

PENSAMIENTO JURÍDICO

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Católica de Santa Fe

Nº 5



UCSF

Universidad Católica
de Santa Fe

Pensamiento Jurídico

Número 5

UCSF

Universidad Católica
de Santa Fe

**Revista Pensamiento Jurídico
de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Católica de Santa Fe**

Director de la Revista

Dr. Luis Olaguibe

Secretarios:

Dr. Esteban Romero

Dr. Esteban Piva

Comité Editorial

Dra. Ana María Bonet

Dra. María Marta Didier

Dr. Carlos Marcolín

Dra. María Alejandra Peresutti

Dr. Ruben Boni

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Decano saliente: Dr. Enrique Müller

Decana entrante: Dra. Zully Degano

ISSN edición impresa: 1667-8664

ISSN edición digital: en trámite

© Universidad Católica de Santa Fe, 2022

Echagüe 7151, Santa Fe (S3004JBS), República Argentina

Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin previa autorización por escrito.

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

ÍNDICE

Palabras introductorias	9
Presentación	11
¿Qué Filosofía del Derecho?, Rodolfo Luis Vigo	15
La objeción de conciencia al aborto y la obligación de derivar; principales problemáticas, Débora Ranieri de Cechini	43
Mejora especial para el heredero discapacitado y la legítima hereditaria. Las tareas pendientes en el Derecho, Esteban Matías Gutiérrez Dalla Fontana.....	61
Comentario sobre la Ordenanza 12.276 de la ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz sobre malnutrición infantil aprobada por el Consejo Municipal el 3 de setiembre de 2020, Ana María Bonet, María Eugenia Marichal, María Celeste Nessier, Julieta Gijena, Natalia Romero Mathieu	77
Puntos de encuentro (y desencuentro) entre los derechos de las personas trabajadoras y la ley concursal, Paula Cecilia Cattelán	103
El Derecho Internacional Público y las organizaciones no gubernamentales, Magín Ramón Ferrer	125
El derecho a la vivienda en Argentina, Esteban Exequiel Maidana	145
El plan de empresa. Una mirada al Derecho comparado, Alexis Matías Marega	177
Los derechos de propiedad intelectual en el sistema del comercio internacional instaurado por la OMC en materia de salud y licencias obligatorias, Elisabet A. Vidal y Magalí A. Contardi	203

PALABRAS INTRODUCTORIAS

La Revista Pensamiento Jurídico es una publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe que, luego de un período de discontinuidad, retoma el desafío de la difusión del conocimiento científico y la promoción de la investigación en las ciencias jurídicas y afines.

Se trata de una publicación semestral en formato digital e impreso, dirigida a juristas, investigadores, abogados, funcionarios judiciales, legisladores y alumnos avanzados, que aspira a transformarse en un canal de comunicación y de transferencia del saber reflexivo e innovador con perspectiva humanista y cristiana.

Nos alienta el deseo de fomentar la escritura científica y de iluminar los temas que inquietan no solo a los hombres de Derecho sino a la sociedad en su conjunto, particularmente a aquellos que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad y desprotección jurídica.

Los contenidos que el lector encontrará en estas páginas responden a un enfoque amplio y gozan de la excelencia académica de sus autores. Son el producto de un arduo y serio trabajo de corrección y edición, garantizado tanto por la calidad y la rigurosidad de los evaluadores seleccionados como por los equipos técnicos y académicos de revisión.

Celebramos en esta edición la participación de autores invitados del prestigio de los Dres. Rodolfo Vigo y Débora Ranieri, a la vez que nos regocija poder compartir los artículos de los docentes de nuestra Casa de Estudios que se han sumado a la iniciativa en un buen número y con una muy diligente disposición.

En lo personal asumo la responsabilidad de la Dirección, que tan generosamente se me ha encomendado desde la Facultad de Derecho y Ciencia Política, en la propuesta de sus autoridades y a

instancias del Vicerrector Académico, Dr. Guillermo Kerz, junto a un equipo de jóvenes profesionales que han hecho posible el resurgimiento de este proyecto editorial.

Agradezco especialmente y destaco en esta labor la imprescindible colaboración de la Secretaría de Redacción a cargo de los abogados Esteban Romero y Esteban Piva que, con esmero y dedicación, llevaron a cabo la tarea de la asistencia editorial.

Finalmente, debo decir que el presente número de Pensamiento Jurídico no es más que la continuidad de un camino que iniciaron quienes nos precedieron y nuestra aspiración es la de proseguir dando pasos consistentes en el umbral de una nueva gestión a cargo de la Dra. Zully Degano, designada a partir de febrero de 2022 como nueva Decana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política.

Dr. Luis H. Olaguibe
Director

PRESENTACIÓN

Esta Revista es el resultado del trabajo conjunto realizado por docentes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe, que tiene como destinatarios no solo a la comunidad jurídica de esta Alta Casa de Estudios, sino a todos aquellos que día a día abrevan en opiniones como las que aquí se dan, para así, entre todos mejorar el tiempo jurídico que nos toca transitar.

Nadie duda que esta obra surge a la luz en un tiempo de desafíos, de ausencias impensadas y de dolor causado por la pandemia que estamos transitando, pero a su vez nos demuestra con su realización, que aún en los peores momentos, se requiere del temple demostrado y nos es permitido pensar en los demás, ya que, actuando solidariamente, sus autores, buscan y aportan las herramientas que pueden utilizarse con tal norte.

Esta obra colectiva exhibe diversas temáticas tratadas con inteligencia y de manera cuidadosa por sus autores, los que tratan de interpretar a cabalidad las mismas, ofreciendo en tal empresa las soluciones que aportan.

Comienza la misma, con un trabajo del Profesor Honoris Causa de nuestra Universidad y Catedrático reconocido el Dr. Rodolfo Vigo, dando respuesta a que es la filosofía del derecho, escudriñando en sus fundamentos, con la idea de contribuir a los propósitos que el mismo entiende como guías a seguir por los hombres de derecho.

También sobre el tema del aborto y su regulación, se analiza el contraderecho reconocido nacional como internacionalmente de la objeción de conciencia, dándose respuestas claras a un tema tan complejo y relevante, hoy fortalecido en su ejercicio por lo que imponen los derechos humanos.

Se detiene luego en la especial temática de la mejora especial para el heredero discapacitado y la legítima hereditaria. Es un tema importante para tomar en consideración, porque en nuestro país no existe una cultura testamentaria, y con lo hoy dispuesto en nuestro Código Civil, encontraremos respuestas para dar a quienes se encuentran preocupados pensando en cómo quedarán a su fallecimiento los parientes discapacitados que tengan.

Luego se concreta un comentario de la Ordenanza Municipal de esta ciudad sobre malnutrición infantil, deteniéndose en los efectos que esta enfermedad y de las apariciones repetitivas de sus secuelas psicológicas, infecciosas y sociales.

Sigue, con el tratamiento de los puntos de encuentro y de desencuentro entre el derecho laboral y la ley concursal, analizando los avances sucedidos en esta relación entre los trabajadores y la falencia que lleva al concurso y la quiebra.

Se analizan seguidamente lo atinente a las organizaciones no gubernamentales, refiriendo al importante rol que cumplen las mismas, como defensoras de causas sociales, humanitarias y ambientales, de manera independiente y sin querer sustituir al Estado.

Luego, se examina el derecho a la vivienda en la Argentina, discutiendo sobre el mismo como derecho humano, desde la perspectiva constitucional y convencional, sobre lo que importa su acceso de manera digna.

Después, se alude al Plan Empresa, precisándose a que se alude con el mismo, cuáles son sus objetivos, como se establecen las estrategias y los planes de acción, con base en lo regulado por otros países sobre esta temática. Finalmente, se aborda el tema de la propiedad intelectual, en el sistema del comercio internacional involucrado por la OMC en materia de salud y licencias obligatorias, dando referencias desde esta perspectiva a la protección de las creaciones de la mente que se utilizan en el comercio en todas sus vertientes, como de la importancia de sus registraciones.

Por último, en consonancia con lo dicho, solo resta felicitar a sus autores por el esfuerzo realizado y por las enseñanzas que nos dejan a todos. También a la Editorial de la Universidad por permitirles di-

fundir sus ideas, aquí fácil de comprender por la sencillez y claridad de los términos utilizados, lo que me lleva a decir luego de repasar los temas tratados, que nos encontramos ante un trabajo que trata de ayudarnos a encontrar respuestas, mostrando en su desarrollo prudencia ante los nuevos retos y rigor científico.

Dr. Enrique Carlos Müller¹
Santa Fe, 31 de enero de 2022

¹ Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe, Argentina. Mandato cumplido el 31 de enero de 2022.

¿QUÉ FILOSOFÍA DEL DERECHO? WHAT PHILOSOPHY OF LAW?

Rodolfo Luis Vigo¹

Resumen

En el presente artículo se desarrollan lo que el autor entiende como los presupuestos de la Filosofía Jurídica, señalando dieciocho características formales o estructurales de la disciplina que se nutren de las ideas de diversas escuelas. En una segunda parte, el trabajo plantea los principales problemas que le compete asumir a dicho

1 Rodolfo Luis Vigo es Abogado. Licenciado en Ciencias Políticas y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial (1984-1988) y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Argentina (1988-2007). Presidente de la Junta Federal de Cortes Supremas y Superiores Tribunales de las provincias argentinas (1994-1997). Premio Konex en el rubro jueces (1998). Profesor y conferencista en distintas Universidades en América y Europa. Miembro del Consejo Editorial de distintas revistas jurídicas. Co-redactor junto a Manuel Atienza del Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2006 y Primer Secretario Ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (2006-2010). Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (2006-2010). Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y miembro correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Director o Coordinador de distintos posgrados universitarios y publicaciones periódicas. Ha recibido Doctorados Honoris Causa (México, Argentina, Perú, Paraguay). Autor de más de veinticinco libros. “Cátedra Rodolfo Luis Vigo” creada en el 2010 por el Poder Judicial de Tabasco, México. “Presea Rodolfo Luis Vigo” -Edición 2021- instituida por la Academia Mexicana de Derecho y destinada a premiar a magistrados por la excelencia en su servicio.

nivel del conocimiento jurídico desde los postulados de la filosofía aristotélica tomista.

Palabras Claves

Conocimiento jurídico, filosofía jurídica, filosofía práctica, gnoseología, razón práctica

Abstract

This article develops the author's assumptions underlying Philosophy of Law, pointing out eighteen formal or structural characteristics of this discipline which are nourished by the ideas from various schools. In the second part, it raises the main questions that Philosophy of Law is called to assume from the principles of Aristotelian Thomistic philosophy.

Keywords

Legal knowledge, philosophy of law, practical philosophy, gnosology, practical reason

1. Propósito

Esta presentación tiene el claro, pero modesto objetivo, de fijar una opinión sobre qué filosofía del derecho propiciamos para el mundo latino. Indicaré en la primera parte una serie de características que podríamos calificar de formales o estructurales, en tanto no remiten directamente a alguna escuela iusfilosófica en particular, o al menos abarca más de una de ellas, y pretende establecer algo así como presupuestos de la disciplina. En la segunda parte, ya será posible mostrar mucho más explícitamente, aunque muy sucintamente, desde qué teoría nos pronunciamos, dado que intentaremos identificar no sólo los problemas que le compete asumir a la iusfilosofía, sino dentro de ellos cuales son los temas más exigentes o insoslayables a los que debe procurar resolver.

Dado la pretensión señalada, nos parece innecesario dotar a la presentación de erudición innecesaria, no sólo en función del propósito de

la misma, sino del ámbito en donde se la expone, o sea, un espacio de académicos que, se supone, no necesitan que se les recuerde opiniones doctrinarias, y que seguramente aspiran a tener ideas o planteos que susciten debates y eventuales conclusiones. De todas maneras, cabe la obvia advertencia de que estamos muy lejos de pretender originalidades, más bien, todo lo que diremos remite a varias décadas de trabajo iusfilosófico enmarcado en una cierta filosofía jurídica que se inspira centralmente en las enseñanzas de la escuela que fundó Aristóteles.

2. Presupuestos

Consignaremos en esta parte algunos de los presupuestos a los que a nuestro criterio no puede renunciar la filosofía jurídica que hoy cabe hacer para el mundo latino. Por momentos hablaremos en positivo, pero también acudiremos a juicios en negativo, a tenor de la vieja enseñanza aristotélica que siempre resultará más fácil entender lo que se pretende afirmar por esa segunda vía. En el largo listado que sigue, seguramente se comprobarán reiteraciones y solapamientos, pero de todas maneras mantenemos el listado por razones de insistencia y claridad pedagógica.

2.1. *Reivindicación de la filosofía jurídica*

Es cierto que con frecuencia los iusfilósofos hemos escogido más que el explícito camino de la 'filosofía jurídica', el camino más diluido e impreciso de la 'teoría del derecho'. En este punto, Arthur Kaufmann confiesa las imprecisiones que acompañan a los esfuerzos por distinguir la filosofía jurídica de la teoría del derecho, y una clave explicativa consiste en independizar a los juristas de la filosofía². No se trata de embarcarnos en una estéril discusión sobre rótulos, pero hay ciertas denominaciones que están cargadas de significación, una experiencia acumulada densamente y mayor precisión. Más allá, que la aparición

2 Kaufmann, A.; Villar Borda, L. y Montoya A. M. 1999, p. 39 y p. 49.

del nombre “filosofía del derecho” la introduce Gustavo Hugo en el siglo XVIII, la reflexión filosófica sobre el derecho está en los orígenes mismo de la filosofía, y por ende, quisiéramos afirmar las ventajas y necesidad de mantener esa proyección de la filosofía propiamente dicha sobre el derecho. Apelando a renovadas preocupaciones en ese terreno, nos parece que el artículo tan actual de Robert Alexy sobre “La naturaleza de la filosofía del derecho”³ apunta en ese sentido. En dicho trabajo el profesor de Kiel afirma que su especificidad reside en su objeto: el derecho; y dicha cuestión se desglosa en dos problemas centrales:

- a. la pregunta por la entidad que tiene el derecho, y aquí parecen la norma y el sistema normativo y,
- b. el problema de la validez del derecho que incluye sus dos dimensiones: por un lado, la real o fáctica -reivindicada por el positivismo jurídico- en tanto expedición autoritativa del derecho y su eficacia social; y por el otro, la dimensión crítica o ideal que indaga sobre la corrección, moralidad o legitimidad del derecho.

Por supuesto que en la filosofía jurídica clásica se ha defendido y explicado con insistencia esa reflexión filosófica sobre el derecho; pues cabe esa peculiar perspectiva cognoscitiva raigal sobre cualquier realidad, y, precisamente, la especificación de los saberes viene de los objetos estudiados. Adscribiendo a esa filosofía aristotélica-tomista Massini afirma: “En la tarea de estudiar filosóficamente una realidad cualquiera se ofrecen a primera vista dos puntos de partida posibles: o se parte de una presunta idea innata de esa realidad, o se apela a la experiencia -personal o ajena- que podemos tener de ella. Como en primer lugar no existen ideas innatas, y en segundo lugar parece que, sin recurrir, aunque sea mínimamente, a la experiencia, no es posible alcanzar ni siquiera una noción primaria de lo que sean

3 Alexy, R. 2003. Rectificando alguna opinión anterior puede consultarse de Norberto Bobbio “Nature et fonction de la Philosophie du Droit”, Archives de Philosophie du Droit, París, n 7, 1962.

los derechos ni el derecho en general, resultará imprescindible una apelación a la experiencia de las cosas jurídicas en su multiplicidad analógica, a los efectos de apreciar, a partir de ella, en qué consiste esa realidad y cuáles son los alcances u perfiles de la noción que la designa⁴. Y el camino metafísico que emprende el profesor argentino, se inicia -tras los pasos de Aquino- en el lenguaje habitual, atento a que el mismo es una fuente privilegiada de experiencia acumulada.

2.2. El indispensable apoyo a la filosofía jurídica de alguna filosofía

Reiteremos nuestra precedente afirmación respecto a que la especificidad de nuestra disciplina deriva del objeto: el derecho, sobre el cual se proyecta la filosofía a secas. Esta obviedad apunta a recordar, que las herramientas que necesitamos los iusfilósofos para nuestro oficio, las adquirimos de los filósofos. Nos parece que pueden detectarse trabajos iusfilosóficos, que, a pesar de confesiones sobre adscripciones, lucen incoherentes o muy distantes de los esfuerzos invocados y trascendentes para nuestra disciplina, generados en la filosofía a secas. Un buen ejemplo de ello es el campo de la razón práctica hoy rehabilitada con el apoyo de autores o escuelas muy diversas: kantianas, aristotélicas, pragmáticas, hermenéuticas, etc., que resultan de un enorme provecho para pensar iusfilosóficamente varios temas centrales de la disciplina. A la hora de procurar identificar las grandes fuentes filosóficas nos parece que es posible hablar básicamente de: Aristóteles, Kant, Hobbes -Hume- o Nietzsche, con las respectivas proyecciones y adaptaciones que se han hecho de cada uno de ellos, desde Aquino a Habermas, pasando por el círculo de Viena o Foucault. Hay que alertar sobre todo a las nuevas generaciones de iusfilósofos, que si bien sigue siendo aconsejable una filosofía del derecho hecha por juristas -Bobbio, es importante que éstos se nutran con la mayor solvencia posible de una apropiada matriz en donde se generarán las claves de sus trabajos o aportes. Retomando las ideas de Alexy aludidas en el punto

4 Massini Correas, C. I. 2005, p. 28.

anterior, agreguemos que el profesor de Kiel, en sintonía con la filosofía kantiana, y en orden a esclarecer su propósito de responder sobre el concepto o la naturaleza del derecho, comienza acudiendo a la filosofía entendida como una reflexión general y sistemática:

- a. sobre lo que existe -metafísica, o mejor: ontología;
- b. sobre lo que debe hacerse o es bueno -ética- y,
- c. sobre cómo es posible el conocimiento de ambas cosas -epistemología.

Agrega Alexy que la filosofía incluye tres dimensiones constitutivas: la crítica o normativa -la distinción argumentativa de lo verdadero en y lo correcto-; la analítica -que identifica conceptos y principios fundamentales que permitan la comprensión- y, la sintética u holística -une en un todo coherente y fundado lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y lo que podemos saber. Por el lado de la filosofía jurídica clásica, hay confianza en una metafísica realista y, por ende, conocer requiere tener presente que todo lo que se enseña metafísicamente en torno al 'ser', vale para todos los entes que cuentan con el 'acto de ser', pero siendo el derecho una 'cosa humana' para su comprensión resulta decisivo apelar al fin del mismo que es el 'bien común político'⁵. La proyección de los planteos filosóficos en el terreno jurídico se hace igualmente visible cuando aquellos toman distancia de cualquier preocupación por lo bueno, lo verdadero o lo correcto, como en el caso Richard Rorty en su intento neopragmático por "sustituir la esperanza por el conocimiento"⁶.

2.3. *No al filosofismo*

Si bien esta advertencia puede sonar como innecesaria o trasnochada, dado que es poco probable que en la actualidad se auspicien

5 Cfr. mi libro: "Vigo, R. (1983). Las casas del derecho (1ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot".

6 Rorty, R. 1997.

filosofía o iusfilosofía desbordadas, fagocitándose o debilitando cualquier otro saber, al modo de lo que oportunamente propusiera el idealismo absoluto -Croce o Gentile-, en donde la ciencia queda privada de valor cognoscitivo, o como en Hegel, siendo mera manifestación del 'sujeto trascendental'. Sin embargo, nunca estará de más convocar a la humildad o modestia cognoscitiva a todos aquellos que al hilo del entusiasmo teórico de la disciplina que practican, invaden, consciente o inconscientemente, otros terrenos que le son ajenos. Seguramente en todas las escuelas podremos encontrar tentaciones de desbordes, en la iusfilosofía a la que suscribimos no han faltado dudas sobre la ciencia jurídica, llegando algunos a postular su inexistencia o debilitando sensiblemente su nivel gnoseológico -Lachance, Ramirez, Casaubón, etc. Villey también participaba de esa visión desconfiada hacia la ciencia jurídica y se limitaba a reclamar que la filosofía jurídica precise el fin del derecho, o sea lo justo, y luego el espacio para la dialéctica o arte de los juristas encargados de definir lo justo o lo que le correspondía a cada uno. Sin embargo, dentro de esa misma escuela, representantes como Martínez Doral y Massini no han dudado en reivindicar a la filosofía jurídica junto a la ciencia jurídica, amén del ámbito absolutamente de lo circunstanciado que le compete al saber jurídico prudencial. Finnis también asume una perspectiva gnoseológica amplia y variada, apelando a la colaboración entre la filosofía práctica y la ciencia social descriptiva, y en el caso del derecho, hay una atención privilegiada sobre los aspectos técnicos-procedimentales, de modo que el 'punto de vista interno' del *spoudaios* no solo necesita de filosofía, sino que requiere conocer el derecho positivo y vigente de la sociedad en la que se pronuncia. Nos hemos referido puntualmente a la filosofía jurídica clásica dado que es en ella donde aparece especialmente algún riesgo de filosofismo o de debilitamiento de la ciencia jurídica. En efecto, si vamos a los autores que hoy se agrupan bajo el impreciso rótulo de neoconstitucionalistas, no parece advertirse aquel riesgo de filosofismo, pues sin perjuicio de reivindicar específicamente a nuestra disciplina, hay trabajo propiamente científico y propuestas en el ámbito aplicativo del derecho. Dejamos de lado posiciones filosóficas radicalmente escépticas en materia gnoseológica, que en definitiva

terminan licuando cualquier pretensión de conocimiento, también respecto a la filosofía.

2.4. Una filosofía jurídica como filosofía práctica

No ignoramos que hay perspectivas iusfilosóficas que se limitan a descripciones, en tanto mantienen centralmente los caminos cognoscitivos que prescribió el círculo de Viena, y coherentemente descartan cualquier incorporación de elementos axiológicos o valorativos dado la inexorable irracionalidad que conllevan. Sin embargo, suscribimos la advertencia que formulara Calsamiglia, en sintonía con Nino, que el teorema fundamental de la teoría jurídica contemporánea es “porqué debo obedecer al derecho”, y esta pregunta “no puede responderse con descripciones, a no ser que tomemos las descripciones, como prescripciones, y eso requiere un juicio moral”.⁷ Al margen de la distinción que ya formulara Aristóteles entre razón teórica y razón práctica, mucha agua ha corrido debajo de ese puente, especialmente a partir de la década del 70’ en donde se reconoce un giro rehabilitador de la razón práctica, y hay un amplio registro de posturas que admiten cierto cognitivismo y objetivismo ético. Es que, si efectivamente la razón nada nos puede decir en torno al interrogante ético sobre la mejor o peor conducta o norma, no sólo las discusiones en ese terreno deben zanjarse por medios irracionales, sino que los derechos humanos o *moral rights*, atento a su contenido moral, quedan reducidos a *flatus vocis* a los que pueden asignárseles cualquier contenido, y trasladar esa disputa a un terreno sin criterios racionales, implica resignarse que serán los poderosos los que impondrán su irracionalidad. Recordemos que el mismo Bobbio en la década del 70’ con su propuesta de un enfoque funcionalista del derecho distinto del enfoque estructuralista, reconoce que “en los últimos cincuenta años ha prevalecido” éste último que prescinde de toda preocupación teleológica -sin duda la teoría kelseniana es un paradigmático ejemplo de la misma-, mientras que la perspectiva

7 Casamiglia, A. 1996.

funcionalista asume como pregunta central “¿para qué sirve el derecho?”, poniendo en juego la relación de medio a fin.⁸ La recepción en la teoría jurídica de la razón práctica tiene enorme aceptación en los últimos tiempos, y al margen de la filosofía jurídica clásica, podemos ejemplificarlo con autores diversos como: Nino, MacCormick, Raz, Alexy, Dworkin, Garzón Valdez, Atienza, etc. En definitiva, necesitamos una filosofía jurídica que asuma racionalmente el problema del sentido o fin del derecho, asumiendo que el mismo se ha creado y se justifica como un medio valioso para beneficiar el hombre y la sociedad.

2.5. La pluralidad y unidad de los saberes jurídicos

Reivindicar la filosofía jurídica no implica dar la espalda a los otros saberes jurídicos, especialmente a la ciencia jurídica y al saber aplicativo, resolutorio o prudencial. Debe quedar claro que los juristas necesitamos como mínimo a esos tres modelos o paradigmas del saber jurídico, de modo que entre ellos existe un control y auxilio mutuo. En efecto, la filosofía jurídica proporcionará el concepto del derecho, lo cual supondrá contar con criterios que permitirán distinguir el real y mejor derecho, de aquel aparente y peor derecho, como asimismo reconocer las estructuras constitutivas integrales del derecho en el terreno ontológico, gnoseológico, lógico-lingüístico y axiológico. A la ciencia jurídica le cabe describir, sistematizar, interpretar y valorar al derecho vigente y válido, posibilitando en coherencia la adjetivación del sustantivo derecho como civil, penal, administrativo, internacional, etc. Pero también se requiere precisar cuánto y qué características tiene el saber del jurista que debe responder, abogar o decidir autoritativamente preguntas concretas acerca de cuál conducta es la prohibida, permitida o exigida por el derecho, completando de ese modo el sentido que justifica la existencia misma del derecho y los juristas. En definitiva, ni filosofismo, ni cientificismo,

8 Cfr. mi libro: Vigo, R. (2006). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finniss) (2ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot.

ni casuismo, pues cada una de esas perspectivas remite, confirma y rectifica a las restantes, sin esquizofrenias ni incoherencias. Un jurista que pretenda avanzar en el más completo saber jurídico, debe nutrirse en mayor o menor medida con aquellos diferentes saberes. Es indudable que un científico muy solvente en su disciplina, pero incapaz de formular un concepto del derecho o confiado sólo en verdades apodícticas, es peligroso a la hora de reclamarle previsibilidad o seguridad jurídica, y el mismo estará muy perturbado cuando en su trabajo aparezcan las inevitables dudas o márgenes de opciones.

2.6. *Una iusfilosofía no 'insular'*

Aquí también cabe invocar, especialmente en este ámbito iberoamericano, a Carlos Nino denunciando propuestas epistemológicas juridicistas que confían en las normas y en el derecho y se privan de propuestas valorativas o de *lege ferenda*, desoyendo a los que golpean -acudiendo a la metáfora de Bobbio- a su puerta en nombre de la sociología, la política, la economía, y hasta la religión. Esta última mención deliberadamente provocativa o extrema, la hacemos con el aval del Habermas, cuando advierte el riesgo de “cargas asimétricas a las tradiciones religiosas y a las comunidades religiosas”, concluyendo: “...desde las premisas normativas del Estado constitucional y de un ethos democrático de la ciudadanía, la admisión de manifestaciones religiosas en la esfera público-político sólo tiene sentido si a todos los ciudadanos se les puede exigir que no excluyan el posible contenido cognitivo de estas contribuciones; mientras que, al mismo tiempo, se observe la primacía de las razones seculares y se atienda a la salvedad de la traducción institucional de las razones religiosas.”⁹ Más allá de esa referencia puntual que despierta seguramente muchas emociones irracionales, queremos apuntalar la propuesta de autores como Alexy o Finnis que hablan de una filosofía jurídica como filosofía práctica e inescindiblemente política y moral, y que solo por razones pedagógicas se tratan separadamente. Por supuesto

9 Habermas, J. 2006, p. 147.

que la consideración por parte del jurista de las otras dimensiones de la sociedad complica su pretensión cognoscitiva, pero prescindir de lo que marca la realidad, implica el riesgo de optar por caricaturas o ficciones del derecho. No olvidemos que ya Aristóteles distinguió lo justo natural y lo justo legal como partes de lo justo político, lo cual no puede llevarnos a dejar que el derecho sea absorbido por la economía, psicología, política, sociología, etc., pero si el jurista pretende que el derecho favorezca a la sociedad siempre concreta e histórica, le queda vedado incurrir en visiones reductivistas o parciales. La buena vida social a la que finalmente sirve el derecho incluye diversas dimensiones con sus solapamientos e influencias. Distinción no significa separación, ruptura o indiferencia, y si el jurista quiere legitimidad o justificación de su oficio no le quedará más remedio que abrirse a la consideración de lo que está incluido en la sociedad que pretende regular o imperar. Toda jurisprudencia, pero especialmente la dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exhibe claramente que la comprensión y la operatividad del derecho requiere ir más allá del mismo, incluso ellas acuden a medios no típicamente jurídicos como los coercitivos, sino más vinculados con la moral, como pedir disculpas, realizar homenajes, asistencias a cursos de formación, etc.

2.7. Una iusfilosofía interesada y preocupada por los ‘casos’

Hemos conocido, y se sigue enseñando predominantemente en nuestras Facultades de Derecho, una perspectiva especulativa o teórica que visualiza ‘casos fáciles’, a los que se supone que el jurista resolverá subsumiendo en los casos genéricos previstos en las normas generales. Es evidente que esta mirada favorece a los sistematismos y a los rigores de las ciencias, pero los riesgos y perjuicios para el derecho y el rol del jurista, fueron señalados tempranamente por Viehweg. Un concepto de derecho o de fuentes del mismo asimilado con normas generales, sumado a la presencia de casos como meras instancias individuales de los genéricos, conlleva prescindir de la jurisprudencia y confiar solo en el derecho normativo para conocer

los casos. Frente a esa perspectiva nos parece que se imponen varias advertencias, muchas de las cuales pueden tener desarrollo en la actual obra de Michele Taruffo, pero vayamos a tres principales:

- a. los jueces, más allá de resolver un caso por medio de una norma individual, crean una especie de enunciado normativo jurídico general que pasa a integrar el ordenamiento jurídico como precedente para casos análogos, y éste precedente habitualmente es una regulación inédita que implica derogación, creación o ajustes en el derecho existente, de modo que ignorar la jurisprudencia implica ignorar al derecho completo, como gusta decir la hermenéutica: la norma es un texto que se completa -círculo hermenéutico- con los casos;
- b. 'la verdad es condición de la justicia', asumiendo la teoría de la verdad por correspondencia, por lo que la verdad es una, pero para conocer la verdad de un caso que requiere una respuesta jurídica, importa cada vez más el aporte de otras ciencias -duras, blandas o seudo ciencias- que se le suministran al jurista por los peritos y las pruebas científicas y,
- c. la riqueza de los casos sumado a las respuestas jurídicas en potencia o concentradas que están en los 'principios' -derechos humanos, genera no sólo jurisprudencia contradictoria, sino mayorías cambiantes.

En síntesis, reclamamos una iusfilosofía que esté consciente de la importancia e irrepitibilidad de los casos, además de que en el conocimiento verdadero del mismo se juega la justicia de la respuesta que brinde el derecho, y que en sintonía con ello se haga presente en los debates jurisprudenciales de amplia difusión.

