar la nuestra.

El grave problema es que las interpretaciones son también prácticas sociales definidas por las condiciones de producción de tales preferencias y, como tales, no son transferibles. Es decir, no sólo nos hemos ilusionado con importar instituciones, como cosas, sino que pretendemos asimilar a nuestras prácticas jurídicas, las experiencias amasadas al calor de las prácticas sociales de otras realidades sociales, lo que no hace más que llevarnos a una gran confusión y frustración.

En efecto, tomar una institución por los resultados que depara su funcionamiento en otra sociedad es, cuanto menos, ingenuidad. Se trata de un dilema que parte de considerar que los mitos que pretendemos universales, abstractos, inmutables, y de referencia ineludible, tienen existencia real.

Me permito arrimar, a manera de ejemplificación indirecta de lo dicho, un fragmento del debate entre Frías y Sarmiento en ocasión de discutir la reforma de 1860 en cuestiones de culto.

> Sr. Frías: No hemos de lograr nuestro fin, si al mismo tiempo que presentamos al pueblo como modelo las instituciones de los norte-americanos(sic), no le recomendamos que imite también sus virtudes, virtudes que deben ellos a sus creencias, y que podemos obtener de las nuestras nosotros. ¿Qué decimos al pueblo? "ahí tenéis esa constitución que ha hecho la grandeza y la prosperidad de la América del Norte" . yo agrego: "si queréis deber vuestra prosperidad á esas leyes, imitad las costumbres en que ellas se apoyan. Rehabilitad las creencias abatidas por la revolución. Mientras eso no hagamos, señor, mientras continuemos imitando á nuestros padres en sus errores, y no repudiemos la tradición revolucionaria, ha de perderse nuevamente el país en los antiguos abismos. (Reforma Constitucional de 1860 textos y documentos fundamentales. Universidad de La Plata, 1961, p 329)

Finalmente, concluyo que para modificar parámetros constitucionales de referencia, no resulta de utilidad adherir a nuevos textos y menos aún a comentarios o interpretaciones que de ellos se hagan en otras circunstancias.

En este camino, la universidad tiene un rol determinante y complejo, a manera de desafío: ofrecer las consideraciones teóricas disponibles, introducir al estudiantado en cuestiones abstractas como las herramientas de análisis, pero ofrecer el contrapeso de un análisis crítico para ver el modo útil de verificar acciones concretas.

Un proceso que lejos de ocultar las subjetividades en aras de un mito hermenéutico, exponga y rescate, una subjetividad plena y potente.

Es que la legitimidad no es la heredada o la que se expone desde cierta verdad tasada, por el contrario resulta necesario un trabajo crítico desde la subjetividad social, que la construya, que abjure de formalismos vacíos, que no puede responder a moldes preestablecidos. Y llegar a construir la solución posible y aceptar, asimismo, que siempre estará sujeta a nuevas revisiones.

Estos cuarenta años de ejercicio democrático muestran cómo se han gastado muchas energías en establecer modelos institucionales ajenos al convencimiento social. Creo sinceramente que debemos poner más esfuerzo en el ejercicio crítico del pensamiento que en la erudición. Asegurados esos valores verdaderamente constituyentes podremos expresarlos en leyes claras, que conlleven la innegable vigencia de la legitimidad que emana del respeto a esos principios que, con la sencillez de lo perfecto, enuncia el preámbulo de nuestra Constitución.

Pero con una salvedad importante, ninguno a expensas de otro, pues justicia, paz interior, defensa común, bienestar general y libertad, no pueden existir por separado. disociarlos o categorizarlos implica, sencillamente, anularlos.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias bibliográficas

BAGEHOT, W. (1912) *La constitución inglesa*. Traducción de Posada. A.

COSSIO, C. (1959). *El derecho del derecho judicial,* Abeledo Perrot.

DAHL, R. (2003) *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* F.C.E.

FROSINI, V. (1995) *La letra y el espíritu de la Ley.* Ariel.

LASALLE, F. (1957) *Qué es una Constitución.* Colección Panorama.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1860 TEXTOS Y DOCUMENTOS FUNDAMENTALES. Universidad de La Plata. 1961.

SAMPAY, A. (1965) *La filosofía del artículo 19*. Bibliográfica Omeba.

SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2002) *El estado Constitucional y su sistema de fuentes Tirant lo Blanch*.