2.8. Una iusfilosofía en sintonía con 'su' tiempo

Autores como Dilthey o Jaspers han estudiado las conexiones entre el tiempo y las ideas, como si hubiera distintas *Weltanschauungen*

que acompañan a la historia colectiva e individual. A veces sólo es una cuestión de acentos o de denominaciones diferentes, y así, a grandes rasgos, se habla que en la edades antigua y media el problema sobre el que giraba la filosofía fue el problema metafísico, en la edad moderna es sustituido por el problema gnoseológico, y luego vino el giro lingüístico. En la opinión de Kaufmann el legado para la filosofía del derecho en la época posmoderna es volver a sus preguntas originarias, que giran en torno al hombre, o sea, a “la preocupación por el hombre, aún más: la preocupación por la vida en general en todas sus formas.”¹⁰ Por supuesto que no se trata de asumir una actitud cronológica en donde se suscribe cualquier moda, sino de estar atento a los problemas y al lenguaje del tiempo en el que nos toca hacer filosofía jurídica. Aquí viene bien recordar los trabajos de Francisco Vittoria o Bartolomé de las Casas enfrentando los interrogantes antropológicos que suponían los pueblos originarios en América. Por sobre lo esencial o universal, hay una dimensión histórica que impone temas también en el campo de la filosofía jurídica. A modo de ejemplo: seguir asociando el derecho a las soberanías estatales resulta una irrealidad difícil de negar, por eso, cualquier filosofía jurídica hoy debe hacerse cargo de todo ese derecho global -*global law*- o *soft law* que aparece y se impone no apoyándose en el poder del Estado. Otro ejemplo: advierte Habermas que la moral ha emigrado al interior del derecho, y no se trata de una mera moral social sino de una moral racional, de modo que seguir postulando la separación absoluta entre una y otro supone dar la espalda a esa relevante realidad de enormes proyecciones teóricas y prácticas. En América latina se ha dado un proceso de un constitucionalismo muy particular en donde se incluyen definiciones absolutamente inéditas, por ejemplo, la *pachamama* como sujeto de derecho, que exige también la atención de nuestra disciplina. Por supuesto que podríamos traer a colación muchos otros ejemplos que lucen inéditos, por eso el reclamo es que los iusfilósofos con sus particulares herramientas noéticas o cognoscitivas estemos atentos a la realidad, aunque mu-

10 Kaufmann, A. 1992, p. 67.

chas veces haya que cambiar la teoría para poder explicarla y operarla, dado que -como enseñaba Aristóteles- no hay nada más práctico que una buena teoría.

2.9. *Una iusfilosofía que asume una cierta tradición*

Joseph Boyle en su trabajo "*Natural Law and the Ethics of Tradition*"¹¹ analiza hasta tres tipos o modos de entender las conexiones entre la ética y las tradiciones culturales, y frente a las propuestas extremas que prescinden de las mismas o no ven más que contextualismos o comunitarismos, está una perspectiva intermedia que es capaz de descubrir tesis de carácter universales, pero también reconoce la existencia de tesis propias de cada tradición. Quedaría abortada la filosofía en general y la iusfilosofía en particular, si no existiera la posibilidad de hablar para todo ser humano y toda sociedad, pero también es cierto que cada sociedad tiene sus problemas, su historia, sus expectativas, etc. lo que brinda un contexto que modaliza cualquier esfuerzo cultural, incluso aquel orientado al saber filosófico. Este condicionamiento que impone el tiempo, el espacio y la sociedad ha sido señalado con insistencias por variados autores, desde Aristóteles cuando conectaba la mejor comunidad política hasta con las condiciones geográficas, hasta Tocqueville cuando traduce en términos políticos lo que le aportó el conocer la sociedad norteamericana. En el campo más jurídico, en sintonía con lo consignado, podemos apelar a la escuela hermenéutica destacando la 'precomprensión' o 'expectativa de sentido' que acompaña al jurista e impone un esfuerzo especial en orden a preservar la racionalidad del juicio. En síntesis, la iusfilosofía que estamos proponiendo, sin perjuicio de discutir temas de interés y alcance universal, también debe hacerse cargo de las culturas y tradiciones a la que pertenece, en donde aparecen problemas, autores y realidades peculiares. En efecto, es indudable que la autoridad en Latinoamérica difícilmente

11 Boyle, J. 1994.

pueda asimilar la visión teórica que al respecto proponen Finnis o Raz, que los pueblos originarios o indígenas conllevan cuestiones jurídicas que pueden resultar extrañas en la mirada académica de los países centrales, que sobre todo el constitucionalismo latinoamericano está cargado de interrogantes iusfilosóficos peculiares, que hay iusfilósofos iberoamericanos injustamente ignorados a pesar de haber hecho tempranamente aportes significativos a la disciplina, etc. No creemos que importe una devaluación por sí mismo proponer una iusfilosofía para el mundo latino, ella asume esa tradición y se incorpora al diálogo universal.

2.10. Una iusfilosofía orientada al logro del mejor derecho

Por supuesto que hay iusfilosofías que se limitan a describir el derecho y descartan la valoración del mismo, posibilitando por esa vía propuestas que lucen muy rigurosas y exactas. Sin embargo, nos parece que el trabajo cognoscitivo en materia de ‘las cosas humanas’ -como gustaba llamarlas Aristóteles- debe incluir necesariamente las cuestiones orientadas a lograr el mejor derecho, o al menos, que permita descartar al peor derecho. No negamos la posibilidad de un concepto del derecho descriptivo, pero pensamos -en sintonía con Finnis- que la mejor descripción es la que incluye valoraciones. Enseñaba Aristóteles que los opuestos pertenecen al mismo saber, de modo que los juristas nos ocupamos de todo aquel emprendimiento que pretende ser reconocido como derecho, y con ese objetivo necesitamos contar con criterios que nos permita distinguir el buen derecho, del malo y del mediocre. Hay suficiente consenso de incluir entre los problemas de la iusfilosofía a la justicia, ésta en definitiva se identifica con criterios éticos y axiológicos que permiten juzgar al derecho en orden a su valor, pero quizás convenga asimilar esa justicia con la racionalidad y reconocer que importa no sólo el contenido o la materia regulada por el derecho, sino también la dimensión procedimental o formal implicada en el mismo. Un modo muy extendido entre los juristas de juzgar el valor del derecho -mejor: su existencia- es desde el concepto de validez de la norma jurídica, y si lo asociamos a la justificación racional,

se constituye el mismo en un excelente banco de pruebas de las implicancias que conlleva adoptar una teoría interesada o prescindente del mejor derecho. Es que, si sólo asumimos un concepto normativo o justificatorio de la validez, resulta respetado plenamente el destinatario del derecho, atento a que si la norma no está justificada racionalmente ella será inválida y, por ende, será inexistente para el derecho, pero en ese juzgamiento desde la racionalidad de la norma se pone en juego no sólo exigencias procedimentales o formales, sino también exigencias sustanciales o materiales. En definitiva, la iusfilosofía debe aspirar a definir cuál es el mejor derecho y cuál es el mejor modo de hacerlo, para así reconciliar al derecho con la racionalidad humana, y posibilitar su legitimidad.

2.11. Una iusfilosofía que avale los derechos humanos

No decimos nada original cuando identificamos a los derechos humanos con la conciencia ética jurídica de la humanidad. Los iusnaturalistas hablan de que ellos son el nuevo nombre del derecho natural, y que los tratados internacionales respectivos han sido escritos con un lenguaje inequívocamente iusnaturalista, en tanto ellos se reconocen y no se crean, amén de declararlos inalienables y universales. Las iusfilosofías dialógicas como la de Alexy, incluye a los derechos humanos como presupuestos de la racionalidad del diálogo. Sin embargo, en torno a ese entusiasmo teórico por los derechos humanos, que hasta hace un tiempo parecía que sería permanente, hoy vemos sombras y acechanzas que en nombre de la seguridad nacional o la tranquilidad ciudadana se proyectan bajo rótulos significativos como 'derecho penal del enemigo', 'islamización', 'inmigración', etc. La misma noción de 'dignidad humana', que permitió a la jurisprudencia constitucional alemana una muy rica y ejemplarizadora doctrina, está amenazada bajo la acusación de ser un concepto metafísico, religioso u hostil al desarrollo científico y a la igualdad de las especies. Si vamos a nuestra realidad latinoamericana, la experiencia de las últimas décadas es más aleccionadora acerca del valor de los derechos humanos y de

la importancia de su respeto irrestricto, pues en el fallo “Simón” de la Corte Suprema Argentina el voto de Lorenzetti se apoya en la tesis alexyana de ‘la injusticia extrema no es derecho’. De todas maneras, corresponde a la iusfilosofía hacerse cargo no solo de dilucidar los ‘contenidos esenciales’ de los mismos, sino afrontar los presupuestos implicados en esa tarea, y especialmente definir su operatividad. Es sabido que los derechos humanos, en tanto ‘principios’ del derecho, resultan ser derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia que deben ser derivadas por los juristas en los casos bajo su competencia, pero ellos habitualmente aparecen en tensión o conflicto por lo que requieren ser ‘ponderados’. En una palabra, la iusfilosofía propuesta, respalda y explica raigal, coherente y exhaustivamente a los derechos humanos, subrayando su importancia e identificando los modos mediante los cuales se obtienen respuestas jurídicas concretas, amén de precisar la rica y actual problemática implicada en la argumentación jurídica.

2.12. Una iusfilosofía transversal y crítica de las ramas del derecho

Si corresponde a la filosofía jurídica reconocer lo que es el derecho, indudablemente ella se proyecta sobre todas las ramas del derecho. De ese modo, asumir un concepto del derecho positivista o no positivista condiciona luego al modo de entender al derecho civil, penal, comercial, etc. Pero en ese esfuerzo definicional, también la filosofía jurídica se hace presente a la hora de reconocer a las ramas o al conglomerado de ellas en clasificaciones como derecho público y derecho privado. No estamos diciendo que será la filosofía jurídica la encargada de delimitar a las ramas, sino que debe contribuir a que ese trabajo se realice coherentemente precisando los criterios para esa identificación, y aportando a la superación de la típica autorreferencia de las ramas jurídica capaz de generar un aparato conceptual absolutamente independiente de las restantes ramas. Sería imposible o epistemológicamente peligroso que cada ciencia asuma con absoluta independencia la identificación de su propio objeto, adjeti-

vando como le plazca al sustantivo derecho. Así, por ejemplo, si con el propósito de deslindar ramas jurídicas, reconocemos que existen normas creadas de forma heterónoma y otras de forma autónoma, o relaciones jurídicas en las que está comprometida la justicia social y otras solo la justicia conmutativa, a los fines de precisar aquellos criterios necesitamos ir a sede iusfilosófica. Pero, además, hay otras definiciones iusfilosóficas que impactan en la configuración de las ciencias, tales como: ¿qué sistema jurídico reconocemos?: fuerte, débil o ningún sistema; ¿admitimos principios junto a reglas?; ¿existe un bien común junto al bien individual?; ¿hay razón práctica?; ¿lo ilícito es: civil, penal, administrativo?; ¿qué concepto tenemos de fuentes del derecho? etc. Finalmente, la filosofía jurídica que promovemos no sólo contribuye al control y gestación de las ramas, impactando con sus conceptos en sus respectivos perfiles, sino también promueve críticamente otras nuevas ramas en la medida que se logren cubrir los requerimientos epistemológicos respectivos. Es que resulta empobrecedor e injustificado mantener el modelo epistemológico que auspició el Estado de Derecho Legal de avalar la existencia de las ciencias en la medida que aparezca un código o se sustente en los libros del mismo. En una palabra, pretendemos una iusfilosofía que aporte y renueve con criterios racionales al listado de las ramas del derecho, superando la inercia de los códigos que impera en nuestras Facultades de Derecho.

2.13. Una iusfilosofía que avala la mejor democracia

Por sobre opiniones diversas que los filósofos de las ‘cosas humanas’ han brindado en materia del mejor gobierno para la sociedad, estimamos que al menos para nuestra realidad iberoamericana resulta indiscutible la opción por la democracia como forma de gobierno. En este punto, la experiencia en Latinoamérica de gobiernos militares refuerza esa conclusión. Por supuesto, que la democracia que se pretende no es meramente procedimental sino sustancial, en tanto -como diría Ferrajoli- hay cuestiones ya decididas que no están sujetas al voto de la mayoría, así, por ejemplo, los derechos huma-

nos. De todas maneras, la razón práctica ha avanzado en precisiones procurando democracias en donde impere de la mejor manera la igualdad, libertad y participación de todos los ciudadanos. En ese terreno de ‘democracias deliberativas’ los iusfilósofos no podemos ignorarlas, dado que en mayor o en menor medida terminan teniendo relevancia en el terreno jurídico. Es interesante confirmar esas conexiones en la filosofía jurídica de Alexy cuando concluye: “La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”¹². En síntesis, la filosofía jurídica, que es filosofía práctica, tiene inescindibles relaciones con la realidad política y moral, y de ahí que explícita o implícitamente asume una democracia, y ésta siempre algo dice para el derecho y los juristas.

2.14. Una iusfilosofía dialógica y no sectaria

Desde la filosofía jurídica clásica Félix Lamas¹³ ha estudiado la dialecticidad del derecho y la moral en cuatro sentidos:

- a. la experiencia revela contrariedades entre justo e injusto, legal e ilegal;
- b. metodológicamente, dado que el silogismo jurídico es dialéctico en tanto se arriban a conclusiones probables (Aquino habla de “certeza probable, que alcance la verdad en la mayoría de los casos, aunque en los menos defeccione de la verdad”¹⁴);
- c. es dialéctico en cuanto supone dos partes enfrentadas en sus reclamos y,
- d. es dialéctico por el contraste entre el hecho o *factum* y las exigencias normativas o valor.

12 Alexy, R. 2000.

13 Cfr. Lamas, F. A. (1991). La experiencia jurídica (1ed.). Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

14 Tomás de Aquino “Suma Teológica”, I-II, c.70 a.

Apoyándose en otra filosofía Alexy puede concluir análogamente que “el dialogo necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo para alcanzar legitimidad”. Dejando de lado esas exigencias ontológicas del derecho que remiten a certezas probables y al camino del dialogo o la confrontación argumentativa, también tenemos que reivindicar el dialogo como medio constitutivo de la vida académica. Creemos que la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y la Maestría en Filosofía del Derecho que se dicta en la Universidad de Buenos Aires revelan las posibilidades y las ventajas de generar un ámbito en donde se reúnan visiones iusfilosóficas muy distintas, a los fines de exponer o intercambiar respetuosamente puntos de vistas contradictorios. Ello es posible en la medida que no hay dudas de que estamos en condiciones de reconocer el valor académico de un profesor, aunque no compartamos su punto de vista. Y es ventajoso porque los alumnos aprecian muy positivamente que sobre el mismo problema se presenten distintos abordajes y soluciones, y también es positivo en tanto la academia muestra la posibilidad de diálogos racionales respetuosos desde convicciones firmes. Muchos de nuestros países vienen de una historia universitaria en donde ha prevalecido el sectarismo y la intolerancia hacia los que piensan distinto, y ello aborta a la vida académica e implica un mensaje muy negativo a la sociedad.

2.15. No a una iusfilosofía autista o chauwinista

Hay registros de filosofías jurídicas inescindiblemente vinculadas a realidades locales, incluso a veces con rasgos etnocentristas. De todas maneras, reiteremos que la filosofía tiene constitutiva y originariamente una pretensión universal, pues ella busca que sus propuestas logren conciliar la dimensión particular y cambiante de los objetos sensibles con la dimensión universal que posibilita el entendimiento humano. El gran aporte aristotélico en el terreno de la filosofía primera es superar las propuestas de Heráclito y Platón negando la posibilidad de la ciencia respecto a las realidades contingentes y móviles del mundo físico, sobre los cuales sólo era posible creencias, opiniones o conjeturas. El camino del Estagirita será partir de la realidad y la experiencia, rechazan-

do ideas innatas y reminiscencia, y sobre aquel conocimiento operará progresivamente la abstracción que con el entendimiento posibilita los conceptos universales. Pero reconoce insistentemente Aristóteles que no puede exigirse el mismo grado de necesidad, de certeza y exactitud en todas las materias científicas, y así la física o la ética no alcanzan la certeza de las matemáticas. En sintonía con esa búsqueda de conocimientos universales, sería una *contradictio in termini* proponer una filosofía encerrada a los límites de una sociedad y dando la espalda a cualquier otra iniciativa iusfilosófica. La respuesta negativa que brinda Alexy a la pregunta de si es posible hablar con rigor de derechos humanos rechazando la metafísica,¹⁵ es aleccionadora de esta apertura a lo universal que es intrínseca a la filosofía. Ya hemos hablado de las improntas culturales, pero ello no niega la necesidad del contraste y el diálogo con las filosofías jurídicas allende a nuestras fronteras. Más aún, aquí también podemos acudir al testimonio de filósofos que cambiaron su perspectiva luego de conocer realidades y experiencias distantes. Hablar de una iusfilosofía iberoamericana o para el mundo latino supone estar prevenido con ese riesgo de un espacio autista o chauvinista, por eso la necesidad de recordar esta obviedad a la hora de hacer este relevamiento de las características que pretendemos para la misma.

2.16. Una iusfilosofía interesada por ser comprensiva

Sabía Aristóteles que la filosofía no estaba destinada a ser popular, pues al *bios theoretikós* solo lo asumían aquellos capaces de percibir e inquietarse por la admiración y los interrogantes que suscitaban las cosas. Pero el rigor y las exigencias que impone la filosofía no conlleva necesariamente que las tesis se formulen de una manera confusa y oscura. Más aún, a veces tenemos la impresión de que hay una búsqueda deliberada de la oscuridad y el esoterismo, de modo que sólo pueden comprender un discurso iusfilosófico los iniciados en un culto particular. Esa iusfilosofía enclaustrada en sí misma y

15 Cfr. Alexy, R. (2008) “¿Derechos humanos sin metafísica?”. Anuario de la Filosofía del Derecho. Argentina, Ideas y Derecho. Buenos Aires.

alejada de la realidad jurídica, ha generado mucho costo al interés por la disciplina. Por eso, pesa sobre los iusfilósofos la responsabilidad y el esfuerzo de hacer un discurso lo más claro y comprensible posible. Ello no implica negar que hay algunos problemas que requieren un respaldo formativo especial que acude a terminologías poco habituales, de lo que se trata es de realizar aquel esfuerzo, no con el objetivo de convertir a la filosofía es algo entretenido o lúdico, sino de aportar a los juristas nuestra lectura del derecho favoreciendo sus respectivos trabajos. Frente a la propuesta que hiciera Ihering de incluir en su modelo ciencia jurídica la creación de un alfabeto jurídico universal, con la confianza que esos veinticuatro signos podrían ser usados hasta por un niño, pareciera que hoy mucho se ha avanzado en ese terreno reclamando que el derecho privilegie el lenguaje corriente que cualquiera puede entender. Aquí vale la prevención de la pluralidad y unidad de los saberes jurídicos, en el sentido que ese trabajo iusfilosófico en aras de la comprensión debe hacerse en diálogo con las ciencias jurídicas y la jurisprudencia.

2.17. Una iusfilosofía que ponga en interrogantes las irrealidades

Especialmente el derecho del Estado de Derecho Legal, hijo de la ilustración y el racionalismo, no escatimó en regulaciones jurídicas fundadas en ficciones y presunciones *jure et jure*, buscando prioritariamente la seguridad jurídica. Ellas suponen en sí mismas un distanciamiento con la realidad, pues se trata de alteraciones de la misma o mentiras que se aceptan en aras principalmente de la previsibilidad. Un buen ejemplo de ello puede ser la presunción del conocimiento de la ley una vez publicada sin que se pueda invocar su ignorancia. Pero precisamente sobre ese principio han ido consagrándose, especialmente por jurisprudencia constitucional, excepciones fundadas en la realidad de aquellos que no tuvieron posibilidad de conocer la ley porque se había dictado en una lengua que los destinatarios ignoraban, porque eran analfabetos o por otras causales que tornaban absolutamente irracional sancionar a los incumplidores que no tuvieron

la alternativa de conocerla. Otro ejemplo es lo que ha pasado con la cosa juzgada en relación a dejarla de lado cuando los hechos tienen una contundencia que resisten su negación dogmática. No se trata de rechazar apriorísticamente cualquier irrealidad, sino de ponerlas racionales y valorativamente en interrogantes o sospechas, de modo que a los fines de su aceptación se requieren argumentos y justificaciones claras y concluyentes, para así reconciliar el derecho con la racionalidad. Sabido es la crisis de legitimidad que padece en la actualidad toda autoridad, y ello especialmente en occidente, pero en orden a procurar recuperar dicha confianza para el derecho, se requiere precisamente que el mismo recurra lo menos posible a soluciones que no tengan el respaldo de la realidad. La seguridad jurídica es un valor que hace al mejor derecho, pero la seguridad está en el plano accidental, dado que puede faltar y sin embargo existir el derecho, pues éste requiere constitutivamente la presencia de conductas implicadas o reguladas desde la justicia. Al ciudadano siempre le resultará muy difícil digerir aquello que la realidad contradice, de ahí la necesidad de hacer todo el esfuerzo que sea posible en orden a evitar fundar soluciones jurídicas no respaldadas en los hechos.

2.18. Una iusfilosofía atenta a la ética del operador jurídico

El derecho típico y propio del Estado de Derecho Legal se apoyó rigurosamente en las enseñanzas kantianas de absoluta distinción entre el derecho y la moral. Incluso esa separación alcanzaba al terreno del creador, aplicador u operador del derecho, de ahí que la voluntad exclusiva definía imperativamente al derecho y luego puro saber para decirlo en cada caso. Pensamos que esta ingenuidad hoy seguramente será difícil sustentarla, dado que el ciudadano sabe de intereses y pasiones que se hacen presente al momento de crear o aplicar el derecho. Es visible hoy la recuperación y moda de la ética aplicada en todos los terrenos en donde se hace presente la capacidad de opción humana, por eso los esfuerzos que se proyectan en el campo de la ética del abo-

gado, del docente, del juez, del legislador, etc. Josep Aguilo¹⁶ conecta las visiones teóricas sobre el derecho con concepciones de ética judicial. Manuel Alicante, respaldándose en MacIntyre, vincula al ‘buen juez’, o sea aquel que es capaz de decir el mejor derecho, en función de virtudes judiciales, es decir, cualidades adquiridas, cuya posesión y ejercicio promueven modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para toda la comunidad que participa en la práctica del derecho. Atienza asimila las virtudes judiciales a “ciertos rasgos que deberían poseer -y quizás posean- los jueces”¹⁷ que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos, agregando: “las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o práctica sociales.... las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación debido a las peculiaridades de la práctica judicial.”¹⁸ Yendo especialmente al mundo anglosajón o norteamericano, advirtamos de la *virtue jurisprudence*¹⁹ en cuanto teoría que remite el derecho o, mejor dicho, al ‘mejor’ derecho a la presencia de virtudes específicas entre los juristas. Las referencias consignadas vinculan finalmente la creación y/o aplicación del derecho a ciertas cualidades que tienen los responsables de esas tareas y, por ende, el resultado jurídico no es independiente de la ética de los encargados del mismo. A tenor de ello, la filosofía jurídica ausplicable no puede prescindir de estudiar aquella ética de los juristas dado que en función de la misma resultará el derecho o, dicho de otra manera, interesarse por el derecho debe incluir la ética de los juristas. Es evidente que la presencia de la razón práctica exige cierta rectitud en el apetito, y esto que remite a la ética clásica está de algún modo presente en Habermas o Alexy entre los requerimientos para aquellos que asumen un diálogo racional y pretenden ‘acción comunicativa’ o respeto del ‘código de razón práctica’.

16 Aguilo, J. 2009.

17 Atienza, M. 2004.

18 Atienza, M. 2001.

19 Massini Correas, C. I. 2014.

3. Problemas iusfilosóficos

Conforme al propósito señalado al comienzo, pretendemos a continuación indicar muy brevemente cuales son los problemas principales a los que debe responder la disciplina. No se trata de hacer una detallada reseña de los mismos, sino destacar algunos de ellos sobre los que pesa una responsabilidad destacada de la filosofía jurídica a emprender. Quizás este punto carezca de interés dado que mucho se ha insinuado en lo ya expresado, a lo que se suma el inconveniente de que estaremos forzados a plantear definiciones que remitirán más claramente a nuestras convicciones iusfilosóficas.

3.1. *El problema conceptual, definicional u ontológico*

El derecho centralmente remite a conductas humanas o práctica social, pero específicamente aquellas en la que está implicada la justicia, o sea deudas para con el otro que la razón práctica determina en orden a la buena vida en sociedad. Por supuesto que aquí hay varias definiciones implícitas:

- a. si bien focalmente el derecho está en las conductas humanas, por extensión metonímica también aparece en lo vinculado a las mismas: normas regulatorias, saberes, facultades, etc.;
- b. se requiere para la aparición del derecho alguna definición racional en relación con las conductas en las que están comprometidas deudas de justicia que deben satisfacerse;
- c. el sentido que justifica esas definiciones es la mejor vida social o el bien de la comunidad;
- d. las definiciones se formulan por medio de reglas (normas o principios), y se formulan habitualmente bajo la amenaza de sanciones coercibles y,
- e. el punto anterior implica la presencia de instituciones y marcos históricos.

Estas definiciones no sólo encuentran aval en la filosofía jurídica clásica, sino pareciera que también pueden leerse cuando Alexy afirma: “el derecho es una realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídico”.²⁰

3.2. *El problema gnoseológico*

Su objeto principal es identificar las características que tiene el saber jurídico, como las especies que puede asumir el mismo. De ese modo corresponde:

- a. identificarlo como saber práctico, y no como saber teórico, así sus características son: regulativo, certeza habitualmente no necesaria, método deliberativo o dialéctico, e inescindiblemente valorativo;
- b. al menos entre los saberes jurídicos se distinguen, con una practicidad de menor a mayor: el filosófico, el científico y el aplicativo o prudencial y,
- c. el saber jurídico mantiene relaciones insuperables con las otras dimensiones de la vida social: política, moral, económica, etc.

3.3. *El problema lógico y semiótico jurídico*

Aquí interesa corroborar qué estructuras lógicas se dan en el derecho, en particular las siguientes:

- a. conceptos y juicios en la formulación del derecho -principios y normas, respectivamente;
- b. qué y cómo cabe la sistematización del derecho: ¿fuerte, débil o plural?;
- c. los razonamientos jurídicos controlados por: lógica formal y lógica no formal o retórica;
- d. falacias en tanto razonamientos incorrectos con apariencia de correctos y,

²⁰ Alexy, R. 1997, p. 40.

- e. problemas semióticos principales: semánticos, sintácticos y pragmáticos.

3.4. El problema axiológico jurídico

Afrontar las preguntas relacionadas con el valor del derecho, por ello corresponde estudiar:

- a. teorías axiológicas: subjetivistas, intersubjetivistas, consecuencialistas, teologistas y objetivistas;
- b. ¿cuáles valores interesan al derecho?;
- c. ¿bien individual y/o bien colectivo? y,
- d. el valor o validez del derecho: concepto descriptivo y concepto justificatorio.

4. Conclusión

El mundo latino puede y necesita de una modalizada filosofía jurídica, no para aislarse sino para asumir problemas ínsitos a su realidad y cultura general, y para con esa riqueza y aval procurar y entablar todos los diálogos que resulten necesarios con las otras iusfilosofías. Seguramente en este ámbito dialógico nos beneficiaremos, y es probable que algún aprovechamiento aportemos a los otros. Hay mucha historia y potencialidades en nuestro propio mundo que debemos hacernos cargo y estudiarlo, para valorarlo y exponerlo a los diferentes mundos académicos. En definitiva, el elemento común que posibilita el encuentro es la iusfilosofía y su objeto: el derecho, aunque por sobre lo común estará siempre lo peculiar y accidental. También nos une un cierto *ars vivendi* del que participamos con inquietudes, dificultades y satisfacciones. Hacemos votos para que, junto a los Congresos mundiales de filosofía del derecho, sigamos teniendo nuestros Congresos del y para el mundo latino. Necesitamos a aquellos y a éstos para seguir alimentando nuestra ‘admiración’ por el derecho y su orientación al servicio del hombre y de la sociedad.

Referencias

- Aguilo, J. (2009). Dos concepciones de la ética judicial. *Doxa*, 1(32), 515-540.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho* (1ed.). Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Revista Persona y Derecho*, 43, 217-249.
- Alexy, R. (2003) La naturaleza de la filosofía del derecho. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, (26), 145-160.
- Atienza, M. (2001). Ética judicial. En *Cuestiones judiciales* (153). México: Fontamara.
- Atienza, M. (2004). *Jueces y Derecho*. En *Virtudes judiciales* (17). México: Purrúa - UNAM
- Boyle, J. (1994). *Natural Law and the Ethics of Tradition*. En R. P. George, *Natural Law Theory Contemporary Essays* (3-30). Oxford: Oxford University Press.
- Casamiglia, A. (1996). Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación. *Anuario de filosofía del derecho*, 14, 485-507.
- Habermas, J. (2006). *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós.
- Kaufmann, A. (1992). *La filosofía del derecho en la posmodernidad* (2ed.). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.
- Kaufmann, A.; Villar Borda, L. y Montoya A. M. (1999). *Filosofía del derecho* (1ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Massini Correas, C. I. (2005). *Filosofía del Derecho*. Tomo I. *Derecho, los derechos humanos y el derecho natural* (2ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot.
- Massini Correas, C. I. (2014). AA. VV., *Virtue Jurisprudence*, C. Farrelly & L. B. Solum, New York, Palgrave-MacMillan, 2011, 268 *Philosophia*, 74(1).
- Rorty, R. (1997). *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Tomás de Aquino "Suma Teológica".

**LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO Y LA OBLIGACIÓN
DE DERIVAR: PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS
CONSCIENTIOUS OBJECTION TO ABORTION AND THE OBLIGATION
TO REFER: MAIN ISSUES**

Débora Ranieri de Cechini¹

Resumen

La ley 27.610 denominada “Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo” reconoce en los arts. 10 y 11 el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales y establecimientos de salud, derecho cuyo ejercicio no es pacífico en el derecho comparado. En el presente texto se pretende abordar respecto a este derecho, una cuestión particular como es la carga de derivación que impone la ley a todos los objetores, tanto individuales como institucionales, desde dos aspectos. En primer lugar, un análisis del derecho comparado sobre la mayor o menor presencia de esta obligación en las legislaciones que reglamentan el aborto; en segundo lugar, se analizarán los argumentos principales que demuestran que tal obligación es contraria al derecho del objetor.

Palabras claves

Objeción de conciencia; derivación; aborto.

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesora con dedicación especial e investigadora (UCA), directora del Proyecto IUS 2019-2021: “Libertad religiosa: la objeción de conciencia institucional o el derecho de autonomía de las instituciones y el acomodo razonable. Una mirada desde la jurisprudencia nacional el derecho comparado”. Dirección de correo electrónico: dranieri@uca.edu.ar.

Abstract

The law 27.610 called “Access to voluntary termination of pregnancy” recognizes in articles 10 and 11 the right to conscientious objection of health professionals and hospitals, a right whose exercise is not peaceful in Comparative Law. In this text, it is intended to address a particular issue regarding this right, such as the burden of referral imposed by the law imposes to all objectors, both individual and institutional, from two aspects. First, an analysis of comparative law on the greater or lesser presence of this obligation in legislation regulating abortion; second, the main arguments that demonstrate that such an obligation is contrary to the objector’s right Will be analyzed.

Keywords

Conscientious objection; referral; abortion.

1. Introducción

La ley 27.610 denominada “Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”² reconoce en los arts. 10 y 11 el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales y establecimientos de salud. Enfatizamos el ‘reconoce’ porque jurídicamente el derecho a la objeción de conciencia no surge por creación legal, sino que se fundamenta en el derecho constitucional³ (libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, derecho de asociación con fines útiles) y en el derecho convencional de los tratados internacionales de Derechos

2 La ley 27.610 fue publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero de 2021, ver <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239807/20210115#>.

3 “La objeción de conciencia implica la actitud pasiva de quienes se niegan a aceptar determinadas normas legales, alegando que ese cumplimiento violaría sus convicciones religiosas, filosóficas o morales, en suma, las creencias que conforman su ideario de vida”, Gelli, M. A. 2018. De allí que la protección de tales convicciones encuentra su fundamento constitucional en los arts. 19, 14 y 20 de la CN. Ver también: Didier, M. M. 2015.

Humanos⁴. De allí que, respecto a su fundamento, este derecho se remite a la naturaleza humana, constituyéndose entonces como un derecho natural, fundamental y humano.

Más allá de su fundamento y reconocimiento a nivel universal, la garantía del respeto a este derecho requiere, en la práctica donde se concretiza, el análisis de algunas obligaciones que las leyes ponen a cargo del objetor o del establecimiento de salud, para determinar si las mismas podrían llegar a contradecir la garantía del mismo derecho que pretende resguardar. Dentro de estas obligaciones se encuentra el deber de ‘derivar a otro profesional u establecimiento’. Analicemos cómo lo regula la ley en cuestión.

El artículo 10 de la ley 27.610 establece que el profesional de salud objetor tiene la obligación de “derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones” y el artículo 11 refiere que los establecimientos de salud que no cuenten con profesionales para realizar abortos “deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó”.

Frente a esta regulación que impone una obligación a los objetores, la carga de derivación, realizaremos un análisis teniendo en cuenta dos aspectos. En primer lugar, el derecho comparado, para comprender sobre la mayor o menor presencia de esta obligación en las legislaciones que reglamentan el aborto; en segundo lugar, se analizarán los principales argumentos que consideran que esta obligación no logra garantizar el derecho del objetor y que, por tan-

4 Para un estudio completo sobre la protección de la objeción de conciencia en el derecho internacional de los derechos humanos ver: Londoño Lázaro, M. C. y Acosta López, J. I. 2016. Allí se señala que “la objeción de conciencia es hoy en día reconocida en los principales pactos y declaraciones de derechos humanos como un derecho contenido dentro de la libertad de pensamiento, conciencia y religión”, mencionándose ahí mismo la lista de Tratados, Pactos y Convenios que protegen la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, *Ibidem*, p. 235.

to, requiere un análisis detallado del modo en que se produce su implementación.

2. La obligación de derivar en el derecho comparado

El aumento de legislaciones nacionales que han ido legalizando el aborto o despenalizando el delito en el código penal ha producido, al mismo tiempo, un aumento de objetores de conciencia y múltiples complicaciones en el quehacer diario de la práctica de los profesionales de salud y de la organización de los hospitales y clínicas de maternidad⁵.

Una mirada atenta a esas legislaciones que consisten principalmente en leyes particulares y reglamentaciones, protocolos o guías técnicas que regulan más en detalle la cuestión⁶, nos permite advertir que la obligatoriedad por parte del objetor de tener que realizar la derivación a otro profesional o instituto no es uniforme en el derecho comparado. Advertimos que, en la totalidad de tales regulaciones, la

5 Para un análisis panorámico y exhaustivo de la relación entre la reivindicación abortista y la objeción de conciencia ver Kubala, M. T. (2013). *Obiezione di coscienza e rivendicazione abortista in Europa* [Tesis de doctorado no publicada]. Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Facultad de Derecho Canónico.

6 Para consultar todas las leyes actuales sobre objeción de conciencia ver: REDAAS, "Mapa de normas sobre objeción de conciencia", disponible en <https://www.redaas.org.ar/objecion-de-conciencia-mapa>. Este mapa interactivo realiza una clasificación entre los países teniendo en cuenta 4 categorías: 1. los que aceptan la objeción de conciencia sin restricciones (Angola, Namibia, Zimbabue y Letonia); 2. los que aceptan la objeción de conciencia con limitaciones (la mayoría de los países, aunque no todos con las mismas limitaciones); 3. Los que prohíben la objeción de conciencia (Finlandia, Suecia, Etiopía y Venezuela); 4. Los que tienen un vacío legal al respecto (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Surinam, Paraguay, varios países de África, Ucrania y Suiza en Europa, todos los países de la Pla. Arábica y varios países de Asia).

mayoría no establece esa obligación⁷. De allí que nos detendremos en aquellas legislaciones que sí establecen esa obligación con el objetivo de comprender de qué modo la establecen.

Así, por ejemplo, Gran Bretaña que legalizó el aborto desde 1967, en la “Guía Clínica de Atención a la mujer que solicita un aborto inducido” (2011) establece que “los médicos objetores deben remitir a las mujeres a otro médico de inmediato”⁸; Bélgica en la ley de 2018 prescribe que el médico objetor “indicará los datos de contacto de otro médico o un centro de interrupción del embarazo o un servicio hospitalario al que pueda recurrir para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo”⁹ y en México se establece que “si en el momento de la solicitud de atención no se pudiera prestar el servicio de manera oportuna y adecuada, se deberá referir de inmediato a la usuaria, a una unidad de salud que cuente con este tipo de personal y con infraestructura de atención con calidad”.¹⁰

7 Para algunos detalles de estas legislaciones ver: Riccardi, M. S.; Campo, L. y Franck, M. I. (2020). La objeción de conciencia al aborto en el derecho comparado. *Diario El Derecho*, Tomo 286, 1-5; Chavkin, W., Swerdlow, L., y Fifield, J. (2017). Regulation of conscientious objection to abortion: an international comparative multiple-case study. *Health and human rights Journal*, 19(1), 55-68; Desai, S., Jones, R. K., y Castle, K. (2018). Estimating abortion provision and abortion referrals among United States obstetrician-gynecologists in private practice. *Contraception*, 97(4), 297-302, disponible en <https://www.contraceptionjournal.org/>; y Howe, J., y Le Mire, S. (2019). Medical referral for abortion and freedom of conscience in Australian Law. *Journal of law and religion*, 34(1), 85-112.

8 Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, “The Care of Women Requesting Induced Abortion. Evidence-based Clinical Guideline Number 7”, November 2011, disponible en https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/abortion-guideline_web_1.pdf. Sobre un análisis comparativo entre Inglaterra, Italia, Noruega y Portugal ver Chavkin, W., Swerdlow, L., y Fifield, J. (2017). Regulation of conscientious objection to abortion: an international comparative multiple-case study. *Health and human rights Journal*, 19(1), 55-68.

9 Bélgica, Ley 0144460/2018, art. 27.

10 México, NOM-046-SSA2-2005, art. 6.4.2.8.

En este mismo sentido un documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2011, luego de reconocer el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud con fundamento en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de categorizar a ese derecho como una libertad, considera que como dicha libertad podría colisionar con la libertad de los pacientes, “el equilibrio entre los derechos de los profesionales de la salud y los derechos de los pacientes se mantiene a través de la referencia. Es decir, un profesional de la salud puede negarse a atender a un paciente, pero lo debe transferir sin objeción a otro profesional de la salud que puede proveer lo solicitado por el paciente”.¹¹ Indicar, referir, remitir o transferir son los verbos que se usan para describir esta obligación.

Al mismo tiempo, conviene que notemos el modo con que las legislaciones describen o caracterizan en qué consiste la objeción de conciencia. El Código de Ética Médica de Grecia (2005) define al objetor como a aquel que se niega “a cooperar en el procedimiento del aborto”;¹² la ley de aborto de Gran Bretaña establece que “no puede ser obligado a participar”;¹³ la ley que reglamenta el aborto en Noruega (2001) afirma que el objetor es aquel que está exento de “realizar o ayudar”¹⁴ al aborto y en la ley de terminación del embarazo de Estonia se establece que “no se puede exigir a un ginecólogo u otro profesional de la salud que interrumpa un embarazo o participe en un procedimiento de aborto”¹⁵.

Cooperar, participar, realizar, ayudar e interrumpir son los verbos utilizados para mencionar las conductas que no pueden ser obligadas al objetor. Surge inmediatamente la pregunta si no podría, en-

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, OEA/ser. L/V/II, Doc. 61, 22 noviembre 2011, Nros. 93-95.

12 Grecia, Ley 3418 (2005).

13 Gran Bretaña, Ley de aborto 1967, art. 4.

14 Noruega, Ley 50 (2001), art. 15.

15 Estonia, Ley de terminación del embarazo y esterilización (1998), art. 8.

tonces, considerarse la derivación a otro profesional o médico o institución para que realice el aborto una conducta que encuadraría en los verbos ayudar, participar, cooperar.

La obligación de derivar además nos coloca frente a los denunciados abusos de la llamada ‘medicina de los deseos’, en la cual el médico sería considerado como un simple objeto o máquina del sistema de salud, que pondría sus servicios a disposición de un usuario que desconoce o no acepta la ética del profesional y su conciencia¹⁶. En tal caso, en la cooperación del médico se estaría buscando su total desentendimiento de la responsabilidad ética de la medicina, dejando la responsabilidad de los actos que lleva a cabo a quien se lo solicita, o también delegando al Estado el decidir qué actos se pueden lícitamente realizar y cuáles, por el contrario, sería ilícito oponerse.¹⁷

Frente a la obligación del objetor de derivar a otro médico o institución para que realice el aborto, hace tiempo que la doctrina médica¹⁸ ha analizado las razones por las que tal obligación implicaría una contradicción con el derecho a la objeción de conciencia, es

16 Kubala refiere que este modo de entender el ejercicio de la medicina tiene más que ver con un modelo contractualista en el que “la medicina viene considerada in questo modo come un prodotto da mercanteggiare e la relazione tra medico e paziente viene limitata ad un semplice riferimento venditore-cliente. Il medico diventa un venditore di servizi secondo il criterio economico. L'autonomia della coscienza di un medico viene limitata o eliminata, quando la legge statale, giustificandosi con il principio dell'autonomia del paziente, impone al medico una condotta contrastante con la sua coscienza. Ecco che la volontà del paziente diventa così l'argomento decisivo. A questo punto si pone la domanda se gli operatori sanitari possano essere considerati semplicemente come esecutori delle scelte altrui”, Kubala, M. T. 2013.

17 En este sentido Melina se pregunta: “¿bajo qué condiciones es posible una ‘participación’ auténtica, en la que se evite la abdicación de la responsabilidad del individuo y la consiguiente complicidad con el mal, y se incremente la persona y el bien común de la sociedad?”, Melina, L. 1997.

18 Una adecuada síntesis del planteo del problema puede verse en Kaunitz, A. M., Barbieri, R. L., Darney, P. D., Edelman, A., Espey, E. y Shulman, L. P. (2009). Ethics and referral for abortion. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, 200(6), e9.

decir, generaría una contradicción entre el derecho que se pretende proteger y la obligación contraria a ese derecho que se pretende conculcar.

Podríamos agrupar los diferentes argumentos en dos grandes tendencias. En primer lugar, aquellos que consideran la absoluta incompatibilidad entre el derecho del objetor y la obligación de derivar con fundamento en la cuestión moral sobre la colaboración con el mal. En segundo lugar, los que consideran que sólo cabría la posibilidad de una derivación 'indirecta' para que pueda respetarse el derecho del objetor, basándose en la distinción entre principio de beneficencia y principio de autonomía de la voluntad del paciente y nunca la obligatoriedad de una derivación 'directa'. Veamos el desarrollo argumental de cada postura.

3. La cuestión moral sobre la colaboración con el mal

Una verdad que no debe dejarse de lado a la hora de comprender la actitud del objetor de conciencia frente a un mandato legal es la real dimensión que posee en el juicio de conciencia del objetor el tener que realizar una conducta que considera moralmente mala, sea por principios éticos o por creencias religiosas.

Cuando un objetor de conciencia ha realizado en el discernimiento de su interioridad una valoración negativa sobre una conducta, no hay amenaza de castigo o sanción que lo pueda hacer temer. Importante es comprender que la inmoralidad de la conducta del aborto es valorada por el objetor como un mal mayor, al considerar que se impide el nacimiento de una vida humana que ya existe en el seno materno, que además es inocente y vulnerable¹⁹. De allí que

19 Un estudio de campo realizado con entrevistas a médicos objetores, denota la valoración negativa sobre la obligación de derivar al considerarla que no protege la integridad moral del profesional la cual es percibida como vital, ver Nordberg, E. M. K., Skirbekk, H., & Magelssen, M. (2014). Conscientious objection to referrals for abortion: pragmatic solution or threat to women's rights? *BMC Medical Ethics*, 15(1), 1-9. Sobre

toda conducta que se perciba como de ayuda o colaboración con ese acto es también concebida como un mal grave en el que el objetor percibe que está participando.²⁰

Como ha señalado Melina “para iluminar esta difícil cuestión moral es necesario tener en cuenta los principios generales sobre la cooperación en acciones moralmente malas”.²¹ Esta cooperación se produce cuando la acción realizada, o por su misma naturaleza o por la configuración que asume en un contexto concreto, se califica por el objetor como colaboración directa en un acto contra la vida humana inocente o como participación en la intención inmoral del agente principal.

De este modo, si se obliga al objetor a realizar una acción intrínsecamente incompatible con su conciencia y, al mismo tiempo, contra su libertad, cuyo sentido y fin auténticos residen en su orientación a la verdad y al bien, su dignidad quedaría radicalmente comprometida. En este sentido, la posibilidad de rechazar la participación en la fase consultiva, preparatoria y ejecutiva de semejantes actos contra la vida debería asegurarse a los médicos, a los agentes sanitarios y a los responsables de las instituciones hospitalarias.

Por las mismas razones, quien recurre a la objeción de conciencia debería estar a salvo no sólo de sanciones penales, sino también de cualquier daño en el plano legal, disciplinar, económico y profe-

el argumento de la integridad moral del médico ver: Finegan, T. (2019). Conscientious objection to referrals. *Journal of medical ethics*, 45(4), 277-279, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30242077/>

20 “El deber de objeción de conciencia surge siempre que la solicitud de la ley civil contradice las exigencias prioritarias e inviolables de la conciencia, como ocurre en el caso del aborto legalizado. El gran valor de la vida humana, que aquí está en juego, hace de este deber una grave obligación moral, que tiene sus raíces en la ley escrita en el corazón de todo hombre”, Melina, L. 1997.

21 *Ibidem*, p. 467. Según Melina el problema de la cooperación en acciones moralmente malas “adquiere una urgencia y una complejidad nuevas respecto al pasado, por el contexto social pluralista en el cual el cristiano tiene que actuar”, p. 468.

sional dado que “tales situaciones provocan difíciles conflictos de conciencia”.²²

Ahora bien, una vez delimitada la conceptualización de ‘colaboración con el mal’, la doctrina distingue varias clases de colaboración, teniendo cada una su propia valoración moral. En tal sentido, las distinciones más desarrolladas por la doctrina serían la cooperación formal-material, inmediata-mediata, próxima-remota y necesaria-no necesaria.

3.1 La colaboración formal y material: su aplicación a la obligación de derivar

Una primera distinción fundamental y decisiva es la de cooperación formal y material: la formal se configura en base al concurso en la mala voluntad que se verifica cuando quien coopera coincide con la intención éticamente negativa del agente principal²³. Este concurso puede darse no sólo por la explícita participación subjetiva en la intención del agente principal sino también cuando el objeto moral del acto de cooperación no tiene otra finalidad intrínseca que no sea contribuir al mal querido por el agente principal. Es por tanto cooperación formal aquella que incluye necesariamente el consentimiento

22 Ibidem, p. 469.

23 “Surge una pregunta fundamental cuando queda claro que la persona no puede cumplir con tal solicitud: ¿qué se puede hacer si el paciente, un empleador o supervisor, o la ley insiste en una derivación a otro proveedor que realizará el procedimiento? El Centro Nacional Católico de Bioética recibe regularmente solicitudes de consulta sobre estos casos desafiantes, que requieren la comprensión y aplicación de los principios morales que rigen la cooperación con el mal. Estos principios pueden ser muy complejos y difíciles de aplicar, pero para este tipo de casos la distinción fundamental es entre cooperación ‘formal’, que siempre es inmoral porque el cooperador quiere implícita o explícitamente la mala acción del otro, y cooperación *material*, en la que el cooperador no quiere la mala acción del otro”, National Catholic Bioethics Center. 2015.

de la voluntad en el acto ajeno. Tal cooperación nunca podría ser considerada lícita por el objetor de conciencia.

En la cooperación material, por el contrario, el mal cometido por el agente principal puede ser llamado un abuso y sería verdaderamente un efecto colateral, quizá previsto, pero ciertamente no querido, situado más allá de las intenciones de quien coopera. En la cooperación material, cuando pueda distinguirse la intención de quien coopera de la de quien quiere el mal, sería posible establecer condiciones y límites de aceptación moral.²⁴

Respecto a estas dos clases de colaboraciones podríamos preguntarnos si la acción de derivar que realizaría el objetor encuadraría en una colaboración formal o material, discernimiento que implicaría distinguir entre el objetor que dice ‘yo no realizo el aborto, pero no tengo inconveniente en que otro lo realice’ y el que dice ‘yo no realizo el aborto y, al mismo tiempo, sufro por su realización en manos de otro colega’. En el primer caso, ¿se estaría compartiendo la intención del que ejecuta el aborto y en el segundo caso, no?

Al respecto resulta ilustrativa la valoración realizada por el Centro Nacional Católico de Bioética de Filadelfia quien ha expresado que “cualquier forma de remisión constituye una cooperación formal y, por lo tanto, sería inmoral. Una ‘remisión’ en términos morales es cuando la persona que se niega a realizar el procedimiento inmoral dirige a la persona solicitante a otra persona o institución *porque se sabe o se cree que la otra persona o institución está dispuesta a realizar el procedimiento inmoral en cuestión*. Incluso si la persona que objeta no ordena explícitamente a la persona solicitante que actúe, la provisión de información *porque se sabe o se cree que permite a la otra persona recibir el procedimiento inmoral*, equivale a una remisión en términos morales. El objetor implícitamente desea que el

24 En tal sentido se ha señalado que “la cooperación material simplemente significa que, aunque no compartimos la intención del que obra mal, estamos involucrados en el asunto o en la realización real de la acción. Por tanto, la distinción entre formal y material pregunta si pretendemos, deseamos o aprobamos la actividad incorrecta. Si lo hacemos, también participamos de la conducta mala”, Keenan, J. F., y Kopfensteiner, T. R. 1995.

solicitante realice el acto maligno. Esto incluiría una acción como proporcionar una lista de proveedores cercanos que se sabe o se cree que ofrecen el procedimiento inmoral”²⁵. Respecto a esta valoración se ha mencionado la existencia de una cooperación formal ‘implícita’ que implicaría entonces calificar a toda remisión o derivación como intrínsecamente inmoral.²⁶

3.2 *La distinción entre colaboración mediata e inmediata y la necesaria/no necesaria*

Luego encontramos la distinción entre cooperación inmediata, que es la que se verifica cuando no hay solución de continuidad entre el actuar principal y el actuar de quien colabora; y la cooperación mediata, cuando, al contrario, se puede advertir una separación y una ulterior decisión. Mientras en la distinción entre cooperación formal y material se tiene en cuenta la intención del objeto que deriva, en esta segunda distinción se tiene en cuenta el ‘objeto’ y la pregunta que se hace es si conduce directamente al aborto o no.²⁷

En el mismo sentido, Sgreccia habla de la cooperación inmediata como aquella en la que “la acción del cooperador constituye una unidad operativa con la acción del agente principal”; en la mediata, en cambio, “entre la acción del agente principal y la del agente cooperador hay un hiato que puede permitir una orientación múltiple en la actividad del agente principal, y no un desenlace único e inevitable”.²⁸ Algunos llaman a esta distinción entre cooperación próxima o cooperación remota, las cuales se refieren a la distancia entre la acción de quien colabora y la acción del agente principal.

Respecto a estas distinciones, podríamos preguntarnos si sería lo mismo una derivación en términos amplios, indicando a la mujer

25 National Catholic Bioethics Center. 2015.

26 Ver Keenan, J. F., y Kopfensteiner, T. R. 1995.

27 “Para distinguir entre las dos actividades, consideramos lo que la tradición llama el ‘objeto’ de la actividad”, *Ibidem*.

28 Sgreccia, E. 2011, p. 362. La traducción es nuestra.

que averigüe por ejemplo en su obra social qué médicos realizan abortos que una derivación específica indicando el objetor exactamente a qué profesional dirigirse o incluso contactando al mismo solicitando la atención.

Por último, una distinción que adquiere mucha relevancia en el tema de la derivación en el aborto es la que diferencia entre cooperación necesaria y cooperación no necesaria, la cual se refiere a la mayor o menor necesidad de la acción de colaboración con los fines de la ejecución del acto moralmente negativo.²⁹

4. La distinción entre derivación directa e indirecta: el principio de beneficencia y el de autonomía de la voluntad en bioética

Como ha señalado un agudo estudio sobre este tema³⁰, cuando en 2007 el Comité Ético del Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos (ACOG) en el documento “Los límites de la negativa consciente al aborto en medicina reproductiva” afirmó que los profesionales tienen una obligación ética de proporcionar información “precisa e imparcial” y de “remitir a otros profesionales a tiempo”,³¹ la Asociación Americana de Ginecólogos y Obstetras Pro Vida sostuvo en su respuesta a esta opinión que “la idea de que los profesionales estén obligados a proporcionar o remitir para servicios de aborto

29 Un estudio muy interesante que se realizó encuestando a médicos objetores en Noruega y la problemática de la derivación, relata que muchos médicos señalaron que una declaración escrita por el objetor en la que se indique que la paciente estaba embarazada, sería una alternativa moralmente lícita en lugar de una nota de derivación ya que la paciente luego podría llevar esta declaración al ginecológico de su obra social u hospital. De este modo se respetaría la necesidad del médico objetor de no contribuir en el proceso de aborto de una manera moralmente problemática. Nordberg, E. M. K. Skirbekk, H., & Magelssen, M. 2014.

30 Chervenak, F. A., & McCullough, L. B. 2008.

31 American College of Obstetricians and Gynecologists. Committee on Ethics. 2007.

provocado sobre la base de ‘un pedido de la paciente’ es antiético en la práctica de la medicina moderna”.³²

Frente a esta obligatoriedad, la doctrina médica de ginecólogos en Estados Unidos realizó un análisis pormenorizado que le permitió distinguir dos clases de derivaciones: la directa y la indirecta con el objetivo de encontrar una forma de adecuación más real para los médicos objetores al aborto. Veamos en qué consiste este desarrollo argumental.

En el lenguaje de la ética médica, la remisión a otro profesional puede basarse en dos principios: el de beneficencia o el de autonomía. El principio de beneficencia que bajo la perspectiva clínica busca procurar la salud del paciente, crea en el médico la obligación de actuar de modo tal que procure un beneficio saludable. En base a este principio, si el médico no pudiese o no fuese competente para ayudar a curar al enfermo, tiene la obligación de remitir o derivar de modo ‘directo’ al paciente a otro profesional.³³ En este tipo de derivación prima la urgencia del tiempo y forma por existir un riesgo en la salud. Por ejemplo, un obstetra sospecha que hay una apendicitis en una paciente embarazada. Como fiduciario de la paciente, el obstetra tiene la obligación, basada en su beneficio, de cuidar que esta paciente reciba urgente atención quirúrgica, obligación que se cumple asegurándose que un cirujano realmente atienda a la paciente con urgencia.³⁴

32 American Association of Pro-Life Obstetricians and Gynecologists. 2008.

33 “Como fiduciario del paciente, cada médico tiene una obligación basada en beneficio, de cuidar que cada paciente reciba los servicios terapéuticos y de diagnóstico que sean necesarios en un juicio clínico basado en evidencia. En la práctica, esta obligación basada en beneficio se implementa en 1 o 2 formas. El profesional es competente y desea realizar el servicio en cuestión y lo ofrece o recomienda al paciente. La otra alternativa es que el médico no es competente o no desea realizar el servicio en cuestión y hace la remisión a otro profesional”, Frank, A., Chervenak, F. A., & McCullough, L. B. 2008.

34 *Ibidem*.

En cambio, el principio de autonomía de la voluntad que se basa en una decisión puramente subjetiva dado que no nos encontramos frente a un problema real de salud, traslada la mirada al consentimiento informado del paciente. El respeto por la autonomía requeriría entonces sólo remisión 'indirecta' de los pacientes para la intervención que tiene sólo indicaciones basadas en la autonomía.

A veces, los pacientes solicitan intervenciones médicas que no se fundamentan en un beneficio de salud, sino que tienen sólo indicaciones basadas en la autonomía. Este es el caso por definición de los procedimientos cosméticos para mejorar la apariencia estética. Las indicaciones para la terminación del embarazo en una mujer sana sólo están basadas en la autonomía, dado que el embarazo no constituye *per se* un problema de salud que justifique el principio de beneficencia.

Surge una cuestión crucial: ¿cuál es la responsabilidad del profesional respecto a la derivación para intervención médica que sólo tiene indicaciones basadas en la autonomía? Porque la razón para la remisión de la paciente se basa sólo en objetivos y razones personales de la paciente y no en razones médicas, no hay pues obligación ética para asegurar que la derivación tenga lugar. Por definición, el ejercicio de la autonomía en respuesta a la derivación indirecta para el aborto es exclusivo de la responsabilidad y libertad de la mujer embarazada.

Por último, sólo cabe preguntarnos si el principio de autonomía de la voluntad puede sostenerse en caso de que la decisión de la mujer implique terminar con la vida de otro ser humano. Aquí estamos en una decisión que no podría analogarse a un tratamiento estético que, aunque no se basa en el principio de beneficencia, el riesgo del tratamiento sólo repercute en la misma mujer que lo solicita. En este sentido, incluso la derivación indirecta no sólo sería posible sino incluso adolecería de reproches morales.³⁵

35 Un estudio muy valioso sobre esta cuestión puede verse en: Fink, L. R., Stanhope, K. K., Rochat, R. W., & Bernal, O. A. (2016). "The fetus is my patient, too": attitudes toward

5. Conclusiones

De acuerdo con el recorrido realizado en el texto podríamos resumir las ideas principales en las siguientes conclusiones:

- a) La obligación de derivar impuesta al objetor de conciencia no es uniforme en el derecho comparado, estando ausente en la mayoría de las legislaciones nacionales;
- b) la acción de derivar puede encuadrarse desde el punto de vista ético en la denominada ‘cooperación con el mal’. Esta cooperación admite modos que permiten orientar al objetor en el discernimiento de su conciencia: formal o material, directa o indirecta, mediata o inmediata, remota o próxima, necesaria o no necesaria;
- c) en el caso de la exigencia de la derivación directa inmediata, la incompatibilidad con la garantía del derecho a la objeción de conciencia es evidente, y
- d) podríamos entonces considerar que, si la ley 27.610 fuese interpretada en tal sentido, su inconstitucionalidad sería posible dado que el derecho a la objeción de conciencia posee fundamento constitucional y convencional.³⁶

Referencias

American Association of Pro-Life Obstetricians and Gynecologists (2008). AAPLOG response to the ACOG Ethics Committee opinion #385: “The limits of conscientious refusal in reproductive medicine”. Disponible en <http://www.aaplog.org/responsetoacogethicscommittee385.htm>

abortion and referral among physician conscientious objectors in Bogotá, Colombia. *International perspectives on sexual and reproductive health*, 42(2), pp. 71-80.

36 Sambrizzi, E. A. (2021), “La objeción de conciencia en la ley 27.610”, *La Ley*, en AR/DOC/617/2021.

- American College of Obstetricians and Gynecologists. Committee on Ethics (2007). Committee opinion number 385, "The limits of conscientious refusal in reproductive medicine", *Obstet Gynecol* 2007; 110:1203-8.
- Chervenak, F. A., & McCullough, L. B. (2008). The ethics of direct and indirect referral for termination of pregnancy. *American journal of obstetrics and gynecology*, 199(3), 232-e1.
- Didier, M. M. (2015). El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación. *Dikaion, Universidad de La Sabana*, 24(2), 253-281.
- Frank, A., Chervenak, F. A., & McCullough, L. B. (2008). The ethics of direct and indirect referral for termination of pregnancy. *American journal of obstetrics and gynecology*, 199(3), 232-e1.
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada. Tomo I (4ed.)*. Buenos Aires: Reuters.
- Keenan, J. F., y Kopfensteiner, T. R. (1995). The Principle of Cooperation: Theologians Explain Material and Formal Cooperation. *Health Progress*, 76(3), 23-27.
- Kubala, M. T. (2013). *Obiezione di coscienza e rivendicazione abortista in Europa [Tesis de doctorado no publicada]*. Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Facultad de Derecho Canónico.
- Londoño Lázaro, M. C. y Acosta López, J. I. (2016). La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 9, 233-272.
- Melina, L. (1997). *La cooperación en acciones moralmente malas contra la vida humana*. Lucas, Ramón, *Comentario interdisciplinar a la Evangelium Vitae*, Madrid, España: BAC, 466-490.
- National Catholic Bioethics Center (2015), "Transfer of care vs. referral: a crucial moral distinction", <http://www.ncbcenter.org/resources/news/transfer-care-vs-referral-crucial-moral-distinction/>
- Nordberg, E. M. K., Skirbekk, H., & Magelssen, M. (2014). Conscientious objection to referrals for abortion: pragmatic solution or threat to women's rights?. *BMC Medical Ethics*, 15(1), 1-9.
- Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, "The Care of Women Requesting Induced Abortion. Evidence-based Clinical Guideline

Number 7", November 2011, disponible en https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/abortion-guideline_web_1.pdf.
Sambrizzi, E. A. (2021), "La objeción de conciencia en la ley 27.610", La Ley, en AR/DOC/617/2021.
Sgreccia, E. (2011), *Manuale di Bioetica, Vita e Pensiero*, vol. 1, Roma.

**MEJORA ESPECIAL PARA EL HEREDERO DISCAPACITADO
Y LA LEGÍTIMA HEREDITARIA.
LAS TAREAS PENDIENTES EN EL DERECHO
SPECIAL IMPROVEMENT FOR THE DISABLED HEIR
AND THE LEGITIMATE HEREDITARY.
THE PENDING TASKS IN THE LAW.**

Esteban Matías Gutiérrez Dalla Fontana¹

Resumen

El legislador del Código Civil y Comercial ha incorporado normas que atienden a las personas discapacitadas y que se pueden encontrar en situación de vulnerabilidad. En esa senda ha regulado, con fundamento en la solidaridad familiar, instituciones que observan la tan renombrada constitucionalización del derecho privado, para que en el marco del diálogo de fuentes normativas se tutele y proteja a aquellos que por una u otra situación se encuentran en desventaja con relación al resto de los seres humanos. Así ha regulado la mejora especial en el artículo 2448 como excepción legal a la inviolabilidad de la legítima hereditaria. El presente artículo tiene por objeto destacar lo acertado de la previsión, así como formular una serena crítica y remarcar las tareas pendientes del derecho en este aspecto, como las uniones asistenciales, las cuales redundarán en el bien de sus integrantes y en consecuencia en el bien común de la sociedad, en la cual se incardinan.

1 Doctor en Ciencia Jurídica (UCSF); Docente de grado y posgrado de la Universidad Católica de Santa Fe, de la Universidad Nacional del Litoral, de la Universidad Abierta Interamericana; estebangdf@gmail.com.

Palabras clave

Legítima; Discapacidad; Mejora especial; Uniones asistenciales; Solidaridad; Bien común.

Abstract

The legislator of the Civil and Commercial Code has incorporated norms that attend to disable people and who may be in a vulnerable situation. In this path, it has regulated, based on family solidarity, institutions that observe the so renowned constitutionalization of private law, so that within the framework of the dialogue of normative sources, those who, due to one situation or another, are at a disadvantage are protected and protected. in relation to the rest of the human beings. Thus it has regulated the special improvement in article 2448 as a legal exception to the inviolability of the legitimate hereditary. The purpose of this article is to highlight the correctness of the forecast, as well as to formulate a calm criticism and highlight the pending tasks of the law in this regard, such as welfare unions, which will redound to the good of its members and consequently to the good common of the society, in which they are embedded.