WEBER, M. (2002) *Economía y Sociedad*, F.C.E.

VOLVER A ÍNDICE

Democracia y participación política de las mujeres

Por María Fernanda Vazquez

Hoy, a cuatro décadas de la vuelta a la democracia, la participación de las mujeres en los distintos espacios de poder es un tema complejo, a pesar del reconocimiento del derecho a la participación política igualitaria sin distinción de género. Este tema ha sido y es una cuestión de debate en torno a la igualdad de género.

Asistimos a un profundo desarrollo de los derechos a la participación política, que se fundamenta en una concepción amplia acerca de la democracia. En este sentido la Organización de Naciones Unidas (ONU) señala:

> "Las esferas pública y privada de la actividad humana siempre se han considerado distintas y se han reglamentado en consecuencia. Invariablemente, se han asignado a la mujer funciones en la esfera privada o doméstica vinculada con la procreación y la crianza de los hijos mientras que en todas las sociedades estas actividades se han tratado como inferiores. En cambio, la vida pública, que goza de respeto y prestigio, abarca una amplia gama de actividades fuera de la esfera privada y doméstica. Históricamente, el hombre ha dominado la vida pública y, a la vez, ha ejercido el poder de circunscribir y subordinar a la mujer al ámbito privado" (CEDAW, 1997, p. 3).

La Constitución Nacional en su artículo 16 consagra el derecho a la igualdad cuando dice:

> "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas."

Es decir, sostiene un trato legal igualitario a quienes se hallan en una igualdad de circunstancias y que "tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o ilegítima persecución" (Lopez Herrera, 2006, p. 1).

> Asimismo, "la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las que se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas" (Dalla Vía, 2022, p. 1).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Castañeda Gomez vs. México, sostuvo que la participación política puede:

> "incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa"[1], además, los ciudadanos "tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente

1 CIDH Caso "Castañeda Gutman vs. México" párrafo 146.

mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos" (párrafo 147)[2].

Así, en lo que respecta a la representación política, puede advertirse una homología estructural con lo que ocurre en la sociedad, en la cual los espacios políticos han reproducido las mismas lógicas de exclusión de las mujeres de los espacios de decisión, reforzando la concepción de que el ámbito privado es de su exclusiva incumbencia.

Siguiendo con esta línea de análisis, puede afirmarse que las mujeres han estado mayormente vinculadas a la esfera reproductiva en el ámbito de lo privado, donde se desarrollan principalmente actividades de cuidado de personas dependientes, quehaceres domésticos; así como también tareas de voluntariado/servicio dirigido a la comunidad, generalmente no remuneradas. Por su parte, el género masculino es asociado a la esfera productiva, la cual se despliega principalmente en los ámbitos públicos: laboral, político, sindical, entre otros, encontrándose éstos involucrados, en menor medida, en actividades no remuneradas que recaen en las mujeres.

La tensión entre estas dos esferas del trabajo femenino no debe entenderse como un asunto meramente vinculado a la accesibilidad laboral; en la medida en que ello supone una forma diferenciada para las personas de distintas identidades de género, de acceso al sustento y al uso del tiempo, afectando la ciudadanía social de las mujeres.

Las mujeres ganaron lentamente espacios en el ámbito político que se caracterizaron históricamente por una exclusiva participación masculina. Situación que aún deja rastros. Puede observarse que las desigualdades persisten, truncando el pleno desarrollo de las mujeres en el área política y social. En búsqueda de una solución, se presentan varias opciones superadoras. Una es la representación paritaria entre ambos sexos, es decir, que ambos participen en una proporción de 50%-50%. Otra, es la cuotificación, entendiendo a esta última como un camino hacia la paridad, no como un fin en sí mismo. A modo de ejemplo, en el ámbito sindical se hace referencia explícita a la necesidad de la búsqueda de nuevas herramientas para reconstruir la ciudadanía plena de las mujeres y, así, poder participar de una manera efectiva.

Las medidas de acción afirmativa establecen dar un trato desigual a situaciones disímiles para no perpetuar la disparidad, representando posibles estrategias a adoptar como parte de una política de género. Entre los mecanismos afirmativos, la cuota es la que apunta más directamente a una igualdad de resultado, incidiendo en el proceso electivo para compensar la situación entre los actores políticos y sociales. La misma debe ser tomada como una medida de carácter transitorio permitiendo la incorporación de las mujeres en cargos de decisión.