Keywords

Legitimate; Disability; Special upgrade; Welfare unions; Solidarity; Common Benefit.

1. Introducción

Para introducirnos en el tema de la mejora especial prevista por el Código Civil y Comercial en el art. 2448, corresponde expresar que a partir de la sanción de la ley 26.378 que aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/ 61/106, el día 13 de diciembre de 2006), la República Argentina se impuso el compromiso social e internacional de respetar y adoptar las medidas necesarias para colocar a las personas con discapaci-

cidad en un plano de equidad o igualdad con el resto de la sociedad (Santiso, 2017).

En efecto, el art. 1° de la Convención dispuso que: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Es de destacar, una nueva mirada sobre la familia, sobre las normas sucesorias y la solidaridad familiar que impulsieron una mutación en la observancia de los problemas y de las resoluciones que debían encontrarse para tutelar a los discapacitados, dado que en materia sucesoria resulta indispensable equilibrar la autonomía de la voluntad, con el orden público, aunado al principio de fortalecimiento y protección de la familia.

Sostiene la doctrina que la familia es una institución social (Santiso, 2017) y que, constituye una de las finalidades esenciales del Estado, promover el desarrollo de la personalidad de sus integrantes, siendo en el ámbito familiar, donde el elemento económico -patrimonio familiar, debe estar destinado a satisfacer los fines del grupo y las necesidades de sus integrantes.

Por lo tanto, vemos con satisfacción, una subordinación del patrimonio familiar a la atención de los primordiales y sustanciales intereses familiares, entre ellos los de las personas con discapacidad.

Así, se constituye un deber irrenunciable, asegurar a las personas con discapacidad el pleno goce de sus libertades fundamentales y su participación plena y efectiva en la sociedad, reconociendo la importancia que para ellas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones (Córdoba, 2011-B) (Orlandi, 2013).

Consideramos que ha sido una sabia decisión del legislador argentino avanzar hacia la protección del discapacitado (Santiso, 2017).

2. Mejora especial para el heredero discapacitado

El art. 2448 CCC establece que: *“El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.*

La norma encuentra sus fuentes en el derecho cubano, español y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Córdoba, Mejora a favor del heredero con discapacidad en la Argentina, 2019).

Constituye ella el resultado de la incesante tendencia hacia una mayor solidaridad en el derecho civil fundada en la *pietas familiae* del derecho romano, que tuvo expresión en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) (Ferrer, 2016) (Ferrer F. A., 2015-B) (XXII, 2009), en las que se propuso la creación de normas a favor de las personas discapacitadas y la flexibilización de la legítima, plasmándose en el proyecto presentado por los Dres. Marcos Córdoba y Úrsula Basset que, finalmente se convirtió – con modificaciones – en la disposición que hoy rige (Córdoba, Derecho Sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados, 2011-B) (Pérez Gallardo, 2015).

Como se observa, la tutela abarca solo a descendientes y ascendientes del causante, lo que mereció la unánime crítica de la doctrina autoral, pues omitió al cónyuge supérstite (Ferrer F. A., 2016).

Además, no previó tampoco al heredero que sacrificó su capacidad laboral (productiva o profesional) para atender al causante.

Se afirma que *“Resulta necesario señalar que la institución propuesta por el profesor Córdoba es más amplia que la receptada en el Ante proyecto por cuanto la misma no solo propone la mejora para el heredero discapacitado, sino también establece una mejora a favor de aquellos herederos que se dedicaron al cuidado y asistencia del causante y que, como consecuencia*

de ello, no pudieron lograr su propio desarrollo económico, supuesto éste no contemplado en el anteproyecto. Es por ello que no parece justificado y resulta disvalioso que no se haya incluido en el anteproyecto tal situación... En el ámbito del derecho sucesorio, la institución sucesoria por causa de muerte, en cualquiera de sus conceptos, responde a principios de asistencia, es decir, prestación de socorro, favor o ayuda...” (Córdoba, Mejora a favor del heredero con discapacidad en la Argentina, 2019).

3. Mejora especial y legítima

La legítima hereditaria, es un derecho de sucesión que la ley atribuye a ciertos familiares próximos -herederos legítimos legitimarios, limitado a determinada porción del patrimonio del causante, del cual no pueden ser privados, excepto por causa de indignidad (FERRER F. A., 2016).

OVSEJEVICH define la legítima como el “...*derecho de ciertos parientes próximos – denominados legitimarios – sobre una determinada porción del patrimonio del causante a cubierto frente a las disposiciones liberales de este...”* (OVSEJEVICH, 1979).

Se trata de un derecho protegido por la ley, que establece determinados porcentajes de acuerdo a qué legitimario concorra.

Las porciones que corresponden a cada heredero legítimo legitimario son diferentes, pues a los descendientes corresponden 2/3 (dos tercios), mientras que a los ascendientes y cónyuge 1/2 (un medio), conforme lo ha establecido el legislador (art. 2445 CCC).

Así el nuevo Código ha venido a reducir las porciones mayores que regulaba el Código Civil derogado, de 4/5 para los descendientes y 2/3 para los ascendientes, conservando inalterada la del cónyuge y eliminando la de la nuera viuda y yerno viudo, sin hijos (García de Solavagione, 2008).

Son características la irrenunciabilidad y la inviolabilidad (Calatayud, 1933). Además, cabe agregar que las normas que la regulan son de orden público.

En referencia a la primera característica diremos que, como no se puede renunciar a la herencia futura (art. 1010 primer párrafo CCC), tampoco se lo puede hacer respecto a la porción legítima, cuando la sucesión aún no ha sido abierta (art. 2449 CCC) (Zannoni, 2008).

El régimen legal es de orden público (Orlandi, La legítima y sus modos de protección - Análisis doctrinario y jurisprudencial en la dinámica del proceso sucesorio, 2010) (García de Saín, 2014).

Pérez Llana afirma que el orden público “...es la protección inviolable que el Estado dispensa a un ordenamiento jurídico para asegurar su integral vigencia en vista de una particular apreciación del bien común, la seguridad y la justicia” (PEREZ LLANA, 1956).

De ello surge que no puede ser dejado sin efecto por voluntad de los pactantes o del testador, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Siendo el sistema legal adoptado por nuestra legislación actual de orden público, se impone una observancia y una protección de la porción legítima, pues la ley quiere que todos los herederos legítimos legitimarios mantengan el porcentaje correspondiente (Calatayud, 1933).

La principal nota distintiva entonces es la existencia de límites (Fernández Sessarego, 1995).

Se limita la autonomía de la voluntad de una persona para disponer en forma gratuita de sus bienes cuando existan legitimarios, para los cuales debe preservar parte del patrimonio (Dugutt, 1920).

Respecto de la inviolabilidad, diremos que la legítima es intangible pues no se puede tocar, afectar, limitar, ni gravar y si se lo hace, se lo tiene por no escrito, conforme el art. 2447 del CCC.

Sin embargo, vemos en la mejora prevista en el art. 2448 del CCC una excepción legal a esta característica de inviolabilidad.

En virtud de la decisión legislativa, se afecta legalmente la porción legítima global, en la proporción asignada por el art. 2448 CCC, es decir en un tercio con más la porción disponible.

Se trata de un tercio con más la porción disponible, pues es lo que el causante podrá otorgar, en concepto de mejora al heredero, en las condiciones descriptas en la norma (Medina, 2017) (Santiso, 2017)

(Pérez Gallardo, Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial) (Merlo, 2012).

En efecto, de la lectura de la norma surge que la mejora está compuesta no solo por el tercio que se detrae de la porción legítima, sino también por la porción disponible. A tal tercio, se suma la porción disponible, dado que la norma dice que el causante *“puede disponer, por el medio que estime conveniente, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas”* (Orlandi, Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad, 2013) (Cobas Cobiella, 2017) (Pérez Gallardo, Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial) (Gilardoni, 2018).

Nos dice Córdoba que deben analizarse los motivos de la existencia de la norma del art. 2448 CCC, dado que la finalidad del sacrificio de unos (herederos forzosos) en beneficio de aquel que padece una discapacidad, no puede tener por destino que un tercero ajeno se beneficie con la porción disponible, a costa de todos los herederos, pues estaría haciendo una sustitución. Por ejemplo: Una persona podría establecer la mejora especial y legar la porción disponible a una persona física o jurídica, a su amante, etc., lo cual a la luz de los arts. 1 y 2 del CCC, a pesar de ser legal, no es justo ni razonable.

El sacrificio impuesto -como excepción a su vez a la intangibilidad de la legítima hereditaria- tiene por fin proteger la familia, no beneficiar a un tercero. De otra forma se iría en contra del fundamento de la legítima hereditaria, que es evitar el conflicto familiar.

Si bien, como sostienen Medina y Pérez Gallardo -dado que a su entender la mejora solo se reduce al tercio y no a la porción disponible-, esto permitiría un mayor poder de disposición por parte del testador, ello va en contradicción con el fin de la norma y el análisis que se debe hacer de la misma, no en forma aislada, sino como parte de todo el plexo normativo desde una visión constitucionalizada.

Por último, debemos interpretar el artículo tal como está redactado, desde el punto de vista gramatical, pues la norma dice *“además”*,

lo que significa “*esto, más lo otro*”, lo cual comprende el tercio más la porción disponible.

Esta disposición impone insoslayablemente una relectura de la legítima hereditaria desde una finalidad más equitativa y más justa con aquellos que se encuentran en la situación descrita en la norma del art. 2448 CCC.

Así, se desprende que, la legítima hereditaria afirmada en la solidaridad familiar, con fundamento en la *pietas familia* del derecho romano, al decir de Marcos Córdoba, impone la obligación de proteger y ser consecuentemente piadoso con los parientes más cercanos, es decir, con aquellos que acompañan al causante durante su vida, poniéndose en el lugar del otro en la relación jurídica y reconociendo la calidad coexistencial de la persona humana (Fernández Sessarego, 1995) (Royo Martínez, 1951).

Esta mejora especial para el heredero discapacitado, constituye una aleación prudente entre los principios en pugna de libertad de testar, autonomía de la voluntad y legítima hereditaria, de forma tal que permite al causante proteger a aquel heredero que reúne las condiciones establecidas en la norma del art. 2448 CCC, dado que el discapacitado o minusválido no debe tener igual tratamiento que quien goza de sus aptitudes en plenitud, pues el tratamiento igual para los desiguales genera desigualdad ante la ley (Córdoba, Utilidad social de la sucesión - Asistencia - Mejora específica, 2010).

Existe, una visión y una percepción de los derechos de las personas humanas a nivel internacional que impone una relectura y una valoración de aquellas que tienen capacidades diferentes, de modo que puedan superar los obstáculos y diferencias con las que no las tienen (Córdoba, Derecho Sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados, 2011-B).

Los sujetos tutelados encuentran protección a sus derechos, principalmente en las normas supremas de los distintos países (Zaccaria, 2008), lo cual se ve claramente reforzado por la Convención ya citada.

Al respecto, nuestra Constitución Nacional contiene las normas del art. 14 bis (protección integral de la familia), art. 75 inc. 22 (in-

corporación de los Tratados de Derechos Humanos) y, en particular, el art. 75 inc. 23 que establece: *Corresponde al Congreso: ... inc. 23: 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 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.*

Entonces observamos que las prescripciones constitucionales, a su vez, se desgranar en normas legales que orgánicamente regulan e instrumentan los derechos atribuidos a estos sujetos.

4. Tareas pendientes

El loable objetivo fijado por la introducción de esta figura en el Código Civil y Comercial y la incesante senda transitada por la doctrina autoral y jurisprudencial en la búsqueda de proteger a las personas que pueden estar en situación de vulnerabilidad, a través de políticas activas, no se arredra, sino que avanza.

En el año 2018 se creó una Comisión (Decreto PEN Nro. 182/18) mediante el cual se propusieron una serie de reformas al Código Civil y Comercial.

Dicha comisión conformada por notables juristas -Diego Botana, Daniel Pizarro y Julio C. Rivera-, receptó las críticas y sugerencias formuladas por la doctrina autoral, pues las obras humanas no son perfectas, sino perfectibles y sujetas a permanentes y respetuosas observaciones.

Allí se propuso, la sustitución del actual texto del artículo 2448 por el siguiente: *“El causante puede disponer por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor del heredero forzoso que haya renunciado a sus capacidades productivas o profesionales para dedicarse a la asistencia del causante y/o a los descendientes, ascendientes o*

cónyuge con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. El causante puede testar la porción disponible a un tercero y beneficiar en la mejora estricta al legitimario discapacitado o cuidador, sin que ello haga caer la disposición testamentaria”.

Observamos que se introduce la figura del cónyuge discapacitado como beneficiario de esta mejora estricta, así como también de aquel heredero forzoso que, sin ser discapacitado, haya renunciado a sus capacidades productivas o profesionales para asistir al causante.

Ambos a la fecha carecen de adecuada protección apoyándose la norma proyectada, decididamente en la solidaridad familiar (García de Sain, 2014).

Respecto de estos últimos, existe una marcada tendencia hacia la creación de normas que tutelen, protejan y cuiden a estas personas que sacrifican su vida, su capacidad laboral, profesional, etcétera a favor de otras, brindándoles atención, cuidado, socorro, asistencia, todo fundado en la solidaridad, como savia bienhechora, al decir de Marcos Córdoba (Córdoba, La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el Derecho argentino, 2016-II).

En tal sentido, fue presentado un proyecto de ley que tiene como objetivo regular las convivencias asistenciales (Gutiérrez Dalla Fontana, 2021-A), las cuales son definidas como aquellas uniones solidarias, con fines asistenciales entre dos o más personas, basadas en la autonomía de la voluntad.

Se entiende como asistencia, el socorro, la ayuda material o espiritual que se brinda a una persona.

Consideramos que es una deuda del legislador del 2015 regular este tipo de figuras que se basan en la autonomía, la solidaridad y la libertad de las personas.

Entre los considerandos del mencionado proyecto, se afirma que la ley debe proteger a las personas que deciden convivir, sin discriminación alguna. No interesa al derecho si los convivientes se en-

cuentran unidos por atracción sexual, interés meramente asistencial u otros intereses lícitos.

Todas las personas tienen derecho a asociarse con fines lícitos (art. 14 C.N.). El Estado no puede indagar en las motivaciones privadas por las cuales las personas se asocian y se asisten recíprocamente (art. 19 C.N.).

Existe una enorme cantidad de personas que eligen convivir, o necesitan hacerlo para poder asistirse económica y espiritualmente sin que constituyan una pareja. Nuestro Código Civil y Comercial, en la normativa que rige el matrimonio no establece como requisito constitutivo de tal unión, ni la atracción sexual ni el amor romántico. Ese mismo respeto que guardó el legislador argentino, corresponde que sea expresado en las normas aquí propuestas.

Entonces de ello deviene que la mejora especial no solo debe abarcar al heredero y cónyuge discapacitado, fin loable per se, sino también atender a aquellos que sacrifican verdaderamente su vida profesional, laboral y personal para realizar, solidariamente, el bien hacia los demás.

Ello a su vez redundará en un beneficio para la sociedad en general dado que, desde estas pequeñas células, se realiza en la persona de cada uno de los integrantes el bien común que trasunta a la comunidad, lo cual no es un dato menor.

Dice Vigo que *“El bien sumo, que es Dios, es el bien común, porque de Él depende el bien de todas las cosas”* y agrega el autor *“Siendo Dios principio del orden universal, es el último fin de las cosas, bien trascendente o extrínseco de todas ellas, porque siendo Él el bien más común se lo ha llamado comunísimo, pues ejerce su influencia como causa final a todo el universo...”* (Vigo, 2010).

Ella, la causa final es definida por Aristóteles como *“El fin como causa es aquello por lo que algo se hace”* y ocupa el primer lugar en la serie de todas las causas, todas las demás dependen de su ejercicio del fin, éste da la razón de la estructura de la acción y desenvolvimiento, pues *“Dios y la naturaleza no hacen nada en vano”* (Vigo, 2010).

Expresamos que, para llegar al bien común, es necesaria la participación de los seres humanos, cuya inteligencia les permite obrar y

actuar como tales y, ese obrar y actuar los hace direccionar hacia un fin, el bien común político.

Afirma Torres Lacroze que el bien común es para la persona el mejor de los bienes propios y agrega que *“el bien común es un orden de los bienes particulares, que los supone e incluye, pero los reduce a unidad, les da forma en todo, y de esa manera los individuos encuentran su bien propio”* (Torres Lacroze, 1952).

Entonces, podemos aseverar que la consecución del bien común político –mediante la satisfacción del bien particular de cada hombre– constituye el fin de la sociedad política y de las instituciones creadas al efecto, junto con el plexo normativo que articula y direcciona hacia ese objetivo (Torres Lacroze, 1952).

De ello colegimos, que la satisfacción de las necesidades de cada individuo integrante de la célula social conformada por la familia, basada en la autonomía de la voluntad, la solidaridad y el auxilio, deben ser tuteladas, respetadas y atendidas por el legislador.

5. Conclusión

De lo expuesto precedentemente podemos concluir que el legislador ha receptado la tendencia hacia un derecho más humano, enfocado en las personas que se encuentran en desventaja sobre el resto y con una atención hacia los más necesitados.

El derecho así se transforma en uno más justo y más equitativo.

La solidaridad, constituye el fundamento de la legítima hereditaria y, a su vez de la mejora asistencial, que constituye una excepción a la intangibilidad e inviolabilidad de la misma, pues brinda protección y asegura a los integrantes de la familia una tutela especial (Solavagione, 2014).

Resta al legislador, continuar este sendero de decisiones políticas que atiendan a aquellas personas solidarias, solícitas y sacrificadas, para que, como afirma Pérez Gallardo, la solidaridad se transforme en un mega principio informador de todo el Derecho Civil y se erija como un resorte, a nivel de principio, que haga razonable y equitati-

vas las normas, con un sentido más humano y social (Pérez Gallardo, Estudios sobre la legítima asistencial, 2015) (Laje, 2016).

Referencias

- Calatayud, P. (1933). *Sucesiones*. Buenos Aires: Imprenta de Amicis.
- Jornadas Nacionales de Derecho Civil, X. J. (2009). Libro de ponencias Nro. 4. En C. d. Privado. Córdoba: Advocatus.
- Cobas Cobiella, M. E.-d. (2017). La modernización del Derecho de Sucesiones. Algunas propuestas. *Cuestiones de Interés Jurídico*, 27.
- Córdoba, M. M. (2010). Utilidad social de la sucesión - Asistencia - Mejora específica. En L. B. PEREZ GALLARDO, *El derecho de sucesiones en Iberoamérica*, p. 167. Buenos Aires: Zavalía.
- Córdoba, M. M. (2011-B). Derecho Sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados. *La Ley*, 872.
- Córdoba, M. M. (2016-II). La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el derecho argentino. *Jurisprudencia Argentina*.
- Córdoba, M. M. (2019). Mejora a favor del heredero con discapacidad en la Argentina. En L. B. PEREZ GALLARDO, *Hacia un nuevo derecho de sucesiones* (p. 362/364). Bogotá: Ibañez.
- Duguit, L. (1920). *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Madrid: Francisco Beltrán Librería española y extranjera.
- Fernández Sessarego, C. (1995). *Derecho y Persona*. Trujillo: Normas Legales S.A.
- Ferrer, F. A. (2015-B). Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código. *La Ley*.
- Ferrer, F. A. (2016). En J. Alterini, *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado exegético - Tomo XI* (p. 2019). Buenos Aires: La Ley.
- García de Sain, E. B. (2014). La porción legítima. *Revista de derecho de Familia y de las Personas*, 113/114.
- García de Solavagione, A. (2008). *El derecho del yerno viudo en la sucesión de sus suegros*. Córdoba: Advocatus.
- Gilardoni, V. (2018). La mejora al heredero con discapacidad: hacia un cambio de paradigma del derecho sucesorio. *Revista de Derecho de Familia*, 43.

- Gutiérrez Dalla Fontana, E. M. (2021-A). Comentario al proyecto de ley de regulación de las convivencias asistenciales. *La Ley*.
- Laje, A. (2016). El principio general de solidaridad en el derecho argentino. *El Derecho*.
- Medina, G.R. (2017). *Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Merlo, L. M. (2012). La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 4.
- Orlandi, O. (2010). *La legítima y sus modos de protección - Análisis doctrinario y jurisprudencial en la dinámica del proceso sucesorio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Orlandi, O. (2013). Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad. *Revista de Derecho Privado - Infojus*, 197.
- Osvejevich, L. (1979). Legítima. En Omeba, *Enciclopedia Jurídica T. XVIII* (p. 61). Buenos Aires:Driskill.
- Pérez Gallardo, L. B. (2015). *Estudios sobre la legítima asistencial*. Lima: Fondo Editorial Colegio de Notarios de Lima.
- Pérez Gallardo, L. B. (2015). La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 9.
- Pérez Gallardo, L. B. (s.f.). Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. *Academica de Derecho de Córdoba*.
- Pérez Llana, E. A. (1956). La noción de Orden Público en el Derecho Privado Positivo. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNL*, 280.
- Royo Martínez, M. (1951). *Derecho Sucesorio*. Sevilla:Edelce.
- SANTISO, J. A. (2017). La mejora estricta de la legítima de herederos con discapacidad. *Derecho de Familia y de las Personas*, 1.
- Solavagione, J. M. (2014). La legítima hereditaria y el orden público en el régimen del Código Civil. *de Derecho de Familia y de las personas*, 127.

- Torres Lacroze, F. (1952). El bien común en la doctrina tomista. Aplicaciones prácticas. *Universidad* - 26, 161-162.
- Vigo, R. L. (2010). *Las causas del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Zaccaría, A. (2008). *Perfiles del Derecho italiano de sucesiones*. Barcelona: Bosch.
- Zannoni, E. (2008). *Derecho Civil - Derecho de las Sucesiones T. 2*. Buenos Aires: Astrea.

**COMENTARIO SOBRE LA ORDENANZA 12.726
DE LA CIUDAD DE SANTA FE DE LA VERA CRUZ
SOBRE MALNUTRICIÓN INFANTIL APROBADA POR EL CONSEJO
MUNICIPAL EL 3 DE SETIEMBRE DE 2020
COMMENT ON ORDINANCE 12.726 OF THE CITY OF SANTA FE DE
LA VERA CRUZ ON CHILD MALNUTRITION APPROVED BY THE
MUNICIPAL COUNCIL ON SEPTEMBER 3, 2020**

Ana María Bonet¹,
María Eugenia Marichal²,
María Cesleste Nessier³,
Julieta Gijena⁴,
Natalia Romero Mathieu⁵

Resumen

El presente comentario propone un breve análisis interdisciplinar de la Ordenanza n° 12.726 de la Ciudad de Santa Fe, sobre Malnutrición Infantil. Como principales potencialidades de esta regulación municipal, se señalan su abordaje preventivo e interdisciplinario, la referencia a normativa internacional que habilita un enfoque de derechos humanos, y el establecimiento de estrategias de producción de información como punto de partida para el tratamiento jurídico-político de la problemática de la malnutrición infan-

1 Dr. Jur., UCSF-CONICET, abonet@ucsf.edu.ar, Miembro del Comité Editorial de la Revista Pensamiento Jurídico.

2 Dr. Jur., UNL-CONICET, marichal@fcjs.unl.edu.ar

3 M.Sc., UCSF, cnessier@ucsf.edu.ar

4 Lic Nut., UCSF, jgijena@ucsf.edu.ar

5 Lic. Nut., UCSF, nromero@ucsf.edu.ar

til. Se identifican como debilidades cierta desarticulación entre los objetivos y los métodos propuestos para alcanzarlos, la indefinición de los destinatarios, la identificación de principios con marco jurídico, y otras observaciones sobre los procedimientos de implementación y evaluación. Finalmente, se apuntan algunas reflexiones como perspectivas para el tratamiento de esta temática a nivel local.

Palabras clave

Malnutrición infantil, Derecho Humano a la alimentación, Políticas alimentarias, crisis alimentaria.

Abstract

This paper proposes a brief interdisciplinary analysis of Ordinance No. 12,726 of the City of Santa Fe, on Child Malnutrition. The main potentialities of this municipal regulation include its preventive and interdisciplinary approach, the reference to international regulations that enable a human rights approach, and the establishment of information production strategies as a starting point for the legal-political treatment of the problem of child malnutrition. Some disarticulation between the objectives and the methods proposed to achieve them, the lack of definition of the recipients, the identification of principles with a legal framework, and other observations on the implementation and evaluation procedures are identified as weaknesses. Finally, some reflections are pointed out as perspectives for the treatment of this issue at the local level.

Keywords

Child malnutrition, Human Right to food, Food policies, food crisis.

1. Introducción

El 3 de septiembre de 2020 el Honorable Concejo Municipal de la Ciudad de Santa Fe, Argentina, sancionó la Ordenanza n° 12.726 sobre Malnutrición Infantil. La misma se propone establecer “las bases

para la detección, promoción, intervención institucional, investigación y recopilación de experiencias sobre la detección temprana y atención de los casos de malnutrición infantil de la Ciudad” (art. 1).

Programáticamente, la ordenanza se concentra en la implementación de mecanismos de detección de la malnutrición. Concretamente, las medidas que regula refieren a la implementación de evaluaciones antropométricas,⁶ indicando para ello explícitamente el uso del *software* ‘WHO Anthro’. Para su aplicación, establece la conformación de un equipo interdisciplinario en la órbita municipal compuesto por profesionales especializados (art. 7.1) y la constitución de una comisión de trabajo permanente que, además de profesionales, incluya a organizaciones con experiencia, universidades e interesados en general (art. 7.2).

Este trabajo se propone realizar una revisión de los potenciales y debilidades de la ordenanza, a los fines de contribuir con los procedimientos que su implementación amerite. En un primer apartado se presenta el contexto nacional vigente en el que surge la norma. En el segundo apartado se analizan las potencialidades que ofrece la ordenanza, y finalmente se presentan sus debilidades y se apuntan

6 La antropometría es un método de evaluación del estado nutricional que se emplea para poblaciones sanas y enfermas y que refleja la estrecha relación entre la composición corporal y la nutrición (Frisancho, R. (1990) *Anthropometric standards for the assessment of growth and nutritional status*. University of Michigan Press. Ann Arbor, MI. EEUU.). Consiste en utilizar mediciones como el peso y la talla combinadas con la edad, para generar indicadores que describen el estado nutricional y permiten dar un seguimiento al crecimiento y desarrollo en pediatría. Así, valores individuales de indicadores como Peso/Edad, Peso/Talla, Talla/Edad, IMC/Edad, se comparan luego con valores de una población de referencia (Sociedad Argentina de Pediatría [SAP]. (2013). *Guía para la evaluación del crecimiento físico*. 3 ed. Buenos Aires: Argentina). A nivel individual se usa la antropometría para identificar a las personas que necesitan una consideración especial o para evaluar la respuesta de esa persona a una intervención. Cf. OMS. (1995). *El Estado Físico: Uso e Interpretación de la Antropometría*: OMS. Ginebra.

algunas reflexiones como perspectivas para el tratamiento de esta temática a nivel local.

2. Contexto vigente sobre la cuestión alimentaria en Argentina

El problema de la malnutrición infantil se encuentra regulado en Argentina mediante un ensamblaje normativo que articula obligaciones internas e internacionales. En el orden privado interno se reconocen dos fuentes: la responsabilidad parental y el parentesco.⁷ A nivel supranacional, existen tratados internacionales de los derechos humanos que han sido ratificados y generan obligaciones para el Estado en cuanto principal garante de su efectiva realización. En esta categoría encontramos dos subsistemas jurídicos relevantes para esta problemática: el correspondiente al derecho humano a una alimentación adecuada y el de los derechos de niñas y niños.

La responsabilidad estatal respecto de la garantía del acceso a los alimentos proviene del ámbito de los derechos humanos, concretamente del derecho humano a una alimentación adecuada. La principal fuente legal de este derecho es el artículo 11 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) que desdobra el reconocimiento en dos niveles: uno existencial, ligado a evitar el hambre (párr. 2) y un segundo nivel más complejo y dinámico, vinculado a una alimentación adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado (párr. 1).

La regulación del acceso a los alimentos como derecho humano instituye los deberes estatales de respetar, proteger y garantizar.⁸ Según el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano de interpretación y control de aplicación del Pacto- la garantía del derecho humano a la alimentación se despliega en dos aspectos: el deber de facilitar y el deber de realizar -o garantizar,

7 Molina de Juan, Mariel F. 2015.

8 ONU/FAO. 2010, p. 20.

propriadamente dicho.⁹ La obligación de ‘facilitar’ implica generar una situación en la que cada uno pueda alimentarse a sí mismo y a la propia familia.¹⁰ Ello concuerda con la obligación de alimentos del derecho de familia.¹¹ La obligación de realizar este derecho, es complementaria respecto de la primera y aplica sólo en casos especiales, en los que el afectado se encuentra imposibilitado de autosatisfacer su derecho.

Bajo este esquema de garantía y protección de los más vulnerables, entre los que cuentan los niños y niñas, en tanto no se puede suponer la autosatisfacción. Su derecho a la alimentación implica que, en primer lugar, deben ser alimentados por sus familiares -obligados por el deber de alimentos del derecho de familia- y supletoriamente, en caso de imposibilidad -sea porque carezcan de familiares o porque éstos se encuentren imposibilitados, por el Estado. Como la obligación del Estado de entregar alimentos es supletoria, la primera obligación estatal consiste en la promoción y generación de una situación en la que cada uno pueda satisfacer sus necesidades alimentarias. Sólo en caso de imposibilidad, se encuentra obligado a la entrega directa de alimentos o medios para adquirirlos. La imposibilidad puede ser personal o externa. Las personales pueden consistir en limitaciones físicas o mentales. Las externas pueden ser naturales

9 CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999). Observación general 12: Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). United Nations Economic and Social Council, 15.

10 CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999). Observación general 12: Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). United Nations Economic and Social Council., 1, 5; CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (2000). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2000/13, p. 17)

11 Cf. Cullet, P. 2004, p. 8; Haugen, H. M. 2007, p. 17.

como catástrofes ecológicas o sociales, tales como conflictos o levantamientos sociales, así como crisis económicas.¹²

Que la responsabilidad de garantía del Estado respecto de los familiares sea supletoria no implica una morigeración de su obligación. Tal carácter supletorio debe contribuir a encauzar los medios estatales en las formas prioritarias que se otorga a la responsabilidad: como respeto por las fuentes de la alimentación -tanto directas (producción agropecuaria) como indirectas (salario digno), como protector de estas fuentes frente a las amenazas de terceros, y como facilitador -es decir como promotor activo de una situación en la que cada familia pueda alimentar a sus propios niños.

El enfoque de derechos humanos, al focalizar en la obligación estatal, redefine el rol del Estado como partícipe activo de la cuestión alimentaria¹³ acentuando su particular deber para con los más vulnerables, entre quienes deben contar las niñas y los niños.

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) viene a reafirmar y reforzar esta obligación, haciendo hincapié en la particular condición de vulnerabilidad de los niños (ver considerandos). Como parte del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, establece el deber de los Estados de “combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente” (art. 24).

Al ratificar tanto el PDESC como la CDN y otorgarles jerarquía constitucional en la reforma de 1994, Argentina ha incorporado no sólo un enfoque de derechos humanos frente a la problemática de

12 CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999). Observación general 12: Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). United Nations Economic and Social Council, 15.

13 Abramovich, V., & Courtis, C. 2006; Abramovich, V., & Pautassi, L. 2009.

la nutrición infantil, sino también la impronta de la alimentación adecuada como objetivo, en toda su complejidad.

Sin embargo, el abordaje de la malnutrición infantil viene siendo identificado en las políticas públicas argentinas con la problemática del hambre, caracterizándose como una situación de crisis o emergencia que habilita un recorte de las medidas a implementar a un nivel asistencial y coyuntural.¹⁴ De este modo, a menudo se reduce el alcance del derecho humano a la alimentación al primer nivel más básico, como respuesta estatal a las dificultades en la accesibilidad a alimentos.¹⁵ Desde inicios de siglo XXI se incorpora el enfoque de derechos humanos a las políticas alimentarias, centralmente con el dictado del Plan Nacional de Alimentación y Nutrición, instrumentado mediante Ley 25724/02. Sin embargo, en líneas generales, este plan continúa la estructura asistencialista de los que le precedieron.¹⁶ Más recientemente, y aún cuando los programas nacionales

14 Cf. Bonet de Viola, A. M., & Marichal, M. E. 2020, pp. 489-522. Para una descripción más detallada de los programas y la legislación sobre la cuestión alimentaria, ver, entre otros: Abeyá Gilardon, E. O. (2016). Una evaluación crítica de los programas alimentarios en Argentina. *Salud Colectiva*, v. 12, n. 4, pp. 589-604; Aguirre, P. (2005). Estrategias de consumo: Qué comen los argentinos que comen. Ciapp; Aulicino, C., & Díaz Langou, G. (2012). La implementación del Plan Nacional de Seguridad Alimentaria en ámbitos subnacionales (Documento de Trabajo N.º 88). CIPPEC; Borrás, G., & García, J. (2013). Políticas alimentarias en Argentina, derechos y ciudadanía. *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, 39, pp. 111-136; Britos, S., O'Donnell, A., Ugalde, V., & Clacheo, R. (2003). Programas Alimentarios en Argentina. Centro de Estudios sobre Nutrición Infantil; Maceira, D., & Stechina, M. (2011). Intervenciones de política alimentaria en 25 años de democracia en Argentina. *Revista Cubana de Salud Pública*, 37(1), pp. 44-60; Sordini, M. V. (2014). Una revisión sobre los programas alimentarios nacionales aplicados a comedores escolares y comunitarios desde los años ochenta en Argentina. *De Prácticas y Discursos. Cuadernos de Ciencias Sociales*, 3(3), pp. 1-12.

15 Abeyá Gilardon, E. O. 2016, pp. 589-604.

16 Más allá de modificaciones en la terminología utilizada, "los programas continúan siendo bastante similares, sin producirse ninguna transformación sustantiva y re-

para el problema de la malnutrición siguen enfocándose en la problemática del hambre, se comienzan a incorporar explícitamente en la legislación otros componentes que van más allá de las medidas asistenciales.¹⁷

La restricción de las políticas alimentarias a la cuestión del hambre no sólo significa una limitación del derecho a una alimentación adecuada sino que desconsidera la creciente relevancia de la problemática de la doble carga de la malnutrición infantil.¹⁸ Este enfoque ha respondido a patrones epidemiológicos gestados como expresión histórica de la desnutrición infantil en el territorio nacional.¹⁹ Tales patrones se corresponden con estudios que vinculan el tema de la desnutrición crónica a la pobreza.

En este sentido, la segunda Encuesta Nacional de Nutrición y Salud muestra la magnitud de la malnutrición en el país, principalmente en la población infantil y entre aquellos sujetos con menores ingresos.²⁰ Las evaluaciones sobre el estado nutricional realizadas en

produciendo los problemas que instauraron, tanto desde el punto de vista del diseño como de la implementación, con dificultades que van desde la eficiencia para cubrir problemas nutricionales hasta el clientelismo y la corrupción” (Arcidiácono, P., Pautassi, L., & Zibecchi, C. (2011). Respuestas estatales en torno a la alimentación y al cuidado: Los casos de los Programas de Transferencia Condicionadas de Ingreso y el Plan de Seguridad Alimentaria en Argentina. *Boletín Científico Sapiens Research*, 1(2), pp. 54-59, p. 58).

17 En este sentido ha avanzado el denominado Plan Argentina contra el Hambre (PACH, dictado por Res. Ministerio de Desarrollo Social 8/2020) que consta de cinco componentes: seguridad alimentaria; asistencia alimentaria; apoyo a la producción y comercialización de alimentos; fortalecimiento de redes comunitarias; y evaluación y monitoreo.

18 Swinburn BA et. al. 2019

19 Britos, S. 2001-2002; Calvo, E., & Aguirre, p. 2005.

20 El objetivo de este informe fue realizar un diagnóstico de la situación epidemiológica del estado nutricional, los patrones alimentarios y hábitos de consumo en la población. Se realizó un relevamiento con representatividad nacional, utilizando indicadores antropométricos para la evaluación de la problemática. En el grupo de niños menores de 5 años el bajo peso representó un 1,7% y la emaciación un 1,6%. La

el país dan cuenta que la problemática de salud más prevalente no es la desnutrición sino el exceso de peso, que constituye la principal forma de malnutrición, siendo los sectores con menos ingresos los que mayores valores de obesidad muestran.

En esta línea, las mediciones que realiza el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA aportan indicadores más sensibles del riesgo de expresión de dietas inadecuadas a nivel poblacional, es decir, dietas que no aportan los nutrientes considerados esenciales. Operativamente, las preguntas del relevamiento buscan identificar la situación de haber reducido la cantidad de comida por falta de dinero. Los datos de 2019 muestran que un 22,1% de los hogares padece inseguridad alimentaria y un 9,3% de ellos en forma severa, lo que implica que los niños que viven en esos hogares también pasaron hambre. Del grupo etéreo de 0 a 17 años en el mismo período, un 30,2% vive en hogares con inseguridad alimentaria, y un 14,2% con forma severa de la misma.²¹

3. Análisis del proyecto para la ciudad de Santa Fe: potencialidades

Bajo el régimen federal de autonomía provincial la norma bajo análisis se enmarca en el artículo 21 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, que reconoce el derecho a la alimentación como parte del derecho a un nivel de vida que asegure el bienestar del sujeto y su familia.

baja talla, indicador de desnutrición crónica, resultó ser un 7,9% y con una diferencia significativa entre los quintiles de ingresos: 11,5% para el quintil más bajo y 4% para el quintil más alto, lo cual evidencia cómo las desigualdades socio económicas se plasman en el estado nutricional. En el caso del exceso de peso, este representó un 13,6%, siendo el valor para obesidad un 3,6%. Para el grupo de 5 a 17 años, el bajo peso fue de 1,4%, la baja talla un 3,7% y exceso de peso representó un 41,1%, siendo el valor de obesidad un 20,4%. Cf. Ministerio de Salud y Desarrollo Social. (2019). *2° Encuesta Nacional de Nutrición y Salud. Resumen ejecutivo*. Buenos Aires: Argentina.

21 Salvia, A., Britos, S., Díaz-Bonilla, E. 2020.

La Ordenanza se destaca por abordar un tema urgente e imposterable como la malnutrición infantil, reconociendo su impacto social a largo plazo. Realiza un abordaje preventivo y propositivamente interdisciplinario, incorpora el enfoque de derechos y establece mecanismos para la obtención de datos como medida prioritaria para la gestión y evaluación de la problemática alimentaria.

3.1. Abordaje preventivo e interdisciplinario de una problemática imposterable

La gravedad tanto subjetiva como social del problema de la malnutrición, y particularmente de la malnutrición infantil, así como sus consecuencias sociales a corto y largo plazo respaldan el abordaje del tema que realiza la ordenanza.

Al establecer medidas para la detección temprana de la malnutrición (art. 1 y 7.4), la ordenanza se alinea con un enfoque preventivo de la salud. Por contribuir a la prevención de enfermedades crónicas no transmisibles, que suelen acarrear altos costos sociales y económicos, este tipo de medidas son señaladas como inversiones de alto rendimiento.²² En este sentido resulta positiva la implementación de mecanismos de la evaluación *ex ante* que permitan conocer la situación vigente, realizar un diagnóstico, para poder luego tomar medidas para enfrentarlas.²³

Por otra parte, el artículo 7.1 menciona la convocatoria de profesionales especializados para la conformación de un equipo interdisciplinario municipal para el tratamiento y prevención de la problemática. Se destaca esta consideración de la interdisciplinariedad por responder a la complejidad que amerita la problemática alimentaria como fenómeno multidimensional y multisectorial, atravesado por un entramado inescindible de aspectos sociales, económicos, culturales y políticos.

22 Cf. UNICEF, 2019.

23 Cf. Britos, S., O'Donnell, A., Ugalde, V., & Clacheo, R. 2003; Abeyá Gilardon, E. O. 2016.

La consideración de la multidimensionalidad y multisectorialidad se complementa con lo dispuesto por el inciso siguiente. El artículo 7.2 refiere a la constitución de una comisión de trabajo conformada por profesionales vinculados al tema y explicita la participación de organizaciones con experiencia de trabajo en la temática, universidades de gestión pública y de gestión privada y otras personas interesadas. Esta amplitud en la convocatoria a integrar el espacio de gestión del programa demuestra un enfoque horizontal y participativo, con potencial para enfrentar la complejidad que amerita la problemática alimentaria.

3.2. Enfoque de derechos

La Ordenanza recupera el marco normativo internacional (art. 5) lo cual enmarca la estrategia que plantea en un enfoque de derechos. Refiere al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque nombra explícitamente el derecho humano a la alimentación, receptado en su artículo 11. También recoge la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 24 incorpora el derecho humano a la alimentación como parte del derecho a la salud (aunque ello no es explicitado en la ordenanza). El mismo artículo 5 enmarca esta Ordenanza en la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley Provincial 12.967 de adhesión aquella.

La incorporación del enfoque de derechos refuerza la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos protegidos por la norma a la vez que sustenta la activa participación del Estado, en cuanto principal garante de su efectiva realización. Los derechos humanos, en tanto derechos legitimados por la comunidad internacional, constituyen un marco conceptual que “ofrece un sistema coherente de principios y pautas aplicables en las políticas de desarrollo y, al mismo tiempo, precisa las obligaciones de los estados en materia de cumplimien-

to de derechos económicos, sociales y culturales”.²⁴ En este sentido, el Estado debe desarrollar políticas públicas que tengan como objetivo garantizar el derecho a la alimentación adecuada de toda la población.²⁵

3.3. *Generación de información para políticas*

La disponibilidad de información sobre el estado nutricional de las personas resulta un recurso imprescindible para la definición, diseño, implementación y evaluación de políticas públicas orientadas a su abordaje, así como para la constitución de Sistemas de Información en Seguridad Alimentaria.²⁶

El artículo 3 de la Ordenanza bajo análisis, determina que “para la detección temprana se emplearán las evaluaciones antropométricas”, las cuales “establecen el tamaño y la composición del cuerpo, y reflejan la ingesta inadecuada o excesiva, el ejercicio insuficiente y las enfermedades.” Entre los diferentes métodos disponibles para la vigilancia, los Métodos Antropométricos tienen la fortaleza de encontrarse altamente estandarizados y de posibilitar la construcción de tendencias temporales que pueden analizarse con dinámicas contextuales. Esto permite, además, una retroalimentación en

24 Cf. Abramovich, V., & Pautassi, L. 2009. El enfoque de derechos permite visibilizar “un espectro variado de relaciones entre derechos y políticas, sistemas de evaluación bajo estándares de derecho; *accountability* (horizontal y vertical) y diversas esferas de responsabilidad entre de los estados y a nivel internacional”, siendo “un punto de inflexión en la dinámica de los procesos sociales de las últimas décadas, particularmente respecto de las políticas sociales focalizadas promovidas por los organismos internacionales de asistencia crediticia y adoptados por los distintos gobiernos”. Cf. Arcidiácono, P., Pautassi, L., & Zibecchi, C. (2011). Respuestas estatales en torno a la alimentación y al cuidado: Los casos de los Programas de Transferencia Condicionadas de Ingreso y el Plan de Seguridad Alimentaria en Argentina. Boletín Científico Sapiens Research, 1(2), 54-59., p. 54.

25 Carrasco, M., & Pautassi, L. 2015; Erazo, X., Vivero, J. L., & Pautassi, L. 2009.

26 SICIIV-FAO 2001.

los procesos de evaluación ya que sólo cuando se cuenta con datos comparables es posible medir en el tiempo los efectos de la implementación en la población y diseñar mejores programas. En este sentido apunta la Directriz 17 sobre Vigilancia, indicadores y puntos de referencia²⁷ que alienta a los Estados a establecer mecanismos para vigilar y evaluar la aplicación de las directrices en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional según su capacidad y aprovechando los sistemas de información existentes y tratando de subsanar la falta de información.²⁸

Por otro lado, aunque estos métodos no sean precisos en la medición del estado nutricional, constituyen técnicas de bajo costo y poco invasivas, tal como lo reconoce el propio texto de la Ordenanza bajo análisis, en la que se subraya como ventaja de estas evaluaciones que “requieren de pocos recursos y aportan suficiente información para conocer el estado nutricional actual y la historia natural en casos de malnutrición”. Ello las convierte en una estrategia atractiva para su aplicación en materia de política pública a un nivel local.

3.4. Disponibilidad de alimentos saludables

La Ordenanza analizada establece que, para la implementación del Plan, la Municipalidad se ocupará de ciertas tareas (bajo el término “lineamientos”) entre las que se incluye la de “evaluar los dispositivos, comercios, bocas de expendio de los barrios de la Ciudad con el propósito de promover la oferta y accesibilidad, de alimentación saludable para los ciudadanos” (art. 7.6).

27 FAO 2005.

28 Directrices aprobadas por el Consejo de la FAO en su 127º período de sesiones, noviembre de 2004. Las “evaluaciones de los efectos en relación con el derecho a la alimentación” sirven para “determinar las repercusiones de los proyectos, programas y políticas nacionales en la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada de la población en general y de los grupos vulnerables en particular, que sirvan como base para la adopción de las medidas correctivas necesarias” (Directriz 17.2).

La disponibilidad y accesibilidad de alimentos saludables (entendemos por tales principalmente frutas y verduras frescas) han sido incorporadas a la agenda pública desde la perspectiva de la gobernabilidad social. Esta evaluación de la disponibilidad y promoción de la accesibilidad de alimentos se torna particularmente relevante como un aspecto sistémico a considerar en un abordaje multidimensional de la problemática de la malnutrición. La escasez de estos alimentos tiene una delimitación socioeconómica predominando en áreas de bajos ingresos y se ha convertido en un objeto de estudio de las ciencias de la nutrición y la alimentación.²⁹ En Inglaterra inicialmente se alertó sobre el desabastecimiento en barrios marginales condicionando los patrones alimentarios de los vecinos, denominando a estas áreas como “desiertos alimentarios”.³⁰ Es en este sentido que se visualizan como valiosas las iniciativas que contemplan los procesos y suministros de alimentos de alta calidad nutricional en entornos socialmente desaventajados y el diseño de estrategias integrales que favorecen el desarrollo de entornos saludables. Finalmente, las medidas diseñadas desde el contexto posicionan a la malnutrición por fuera de una problemática individual, y recupera las condiciones de la familia, el barrio, la comunidad como productoras de salud y calidad alimentaria.

4. Consideraciones de fondo del proyecto

Además de las ventajas y potencialidades apuntadas en el apartado anterior, la Ordenanza presenta ciertas inconsistencias en la determinación de su alcance institucional, temporal y poblacional. No se especifica acabadamente las instituciones intervinientes en el proceso que instrumenta, así como tampoco se definen los grupos poblacionales destinatarios ni la periodicidad en la que se deben llevar a cabo los relevamientos. Otro punto destacable es la falta de previsión de formas de comunicación y disponibilidad abierta de los

29 Morland, K., Wing, S., et al. 2002.

30 Acheson, D. 1998; Beaumont, J., Lang, T., Leather, S. y Mucklow, C. 1995.

resultados de las evaluaciones a los fines de acercar la información generada a decisores, académicos y la comunidad en general, acciones que, además potenciarían el desarrollo de gobierno abierto.

4.1. *Articulación objetivos-medidas a implementar*

La norma presenta cierta inconsistencia en la medida que establece como objetivo una meta tan amplia y ciertamente pretenciosa como es la de combatir la malnutrición infantil³¹ y luego se traduce en estrategias de intervención que se limitan a mecanismos de evaluación *ex ante*. Dado el alcance de las competencias municipales, este objetivo no podría más que ser planteado como un horizonte general al que contribuir mediante medidas localizadas y en necesario diálogo con otros niveles administrativos.

Si bien la ordenanza en cuestión retoma como eje el concepto bio-médico de malnutrición de OMS ampliamente aceptado en el campo de la medicina³², enfoca sus estrategias de implementación en la problemática de la desnutrición.

Al limitar sus estrategias técnicas a la medición, que permite la obtención de datos, la norma restringe su alcance a un primer paso de una cadena de producción de datos, que requeriría subsiguientes

31 El artículo 6 establece como objetivos de la Ordenanza: a) Asumir como un instrumento de política pública la prevención como espacio de construcción social a partir de la acción colectiva, buscar desactivar tempranamente la posibilidad de manifestaciones de exclusión, para avanzar con certeza en la construcción de una Ciudad más inclusiva y amigable; b) Promover la inclusión, la no discriminación como base y condición para la construcción de un destino común, involucrando a las familias, las instituciones y la sociedad en general y, c) Servir como línea de base para la evaluación de programas sociales y políticas con potencial de impacto en el estado nutricional de la población infantil.

32 Según el art. 2 de la Ordenanza, “se entiende por malnutrición a las carencias, los excesos y los desequilibrios de la ingesta calórica y de nutrientes de una persona. Dentro de ella la desnutrición, que incluye la emaciación - un peso insuficiente respecto de la talla, el retraso del crecimiento -una talla insuficiente para la edad y la insuficiencia ponderal- un peso insuficiente para la edad; el sobrepeso y la obesidad”.

etapas de conversión de esos datos en información para que pueda ser empleada en la toma de decisiones y, eventualmente, en intervenciones estatales.³³ Esta producción de información implica el análisis de los datos y la previsión de un sistema abierto que permita el acceso a la información generada.

Tampoco la interdisciplina y pluralidad teórica que se plantea en los artículos 7.1 y 7.2, al convocar expertos y actores de diferentes sectores, se ve reflejada en los mecanismos de implementación que se incluyen, los cuales terminan reproduciendo acciones fragmentadas. Esta fragmentación de los mecanismos propuestos corre el riesgo de generar una superposición de actividades, duplicando esfuerzos, tiempos y recursos, sin llegar a responder efectivamente a los problemas sociales.

La medida de evaluación de dispositivos, comercios y bocas de expendio de los barrios (art. 7.6) si bien tiene potencial para el diagnóstico y descripción de la situación de acceso a alimentos saludables, se encuentra desarticulada del resto de la norma en tanto no se establecen ni los mecanismos concretos para su implementación ni su vinculación con las medidas de medición antropométrica.

4.2. Medición y definición de la población destinataria

El método antropométrico seleccionado presenta las ventajas señaladas vinculadas con la economicidad y la simplicidad. Sin embargo, en tanto que sólo mide mínimos, no presenta utilidad para la medición de la satisfacción del segundo nivel del derecho humano a la alimentación, en cuanto alimentación adecuada para llevar adelante una vida sana y activa.

Si el objetivo de la norma se limitase a establecer un diagnóstico hubiese alcanzado con la estrategia de la medición. Sin embargo, para el logro del objetivo de combatir la malnutrición infantil la estrategia de la medición resulta insuficiente, sobre todo si se tiene en

33 Cf. Almeida Filho, N., Rouquayrol, M.Z. (2011). *Introducción a la epidemiología*. Buenos Aires: Lugar.

cuenta la complejidad de la problemática alimentaria. Requiere ser articulada con otras medidas políticas y normativas de respuesta a los resultados de la medición.

Si bien la ordenanza establece que su ámbito de aplicación son los “casos de malnutrición infantil de la Ciudad” (art. 1) limita su alcance a niños y niñas menores de 5 años cuando especifica su principal estrategia de evaluación (art. 7.4.) Aunque el recorte en los 5 años suele sustentarse en materia de políticas alimentarias en la denominada ‘ventana de oportunidad’,³⁴ ello no se observa reflejado en la norma, que para mayor coherencia podría haber enfocado sus objetivos tomando también en esa edad límite. Esta indefinición afecta las estrategias de implementación, puesto que cada política requiere una determinación previa de su alcance, tanto respecto de la población destinataria como de las instituciones intervinientes.

Por otro lado, la Ordenanza detalla entre sus objetivos la interpretación de la prevención “como espacio de construcción social a partir de la acción colectiva... para avanzar con certeza en la construcción de una Ciudad más inclusiva y amigable” (art. 6.a). Este enfoque colectivo no se ve reflejado en las estrategias de implementación que

34 La obesidad en los primeros años puede persistir en la vida adulta y que las etapas iniciales de ciertas enfermedades crónicas como las cardíacas, así como la desnutrición precoz pueden detectarse durante la infancia. Así, que los esfuerzos en la prevención de estas enfermedades se encuentran concentrados en los primeros años de vida y antes del ingreso escolar, dado que en esa etapa se desarrollan y consolidan las preferencias alimentarias. El período comprendido entre la concepción y los dos años de vida constituye una ventana de oportunidad para la promoción de un crecimiento y desarrollo saludable significando una inversión en capital humano y una vida productiva (Martorell R. (2006). Repercusiones Normativas y programáticas de la investigación sobre la importancia de la nutrición en la primera infancia a largo plazo: lecciones aprendidas del estudio de seguimiento INCAP. En: Freire W. (Ed). Nutrición y Vida Activa. Organización Panamericana de la Salud, 2006: 3-21). La malnutrición acontecida durante estos mil días causa severas y frecuentemente irreversibles consecuencias. Por ello, las acciones que se implementan durante este tiempo contribuyen no solo al desarrollo y prosperidad personal, sino también de la familia y la comunidad contribuyendo a quebrar el ciclo de la pobreza.

terminan estando enfocadas a la resolución de casos. En este sentido, no se detecta un abordaje poblacional, sino por familias o individual.

4.3. *Identificación de principios con marco jurídico*

Luego de establecer definiciones (malnutrición, evaluaciones antropométricas, índices antropométricos) la ordenanza confusamente identifica como sus “principios orientadores” a “el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado, la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley Provincial N° 12.967 de adhesión a la Ley Nacional N° 26.061” (art. 5). Al encabezar dicho artículo con la frase “en el marco de lo estipulado por la convención sobre los Derechos del Niño”, cabe interpretar el término principio emplazado en el ámbito jurídico. Habría aquí entonces una confusión entre textos normativos (pacto internacional, ley nacional y ley provincial) y una categoría conceptual, los principios jurídicos. En el campo jurídico, los principios son elementos del Derecho que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”.³⁵

Los textos normativos están compuestos por diferentes tipos de elementos normativos, entre los que encontramos las definiciones legales, las reglas, los principios. Un criterio de distinción entre estas dos últimas categorías refiere al nivel lógico de su aplicación y es el carácter conclusivo de las reglas, del que carecen los principios.³⁶ O bien las condiciones previstas en la regla se ajustan al caso, y por ende es aplicable -se siguen las consecuencias jurídicas previstas- o bien no se ajustan y la regla debe ser descartada para resolver el caso

35 Alexy, R. 1994, p. 162.

36 Dworkin, R. 2012. Estructuralmente, se distinguen mediante un criterio lingüístico: las reglas suelen estar redactadas con expresiones precisas, mientras que en los principios priman términos de “textura abierta” (Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona). Aunque este criterio no es definitivo porque las reglas también pueden llegar a contener términos de textura abierta y los principios, términos precisos.

en cuestión. Los principios en cambio son aplicables “en grados diferentes” y “la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también por principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan”.³⁷ Es decir, la eventual aplicación de un principio a un caso no implica la desaparición de otro principio que también pueda resultar aplicable³⁸.

Las normas mencionadas en la Ordenanza incorporan en sus respectivos textos ciertos elementos que pueden funcionar como principios jurídicos. Sin embargo, aun en el caso de no haber sido mencionados explícitamente en esta normativa municipal, serían de todas maneras aplicables en cualquier ejercicio interpretativo de su texto. Sin embargo, técnicamente no pueden en sí mismos ser considerados ‘principios orientadores’. Así por ejemplo, la citada Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, incorpora entre otros, el principio denominado “interés superior del niño” según el cual, “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” (art. 3°), el cual a su vez la Ley Provincial N° 12.967 (de adhesión a ésta) reproduce en su art. 4. Por todo lo cual, más allá de la confusión conceptual, sería innecesario reiterar explícitamente en el articulado de una normativa municipal relativa a malnutrición infantil que ésta se debe interpretar con los principios de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

37 Alexy, R. 1994, p. 162.

38 “La comparación entre principios no se resuelve a través de la supervivencia de uno de ellos y la supresión del otro; los dos sobreviven, aunque solo uno prevalezca en el caso concreto” (Rodríguez Garavito, C. (1997). La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin, Siglo del Hombre, p. 51). Su aplicación no se rige por la subsunción (comprobación de los hechos-aplicación de consecuencias) como en las reglas, sino que requiere esta instancia intermedia de razonamiento: la ponderación del valor relativo del principio en el caso concreto.

4.4. Procedimientos de implementación y evaluación

Si bien la ordenanza prevé la conformación de un equipo interdisciplinario (art. 7.1) y de una comisión de trabajo (art. 7.2), no especifica una estructura ni un funcionamiento de los mismos. No se deriva del texto de la norma como trabajarán estos organismos en la implementación de las estrategias establecidas.

La convocatoria a entidades privadas y la sociedad interesada en general puede ser interpretada como una aproximación participativa y abierta, que promueve el compromiso social y el involucramiento activo de la sociedad. Sin embargo, puede señalarse también cierto riesgo de desvinculación del Estado respecto de responsabilidades que le competen como principal garante del derecho humano a la alimentación. Sobre todo, si se tiene en cuenta el alcance limitado de las entidades privadas y los actores particulares, son de considerar los criterios de selección de beneficiarios que estos implementarán.

Una omisión destacable es que la Ordenanza no prevé mecanismos de monitoreo y evaluación de las estrategias establecidas. No establece la obligación de una presentación periódica de informes ni la rendición de cuentas, lo cual es de considerar sobre todo si se prevé el expendio de presupuesto público. Tampoco se prevén medidas de control ni formas de evaluación de la implementación. Ello cobra particular relevancia en los casos de involucrar entidades privadas o actores particulares.

5. Perspectivas

La Ordenanza analizada aborda un tema de particular relevancia social. Si bien la principal estrategia de implementación que establece no responde a su objetivo de combatir la malnutrición infantil, puede ser considerada como una primera instancia, necesaria para el desarrollo de posteriores medidas.

Una posibilidad para lograr un alcance suficiente respecto de la población infantil afectada es pensar una implementación en articulación con escuelas y otros espacios de alimentación institucional como son los comedores públicos. Esta articulación es sustentada por experiencias latinoamericanas exitosas en políticas y programas orientados a la erradicación del hambre, que muestran el rol de los marcos normativos e institucionales que propicien la coordinación de la diversidad de actores involucrados, así como de la articulación interinstitucional local y la promoción de redes de protección social, alimentaria y nutricional para la población más vulnerable.³⁹

Un mayor aprovechamiento, en términos de utilidad pública de las estrategias de evaluación, podría lograrse mediante la implementación de un sistema de análisis, procesado y disponibilidad abierta de los resultados, para facilitar su accesibilidad durante los procesos de decisión.

Asimismo, a los fines de contribuir al logro de los objetivos de la norma, la implementación de la valiosa medida de evaluación de dispositivos, comercios y bocas de expendio prevista debería ser articulada con las restantes estrategias de medición y gestión de datos, especialmente con otras medidas de gestión y resolución de los resultados de la evaluación prevista.

Por último, son de señalar dos cuestiones relevantes que figuran en todas las agendas de recomendaciones y directrices internacionales relacionadas con la garantía del derecho humano a la alimentación. Por un lado, la ya apuntada necesidad de establecer mecanismos de evaluación de las estrategias, no sólo para analizar su desarrollo, sino también mejorar su ejecución y proporcionar elementos para decidir su continuidad o su reproducibilidad.⁴⁰ Por otro, considerar transversalmente el diseño, implementación y evaluación de todas las medidas dirigidas al problema de la malnutrición desde la perspectiva de género, cuestión que por su amplitud y compleji-

39 Cf. FAO (2014). Cooperación Internacional y Políticas Públicas de Seguridad Alimentaria y Nutricional. FAO.

40 Cf. OMS (1981). Evaluación de los programas de salud. Ginebra: OMS.

dad excede el espacio de su tratamiento en un comentario legislativo, pero no puede dejar de señalarse. Entre otras cuestiones, por la innegable relación que existe entre las tareas de cuidado (tradicionalmente atribuidas a los roles maternos) y la alimentación infantil, lo cual transforma este tipo de políticas alimentarias un campo en el que debe prestarse especial atención para no incurrir en discriminaciones o reforzamientos de estereotipos tradicionales.

Referencias

- Abeyá Gilardon, E. O. (2016). Una evaluación crítica de los programas alimentarios en Argentina. *Salud Colectiva*, v. 12, n. 4, pp. 589-604. Disponible en: <<https://doi.org/10.18294/sc.2016.935>>.
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*. Editores del Puerto.
- Abramovich, V., & Pautassi, L. (2009). El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales. En *La revisión judicial de las políticas sociales: Estudio de casos* (pp. 279-340). Editores del Puerto.
- Acheson, D. (1998). *Independent Inquiry into Inequalities in Health*. Londres: The Stationery Office.
- Aguirre, P. (2005). *Estrategias de consumo: Qué comen los argentinos que comen*. Ciepp.
- Alexy, R. (1994) *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona.
- Almeida Filho, N., Rouquayrol, M.Z. (2011). *Introducción a la epidemiología*. Buenos Aires: Lugar Editorial.
- Arcidiácono, P., Pautassi, L., & Zibecchi, C. (2011). Respuestas estatales en torno a la alimentación y al cuidado: Los casos de los Programas de Transferencia Condicionadas de Ingreso y el Plan de Seguridad Alimentaria en Argentina. *Boletín Científico Sapiens Research*, 1(2), 54-59.
- Aulicino, C., & Díaz Langou, G. (2012). *La implementación del Plan Nacional de Seguridad Alimentaria en ámbitos subnacionales* (Documento de Trabajo N.º 88). CIPPEC.
- Beaumont, J., Lang, T., Leather, S. y Mucklow, C. (1995). *Report from the policy sub-group to the Nutrition Task Force Low Income Project*

- Team of the Department of Health. Watford: Institute of Grocery Distribution.
- Bonet de Viola, A. M., & Marichal, M. E. (2020). Emergencia alimentaria y derecho humano a la alimentación. Un análisis del Programa Argentina contra el Hambre. *Revista Derechos en Acción*, 5(14), 489-522.
- Borrás, G., & García, J. (2013). Políticas alimentarias en Argentina, derechos y ciudadanía. *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, 39, 111-136.
- Britos, S. (2001-2002). Crisis, pobreza, precios y alimentos. Buenos Aires: Centro de Estudios sobre Nutrición Infantil; 2003.
- Britos, S., O'Donnell, A., Ugalde, V., & Clacheo, R. (2003). Programas Alimentarios en Argentina. Centro de Estudios sobre Nutrición Infantil. <http://bvsuper.paho.org/texcom/nutricion/35-programas.pdf>
- Calvo, E., & Aguirre, P. (2005). Crisis de la seguridad alimentaria en la Argentina y estado nutricional en una población vulnerable. *Archivos Argentinos de Pediatría*, 103 (1), pp. 71-90.
- Carrasco, M., & Pautassi, L. (2015). Diez años del “Plan Nacional de Seguridad Alimentaria” en Argentina. Una aproximación desde el enfoque de derechos. *De Prácticas y Discursos. Cuadernos de Ciencias Sociales*, 4(5), 1-22.
- CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1990). Observación nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).
- CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999). Observación general 12: Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). United Nations Economic and Social Council.
- CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (2000). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2000/13.
- CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (2017). Observación general núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados en

- virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. E/C.12/GC/24. CDESC, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999). Observación general 12: Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). United Nations Economic and Social Council.
- Cullet, P. (2004). « Food security and intellectual property rights in developing countries ». *Les Cahiers Du Ribios*, 6.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- Erazo, X., Vivero, J. L., & Pautassi, L. (2009). *Derecho a La Alimentación, Políticas Públicas E Instituciones Contra El Hambre*. LOM Ediciones.
- FAO. (2005). *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional* (127 período de sesiones). Consejo de la FAO. http://www.fao.org/fileadmin/templates/righttofood/documents/RTF_publications/ES/RightToFood_Guidelines_ES.pdf
- FAO (2014). *Cooperación Internacional y Políticas Públicas de Seguridad Alimentaria y Nutricional*. FAO.
- Frisancho, R. (1990) *Anthropometric standards for the assessment of growth and nutritional status*. University of Michigan Press. Ann Arbor, MI. EEUU.
- Haugen, H. M. (2007). *The right to food and the TRIPS Agreement: With a particular emphasis on developing countries' measures for food production and distribution*. (Vol. 30). Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Iacoviello, M., Tommasi, M., Zuvanic, L. (2003) "Politización, estrategia y cultura burocrática: áreas de abordaje para la reforma del servicio civil en Argentina", ponencia presentada en el V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Panamá, Panamá.
- Maceira, D., & Stechina, M. (2011). *Intervenciones de política alimentaria en 25 años de democracia en Argentina*. *Revista Cubana de Salud Pública*, 37(1), 44-60.