La reforma constitucional de 1994 incorpora a nuestra Carta Magna algunos artículos de cuya lectura surge una nueva perspectiva claramente dirigida a permitir la introducción de criterios de paridad de género. Se trata del criterio de discriminación positiva, que se ve reflejado en los

2 CIDH Caso "Castañeda Gutman vs. México" párrafo 147.

artículos 37 y 75 inc. 23, primer párrafo, respectivamente.

El artículo 37 consagra *"La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios (...)"*. Por su parte, el artículo 75 inciso 23, primer párrafo, enuncia como atribución del Congreso *"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos (...)"*. De esta manera, el legislador encuentra una vía para lograr dar mayor igualdad real a las relaciones entre hombres y mujeres, o mejores posibilidades de igualación en el acceso a la salud, la educación y el trabajo a los grupos menos favorecidos.

La participación ciudadana perfecciona y fortalece el sistema democrático. Los procesos electorales cumplen un rol fundamental en su consolidación.

La CIDH en el fallo citado estableció en el que la representación democrática implica:

> "incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa"(...); así mismo los ciudadanos "tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consulta o bien, por medio de representantes libremente elegidos" (párrafos 141 y 147)".

Uno de los principios que caracterizan a las democracias modernas es la inclusión de la totalidad de las voces de los diferentes actores sociales, en particular y, con especial atención, de aquellos colectivos sociales que resultaron históricamente excluidos y marginados de la esfera pública.

El Cupo Femenino

Frente a estos pronunciamientos, algunos Estados americanos abordaron la conflictividad de sub-representación adoptando acciones afirmativas para la conformación de las listas electorales, denominadas *cuotas* o *cupos.* Estas acciones se iniciaron a nivel parlamentario y Argentina fue pionera en 1991, aprobando la Ley N° 24.012 denominada "Ley de cupo femenino" o "cuota de género" que estableció, como obligatoria, la inclusión de un mínimo del 30% de mujeres en las listas de candidatos electorales para el Poder Legislativo.

Estas cuotas fueron objeto de resistencia, fuertes debates y tensiones en los ámbitos de las organizaciones políticas y, en algunos casos, se las ha interpretado como un máximo y no como un mínimo. Las legislaciones existentes, hasta ese momento, no presentaban fortaleza para sostener este avance de la representatividad de la mujer en las listas de candidatos electorales.

La ley de cupo femenino N° 24.012, promulgada en 1991, modificó el artículo 60 del Código Electoral Nacional al exigir la incorporación como mínimo de 30% de mujeres candidatas en proporciones con posibilidad de resultar electas en las listas de candidatos nacionales que presentan los partidos.

En un principio, la ley se aplicó únicamente a las candidaturas de los diputados nacionales y convencionales constituyentes nacionales hasta el año 2000. A partir del 2001, el cupo femenino se impuso también para elegir a los senadores nacionales, haciéndose extensivo a la lista de candidatos del PARLASUR. Esta ley no clarifica cómo deben ubicarse las candidatas en las listas. Existen ciertas reglamentaciones detalladas: el 30% es una cantidad mínima y las mujeres deben ser ubicadas en lugares de la lista con posibilidades de ser elegidas. El porcentaje mínimo se aplica a la totalidad de la lista, pero también abarca el número de cargos legislativos que cada partido pone en juego en un distrito electoral. Por ejemplo, en el caso en que los partidos renueven dos cargos, la lista debe tener al menos una mujer entre los dos primeros lugares para cumplir con el cupo. Y, si se renuevan más de dos cargos, debe figurar como mínimo una mujer en las tres primeras posiciones de la lista. Además, la normativa introdujo ciertos mecanismos de enforcement[3] como la facultad de los jueces con competencia electoral para reordenar las listas que no cumplen con la cuota y la habilitación a cualquier ciudadano o ciudadana a impugnar listas que considere violatorias de la legislación.

La ley de cupos fue resistida desde los comienzos por parte de los partidos políticos y aún hoy existen disidencias. Durante la campaña del 2015, en las provincias de Misiones, Santa Fe, Buenos Aires y Salta, hubo listas que incumplieron con alguno de los requisitos establecidos en la ley de cupos (CIPPEC, 2019). Además, la legislación se encontraba retrasada en comparación con la situación de otros países de la región como Bolivia, Ecuador, Costa Rica, México y países europeos como Francia y España.