- Martorell, R. (2006). Repercusiones Normativas y programáticas de la investigación sobre la importancia de la nutrición en la primera infancia a largo plazo: lecciones aprendidas del estudio de seguimiento INCAP. En: Freire W (Ed). *Nutrición y Vida Activa*. Organización Panamericana de la Salud, 2006: 3-21.
- Ministerio de Salud y Desarrollo Social. (2019). 2° Encuesta Nacional de Nutrición y Salud. Resumen ejecutivo. Buenos Aires: Argentina. Recuperado de: https://cesni-biblioteca.org/wp-content/uploads/2019/10/0000001565cnt-ennys2_resumen-ejecutivo-20191.pdf
- Molina de Juan, Mariel F. (2015) El derecho alimentario de niños y adolescentes: La perspectiva de la corte federal argentina y su impacto en el nuevo código civil y comercial. *Revista Boliviana de Derecho*, ISSN—e 2070—8157, N°. 20, 2015, 76-99.
- Morland, K., Wing, S., et al. (2002). "Neighborhood characteristics associated with the location of food stores and food service places." *American Journal of Preventive Medicine*. vol. 22(1): 23-29. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11777675>
- OMS (1981). *Evaluación de los programas de salud*. Ginebra: OMS.
- OMS. (1995). *El Estado Físico: Uso e Interpretación de la Antropometría*: OMS. Ginebra.
- ONU/FAO. (2010). *El derecho a la alimentación adecuada*. <https://doi.org/1014-5613>.
- Rodríguez Garavito, C. (1997). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores.
- Salvia, A., Britos, S., Díaz-Bonilla, E. (2020). Reflexiones sobre las políticas alimentario-nutricionales de la Argentina, antes y durante la pandemia de COVID-19. Working Paper 09. Buenos Aires: International Food Policy Research Institute. Recuperado de: <http://ebrary.ifpri.org/utills/getfile/collection/p15738coll2/id/134026/filename/134237.pdf>
- Sanchez Moreno, M. (2010). Marcos de acción en la lucha contra el hambre. *Revista de Fomento Social*, 260, 619-655. <https://doi.org/10.32418/rfs.2010.260.1890>

- SICIAV—FAO (2001). Manual para el diseño e implementación de un sistema de información para la seguridad alimentaria y la alerta temprana <http://www.fao.org/DOCREP/003/X8622S/X8622S00.HTM>
- Sociedad Argentina de Pediatría [SAP]. (2013). Guía para la evaluación del crecimiento físico. 3 ed. Buenos Aires: Argentina. Recuperado de: https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/libro_verde_sap_2013.pdf
- Sordini, M. V. (2014). Una revisión sobre los programas alimentarios nacionales aplicados a comedores escolares y comunitarios desde los años ochenta en Argentina. De Prácticas y Discursos. Cuadernos de Ciencias Sociales, 3(3), 1-12.
- Stein et al. (2006). The politics of policies. Economic and social progress in Latin America. Inter-American Development Bank, David Rockefeller Center of Latin American Studies, Harvard University.
- Swinburn, B. A. et al. (2019). The Global Syndemic of Obesity, UNdernutrition, and Climate Change: The Lancet Commission report". The Lancet. ISO 690.
- UNICEF, 2019. Obesidad: una cuestión de derechos de niños, niñas y adolescentes. UNICEF: Buenos Aires.

**PUNTOS DE ENCUENTRO (Y DESENCUENTRO)
ENTRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS
Y LA LEY CONCURSAL
MEETING POINTS (AND DISAGREEMENT)
BETWEEN LABOURS' RIGHTS AND BANKRUPTCY LAW**

Paula Cecilia Cattelán¹

Resumen

La apertura de un concurso preventivo o la declaración de la quiebra de una persona empresaria importan un punto de inflexión en su actividad. Estos cambios afectan fundamentalmente a las personas trabajadoras.

El derecho del trabajo tiene en nuestro país reconocimiento constitucional que comienza con la orden de proteger el trabajo mediante el aseguramiento de derechos fundamentales a la persona trabajadora (artículo 14 bis).

Con la incorporación a la Constitución Nacional en el año 1994 de los instrumentos internacionales de derechos humanos, esta enunciación resultó afianzada y enriquecida por normas supraleales contenidas principalmente en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por nuestro país.

1 Abogada (UBA). Escribana (UCSF). Vicedecana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política (UCSF). Docente Derecho Concursal (UBA-UCSF). Maestrando en Derecho del Trabajo (UCES). Investigadora, Categorizada "B", del Programa de Categorización Docente (UCSF). Miembro del Centro de Estudios e Investigación Jurídica (CEIJ). Conferencista y ponente. Autora y coautora de artículos y capítulos de libros de la especialidad. ORCID: 0000-0002-9161-3704.

La ley concursal no es ajena al tratamiento de las relaciones laborales; encontramos la regulación de institutos que tienen directa incidencia en la situación de la persona trabajadora o de sus créditos frente al concurso o quiebra del empleador.

Palabras clave

Derecho concursal; derechos de las personas trabajadoras; derechos humanos; privilegios concursales; Constitución Nacional; ley concursal; pronto pago laboral.

Abstract

The opening of a preventive bankruptcy proceeding or the declaration of bankruptcy of a business person is a turning point in its daily activity. These changes fundamentally affect working people.

Labor law has constitutional recognition in our country that begins with the order to protect work by ensuring fundamental rights to the worker (article 14 bis).

With the incorporation of the international human rights instruments into the National Constitution in 1994, this statement was strengthened and enriched by supra-legal norms contained mainly in conventions of the International Labor Organization ratified by our country.

Bankruptcy law is not divorced to the treatment of labor relationships; we find the regulation of institutes that have a direct impact on workers' situation or his credits against the bankruptcy of the employer.

Keywords

Bankruptcy law; labours' rights; Human Rights; bankruptcy privileges; National Constitution; early labour payment.

1. Introducción

La apertura de un concurso preventivo o la declaración de la quiebra de una persona -humana o jurídica- que realiza una actividad empresarial importan un punto de inflexión en todos los aspectos

que conforman su actividad habitual. Estos cambios afectan fundamentalmente a las personas trabajadoras tanto por la naturaleza alimentaria de sus créditos como por las vicisitudes que se desencadenan a partir de ese momento.

El derecho del trabajo tiene en nuestro país una importante base constitucional que comienza con la orden de proteger el trabajo mediante el aseguramiento de derechos fundamentales a la persona trabajadora (artículo 14 bis). Allí tiene su origen el denominado principio ‘protector’ o ‘protectorio’, basilar en esta rama del derecho.

Con la incorporación a la Constitución Nacional en el año 1994 de los instrumentos internacionales de derechos humanos,² la enunciación del 14 bis resultó indudablemente afianzada y ampliada.

Este llamado ‘bloque constitucional’ encuentra enriquecido por un conjunto de normas supralegales -contenidas principalmente en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por nuestro país- ha sido reglamentado a lo largo de los años mediante numerosas leyes.

La Ley de Concursos y Quiebras³ (en adelante, LCQ) no es ajena al tratamiento de las relaciones laborales; encontramos la regulación de institutos que tienen directa incidencia en la situación de la persona trabajadora o de sus créditos frente al concurso o quiebra del empleador.

Ante el marco normativo descripto, el objeto de este trabajo es identificar algunos de los supuestos en los que una persona trabajadora o titular de un crédito laboral se encuentre de cara a la situación concursal o falencial de su empleador y cuáles son las normas y los principios que se aplican.

Cuando nos abocamos al estudio de las relaciones del trabajo, no debemos perder en cuenta que el ser humano que trabaja con conciencia de ello se expresa como un ser libre y manifiesta su libertad fundamental en el mundo exterior a través de una forma

2 Conf. artículo 75, inciso. 22, segundo párrafo.

3 Ley 24.522 y modificatorias.

creadora, no sin relación a título de analogía con el acto creador de Dios, y la actividad que a tal fin realiza no es un fin, sino un valor, un medio.

En este contexto, nos encontramos ante la necesidad de repensar la coherencia del sistema de derechos que protegen a la persona trabajadora, en tanto hombres y mujeres incurso en la actividad creadora, con la normativa específica que gobierna las relaciones de los sujetos en situación concursal.

Es el propósito de nuestro trabajo.

2. La protección constitucional de la persona trabajadora

El derecho del trabajo como rama del ordenamiento jurídico, tiene en Argentina su base arraigada en las disposiciones de la Constitución Nacional, que comienzan con la orden de proteger el trabajo mediante el aseguramiento de derechos fundamentales de la persona trabajadora. En el artículo 14 bis se encuentra plasmado el denominado principio ‘protector’ o ‘protectorio’.

Este artículo reconoce como antecedente a nivel mundial la constitucionalización de los derechos sociales que se corresponden con el denominado ‘constitucionalismo social’. Se trata de una segunda etapa dentro del movimiento constitucionalista, que se había originado hacia fines del siglo XVIII inspirado en ideas que implicaron el reconocimiento de los derechos de las personas frente al Estado.

Así, el constitucionalismo social tuvo aparición generalizada en diversos países en la medida en que los derechos sociales comenzaron a ser reivindicados con la pretensión de ser incorporados a las normas fundamentales, con diferentes características según la realidad de cada sociedad.⁴

En nuestro país, tuvo antecedentes en diversos textos normativos anteriores a la Constitución de 1853/1860, y en esta última pueden

4 Cf. Fera, Mario S., 2021.

encontrarse algunas ideas, como las de ‘afianzar la justicia’ o ‘promover el bienestar general’.

La Constitución de 1949 incorporó los derechos sociales; no obstante, en la reforma constitucional de 1957 -aplicada sobre la Constitución histórica de 1853/1860- con la incorporación del artículo 14 bis en el texto fundamental, se sentaron las bases de la protección del trabajo.

Entonces, a partir de una noción de trabajo que incluyó sus ‘diversas’ formas se encomendó el dictado de leyes que ‘asegurarán’ al ‘trabajador’ “condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.⁵ También, el mismo artículo contempla los derechos gremiales y los relacionados con la seguridad social, en los párrafos segundo y tercero.

En concreto, el constituyente de 1957 ha puesto como base fundamental la ‘protección’ legal del trabajo en sus diversas formas, con el imperativo que sea ‘asegurado’ un conjunto de derechos a la persona trabajadora. Las dos columnas importantes que se erigen a partir del principio protector las encontramos en la ‘equidad’ y la ‘dignidad’ establecidas como adjetivos de las condiciones de labor que deben asegurarse. Esta idea del carácter medular de la dignidad y equidad va en línea con la extensión que la Corte Suprema de Justicia de la Nación atribuyó a dicho mandato constitucional en el caso “Vizotti.”⁶

5 Art. 14 bis, Constitución Nacional.

6 CSJN, 2004. Conf. Fera Mario S., 2021.

3. El surgimiento de los instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los derechos de las personas trabajadoras. Su recepción en la legislación argentina

El derecho del trabajo es un derecho fundamental, inseparable e inherente a la dignidad humana. Su desarrollo es clave para fortalecer los sistemas económicos y sociales desde un enfoque de derechos, con importancia vital para la garantía y disfrute de otros derechos humanos y el desarrollo autónomo de la persona.⁷

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido la importancia del derecho del trabajo como un elemento central, fundamental y rector para el avance de la protección de los derechos humanos. Por ejemplo, en el sistema interamericano, este reconocimiento se verifica en el contenido de los artículos 1, 16, y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos XIV, XV y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en los artículos 6, 7 y 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También, lo encontramos en textos de otros instrumentos, tales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

El constituyente argentino abrió la puerta a una nueva visión de la jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a través de la reforma constitucional introducida en el año 1994, en el artículo 75, inciso 22.

Tan es así que hablamos del ‘bloque de constitucionalidad’⁸, el cual está compuesto por la Constitución Nacional (artículo 31) en

7 CIDH-OEA. 2020.

8 Tanto Bidart Campos como varios autores en la doctrina que lo han seguido, e incluso la propia jurisprudencia de la Corte Suprema ha utilizado la expresión ‘bloque de constitucionalidad’ para afirmar que el vértice de la pirámide jurídica habría sido reemplazado por un bloque de constitucionalidad que comprende a la Constitución

tanto norma fundamental de reconocimiento del estado de derecho. Ella debe ser entendida como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados sobre derechos humanos incorporados⁹ al artículo 75 inciso 22, segundo párrafo que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Es importante destacar en este punto que los tratados son de aplicación inmediata por mandato del artículo 31 de la Constitución Nacional, que los menciona como ley suprema de la Nación. Lo expuesto es independiente del carácter operativo o programático de sus normas; no obstante, coincidimos en que “se debe presumir que todas las cláusulas son *self executing*, salvo que se demuestre, por quien sostiene lo contrario, que media una absoluta imposibilidad de aplicabilidad.”¹⁰

En este sentido, la Corte señala, con cita a otros fallos del mismo Tribunal, que “tiene dicho la Corte que la Constitución Nacional -y los instrumentos internacionales incorporados a ella- asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental.”¹¹

En el tema que analizamos, vemos que con la reforma de 1994 se agregó a la Carta Magna un cartabón de derechos sociales que se

Nacional junto a los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. (Dalla Vía, A. R. 2017).

9 Bidart Campos señala que “no afirmamos que estos once instrumentos estén ‘incorporados’ o integrados a la constitución formal, ni que formen parte de ella, pero sí enfatizamos que revisten su mismo rango, ubicándose en el llamado *bloque de constitucionalidad*, fuera de la constitución documental” (Bidart Campos, G. 1995).

10 Conf. Manili, Pablo, 2017.

11 CSJN, 26/03/2019, “Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.” Considerando N° 14, último párrafo. Id SAIJ: FA19000045.

sumó al texto del artículo 14 bis, fortaleciéndose la faceta constitucional del derecho del trabajo que ya existía hasta ese momento.

Por otro lado, los tratados celebrados con las demás naciones, las organizaciones internacionales y la Santa Sede, aprobados por el Congreso, tienen jerarquía superior a las leyes (artículo 75 inciso 22, primer párrafo).

No caben dudas, entonces, que los convenios celebrados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) son tratados sujetos a las condiciones de aplicación de los tratados internacionales. El artículo 5° del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que “la presente convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

Por lo tanto, los convenios de la OIT ratificados por nuestro país tienen carácter suprallegal, sean o no sus cláusulas inmediatamente operativas, esto es que si una ley -inferior o jerárquicamente al convenio- se opone a éste, aunque no resulte de él un derecho subjetivo inmediatamente reclamable, la sola violación del orden jerárquico impondría la declaración de inconstitucionalidad de la norma jerárquicamente inferior, declaración que procedería aun de oficio.¹²

4. La ley 24.522, su vinculación con el bloque constitucional y las normas supralegales que protegen a la persona trabajadora

El derecho concursal -considerado una rama del derecho privado- tiene notas propias que lo convierten en una suerte de compartimento estanco. La puerta de entrada a estos procesos universales la encontramos en la configuración del presupuesto objetivo: el estado

12 Conf. Simón, Julio C., 2017.

de cesación de pagos, el cual torna aplicable las prescripciones contenidas en la LCQ, con independencia de cualquier otra normativa.

Sin embargo, en el trámite de estos procesos concursales -tanto en el concurso preventivo como en la quiebra- encontramos vinculaciones entre los preceptos de la ley falencial y las normas contenidas en los instrumentos internacionales, tanto los que se encuentran incorporados a nuestra Constitución Nacional como aquellos que tienen jerarquía suprallegal.

En ocasiones las normas se articulan y en otras parecen ‘colisionar’.

En este sendero de búsquedas de armonías interpretativas, aun antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) leíamos doctrina magistral que nos recordaba que “En las decisiones en procesos concursales es menester aplicar la regla sobre la contemplación del resultado de la aplicación de la ley, pues en algunos casos ciertas soluciones amplias pueden conducir a situaciones valorativamente superiores a las que surgirían de una aplicación formalista o estricta.”¹³

La sanción del CCyCN no sólo determinó la sustitución del Código Civil vigente durante un siglo y medio en Argentina, fusionándolo con el Código de Comercio, sino que ha implicado un cambio en el sistema, que ahora se estructura con una pluralidad de fuentes que deben ‘dialogar’; se han reemplazado así las clásicas antinomias de los modelos decimonónicos. Es decir, los criterios tradicionales de interpretación —anterioridad, especialidad, jerarquía- no son ya exclusivos o suficientes, máxime frente a la constitucionalización del derecho privado.

Así, hablamos no sólo de un ‘diálogo horizontal’ entre el CCyCN y las leyes especiales -por ejemplo, la LCQ, sino también de un ‘diálogo vertical’ de estas normas con aquellas de fuente constitucional y convencional.

En este escenario, se impone la necesidad de reconstruir la coherencia del sistema jurídico en el cual existe una excesiva fragmentación, pluralidad de valores y paradigmas.

Principios como el ‘*pro homine*’, ‘*pro debilis*’ ‘*pro operario*’ o de protección al vulnerable -que surgen de los tratados ratificados por

13 Alegría, H. 2004.

el país y por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad-, la buena fe, el deber de prevención, entre otros, resultan rectores a la hora de evaluar la aplicación de una norma o su desplazamiento, teniendo en cuenta que las antiguas pautas interpretativas ya no son apotegmas a seguir.

Aparece aquí el concepto de ‘microsistema’.

Como sabemos, la Ley 26.994 considera autónomas a determinadas leyes especiales. Sin perjuicio de ello, las enlaza a través del nuevo criterio interpretativo. Conforme lo dispuesto en el Título Preliminar del CCyCN no puede prescindirse en ningún caso de la comunidad de principios ente la Constitución, el derecho público y el derecho privado (arts. 1º, 2º del CCyCN) y la mirada integradora del ordenamiento jurídico. La LCQ es de las llamadas ‘leyes especiales’ y considerada como un ‘microsistema’.

Dice Ricardo Lorenzetti, “la relación entre el Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema”, siendo “el Código quien define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento”, y por ello “la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas.”¹⁴

La persona humana es el centro de protección del sistema jurídico. Este debe ser el punto de partida para cualquier conclusión a la que arribe el intérprete, más aún ante la posible colisión de normas o principios.

Partiendo de este mega valor, más otros contenidos en la Constitución Nacional, sumándose a las cláusulas que surjan de los tratados internacionales, con jerarquía constitucional o supra-legal, es que la forma de interpretación exigida por el artículo 2º del CCyCN -diálogo de fuentes- tiene incidencias en una ley tan especial como lo es la LCQ.

Veremos a continuación algunos supuestos particulares y las diferentes soluciones que han adoptado los tribunales.

14 Lorenzetti, R. 2012.

5. Debates actuales en torno a las disposiciones de la ley concursal y las normas que protegen el derecho al trabajo

Comenzaremos este acápite poniendo de resalto que nuestro más Alto Tribunal ha destacado el carácter de norma de orden público de la LCQ.¹⁵ Es decir, existen principios generales que sostienen el procedimiento concursal y que son de orden público, que tienden a asegurar el derecho de propiedad, la igualdad de tratamiento a los acreedores, así como el debido proceso y de la defensa en juicio. Todos de raigambre constitucional.¹⁶

No obstante, encontramos algún fallo que nos recuerda que “La Constitución nacional protege el trabajo en sus diferentes formas y dispone que las leyes aseguren al trabajador los llamados derechos sociales que enumera el artículo 14 bis. El mandato constitucional se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a tales normas, en el marco que exigen las diversas formas de justicia.”¹⁷

Sin ánimo de agotar el tema -que resulta de por sí extenso- focalizaremos nuestro análisis en dos institutos previstos en la ley concursal: el pronto pago de créditos laborales y el régimen de privilegios.

15 “...la ley de concursos es una norma de carácter eminentemente procedimental y sus prescripciones, en particular las referidas a la competencia, atienden a principios superiores de seguridad jurídica y defensa en juicio de los derechos y constituyen materia de orden público, por lo cual, ni las partes, ni los funcionarios encargados de aplicarlas, pueden dejar de lado sus disposiciones”. CSJN, Arena, Evarista c. La Unión del Sud S. R. L. • 05/02/1998; También: CSJN, Savico S.A. c. Tietar S.A.C.I.F.y A., 17/03/1992, 315:316; CSJN, Garaffa y Cía., Orlando c. Acquarone Construcciones, Ignacio y otra s/ pedido de quiebra, 26/05/1983

16 CSJN, “Collon Cura”, LL 2003, C-732.

17 CSJN, 3/5/79, “Valdez, Julio c/Cintioni, Alberto, D.” DT, 1979-355.

5.1. *El pronto pago de créditos laborales*

La LCQ en el artículo 16 prevé expresamente la posibilidad de una preferencia temporal en el cobro de ciertos rubros del crédito laboral, la cual denomina “pronto pago de créditos laborales”. En el supuesto de la quiebra, la norma que lo consagra es el artículo 183.

Se trata de una tutela especial a los créditos de naturaleza alimentaria que permite que los trabajadores no tengan necesidad de esperar el trámite del proceso concursal para cobrar sus acreencias. El instituto fue modificado en el año 2006 (Ley 26.086) y la norma está prevista específicamente para los créditos de origen laboral.

Es interesante como punto de partida resaltar que la LCQ recepta este principio protectorio consagrado en la Constitución Nacional, y así lo ha interpretado la jurisprudencia: “El trabajador goza en el proceso concursal de un régimen tuitivo de sus derechos que se funda en un principio esencial del derecho laboral que es el llamado “principio protectorio”, que resume su objetivo de amparo del dependiente habilitando al magistrado a otorgar o suplir cuestiones que no se hayan solicitado en tiempo oportuno”.¹⁸

En cuanto al régimen particular del pronto pago, la construcción del instituto desde la LCQ se encuentra en armonía con el bloque de constitucionalidad. Tan es así que leemos que: “El pronto pago constituye una excepción al principio que indica que todos los acreedores deben aguardar a la liquidación final y distribución de los bienes del deudor; es una excepción fundada en su carácter alimentario, ya que de lo contrario se desvirtuaría el beneficio de prioridad temporal que implica el pronto pago.”¹⁹

Como vimos, en la quiebra, el instituto del pronto pago está contemplado en el art. 183, cuando regula el destino de los fondos que ingresen en la masa falencial, posibilita el pago anticipado a la dis-

18 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala D, 10-04-2008 Cita Digital: ED-DCCXCIV-945

19 “Unión Cañeros Azucarera Ñuñorco Ltda. SA s/Quiebra Pedida” (Incidente de Apel. de Sent. p/Próspero Barrionuevo), Cám. Civ. y Com. Tucumán - I Fecha:17-07-2020 IJ-CMXXV-595.

tribución final de ciertas acreencias laborales. Dispone que deberán pagarse de inmediato, adicionando -de esta forma- al carácter privilegiado del crédito una preferencia temporal de cobro. Sin embargo, la inmediatez está supeditada por el propio texto legal a que existan dichos fondos, al decir que se pagarán "...con los primeros fondos que se recauden o con el producido de los bienes sobre los cuales recae el privilegio especial...", y a que se haga "...reserva de las sumas para atender créditos preferentes..." debiendo aplicarse lo previsto por el art. 16 de la LCQ.

En virtud de ello, la quiebra o la falta de resultados provenientes de la explotación no constituyen óbice para el reconocimiento de este derecho, hallándose su efectivización o materialización condicionada a la existencia de fondos disponibles, a la existencia de remanente efectuada la reserva para acreedores preferentes y acotada a la concurrencia a prorrata de existir otros acreedores en igual situación.²⁰

En un fallo de la Cámara Nacional de Comercio se marcó la diferencia existente entre la titularidad de un derecho y su ejercicio. Así, la ausencia de continuación de explotación de la empresa no es una valla a la admisión de este derecho toda vez que los fondos que -en función del desapoderamiento- van ingresando durante la quiebra pueden provenir tanto de la realización del activo como de la percepción de las acreencias debidas al fallido.²¹

Finalmente, encontramos pronunciamientos relacionados con el instituto de la caducidad de instancia, Así, la Sala C de la Cámara Nacional de Comercio ha sostenido que "(...) en los que se verifica un crédito de naturaleza laboral, debe ser excluido el instituto de caducidad de la instancia con sustento en que, al remitir a las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que son aplicables

20 Rouillón, A. A. 2007.

21 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala B 27-06-2011 ED-DCCCXXII-30.

al procedimiento laboral, el art. 155 de la ley 18.345 expresamente excluye las disposiciones referentes a la caducidad de instancia.”²²

Según se expresó en el dictamen fiscal pronunciado en esa causa, en el ámbito del derecho del trabajo rigen principios específicos -como el protectorio, de rango constitucional, conf. art. 14 bis de la Constitución Nacional-, mientras que en el proceso laboral el principio dispositivo se encuentra limitado, pues se contempla expresamente el impulso de la causa de oficio. En ese marco, la Fiscalía destacó que “la aplicación de una norma procesal ajena al régimen laboral había importado la afectación de su régimen específico”.

Del análisis de las voces de los diferentes tribunales, podemos esbozar una primera conclusión sobre una armonía normativa entre las previsiones contenidas en el bloque constitucional sobre los derechos que posee la persona trabajadora y los principios que gobiernan el instituto del pronto pago.

Desde ese costado, la LCQ deja de lado el principio de la igualdad de tratamiento de los acreedores, basilar en el derecho concursal, para establecer una protección especial sobre los rubros del crédito laboral, a través del reconocimiento de privilegios y de la preferencia temporal para el cobro de los mismos.

5.2. Régimen de privilegios

5.2.1. Introducción

El privilegio es la “calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro.”²³ En la LCQ, el artículo 239 dispone que “existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones”.

A simple vista, se trata de un sistema cerrado. No obstante, conforme el diálogo de fuentes propuesto al intérprete, el concepto de

22 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala C, “Quality Argentina SA s/ Quiebra s/Incidente de Verificación de Crédito y Pronto Pago de López, Noelia L. y Otro” 11-02-2020, IJ-CMXIII-323.

23 Artículo 2753 del Código Civil y Comercial de la Nación.

numerus clausus que surge del artículo 239 LCQ, ha sido puesto en crisis la jurisprudencia del más alto Tribunal.

Conforme la pirámide concursal de cobro, los privilegios de los que goza el crédito laboral pueden ser: especiales o generales.

En relación con los privilegios especiales, el artículo 241 de la LCQ prevé que estos créditos se sitúan en la cima de la pirámide de cobro, teniendo siempre en cuenta que los fondos que se distribuyan sean los provenientes de la venta del bien que es asiento de ese privilegio especial.

En el caso particular de los créditos laborales, el inciso 2° de dicho artículo establece que los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, tienen privilegio sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación.

Este crédito es el único que posee doble privilegio en la ley concursal, por cuanto además de privilegio especial que poseen algunos rubros del crédito laboral, la gran mayoría tiene también privilegio general.

Sin embargo, no todos los rubros del crédito laboral tienen privilegio especial, la norma prevé que solo hasta seis remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad, despido, falta de preaviso y fondo de desempleo.

Por su parte, el asiento de este crédito está constituido por mercaderías, materias primas y maquinarias que estaban en el establecimiento donde prestó tareas el trabajador o que sirvan para la explotación donde trabajó este acreedor.

En cuanto a su extensión, el artículo 242 de la LCQ dispone como regla que el privilegio solo corresponde al capital de los créditos. No obstante, establece como excepción que, en los créditos laborales, el privilegio especial alcanza al capital y a los intereses por dos años.

En relación con el orden de cobro, el artículo 243 de la LCQ establece como regla general que los créditos que tienen como asien-

to el mismo bien, cobran según el orden de los incisos y si pertenecen al mismo inciso, cobraran a prorrata y contempla allí dos excepciones.

Por último, hay que destacar que el artículo 244 de la LCQ dispone que antes de efectuar el pago a los acreedores con privilegio especial deben reservarse las sumas necesarias para cancelar los gastos de: conservación, custodia, administración y realización que se hayan efectuados durante el trámite del concurso relacionados con los bienes que son el asiento de sus privilegios.

Por su lado, los créditos con privilegio general están enumerados en el artículo 246 de la LCQ Tienen la particularidad de que cobran de los fondos provenientes de la venta de todo el patrimonio del deudor y no de un bien en particular.

El inciso 1° de dicho artículo dispone que gozan de privilegio general los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones de accidentes de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos años contados a partir de la mora, y las costas judiciales, en su caso.

En este inciso se incluyen todos los rubros que componen un crédito laboral. Es más amplio que los conceptos enumerados en el artículo 241 inc. 2° de la LCQ, los que son taxativos, pues todo tipo de indemnización laboral goza de este privilegio, tal como indica la norma al final del párrafo.

Por regla general, la extensión de los privilegios generales solo alcanza al capital de los créditos, a excepción del crédito laboral, en el que también se extiende el privilegio a los intereses preconcursales por dos años y a las costas.

En cuanto a los intereses del crédito laboral, gozan de privilegio general y también de privilegio especial, pero siempre por un periodo total dos años. Lo mismo ocurre con los rubros del crédito laboral que tienen doble privilegio. Eso significa que si lo que se distribuye son fondos provenientes del asiento de su privilegio especial cobran

en el primer lugar de la pirámide y si se distribuyen fondos provenientes de la venta de otro activo del deudor, cobran en tercer lugar.

En cuanto a la forma de cobro de los créditos con privilegio general, el artículo 247 de la LCQ establece que solo pueden consumir el 50% de los fondos a distribuir, una vez cancelados los créditos con privilegio especial, los del artículo 244 de la LCQ y los créditos del artículo 240 de la LCQ.