Esta ley de cuota femenina fue concebida como una medida de acción afirmativa transitoria con el objeto de corregir la falta de representación femenina en el Congreso. Inicialmente, la medida fue efectiva, pero, en la actualidad, la normativa funciona como un techo ya que las mujeres ocupan el 34% de las bancas en la Cámara Baja y esos porcentajes permanecieron inmutables desde el 2003.

Del Cogliano y Degiusti (2019) destacan que la ley de cupos posee efectos negativos cuando la renovación de diputados implica la elección de uno o dos diputados por fuerza y cuando los partidos adoptan estrategias para favorecer a un género en detrimento del otro como es el caso de la selección de cabeza de lista en magnitudes impares.

Por su parte, Caminotti y Freindenberg (2016) sostienen que:

> (…) tras dos décadas de acciones positivas, la mayoría de las listas de candidatos nacionales

3 El término enforcement hace referencia a la posibilidad que se tiene de imponer sanciones a los funcionarios públicos que no cumplan con sus deberes y obligaciones. Algunos autores lo traducen como sanción, sin embargo, consideramos esta traducción inadecuada, pues puede llevar a pensar que el término enforcement implica una sanción ya establecida y aplicada, y esto no es así, pues, como ya se dijo, hace referencia a la posibilidad de imponer una sanción en caso de que sea necesario.

siguen siendo encabezadas por hombres y no se alcanzó la paridad de géneros en la representación legislativa. Además, la aplicación de acciones positivas parecería haber encarrilado a las mujeres en un andarivel legislativo, mientras el acceso a otros puestos políticamente valiosos para el desarrollo de carreras políticas (como las gobernaciones e intendencias) continúa siendo excepcional y restringido (p. 121/144).

En consideración a esta evidencia, se puede afirmar que sin la ley de cupos habría menos mujeres en el Congreso de las que hay actualmente, pero, también, se hace evidente que el cupo no es suficiente para garantizar la composición equilibrada del cuerpo legislativo.

La Ley N° 24.012 fue perfeccionándose a través de sucesivas reglamentaciones con el objeto de evitar los incumplimientos partidarios y asegurar la postulación de mujeres en lugares con posibilidades de resultar electas. Incluso en estas reglamentaciones ya se observaba la aplicación de la paridad en la composición de listas de candidatos para el Senado de la Nación.

En el siguiente cuadro se expone una síntesis de las reglamentaciones que fueron perfeccionando la Ley de cupo femenino N° 24.012.

Norma	Aspectos principales
Decreto 1246/00	•El 30% es una cantidad mínima. •El porcentaje mínimo se aplicará a la totalidad de los candidatos de la lista que cada partido político, confederación o alianza transitoria nomine, pero sólo se considerará cumplido cuando se aplique también al número de cargos que el partido, confederación o alianza transitoria renueve en dicha elección. •Cuando la aplicación matemática del porcentaje determine fracciones menores a la unidad, el concepto de cantidad mínima es la unidad superior.
Decreto 451/05	•Cuando un partido político, confederación o alianza se presenta por primera vez, no renueva cargos, o bien renueva hasta dos, entre los dos primeros lugares de la lista debe nominarse siempre, como mínimo, una mujer. •No se considera cumplido el artículo 60 del Código Electoral Nacional cuando, al renovarse uno o dos cargos, se incluye una sola candidata en la tercera posición de la lista. •Cuando se renuevan uno, dos o más cargos, el cómputo siempre debe hacerse a partir del primer lugar y la lista debe tener, por lo menos, una mujer cada dos varones.

Tomado de "La Nueva Ley de Paridad de Género en Argentina: Antecedentes y Desafíos" (p.1), Del Cogliano y Degiustti, 2019.

La ley de cupos permitió el aumento de la participación de las mujeres en el ámbito legislativo. Ello fue posible gracias al diseño de la norma y al tipo de sistema electoral con lista cerrada y

bloqueada. Pero, ahora, la participación femenina en el Congreso se encuentra estancada.

El cupo permitió aumentar la representación descriptiva y sustantiva ya que ello colaboró con el desarrollo de una agenda legislativa que incluya temas relativos a los derechos de familia, adolescencia, de la mujer, de los ancianos, de los niños y niñas y otras minorías.