No obstante, hay una excepción: solo las remuneraciones y salarios que hayan sido verificados con el privilegio general y no fueron cancelados como privilegiados especiales porque no alcanzaron los fondos provenientes del asiento de su privilegio o porque no existían esos bienes en el patrimonio de la quiebra, pueden consumir el 100% de los fondos a distribuir en esta etapa.

El resto de los créditos con privilegio general que al consumir el 50% del activo no alcancen a ser cancelados en su totalidad, en principio cobran entre ellos a prorrata y el saldo impago de ese crédito se convierte en crédito quirografario y pasa a integrar el grupo que está en ese escalón de la pirámide.

5.2.2. El Convenio OIT N° 173. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como hemos visto, el artículo 75 inc. 22, primer párrafo dispone que los tratados celebrados con las demás naciones, las organizaciones internacionales y la Santa Sede, aprobados por el Congreso, tienen jerarquía superior a las leyes. En ese carácter, los Convenios con la OIT ratificados por el país, tienen jerarquía suprallegal.

La Ley 24.285 (1/12/1993) en su artículo 1° ratifica el Convenio N° 173 sobre Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo²⁴ de la Organización Internacional del Trabajo.

A continuación, veremos algunos de los puntos del Convenio, aplicables en nuestro derecho interno, con carácter suprallegal (artículo 75 inciso 22, CN).

24 LXXIX Reunión, 1992.

El artículo 1° define a la insolvencia como “aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con el objeto de pagar colectivamente a sus acreedores.”

Por su parte, el artículo 5° dispone que “En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores debido a su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda.”

A continuación, el artículo 6° establece que “el privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes a: a) los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; b) a las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior; c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación del trabajo, y; d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo” (el subrayado nos pertenece).

En cuanto al ‘rango’ del privilegio, estamos ante una norma de suma importancia, ya que dispone que: “La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la Seguridad Social” (artículo 8.1).

Además del Convenio OIT N° 173, la Recomendación N° 180, “Sobre la Protección de los Créditos Laborales en Caso de Insolvencia del Empleador” en el punto 3.1) dice que “La protección conferida por un privilegio debería cubrir los siguientes créditos: (...) f) las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador (...)”.

Tanto las normas del Convenio OIT N° 173 como de la Recomendación N° 180 fueron receptadas por nuestro más Alto Tribunal, en el fallo “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ quiebra.”²⁵

En el caso, se trataba de un acreedor laboral que impugnó el proyecto de distribución de fondos presentado en la quiebra de su empleador ya que, de su crédito, derivado de un accidente de trabajo, solo se alcanzaba a cubrir el 7,5%, adjudicándose el 95% al Fisco Nacional (conforme artículo 247 de la LCQ).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a su reclamo. Fundamentó su decisión en que de conformidad con el Convenio OIT N° 173 “el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial a los del Estado y a los de la Seguridad Social (...)” y que “la Recomendación N° 180 de la OIT que complementa las disposiciones del Convenio, determina que el privilegio debería alcanzar, además, a las indemnizaciones por “accidentes de trabajo” y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador (...)”. Se reconoce que las recomendaciones de la OIT, aunque carecen de contenido propiamente normativo, tienen un importante valor a la hora de interpretar y determinar los alcances de las prescripciones de los convenios a los que se refieren debido al porvenir del mismo foro que les dio vida a éstos (Considerando 9).

Es importante destacar que el fallo la Corte sostiene *que* “la solución que a la que se arriba es, por un lado, la que mejor contribuye a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados y, por otro, la que brinda una respuesta apropiada a la singular situación del recurrente en esta causa, signada por una inusitada postergación del cobro de su crédito por causas que le resultaron ajenas” (Considerando 10).

Es un precedente de gran valor. Se recepta en el derecho interno a los instrumentos internacionales haciéndolos plenamente operati-

25 CSJN, “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/quiebra”, 26/03/2014, LL, 2014-C, 191.

vos, al postergar a los créditos del Fisco para dar cabal cumplimiento a la protección de los trabajadores y de las acreencias laborales.

6. Conclusiones

Luego del desarrollo que hemos realizado sobre el tema podemos aventurar algunas conclusiones.

La calidad de microsistema que se le atribuye al derecho concursal no justifica su interpretación estática y ajena a la realidad jurídica en la que opera, pues además de que su eficacia como norma de justicia distributiva radica en su adecuación a las nuevas realidades, no puede apartarse en su contenido de los nuevos principios y garantías constitucionales.

Si bien reconocemos principios jurídicos propios de la rama concursal, no podemos desconocer que hoy estos principios se encuentran en continua tensión con otros, como el principio 'protectorio' proveniente del derecho laboral, lo cual lleva a la necesaria ponderación de ellos.

No obstante, por sobre la letra expresa del articulado de la LCQ, los principios y valores comprometidos en el mismo sistema concursal, se encuentra la protección de la persona humana, sujeto de preferente tutela según su estado de vulnerabilidad.

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido la importancia del derecho del trabajo como un elemento central, fundamental y rector para el avance de la protección de los derechos humanos.

El mundo cambia y la puerta se abrió en 1994 cuando Argentina incorporó en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional instrumentos de derechos humanos con su misma jerarquía y en el cual se destaca que los tratados firmados con organizaciones internacionales tienen jerarquía supralegal.

En los casos en los que se plantean colisiones, como vimos, por ejemplo, el derecho de cobro que tiene un acreedor fiscal versus la

percepción del crédito de un acreedor laboral, el operador jurídico debe armonizar para lograr una sentencia razonable y fundada.

Vayan estos aportes para repensar este microsistema concursal como parte de un gran sistema jurídico integrado, en donde las fuentes del derecho ‘dialogan’ para encontrar la mejor solución al caso concreto.

Referencias

- Alegría, H. (2004). “Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal”, *Revista Jurídica Argentina La Ley, LL*, 2004-E, p. 723.
- Bidart Campos, G. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T. III. Ediar, Buenos Aires.
- Cattelán, P.C. (2021). “Los créditos laborales en los concursos. Situación del trabajador frente al concurso o quiebra del empleador” en *Manual de Derecho del Trabajo*. Erreius, Buenos Aires.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Compendio sobre derechos laborales y sindicales. Estándares Interamericanos (2020). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 331/20.
- Chomer, Héctor (Dir.) *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- Dalla Vía, Alberto R. (2017) “Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados”, *La Ley*, Ejemplar del 28/05/2017.
- Etala, C. A. (2019) *Contrato de Trabajo*. 1. Ley 20.744. Texto ordenado según decreto 390/76. Astrea, Buenos Aires.
- Fera, Mario Silvio (2021). “El constitucionalismo Social. La regulación constitucional y legal del derecho del trabajo”, en *Manual de Derecho del Trabajo*. Erreius, Buenos Aires.
- García Martínez, R. (h.) (1983). “Compaginación de principios concursales y laborales”. *Revista Jurídica Argentina La Ley, LL*, 1983-D, p. 554.
- Graziabile, D. (2018) *Instituciones de Derecho Concursal*. La Ley, Buenos Aires.
- Heredia, P. (2000). *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires.

- Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C. (2018) *Ley de Concursos y Quiebras comentada*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Lorente, Javier A. (2000) *Créditos laborales en los concursos*. Astrea, Buenos Aires.
- Lorenzetti, R. L. (2012). *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- Manili, P. (2017). *El bloque de constitucionalidad*. Astrea, Buenos Aires.
- Prono, R. (2017). *Derecho Procesal concursal*. La Ley, Buenos Aires.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, adoptada en el ámbito del Ministerio Público Fiscal mediante Resolución PGN 58/09 y en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, mediante suscripción de la Acordada de la CSJN 5/2009.
- Rivera, J. C. (2003). *Instituciones de Derecho Concursal*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- Rouillón, A. A. (2007) “Código de Comercio. Comentado y anotado”, T. IV-B. La Ley, Avellaneda. T. IV-B.
- Simón, J. C. (2017). “La incorporación del derecho internacional al derecho interno, jerarquía de las fuentes y el derecho del trabajo”. En: *En debate*. Derecho Laboral. La Ley, Buenos Aires.
- Villanueva, J. (2004). “Privilegios”. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

**EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES**
PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND THE NON GOVERMENTAL
ORGANIZATION

Magín Ramón Ferrer¹

Resumen

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público podríamos dividir al mundo en dos planos: por un lado, los sujetos de Derecho Internacional con determinadas capacidades, obligaciones y prerrogativas sobre la base de un conjunto de normas jurídicas internacionales. Por otro lado, actores o sujetos de las relaciones internacionales que, desde una óptica puramente sociológica, comparten y coexiste en el espacio internacional. Esto no quiere decir que estén desprovistos de protección jurídica dado que, justamente, son los Estados de manera individual los que la garantizan.

Dado el protagonismo adquirido por las fuerzas transnacionales, y en particular de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), nos proponemos reflexionar acerca de la posición internacional que han adquirido las ONG frente al Estado como actor internacional, nos preguntarnos si el derecho internacional debe ampliar o mejorar

¹ Licenciado en Relaciones Internacionales (USAL, 1997) Especialista en Relaciones Internacionales (UCSF, 2011). Profesor de Ciencia Política (UNL) Carrera de Derecho y Trabajo Social. Profesor de Fundamentos de la Ciencia Política, Teoría de las Relaciones Internacionales y Sistemas Políticos Comparados (UCSF) Carrera de Relaciones Internacionales. Investigador en la Universidad Católica de Santa Fe. rfe-rerrer@ucsf.edu.ar , ORCID ID 0000-0003-1872-5707.

su perspectiva en función de una complejización del espacio internacional y; por último, cual es el encuadre legal que tienen las ONG.

Palabras claves

Sujetos de derecho internacional; ONG; actores internacionales.

Abstract

From the point of view of Public International Law, we could divide the world into two planes: on the one hand, the Subjects of international law with certain capacities, obligations and prerogatives based on a set of international legal norms. On the other hand, actors or subjects of international relations who, from a purely sociological point of view, share and coexist in the international space. This does not mean that they are devoid of legal protection since, precisely, it is the individual States that guarantee it.

Given the prominence acquired by transnational forces and in particular NGOs, we propose to reflect on the international position that Non-Governmental Organizations (NGOs) have acquired vis-à-vis the State as an international actor, asking ourselves if international law should expand or improve its perspective based on a more complex international space and; finally, what is the legal framework that NGOs have.

Keywords

Subjects of international law; NGO; Internationals players.

1. Introducción

En la era de la globalización, de interdependencia compleja entre los Estados y demás actores del sistema internacional las soberanías nacionales han sido cuestionadas por una multiplicidad de factores, a saber: el sector tecnológico, el financiero a escala mundial, el terrorismo, los conflictos intra-estatales por la injerencia de otros Estados, las migraciones, los refugiados, el medio ambiente, el narcotráfico, las pandemias virales, etc.

El Estado territorial, otrora figura dominante, hoy comparte espacio con actores no territoriales: organizaciones internacionales de carácter gubernamental y organismos no gubernamentales, grupos de presión internacionales que pueden ser políticos, sociales, comerciales, religiosos, etc. La política internacional ha sido afectada y modificada por el accionar de estos nuevos actores, ejerciendo un peso significativo en el funcionamiento de los procesos mundiales o regionales. De hecho, y de acuerdo con Keohane y Nye, la transnacionalidad implica la participación activa de otros actores a través de ‘canales múltiples’ por fuera de los públicos/oficiales que conectan a las sociedades más allá de las fronteras.²

En este punto es dable señalar que, a pesar de que las fuerzas transnacionales hayan adquirido un mayor protagonismo, el Estado como unidad de dominación legal racional, de control político y sujeto pleno del Derecho Internacional sigue siendo el mismo. Es un error frecuente, mayormente en la literatura norteamericana, pensar que el Estado Nación tienda a desaparecer o esté ‘pasado de moda’ cuando históricamente se ha adaptado a todos los procesos internacionales. Además, y por sobre todas las cosas, posee el monopolio de la fuerza.

En vista de esto podríamos dividir al mundo en dos planos: por un lado, los sujetos de Derecho Internacional con determinadas capacidades, obligaciones y prerrogativas sobre la base de un conjunto de normas jurídicas internacionales. Por otro lado, actores o sujetos de las relaciones internacionales que, desde una óptica puramente sociológica, comparten y coexiste en el espacio internacional. Esto no quiere decir que estén desprovistos de protección jurídica dado que, justamente, son los Estados de manera individual los que la garantizan.

Este protagonismo en general de las fuerzas transnacionales y en particular de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) representa el desarrollo de la sociedad civil a nivel internacional, lo

2 Keohane R. y Nye J., 1988, p. 15.

que Antonio Truyol describió como el “elemento democrático de la sociedad civil”.³

El trabajo tiene como objetivo reflexionar acerca de la posición internacional que han adquirido las ONG frente al Estado como actor internacional, preguntarnos si el derecho internacional debe ampliar o mejorar su perspectiva en función de una complejización del espacio internacional y; por último, pero no menos importante, el encuadre legal que tienen las ONG.

2. Actor de las Relaciones internacionales

Nos apoyaremos en tres autores de la disciplina para ubicarnos en el concepto de actor de las relaciones internacionales. En primer lugar, tomamos a Caterina García Segura -citada por Ana Echart Muñoz⁴- que establece tres criterios para una definición de actor internacional:

El enfoque funcional frente al jurídico: es decir que no interesa el reconocimiento jurídico de una entidad a nivel internacional, sino su habilidad para mover recursos y obtener resultados e influir en el comportamiento de otros actores internacionales.

La relatividad y la temporalidad de los actores: toda entidad, grupo o individuo como actor internacional puede cambiar según las circunstancias. Ningún tipo de actor es eterno.

La diversidad: dejamos la soberanía como concepto clave y pasamos a usar la autonomía, automáticamente se amplían las posibilidades de considerar nuevos actores.

Estos tres criterios nos dan una perspectiva de la dinámica en las interacciones internacionales, distinta de la concepción estática del sistema internacional.⁵

3 Truyol y Serra, 1991, p. 128.

4 Echart Muñoz, Enara (2008), “Movimientos Sociales y Relaciones Internacionales. La irrupción de un nuevo actor”. Catarata, Madrid.

5 Ibidem, p. 28.

En segundo lugar, Guillermo Figari entiende a los actores internacionales como “aquellos grupos o entes que tienen influencia -en mayor o en menor grado- en la toma de decisiones sobre hechos que rebasan las fronteras de un Estado”.⁶

De esta manera comprendemos en el concepto de transnacionalidad aquellas acciones que tienen su origen en el sector privado, no a nivel público gubernamental, y que, como todo actor tiene influencia en la toma de decisiones que afectan al sistema internacional.

En tercer lugar, para Marcel Merle los actores son “toda autoridad, todo organismo, todo grupo e, incluso, en el caso límite, toda persona capaz de desempeñar una función en el campo social; en nuestro caso concreto en la escena internacional”.⁷

Así entonces el Estado sigue siendo el actor central clásico y con personalidad jurídica, pero sujeto a presión de otras fuerzas, e incluso la opinión pública.

Las fuerzas transnacionales se caracterizan por su diversidad y multiplicidad, lo que viene dado tanto por su naturaleza, estructura y dimensión como por sus objetivos. “Pueden abordar desde fenómenos duraderos y altamente organizados como la iglesia o las federaciones sindicales, por poner dos ejemplos, hasta la aparición espontánea de un estado de opinión en torno a un acontecimiento (guerra, desastre natural, etc.) que influya en los comportamientos de los Estados y de las organizaciones internacionales.”⁸

El fenómeno de las ONG se ha extendido por todo el mundo como la expresión más cabal de la sociedad civil internacional. Cada vez más, grupos humanos y sociales realizan actividades filantrópicas y solidarias. Este tipo de organizaciones constituye el elemento fundamental en la conformación de una cultura de la solidaridad, en donde la voluntad es la que impulsa la participación en este tipo de organización. No obstante, es justo mencionar que hay casos en los

6 Figari, 1997. Aclaramos que este autor entiende que las ONG son grupos de presión, pero vale la referencia por su concepto de “actor internacional”.

7 Merle, 2000, p. 341.

8 Barbé, 1995, p. 171.

que este tipo de organizaciones responden a intereses, públicos o privados, y actúan como grupos de presión en determinados países a los fines de obtener decisiones políticas y beneficios favorables al grupo inversor.

3. Alcances y consideraciones

Debemos aclarar de antemano que este fenómeno internacional constituye un proceso que en el siglo XXI encuentra organizada a la humanidad; en otras palabras “cada uno de nosotros forma parte de esta organización internacional, bien sea mediante actos privados y voluntarios (asociarnos a una ONG como Médicos sin Frontera) o mediante actos simples e inevitables de la vida cotidiana...”⁹ cuando al pagar nuestros impuestos permitimos, de esta forma, el aporte argentino al presupuesto de la Organización de Estados Americanos (OEA), o al exportar con los ‘incoterms’¹⁰ aceptamos las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), o al comprar un pasaje aéreo internacional aceptamos las normas de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA, por sus siglas en inglés).

Cabe entonces preguntarnos ¿Qué es una Organización Internacional? Como es sabido, en las ciencias sociales las definiciones sobre un mismo concepto que dan los distintos autores habitualmente no coinciden. Y con respecto a éste, el de Organización Internacional, parecería lógico considerarlas como el género y distinguir las según sean sus integrantes. Aquellas formadas por gobiernos -intergubernamentales- y aquellas formadas por individuos y/o grupos privados -no gubernamentales. Autores como Horacio Baldomir, Johann Galtung o Marcel Merle optan por esta lógica.

Desde el punto de vista jurídico, a pesar de no haber una única definición aceptada, existe cierto consenso en la doctrina respecto

9 Barbé, 1995, p. 151.

10 Término utilizado en el lenguaje legal del comercio internacional para identificar las cláusulas de un contrato de compra-venta entre dos partes de distinto país.

de los elementos que deben constituir la base de una organización internacional.

Según Julio Barboza, “estas asociaciones tienen cuatro caracteres fundamentales: están compuestas esencialmente por Estados...; son creadas por tratados; poseen una estructura orgánica permanente y una personalidad jurídica propia”.¹¹ Es a partir de esta explicación que Barboza introduce la diferencia con los organismos no gubernamentales al considerarlos como “valiosos auxiliares” en el accionar de las Organizaciones Internacionales amparadas en el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas. Así entonces queda aclarada la diferencia; unas, las Organizaciones Internacionales, están regidas por el derecho internacional y tienen personería jurídica internacional; mientras que las otras, las ONG, deben apoyar su red de trabajo en las leyes nacionales y no son sujetos del derecho internacional.

4. ¿Qué son las ONG? Algunas características y evolución

Dentro de la diversidad que caracteriza a lo transnacional es necesario distinguir dos grupos bien diferenciados, según su naturaleza y sus objetivos: el lucro sería el *modus operandi* por el cual se crean y crecen empresas transnacionales y multinacionales. Ahora bien, la ausencia de ese *modus* es lo que caracteriza a las ONG. Solidaridad y voluntarismo, por el contrario, son los rasgos sobresalientes de este fenómeno.

La gran cantidad de actividades, las diversas realidades donde trabajan y la variedad de estas organizaciones hacen que una definición abarcativa y general de las ONG sea una tarea difícil.

Ante desafíos globales tales como la pobreza, el deterioro del medio ambiente, el aumento de la población, las enfermedades, etc. los Estados y Organismos Internacionales han demostrado sus limitaciones al intentar dar respuesta. Es así como desde los 90', la socie-

¹¹ Barboza, 2001, p. 533. Hacen referencia a estos elementos constitutivos autores como Julio Barberis y Manuel Diez de Velasco, entre otros.

dad civil internacional irrumpe con fuerza en los procesos de toma de decisiones en estos temas convirtiéndose en actores importantes de las relaciones internacionales.

A modo enunciativo, ONG como Amnesty International o Greenpeace influyen sobre los Estados a través del monitoreo de políticas públicas. Casos como el de la Campaña Internacional para prohibir las mimas Antipersonales en 1997 desembocó en la Convención de Ottawa; la gran influencia ejercida de ONG de mujeres en las cumbres de Río, Viena y El Cairo modificaron la agenda y la negociación para comprometer a la Organización de Naciones Unidas (ONU) y los gobiernos con respecto al tema de la mujer; o aquellas ONG movilizadas en contra de la construcción de represas para evitar el consabido impacto ecológico lograron, al menos, reducir el número de proyectos y colar reformas a algunas políticas del Banco Mundial (BM).

La creciente importancia y capacidad de influencia queda plasmada no solo con los hechos y ejemplos que podamos mencionar, sino también al analizar las estadísticas. El primer foro en que las ONG tuvieron un papel importante en las deliberaciones formales de la ONU fue a través del Consejo Económico y Social (ECOSOC). En 1945, 41 ONG fueron reconocidas como entidades consultivas por el ECOSOC, en 1992 más de 700 habían logrado recibir reconocimiento como entidad de carácter consultivo general. El número ha ido aumentando constantemente hasta el presente con más 4.500 ONG con carácter consultivo al 2016.¹²

A pesar de haberlas nominado como tal en 1945 a través del estatuto de la ONU, su historia se remonta hasta la edad media en la que

12 <http://undocs.org/E/2016/INF/5>, 2016. "29 December 2016. There are 149 organizations in general consultative status, 3,389 in special consultative status and 975 on the Roster, for a total of 4,513 non-governmental organizations listed. The consultative status of 8 organizations in general consultative status and of 150 organizations in special consultative status is currently suspended (see chap. IV). The year in which an organization was granted status with the Council is given in parentheses, after the organization's name."

podemos encontrar actividades caritativas y educativas de la iglesia y misiones religiosas que se expandieron internacionalmente. Más adelante, la Orden de Rosacruz (SXVIII) y desde mediados del XIX el Movimiento Internacional de la Cruz Roja es un ejemplo válido.

Esther Barbé divide en 3 etapas la evolución histórica: la primera hasta el siglo XIX vinculada a lo religioso; un segundo período durante del siglo XIX, influenciado por las ideas liberarles (individualismo) y la caridad cristiana, se organizaron para hacer frente a las diferencias sociales creadas por la revolución industrial. Así, surgieron Cáritas (Alemania 1897), el Ejército de Salvación (Inglaterra 1865), etc. Por último, un tercer período, desde finales del siglo XIX hasta la actualidad marcado por la multiplicidad de organizaciones de alcance internacional, con agendas de trabajo cada vez más diversificadas: inicialmente fueron los desastres provocados por la guerra y después se fueron sumando las condiciones de vida del mundo subdesarrollado, la defensa de los derechos humanos, la ayuda sanitaria, etc.¹³

Para Barbé las ONGs son “asociaciones o grupos constituidos de manera permanente por particulares (individuos o colectivos) de diversos países (mínimo tres), que tienen objetivos no lucrativos de alcance internacional.”¹⁴

En los 30', antes del estatuto de la ONU, la terminología era variada y se usaban conceptos como organizaciones privadas (actualmente utilizado en el mundo de los negocios), agencias voluntarias, asociaciones transnacionales, el tercer sector, organizaciones de la sociedad civil, actores no-estatales, movimientos sociales, etc. El ECOSOC las define como “*any organization which is not established by inter-governmental agreement*” (Resolution 288 (X) the 27th February 1950), “*including organizations which accept members designated by government authorities, provided that such membership does not interfere with the free expression of views of the organizations*” (Resolution 1296 (XLV) of 25th June 1968).¹⁵

13 Barbé, 1995, p. 173

14 Barbé, 1995, p. 177.

15 <http://www.un-documents.net/1296.htm>, 1968.

Hablar de grupos transnacionales y organizaciones no conformadas por Estados implica que podemos incluir la casi totalidad de las entidades que operan a nivel internacional no integradas por gobiernos; con ello nos referimos a entidades políticas, religiosas, económicas, comerciales, etc. y cada definición que apuntemos incorporará un elemento más que tornará más abarcativa a la noción de ONG.

Para no abundar en múltiples definiciones, ya que nos alejamos del objetivo del trabajo, mencionaremos brevemente el aporte de Marcel Merle al respecto: “todo grupo, asociación o movimiento constituido de forma duradera por particulares pertenecientes a diferentes países con la finalidad de alcanzar objetivos no lucrativos.”¹⁶

Los Estados se mantienen reacios a otorgar un estatus jurídico apropiado acorde con su naturaleza y funciones, de ahí que deban adecuarse a la legislación del país donde residan.

La internacionalidad de las ONGs viene dada no solo por las diferentes nacionalidades de sus integrantes, sino también por su accionar en distintos países. Por eso, aquí las consideramos entidades jurídicas de derecho nacional debido a que están obligadas a colocarse bajo el paraguas legal del país que hayan elegido sede. Esto resulta así ya que no están formadas por un tratado internacional que les otorgue competencias por sobre los Estados signatarios. No obstante, en la mayoría de los casos, poseen una buena relación con los Estados y las Organizaciones Internacionales.¹⁷

A priori podemos decir que son entidades del derecho nacional por la negativa de los Estados a otorgarles estatus jurídico internacional. Deben tener una estructura no solo duradera, sino también internacional, es decir, una sede central y diversas oficinas de representación en no menos de tres países, poseer una estructura democrática, estar conformadas por personas privadas fundamentalmente (fuera de la influencia gubernamental), ser voluntarias: libre de afiliación y con objetivos ajenos a todo beneficio lucrativo y orientadas al interés general. A esto debemos agregar que la financiación de estas organi-

16 Merle, 2000, p. 413.

17 Ferrer, 2004.

zaciones (cuestión delicada que puede ser tema de otro trabajo) ha de provenir de aportes individuales y que sus acciones deberían contar con autonomía plena.¹⁸

5. Cuestiones del Derecho Internacional Público

A esta altura, tenemos que preguntarnos si dentro de un contexto en constante transformación producto de una cambiante y compleja sociedad internacional, el derecho internacional público, como ordenamiento jurídico, no debería ser un reflejo de estas transformaciones o al menos tratar de adaptarse a la existencia y dinámica de los distintos actores internacionales.

Antes de responder, es de destacar que la naturaleza del derecho internacional público ha evolucionado en virtud de una serie de cambios en la conformación del sistema político internacional y de la aparición de instituciones fundadas en un modelo de orden mundial más justo y pacífico.

Sin embargo, y acá iniciamos la respuesta al interrogante, los principios, normas y procedimientos del derecho internacional continúan siendo netamente 'estatocéntricos'. Al mismo tiempo, vemos que el Estado, como actor central del sistema internacional, se mantiene intransigente frente a la posibilidad de aumentar la cantidad de sujetos.

Subyace la cuestión política propia del mismo funcionamiento estatal del sistema internacional que, a pesar de que el derecho internacional muestre una progresiva tendencia hacia el aumento del círculo de sujetos y que tienda a englobar nuevas situaciones para ampliar su campo de acción, conserva sus principios fundamentales y solo regula las relaciones entre sujetos. La cuestión queda en buenas intenciones y perspectivas.

18 Ibidem. De nada serviría que, por ejemplo, Greenpeace reciba aportes económicos para su sustento de petroleras a nivel mundial porque muy poco podría controlarlas y alertar a las autoridades por posibles peligros ambientales.

Esta más que claro que la actual realidad requiere de una reforma estructural del sistema jurídico internacional para hacer frente a los problemas. Lo que se necesita es el reconocimiento de la existencia de nuevos actores que hace tiempo cumplen las funciones que tradicionalmente cumplían los Estados.

Frente a esta situación entra en juego el concepto jurídico de persona o sujeto internacional: sujeto de Derecho Internacional Público es aquel titular de derechos y obligaciones otorgadas por normas jurídicas internacionales. Así, los requisitos para ser sujeto de derecho internacional son:

- a. Ser creadores de normas internacionales;
- b. ser destinatarios de las normas internacionales;
- c. incurrir en responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de sus obligaciones internacionales y,
- d. estar legitimados para presentar una reclamación internacional contra el autor de un hecho ilícito internacional.

La sola presencia de las ONG en el sistema internacional demuestra las insuficiencias del Derecho Internacional Público y manifiesta la cruda realidad estatista del ordenamiento internacional. El mundo ya no es solo de los Estados, ya no es ciento por ciento 'westafaliano' o exclusivamente 'estatocéntrico', pero tampoco deja de serlo.

La creciente dimensión de lo no estatal ha superado a la realidad del derecho internacional público, ha sobrepasado el marco normativo jurídico internacional debido a que ésta ya es parte del sistema internacional.

6. Marco jurídico de las ONG

Las ONG, al no estar integradas ni creadas por Estados, carecen de estatus jurídico internacional. Por ello las consideramos como entidades del derecho nacional y no pueden invocar autoridad fuera del territorio en el que legalmente están asentadas. Por con-

siguiente, deben establecerse en distintos países y amoldarse a la legislación de cada país. Hablamos entonces de ONG nacionales como por ejemplo Comité Olímpico Argentino, Cruz Roja Argentina, Greenpeace Argentina. Para ser consideradas internacionales deben haberse establecido en más de tres países y estar interconectadas entre sí, y de esta manera tenemos Organizaciones Internacionales No Gubernamentales como por ejemplo el Comité Olímpico Internacional, la Cruz Roja Internacional, Greenpeace, etc.

El problema del estatus jurídico internacional de las ONG se considera irresoluble, mientras los Estados no cedan en sus prerrogativas soberanas para brindarles plena autonomía jurídica será inalcanzable.¹⁹

No obstante, el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas establece que “el ECOSOC podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo...”.²⁰ En otras palabras, ONU prevé la posibilidad de establecer consultas con ONG. Este estatus consultivo se otorga a las ONG en reconocimiento por su labor, brindándoles mayor legitimidad a sus actividades y permitiendo que a nivel mundial gocen de él.

Los arreglos consultivos están regidos por la Resolución 1296 (XLIV), del 23 de mayo de 1968. En 1996 el ECOSOC revisó sus mecanismos de consulta con las ONG y el resultado fue la Resolución 1996/31, que describe los requisitos de elegibilidad para carácter consultivo, los derechos y obligaciones de las ONG reconocidas como entidades consultivas, los procedimientos para la retirada o suspensión del carácter consultivo, el papel y las funciones del Comité del ECOSOC sobre organizaciones no gubernamentales y las responsabilidades de la Secretaría de las Naciones Unidas en apoyo a la relación consultiva.

19 Ferrer, 2004.

20 NACIONES UNIDAS, S/D. Capítulo 10: El Consejo Económico y Social. Procedimientos.

El estatus consultivo se concede por el ECOSOC, por recomendación del Comité de las ONG, que se compone de 19 Estados miembros.²¹

Este marco jurídico ha permitido no sólo mejorar los vínculos entre las Organizaciones Internacionales, que representan los intereses de los Estados, y la sociedad civil representada por las ONG, sino privilegiar el funcionamiento de las ONG ya que como órganos de consulta tienen la posibilidad de obtener más información, más opciones de recursos, es decir, de ser más creíbles e influyentes.

El artículo 71 es la base jurídica sobre la que se articula la relación entre las ONG y ONU; el canal de comunicación es el ECOSOC. Debido a que la relación puede ser variada y multifacética se establecieron 3 categorías consultivas:

- a. las de carácter consultivo general;
- b. las de carácter consultivo especial y,
- c. las que se incluyen en la Lista.