Caminotti (2013, como fue citado en Delcogliano y Degiustti, 2019):

> "recuerda, por ejemplo, que entre 1989 y 2007, el 79% de los proyectos sobre cuotas de género, el 80% de las iniciativas sobre despenalización/ legalización del aborto, acceso a la contracepción y derechos reproductivos, y el 69% de las propuestas en materia de violencia de género fueron introducidas por legisladoras (Franceschet y Piscopo, 2008). Entre 1994 y 2003, 87 de las 177 diputadas nacionales que ocuparon su banca al menos por un año presentaron proyectos sobre temas de género. Además de la presentación de proyectos, el trabajo de las legisladoras nacionales ha sido fundamental para la aprobación de leyes que amplían derechos de las mujeres, como las de Cupo Sindical Femenino (Ley 25674/02), Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley 25673/02), Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26061/05), Contracepción Quirúrgica (Ley 26130/06), Aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW (Ley 26171/06) y Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley 26485/09), por mencionar algunas de las más emblemáticas" (p. 3/4).

La Paridad de Género

En Paralelo al panorama presentado por la Ley de Cupo, comenzó a debatirse una propuesta superadora a las cuotas o cupos que brindara una solución definitiva a la sub representación de la mujer. Así, la representación política de las mujeres comenzó a enrolarse en un nuevo paradigma, el de la paridad entre hombres y mujeres. En Argentina, pasada un poco más de dos décadas de la Ley de Cupo, en 2017, se sancionó la Ley N° 27.412 de Paridad de Género en Ámbitos de la Representación Política. Y, precisamente, esta ley modifica el Código Electoral Nacional, la Ley N° 26.571 de elecciones "Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias" y la Ley N° 23.298 y su modificatoria sobre organización de los Partidos Políticos.

Debido a la necesidad de renovación y el cambio hacia la paridad de género, se reglamentó la Ley N° 27.412 de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política. Según la normativa, a partir de las elecciones del 2019, las listas legislativas debían contener un 50% de candidatas mujeres en forma intercalada. Para ello, se modificó el artículo 60 bis del Código Electoral Nacional de la siguiente manera:

> "Requisitos para la oficialización de las listas. Las listas de candidatos/as que se presenten

para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur [distrito nacional único plurinominal] deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente."

Además, el artículo 6 establece, como requisito para la existencia de los partidos, que se respete la paridad de género. Pero no se exige el principio de alternancia en la conformación de las listas de candidatos para la renovación de autoridades partidarias.

Según Tula (2015), por un lado, las leyes de paridad permiten superar los obstáculos que se presentan ante las leyes de cuotas y, por otro lado, la de constituir una medida pragmática ya que "*resuelve la ausencia de un mandato de posición y la consideración del porcentaje mínimo de cuotas como un techo máximo*". Pero, esta normativa guardaba un aspecto delicado a ser resuelto mediante reglamentación: cómo las listas de candidatos que competirían en las elecciones primarias (PASO) permitirían confeccionar la lista definitiva para elección oficial cumpliendo con la paridad de género exigida.

La aplicación de la ley permite la estricta confección de las listas con un 50% de mujeres. Pero ello no implica necesariamente la conformación de las cámaras legislativas con un 50% de mujeres, ya que existen factores condicionantes como el número de bancas que elige cada provincia y el género de las cabezas de lista.

Del Cogliano y Degiustti (2019) realizaron una proyección utilizando los resultados obtenidos en las legislativas del 2017. De esta manera, se pudo afirmar que el porcentaje de mujeres que ingresarían en la Cámara aumentaría de 38% a 41%. Pero el porcentaje total de mujeres en las cámaras, para el período 2019 y 2021, no superaría el 39% debido a que sólo la mitad de la Cámara con el mandato 2019-2023 estaría compuesta de acuerdo a la regla de paridad.

Con la sanción de la ley de paridad de género para cargos legislativos, Argentina vuelve a dar un paso fundamental al colocarse en el podio de los países del mundo comprometidos con la igualdad de oportunidades. Además, esta ley se suma a las siete leyes provinciales que ya cuentan con un enfoque de paridad de género. La primera aplicación fue en 2019 con la renovación de la mitad de la Cámara de Diputados y su efecto se complementó en 2021 cuando se renovó la otra mitad.

El 8 de marzo de 2019, el Día Internacional de la Mujer, se reglamentó la ley de paridad de género en ámbitos de representación política con el fin de que comenzara a surtir sus efectos en las elecciones a cargos legislativos de ese año. Así, el decreto 171/2019 efectiviza la norma que ya había sido sancionada en 2017 y, como principio fundamental, se establece el contenido del artículo 37 de la Constitución Nacional, formalizando la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios. Se dispone que, tanto en las PASO como en las elecciones generales, las listas se encuentren integradas por candidatos y candidatas de manera intercalada desde el primer candidato hasta el último suplente de modo tal que no existan

dos personas continuas del mismo sexo en una misma lista. Y el género estará determinado por el sexo reconocido en el DNI al momento del cierre del padrón, independientemente de la genitalidad biológica. Además, la ley prevé mecanismos de cumplimiento permitiendo que cualquier persona inscripta en el padrón pueda impugnar listas; y también, faculta al juez con competencia electoral dictar de oficio e intimar al partido político que no cumpla con la ordenación de su lista, en el plazo de 24 horas. Esto se aplica tanto en los ámbitos de representación nacionales como en el interior de los partidos políticos.

De la Democracia Representativa a la Democracia Participativa

Cobo (2002) define a la paridad como un proceso estratégico contra el poder masculino, en pos de un reparto equitativo del poder entre hombres y mujeres. También es una propuesta de transformación de la vida en sociedad que incluye lo económico, lo social y lo cultural, tanto en el ámbito privado como en el público.

Este concepto de paridad responde a una democracia representativa y a un concepto de ciudadanía que, en su origen, asumió como referente principal lo masculino, en términos de universalidad. Si bien la democracia es el sistema que defiende los derechos formales, tanto de los hombres como de las mujeres, haciéndolos iguales ante la ley, desde el inicio estos derechos fueron restringidos para las mujeres por grandes teóricos como Hobbes, Locke y Rousseau. Estos pensadores colocaron a la mujer en una posición de subordinación respecto de los hombres, asignándoles tareas de cuidados que justificaban su exclusión.

Por lo tanto, la paridad se constituye como una crítica a una democracia representativa ineficaz que no pudo garantizar el ejercicio de los derechos de la mitad de su ciudadanía. Aún cuando los Estados han ratificado tratados internacionales que reconocen el derecho de las mujeres a participar en asuntos públicos, mediante la posibilidad de elegir y ser elegidas en condiciones de igualdad, su infrarrepresentación política sigue siendo predominante.

La paridad de género también pretende enriquecer a la democracia representativa, permitiendo que las ciudadanas accedan a la promesa incumplida de una universalidad que aspira a extender los derechos a toda la ciudadanía, sin distinción de género (Sierra 2007).

Como afirma Gallego (1999), la democracia representativa permitió que la diferencia sexual se convirtiera en una categoría política que sirvió para excluir a las mujeres pero, esa misma diferencia, puede ser utilizada ahora para posibilitar su inclusión y lograr que los órganos de representación estén integrados de tal manera que reflejen la heterogeneidad de nuestras sociedades. Se trata de la igualdad no en el punto de partida sino en el punto de llegada al poder democrático.

Conclusiones

La ley de cupo femenino funciona como un techo ya que las mujeres ocupan el 34 % de las bancas en la cámara baja. Es así que puede afirmarse que la ley de cupo permitió aumentar la presencia de mujeres en el Congreso Nacional, pero no es suficiente para garantizar la composición equilibrada del poder legislativo.

En 2017 la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política se sancionó para lograr la paridad de género en el ámbito del poder legislativo. La norma establece que las listas de candidatos al Congreso (diputados y senadores) deben ser realizadas ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente. En su artículo 6 se establece como requisito para la existencia de los partidos que se respete la paridad de género, pero no se exige el principio de alternancia en la conformación de las listas de candidatos para la renovación de autoridades partidarias.

La ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política supera los obstáculos que presenta la ley de cuotas al aplicar la estricta confección de las listas con un 50 % de mujeres. Pero ello no se traduce en una conformación real de 50 % de mujeres en las cámaras legislativas.

VOLVER A ÍNDICE

Referencias bibliográficas

CAMINOTTI, M y FREINDENBERG F. (2016) “Federalismo electoral, fortaleza de las cuotas de género y representación política de las mujeres en Argentina y México”, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, LXI (228), 121-144.

CEDAW (1997) Recomendación general 23. (General Comments). “ Vida política y pública”. Nueva York: Cedaw.

CIDH Caso “Castañeda Gutman vs. México” párrafo 146. CIPPEC (2019). “*La paridad de género en el Congreso Nacional. Buenos Aires: Políticas Públicas*”. Disponible en :http://oear.cippec.org/wp-content/uploads/2016/09/La-paridad-de-gnero-en-el-Congreso-Nacional-vf1.pdf

COBO, R (2007). *“Democracia paritaria y sujeto político feminista”*, en Anales de la Cátedra de Francisco Suárez N° 36, 2002, p. 32. Disponible en: www.ugr.es/filde/pdf/contenido36_2.pdf [consultado el 15/11/2021].Dalla Via, A (2022) “*La participación política de la mujer en La Ley. Año LXXXVI Nro. 125.* Buenos Aires: Thomson Reuters. pág. 1

DEL COGLIANO N. y DEGIUSTTI, D. (2019). “La nueva ley de paridad de género en Argentina: antecedentes y desafíos”. Observatorio Político Electoral. Documento de Trabajo N° 1. Asuntos Políticos e Institucionales. Buenos Aires: Ministerio del Interior Obras Públicas y Vivienda. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ope-doc1-paridad.pdf

GALLEGO, M. T. (1999). Democracia paritaria: recorrido histórico y planteamiento actual. Seminario “Hacia una democracia paritaria: análisis y revisión de las leyes electorales vigentes”, 8 y 9 de mayo, en Toledo, España. Disponible en http://www.celem.org/prog_europeos/mujeres_ciudadanas2000/libro_demo/capitulo%20i.pdf [consultada el 15/11/2021].

LÓPEZ HERRERA, E. (2006) “ *Teoría General de la Responsabilidad Civil*” Buenos Aires: Abeledo -Perrot.

SIERRA, A (2007). *“La democracia paritaria y las paradojas ocultas de la democracia representativa”*. En Democracia paritaria (aportaciones para un debate), eds. Ángela Sierra González y María del Pino de la Nuez Ruiz. Barcelona: Laertes. p.p. 191-206.

TULA, I (2015) se puede encontrar en: https://reformaspoliticas.org/reformas/genero-y-politica/maria-ines-tula/

VOLVER A ÍNDICE

Nuestros Autores

Diego Molea

Abogado. Magíster. Rector de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Titular de las asignaturas Derecho Político y Seminario de Problemática Jurídicas Contemporáneas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Director del Instituto de Gestión Universitaria en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

María Fernanda Vazquez

Abogada. Magíster. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Consejera del Consejo de la Magistratura de la Nación. Profesora Titular de la asignatura Teoría Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Walter Fernando Carnota

Doctor en Derecho. Profesor Titular de la asignatura Teoría Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Director del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Gustavo Carrizo Adris

Doctor en Derecho. Máster en Educación Superior. Profesor Titular de la asignatura Derecho Internacional Público y de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Titular Derecho Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UADE.

Luís Fernando Castillo Argañaras

Doctor en Derecho. Doctor en Ciencia Política. Profesor Titular de la asignatura Derecho Internacional Público y de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Investigador del CONICET.

Claudia Hasanbegovic

Abogada. Ph.D. in Social Policy, UKC, Inglaterra: MA in Women & Development, ISS, Países Bajos; Diploma en Body, International Frauen Universität, Alemania; Consultora Internacional para UNFA, UNWomen, Save the Children, AECID, Investigadora Fundación Equifem y docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Cecilia Incardona

Abogada. Magíster en Derecho Penal. Profesora Titular de la asignatura Derecho Penal Parte General de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Fiscal Federal de Lomas de Zamora.

Monseñor Jorge R. Lugones SJ.

Obispo de la Diócesis de Lomas de Zamora. Profesor Titular de la asignatura Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Pablo Luis Manili

Doctor y Posdoctor en Derecho. Profesor Titular de la asignatura Teoría Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

Osvaldo Pitrau

Abogado. Profesor Titular de la asignatura Derecho de Familia y de la carrera de Posgrado Especialización en Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

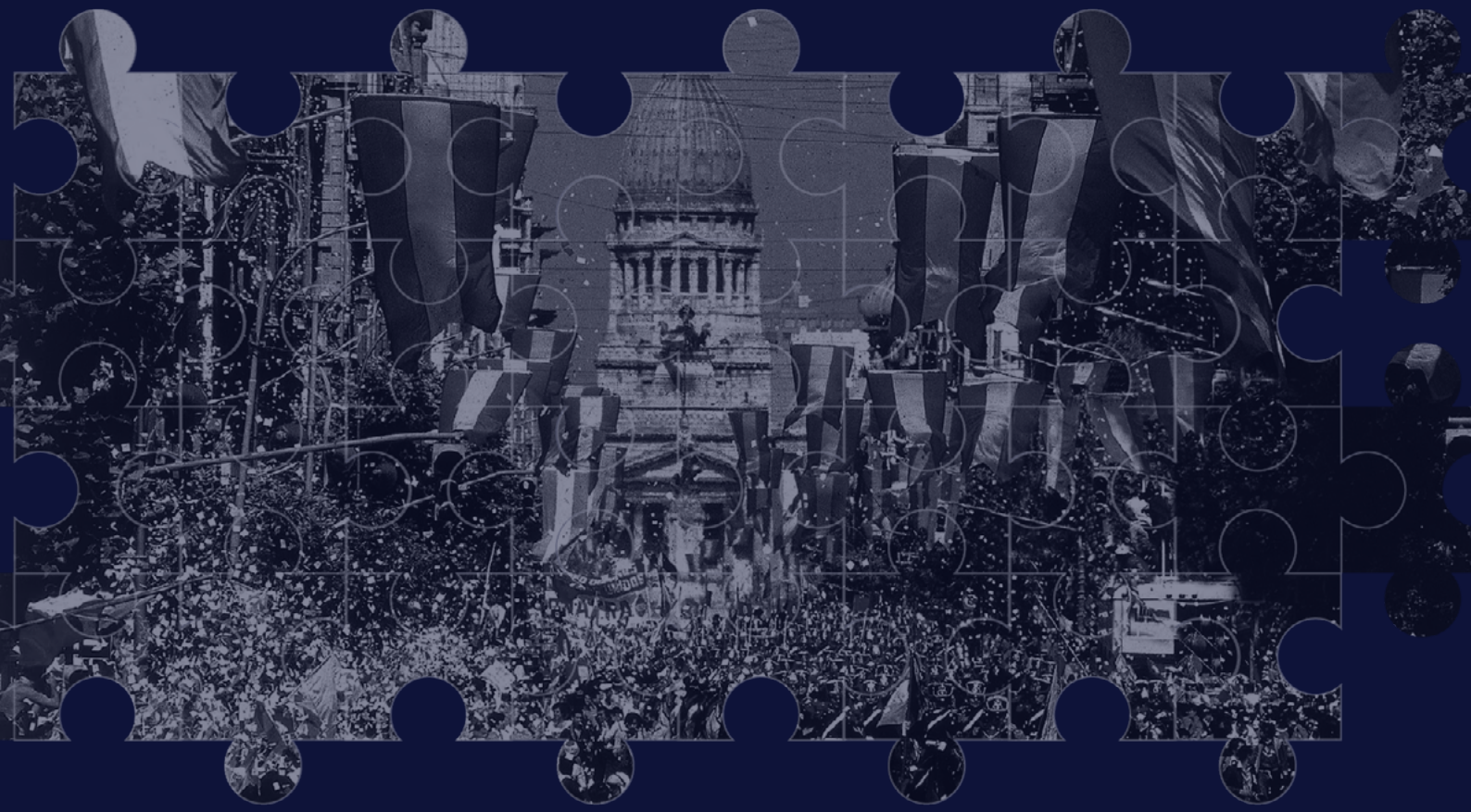
Fernando Alfredo Ubiría

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de la asignatura Derecho de las obligaciones en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral. Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica Argentina.

Horacio Vaccarezza

Abogado. Profesor Titular de la asignatura Taller de Doctrina y Jurisprudencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

VOLVER A ÍNDICE



UNLZ
Universidad Nacional
de Lomas de Zamora

Universidad Nacional de Lomas de Zamora
Facultad de Derecho

ISBN 978-987-3839-38-2
9 789873 839382