En las primeras, las de carácter consultivo general, es reservado para las grandes ONG internacionales cuyo ámbito de trabajo cubre la mayoría de los temas en la agenda del ECOSOC, tienen un amplio alcance geográfico y sus órganos subsidiarios tienen intervención en el orden del día de las Sesiones del ECOSOC, ejemplos: Confederación

21 El Comité fue creado en 1946 pero su mandato ha sido revisado en varias ocasiones y el actual está incluido en la resolución del ECOSOC 1996/31. El Comité se compone de 19 miembros que han sido elegidos teniendo en cuenta un criterio de representación geográfica equitativo: 5 miembros procedentes de Estados africanos; 4 de Estados asiáticos; 2 de Estados de Europa del Este; 4 miembros de Estados latinoamericanos y caribeños; 4 miembros de Europa occidental y otros Estados. Los estados ocupan sus cargos durante cuatro años. Los países por el período 2015-18 son: Azerbaijan, Burundi, China, Cuba, Grecia, Guinea, India, Irán, Israel, Mauritania, Nicaragua, Pakistán, Federación Rusa, Sudáfrica, Sudan, Turquía, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. Fuente: <http://research.un.org/es/ngo>.

Mundial del Trabajo (CMT), Unión Interparlamentaria, Federación Internacional de Productores Agropecuarios (FIPA), etc.

Las segundas, las de carácter consultivo especial, son las ONG que tienen una competencia especial, se refiere específicamente a sólo algunos de los ámbitos de actividad cubiertos por el ECOSOC, presencian reuniones del ECOSOC y presentan informes. Ejemplos: Federación Internacional de Periodistas (FIP), Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Congreso Mundial Judío (WJC, por sus siglas en inglés), etc.

Por último, las organizaciones que solicitan el estatuto consultivo, pero no encajan en ninguna de las otras dos categorías se suelen incluir en la Lista. Estas ONG tienden a tener un enfoque más específico y/o técnico.

Este estatus consultivo, frente a la realidad planteada anteriormente, ha quedado obsoleto desde el punto de vista de su encuadre legal. Lo que pasa en la cotidianidad ha superado holgadamente lo que oportunamente fue planteado en el artículo 71. Los organismos especializados de la ONU, como por ejemplo: Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), establecieron sus propios mecanismos de consultas con las ONG con el objetivo de ensanchar sus fuentes de información y para el desarrollo de determinados proyectos sobre el terreno.

Debido a su falta de legitimidad jurídica internacional, las ONG no tienen relevancia jurisdiccional internacional. No puede iniciar ningún tipo de demanda ante los tribunales internacionales. Solamente en algunos ámbitos regionales se les reconoció esta capacidad a través de la figura *amicus curiae*, por ejemplo, en los tribunales de derechos humanos de Europa y América.²²

De esta manera y gracias a su contribución, aporte e influencia ejercida sobre la aplicación del derecho, las ONG se han dispuesto

22 Nuñez Peguero, 2012.

también a obtener por parte de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) la condición de *amicus curiae*. Condición que, sin ser parte del proceso y si la corte decide otorgar tal prerrogativa, proporciona información extra a la brindada por los litigantes.²³

Según Núñez Peguero negarles la subjetividad internacional a las ONG es una cuestión de tecnicismos jurídicos. Esto solo acontece porque nos encontramos ante un tema que toca los cimientos del derecho internacional público. De alguna u otra manera, con matices, con aciertos y errores tal como pasa con los sujetos pleno de derecho internacional, los cuatro requisitos para ser sujeto se cumplen. Es tiempo de que se les otorgue una auténtica capacidad jurídica internacional; la conversión de actores sociales en sujetos del derecho internacional público no es descabellada tal como se demuestra con el particular caso de la Cruz Roja Internacional.

El CICR merece un párrafo aparte. La capacidad de las ONG no es estándar, algunas cuentan con una capacidad de acción amplia y potenciada por el derecho internacional en comparación con otras de acción limitada. Tal es el caso de la Cruz Roja “cuyo grado de desarrollo ha llevado a considerarla por la mayoría de la doctrina como un sujeto sui generis del derecho internacional público”.²⁴

La Cruz Roja es destinataria de normas internacionales como, por ejemplo: los Convenios de Ginebra en 1949 respecto de los conflictos armados, los acuerdos firmados con los Estados en los que se ha instalado, los acuerdos de cooperación firmado con diversas organizaciones internacionales, etc. Esta capacidad de firmar acuerdos internacionales se suma a otra que es la de proteger a sus funcionarios y de ahí se desprende que pueda realizar reclamaciones internacionales frente a Organismos o Estados.

23 Según Núñez Peguero la figura del *amicus curiae* es controversial ya que los artículos del estatuto de la CIJ hablan de “organizaciones internacionales” y algunos autores fuerzan la interpretación para abarcar a las No Gubernamentales permitiendo su participación en procedimientos de carácter consultivo.

24 Núñez Peguero, 2012, p. 334.

8. El caso argentino

En nuestro país para identificar a las ONG o a las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) se utiliza el término de asociación civil y el de fundación tanto en el artículo 33 del viejo Código Civil como en los artículos 148,168 y 193 y subsiguientes del nuevo Código Civil y Comercial.

A los fines de nuestro trabajo el nuevo Código Civil y Comercial en su art. 145 clasifica a las personas jurídicas en públicas o privadas. El artículo 148 identifica las privadas como: las sociedades, las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones, las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal y toda aquella a la cual una norma le otorgue ese carácter.

Más específicamente el Capítulo 2, Sección 1, desde el artículo 168 al 186, regula a las Asociaciones Civiles de manera exhaustiva estableciendo que “debe tener un objeto que no sea contrario al interés general ni al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales. No pueden perseguir el lucro como fin principal, ni pueden tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.”²⁵

Ahora bien, el Capítulo 2, Sección 1, desde el artículo 193 hasta el 224 regula a las Fundaciones y las define como “personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines.”²⁶

Las Fundaciones tienen regulación actual (anterior al Código) desde 1972, con la sanción de la Ley 19.836, que regula este tipo de entidades cuyo órgano regulador es la Inspección General de Justicia.

25 Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, Ley 27.077, 2015, p. 54.

26 Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, Ley 27.077, 2015, p. 59.

9. A modo de cierre

Evidentemente la esencia del derecho internacional público se ha visto perturbada frente a esta controversia. La conversión de un actor social de las relaciones internacionales a sujeto de derecho requiere de una reflexión tal que toca los cimientos del orden internacional.

Históricamente, frente a los distintos cambios de orden internacional, los Estados se adaptaron y modificaron sus estructuras para no quedar a la retaguardia. El derecho internacional público no quedó exento de esos cambios y también sufrió evoluciones cambiando su concepción de clásico a moderno.

Pues bien, frente a este momento de nuevas formas, nuevos jugadores globales, problemas nuevos y viejos irresueltos, conflictos intra-estatales, actores internacionales que ya no son nuevos, pero es tal su presencia e influencia que es imposible ignorarlos, lo necesario es una revisión, reflexión y modificación de los patrones jurídicos de regulan este orden de cosas.

Tal y como está, en este contexto las ONG terminaron convirtiéndose en apéndices o complementos del Estado y de las organizaciones internacionales. El derecho internacional no permite otorgarles una amplia capacidad jurídica, pero sí una limitada, funcional y excepcional subjetividad internacional.²⁷

Es sumamente destacable la condición de excepcionalidad que ha adquirido el CICR. Condición que resulta insuficiente para superar la falta de reconocimiento, pero al menos es un principio.

Recomiendan, aconsejan, influyen en decisiones que afectan al curso de la vida, pelean por el cumplimiento de las normas y para que se creen nuevas, etc. Estas son acciones que, en campos como el medio ambiente, la protección del patrimonio cultural, los derechos humanos, el comercio internacional, el desarme, los derechos de niños y mujeres, la protección del inmigrante, no pasan desapercibidas.

²⁷ Núñez Peguero, 2012, p. 335.

Referencias

- Barbé, Esther (1995), "Relaciones internacionales". Tecnos, Madrid.
- Barboza, Julio. (2001) "Derecho Internacional Público". Zavalía, Buenos Aires.
- Beigbeder, Yves (1992), "Le rôle international des organisations non gouvernementales". Btuylant, Bruselas.
- Diez de Velazco, Manuel (1999), "Las Organizaciones Internacionales". Tecnos, Madrid.
- Diez de Velazco, Manuel (2001), "Instituciones del Derecho Internacional". Tecnos, Madrid.
- Echart Muñoz, Enara (2008), "Movimientos Sociales y Relaciones Internacionales. La irrupción de un nuevo actor". Catarata, Madrid.
- Ferrer, Magín Ramón. (2004), "Las Organizaciones No Gubernamentales". Revista Politikós, N°3, 35-59.
- Figari, Guillermo (1977), "Las Organizaciones Internacionales como actores internacionales". Revista Argentina de Relaciones Internacionales N°9. Rosario.
- Keohane, Robert y NYE Jhosep (1988), "Poder e Interdependencia. La Política Mundial en transición". G.E.L., Buenos Aires.
- Merle, Marcel (2000) "Sociología de las Relaciones Internacionales". Alianza Universidad, Madrid.
- Núñez Peguero, Ismeldi (2012) "Subjetividad internacional de las ONG". En Estado de Derecho Internacional / coord. por Manuel Becerra Ramírez, Nuria González Martín, México, 321-335
- Truyol y Serra, Antonio (1991), "La Sociedad Internacional". Alianza, Madrid.
- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994, Ley 27.077. (2015) Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- <http://www.un-documents.net/1296.htm> E/RES/1968/1296
- <http://undocs.org/E/2016/INF/5>
- Carta de Naciones Unidas: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf

EL DERECHO A LA VIVIENDA EN ARGENTINA THE RIGHT TO HOUSING IN ARGENTINA

Esteban Exequiel Maidana¹

Resumen

En el presente artículo, nos proponemos efectuar una descripción socio-jurídica del derecho a la vivienda en Argentina, dada la insoslayable relevancia que reviste en el esquema de derechos humanos y las consecuentes afectaciones a los derechos que se derivan de su inadecuada tutela. En ese contexto, explicamos los fundamentos jurídicos de la tutela, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en las constituciones nacional y provincial. Del mismo modo, delimitamos los alcances de la protección, tanto en la jurisprudencia como en las opiniones consultivas de los organismos internacionales. Asimismo, procuramos dilucidar el rol que le cupo históricamente al Estado en esta problemática y las obligaciones que surgen del plexo jurídico actual y que han sido recogidas por la jurisprudencia.

Palabras clave

Derecho humano; protección; vivienda

1 Esteban Exequiel Maidana. Abogado, escribano público, profesor en Ciencia Jurídica, especialista en Docencia Universitaria, doctorando en Derecho. Adjunto regular a cargo de Sociología Jurídica y adjunto de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCSF, Santos Mártires. Posadas, Misiones, Argentina. estebanmaidana1@gmail.com. ORCID 0000-0003-0877-8530.

Abstract:

Given the unavoidable relevance included in the human rights schema and the subsequent impact in the rights arising from inadequate tutelage; therefore, in this article, we aim to give a social and legal description of the right to housing in Argentina. In this context, we explain the legal basis of the tutelage in the International Human Rights law, as well as in the National and Provincial Constitutions. Likewise, we define the scope of protection, not only in jurisprudence but also in the advisory opinion of the international organizations. Furthermore, we attempt to elucidate the historical role played by the State in this matter and the obligations arising from the current legal plexus, which have been collected in jurisprudence.

Key words:

Human rights; protection; housing

1. Introducción

Explicaba Nino que los derechos humanos o derechos fundamentales son un “invento” del hombre, en cierto sentido “artificiales”, o sea, que, “como el avión o la computadora, son producto del ingenio humano”; pero con una importancia superlativa por sobre los demás inventos, puesto que es, de hecho, “el mejor invento del siglo XX”.²

El ‘invento’ de los derechos humanos surge de un “un consenso mundial que se apoya en las nociones de dignidad y libertad comunes a todas las culturas y civilizaciones.”³ Es decir, que los derechos humanos constituyen una gran anuencia entre las sociedades del mundo, que comulgan en la necesidad de garantizar algunos estándares mínimos de calidad de vida para quienes habitan la tierra. Estos estándares van desde prerrogativas civiles y políticas -como

2 Nino, C. 1989.

3 Pinto, M. 2004.

la libertad personal, la participación democrática o el ejercicio del comercio, hasta derechos económicos, sociales y culturales -como la educación, la salud o la vivienda. En el presente artículo, nos abocaremos al estudio del último de los mencionados: el derecho a la vivienda.

La idea de vivienda ha ocupado desde antaño un lugar central en las preocupaciones y los estudios de las diversas ramas de la ciencia, la filosofía y las artes. En principio, y desde esta última disciplina, es dable recuperar una alocución que aflora de la pluma de Mario Benedetti, quien ha logrado captar un aspecto central de la noción, cuando nos dice “Esta es mi casa. Aquí sucedo”.⁴ Aun cuando, como veremos, el concepto tiende a complejizarse, la casa o la vivienda es esencialmente eso, y su insoslayable relevancia para el ser humano radica en esta idea: la vivienda es el lugar donde el individuo y su núcleo familiar ‘suceden’, en tanto desarrollan y cimientan gran parte de su vida.

Por esta circunstancia es que creemos que abordar el derecho a la vivienda implica, por supuesto, abocarse al estudio de las problemáticas habitacionales, de gran preeminencia por sí mismas; pero también implica inmiscuirse en toda la problemática de derechos humanos, puesto que resulta imposible, desde nuestra óptica, pensar en la cuestión de la educación, de la salud o de la alimentación -por ejemplo- sin preocuparse por la vivienda. Ello así toda vez que se reconoce universalmente la importancia superlativa que posee el derecho a la vivienda en el cúmulo de derechos fundamentales, dado que contar con una adecuada cobertura del derecho a la vivienda resulta fundamental para tener también una debida cobertura de otros derechos humanos, todos interdependientes entre sí, como indica Donnelly, que considera a los derechos humanos de forma holística “como una estructura indivisible, en la cual el valor de cada derecho se ve incrementado por la presencia de los otros”.⁵

4 Esta es mi Casa, 1950, Mario Benedetti.

5 Donnelly, J. 1993.

Entonces, en los párrafos que siguen, desde una óptica descriptiva, brindaremos una aproximación a la noción de derecho a la vivienda y la reglamentación de su tutela, pero anticipando que, por vía de la interdependencia de los derechos humanos, dicha tutela repercute en todo el cúmulo de derechos fundamentales y debe ser entendida como un aspecto prioritario de la protección jurídica de las personas.⁶

2. Desarrollo

2.1. La vivienda humana

Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE),⁷ el vocablo ‘vivienda’ proviene del latín *vivenda*, que hace referencia a “cosas con que o en que se ha de vivir”; y lo define como un “lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas”. En similar sentido, el término casa, explica la RAE, proviene también del latín *casa*, que refiere a ‘choza’ y se define como un “edificio para habitar”. Podemos ver que en ambas definiciones se halla presente la idea de habitar, o de hábitat, que apunta, como bien indica Leff, “al espacio donde se desarrollan las actividades productivas, culturales, estéticas y afectivas del hombre”⁸ y del cual la vivienda es el elemento físico por excelencia.

Plazola efectuó un estudio historiográfico de la vivienda desde los albores de la vida humana, explicando que, luego de habitar en un principio las copas de los árboles, las grietas y los acantilados (hablamos del denominado *austrolopithecus*), los primeros hábitats del género *homo* fueron las grutas de las cuales fue expulsando a los de-

6 Ya nos hemos expedido en un trabajo anterior sobre la cuestión de la vivienda y la interdependencia de los Derechos Humanos, por lo que nos remitimos a lo allí dicho (Maidana, 2020a).

7 Disponible on line en <https://dle.rae.es/casa>.

8 Leff, E. 2002.

más seres con el correr los siglos, y las primeras construcciones de vivienda que se conocen, fueron cabañas rudimentarias encontradas en Niza, Francia, de unos 40.000 años de antigüedad.⁹ Claramente, desde esa época a la actualidad, el hábitat humano y la vivienda, tanto en aspectos cualitativos como cuantitativos, ha ido complejizándose notablemente y hoy, la vivienda se concibe como “un elemento físico-espacial dividido en espacios en donde se realizan diferentes actividades, contenidas por paredes, pisos y cubiertas en uno o varios materiales, ya sea ubicada en algún lugar de la ciudad o el campo; además, facilita la utilización de diferentes servicios tales como el agua, evacuación de residuos sólidos, energía eléctrica, servicios que mejoran la calidad de vida de sus habitantes.”¹⁰

Pero lo cierto es que, ya sea desde un inicio como elemento primordial para protegerse del ambiente hostil y de los depredadores, hasta hoy como pilar fundamental del descanso y la vida familiar, la vivienda siempre ha registrado una prominencia social insoslayable para la vida de las personas y el progreso de las comunidades; de allí que sus déficits y el modo de resolverlos haya sido una preocupación social y política importante para la humanidad.

2.2. Las problemáticas habitacionales argentinas, del ‘conventillo’ a las intervenciones estatales

En Argentina, los primeros problemas relevantes en materia de deficiencias habitacionales empiezan en la segunda mitad del siglo XIX, con el período de mayor crecimiento demográfico de nuestro país,¹¹ motivado por un marcado flujo de inmigrantes que, atraídos fundamentalmente por las grandes ciudades argentinas, inmediatamente se radicaban en ellas, generando un caos habitacional de

9 Plazola, C. A. 2001.

10 Barcenás, Y. 2015.

11 Según datos de Suriano (1983), citado por Cravino (2006), entre 1880 y 1910 entraron al país unos cuatro millones de habitantes, y se radicaron en Buenos Aires cerca de un 60%.

proporciones notables. En este primer momento, el Estado argentino delega la solución del problema habitacional exclusivamente en el mercado, sin intervenir mediante políticas públicas activas. Estos sectores inmigrantes -de muy escasos recursos- comenzaron a alojarse en una suerte de inquilinatos denominados ‘conventillos’, con serias deficiencias, tanto cualitativas como cuantitativas.

A principios del siglo XX, observamos las primeras intervenciones estatales en el ámbito de las viviendas populares, que, como bien indica Cravino, tienen en dicho momento una neta finalidad higienista, es decir, no buscan una solución habitacional para los damnificados, sino solamente evitar la propagación de las enfermedades que se generaban en los conventillos.¹² Entonces, las medidas estatales de la época se circunscriben a procurar por todos los medios desalojar y exterminar los ‘conventillos’. Esta circunstancia deriva en el estallido de la llamada ‘huelga de los inquilinos’ de 1905, que produce, entre otros relevantes efectos, la visibilización pública de la profunda crisis habitacional. Así, en el mismo año, se inician las primeras políticas públicas en materia de acceso a la vivienda, con la ley 4824 o “Ley Irigoyen” -denominada así por su impulsor, el diputado Ignacio Irigoyen-. Mediante dicha norma, se autoriza a la Municipalidad de Buenos Aires a invertir \$2.000.000 para la construcción de casas para obreros, dinero utilizado en 1908 para edificar 58 viviendas en un predio donado por Azucena Buteler.¹³ Las viviendas serían luego alquiladas a los obreros a montos accesibles.

A partir de este antecedente, se suscitaron varias obras similares en los años siguientes, todas con alguna participación estatal, pero fundamentalmente mediante la intervención de organizaciones filantrópicas o de la Iglesia Católica. En relación a la intervención estatal, esta irá en aumento a partir de este hito, puesto que en lo sucesivo se dictan: en 1910 la ley 7102, que destina un porcentaje de lo recaudado por las carreras de caballos a la adquisición de casas para obreros; en 1911, la ley 8172 que habilita los empréstitos por parte del

12 Cravino, A. 2006.

13 Gutiérrez, I. y Suriano, J. 2006.

Banco Hipotecario para la vivienda y, en 1915, la ley 9677 que crea la Comisión Nacional de Casas Baratas. Esta Comisión construyó entre 1919 y 1942, cerca de mil casas en Buenos Aires, habiendo también efectuado obras en Paraná, Viedma, Formosa y Córdoba.¹⁴

En las décadas subsiguientes, los vaivenes políticos han ocasionado sucesivos aumentos y disminuciones en la cuantía y tipo de intervenciones estatales y en las políticas públicas ensayadas para paliar los déficits habitacionales, pero siempre se ha reconocido la necesidad de una cuota de presencia estatal para lograr mejoras en materia de vivienda.

Esta cuestión se fundamenta hoy -desde el punto de vista político-, no ya en una mirada higienicista del hacinamiento y de las carencias habitacionales, sino fundamentalmente en lo que ya hemos dicho, la superlativa preeminencia que reviste la vivienda adecuada para el goce de los derechos y el desarrollo humano; sumado a la imposibilidad de gran parte de la sociedad de procurarse una morada de condiciones adecuadas por medio de los carriles del mercado.

2.3. La existencia de un derecho a la vivienda

Si, como hemos dicho en el apartado que antecede, justificamos la necesidad de políticas públicas de vivienda no ya en la higiene social, sino en la necesidad del sujeto de contar con una vivienda adecuada y la imposibilidad de procurársela, debemos determinar si nos hallamos o no en presencia de un efectivo derecho del individuo a acceder a la vivienda y, en su caso, qué aspectos comprende la protección de dicho derecho.

Respecto del primer interrogante, adelantamos una opinión afirmativa, puesto que partimos de la base de que la existencia de dicho derecho como parte del andamiaje de derechos humanos de los individuos es indiscutible, ergo, sostenemos que cada persona tiene derecho a acceder a una vivienda. Ello así no solo porque dicha prerrogativa surge de la normativa internacional de los derechos hu-

¹⁴ Cravino, A. 2006.

manos, sino también porque se halla inmersa en los propios textos constitucionales y ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia imperante. Ahora bien, relacionado con el segundo postulado, si además de argumentar su existencia, intentamos delimitar los alcances de dicho derecho, corresponde hacer más precisiones y la discusión se prolongará por algunos párrafos más.

El derecho a la vivienda es una de las prerrogativas que se encuentran incluidas dentro del género 'derechos económicos, sociales y culturales' (DESC), cuyo reconocimiento y protección ha ido evolucionando notablemente. Explica Bidart Campos que los derechos sociales se incorporan a la protección constitucional del mundo a partir de la primera posguerra del siglo XX, siendo sus primeras expresiones la Constitución de México, dada en Querétaro en 1917, y la Constitución alemana de Weimar en 1919.¹⁵ En Argentina, por su parte, se produce un fenómeno curioso: los derechos sociales se incorporan primeramente al constitucionalismo provincial, para pasar a la Constitución de la Nación Argentina recién en 1949,¹⁶ seguido ello, el constitucionalismo social acentúa su tendencia y encuentra todo su desarrollo a partir de 1950 con las constituciones de las nuevas provincias.¹⁷ La provincia de Misiones, en ese sentido, sanciona su carta magna en 1958, e incluye en su texto el capítulo tercero (artículo 30 y ss.), en el cual se reglamentan fuertemente los derechos sociales, protegiéndose los derechos del trabajador, la familia, la minoridad, ancianidad, salud y educación, entre otros.

En la nación, como ya hemos adelantado, el constitucionalismo social hace su aparición en la Constitución de 1949 con una serie de disposiciones protectorias a los sectores vulnerables -fundamentalmente al trabajador-, empero, tras el golpe de Estado de 1955 y el restablecimiento de la Constitución de 1853/60 operada en 1957, las medidas protectorias antes enunciadas se incorporan en el artículo 14 bis del texto de la carta magna establecido con la reforma de dicho

15 Bidart Campos, G. J. 2001.

16 Gomez Zavaglia, T. 2013.

17 Sabsay, D. A. 2009.

año. A partir de 1994, la protección de estos derechos tiene un gran crecimiento con la reforma constitucional, dado que se incorporan a la jerarquía máxima los tratados internacionales de derechos humanos, muchos de ellos con expresas disposiciones en materia de DESC.

Respecto del derecho a la vivienda en particular, este se encuentra recogido, tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial; además de la amplia protección que al respecto contienen los tratados internacionales con jerarquía constitucional del artículo 75 inc. 22.

En lo que respecta a la Constitución de la Provincia de Misiones, esta refiere al derecho a la vivienda en dos pasajes. En primer lugar, en el artículo 32, que protege los derechos del trabajador, el cual consagra unos interesantes lineamientos para la legislación provincial en la materia, destacándose para el presente trabajo, la exigencia de que se establezca “el derecho a la vivienda higiénica y decorosa”. En segundo lugar, en el título que refiere al régimen agrario de la provincia, la Constitución provincial establece claramente como una prioridad la “promoción de la vivienda digna e higiénica para el trabajador rural” (artículo 57 inciso 5).

En la Constitución de la Nación Argentina, tras las derogadas disposiciones que protegían el derecho a la vivienda del trabajador y de la ancianidad de la Constitución de 1949 (art. 37), actualmente la única disposición expresa en materia de derecho a la vivienda es el citado artículo 14 bis, que pone en cabeza del Estado la obligatoriedad de otorgar “el acceso a una vivienda digna”.

Por otro lado, en el orden normativo del derecho internacional de los derechos humanos de jerarquía máxima (el art. 75 inc. 22) el derecho a la vivienda aparece ampliamente receptado y protegido. Ya el propio documento madre en materia de derechos humanos lo recoge en su artículo 25, al reconocer el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”¹⁸ En idéntico sentido, debemos destacar la protección brindada a la vivienda en el

18 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el más importante de los documentos internacionales en este tipo de derechos, que en su artículo 11.1 reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados” -oportunamente nos detendremos sobre este texto.

Del mismo modo, podemos encontrar protecciones a la vivienda y al acceso a la vivienda en otros internacionales: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 21; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5.e) iii); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículos. 14.2.h) y 15.4); Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 16.1) y 27.3); Convenio No 117 de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (normas y objetivos básicos), artículo 5.2), y Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, artículos 14, 16 y 17; la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 34 k); Carta Social Europea revisada, artículo 3; Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, artículo 13, y Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, artículo 20.

Entonces, como primer punto de conclusión del presente trabajo: el derecho a la vivienda, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho constitucional interno de la Nación argentina y en los textos constitucionales de sus provincias, ha sido protegido ampliamente y de manera pormenorizada.

2.4. Los alcances del derecho a la vivienda

Ahora bien, como pudimos observar en los preceptos normativos antes transcritos, en todos los casos se protege una morada con ciertas características, no meramente ‘una vivienda’, sino siempre una vivienda que sea acreedora de algún adjetivo que le brinde calidad higiénica, decorosa y digna. Entonces, a los efectos de posibilitar

un análisis idóneo del derecho a la vivienda, resulta crucial determinar específicamente qué se entiende jurídicamente por ‘vivienda digna’, ‘vivienda adecuada’ y otros términos equivalentes que surgen de las normativas antes citadas; puesto que solamente a través de esta delimitación podremos dilucidar cuándo estamos ante un déficit habitacional en violación a dichas normativas y cuándo no.

Como ya hemos visto, en la Constitución provincial hablamos de “vivienda digna e higiénica” y de vivienda “higiénica y decorosa”; en la Constitución nacional hablamos de “vivienda digna” y en el ámbito de las normativas internacionales más importantes hablamos de “vivienda adecuada”. En este subtítulo, trabajaremos los tres primeros, dejando el concepto de ‘vivienda adecuada’, por su complejidad y relevancia, para un acápite separado.

En cuanto a la normativa provincial, el concepto de ‘vivienda higiénica’, a nuestro entender, encuentra su génesis en las ideas del higienismo que se hallaban en auge en épocas de sanción del texto constitucional -sobre todo en Buenos Aires, donde se habían instalado desde 1870 en adelante- y que postulaban la necesidad de una ‘higiene social’, mediante una injerencia activa del Estado en la vida privada de las personas, para tender a que mejoren las condiciones de vida de la población obrera -su alojamiento y acceso a servicios- como una cuestión de salud pública de toda la población.¹⁹ Entonces, siguiendo dicho análisis, entendemos que el precepto constitucional, en una hermenéutica histórica, refiere a una vivienda que cuente con condiciones edilicias y sanitarias suficientes para permitir una vida sana de sus habitantes, a la vez que resulte apta para impedir que proliferen y se reproduzcan enfermedades. Recordemos que, como se dijo en el punto IV, la finalidad de las primeras medidas estatales en materia de vivienda fue erradicar los conventillos o inquilinatos precarios; por lo que este paradigma debió inspirar el texto constitucional de la provincia.

Respecto de la idea de ‘vivienda decorosa’ del artículo 32 de la Constitución Provincial, siguiendo los lineamientos de las acepcio-

19 Paiva, V. 1997

nes que atribuye la RAE al término ‘decoro’ y a lo ya expuesto sobre la doctrina imperante en materia de intervención estatal en la vivienda, diremos que, por un lado, la noción de ‘vivienda decorosa’ puede ser empleado como sinónimo del concepto de vivienda digna (ya utilizado en otro pasaje de la Constitución provincial y que delimitaremos más adelante), en tanto una de las acepciones de la palabra decoro apunta a “Nivel mínimo de calidad de vida para que la dignidad de alguien no sufra menoscabo”²⁰, pero, por otro lado, también creemos que la idea de decoro en el texto constitucional está orientada a fomentar viviendas con un mayor nivel de privacidad e intimidad para sus habitantes²¹, reforzando en ese sentido el antagonismo de discurso estatal de la época con la idea del conventillo.

Respecto del concepto de ‘vivienda digna’ que surge tanto del artículo 57 inc. 5 de la Constitución de la Provincia de Misiones, como del artículo 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina, va de suyo que guarda su génesis en la idea de dignidad humana, es decir, se postula una vivienda que permita el desarrollo de la dignidad humana.

Esta noción de dignidad humana se hallaba presente desde la Segunda Guerra Mundial tanto en los textos internacionales como en los textos constitucionales que siguen a esa fecha. Se encontró presente, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, tanto en el artículo 1 “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” como en el propio preámbulo, que reafirma la “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. Este concepto de dignidad es de muy difícil precisión, puesto que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina ha sido empleado de maneras muy diversas y con muy distintas acepciones.

Habermas explica que el concepto de dignidad humana configura “el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la mo-

20 <https://dle.rae.es/>.

21 Otra de las acepciones del término ‘decoro’ hace referencia a “Pureza, honestidad, recato” según la RAE. <https://dle.rae.es/>.

ral se importa al derecho”,²² existiendo una conexión entre la noción moral de dignidad humana y la propia concepción jurídica de los derechos humanos, puesto que la dignidad para Habermas resulta ser la fuente de la que derivan todos los derechos básicos.²³

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha dado a la noción de dignidad humana múltiples acepciones en diversos pronunciamientos,²⁴ pero aquí seguiremos la que creemos es la interpretación que más uniformemente ha sido usada por el máximo tribunal, y que mejor explica el real sentido del término dentro del aparato de derechos humanos. Hablamos de la noción que identifica a la dignidad humana como un umbral mínimo o una serie de requerimientos básicos de las personas. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte ha hecho hincapié en ciertos derechos que, al ser lesionados, afectan ese mínimo y sitúan a la vida humana por debajo de ciertos umbrales mínimos de dignidad, con lo cual la ‘dignidad humana’ se trataría, en esta línea de ideas, de “condiciones necesarias para la vida digna”.²⁵

Siguiendo esta tesitura de la Corte Suprema y la línea filosófica habermasiana, entendemos que el concepto de ‘vivienda digna’, en su hermenéutica más acertada, hace referencia a una vivienda que cuente con algunos estándares mínimos o condiciones básicas de habitabilidad tales que permitan al sujeto el goce de los demás derechos humanos, es decir, una morada que exceda el mero res-

22 Habermas, J. 2010.

23 Bareiro, J. 2014.

24 Sacristán, E. 2017.

25 *Ibidem*, cuyo texto recomendamos para profundizar la idea aquí descrita, cita expresamente una serie de pronunciamientos en los que la Corte ha seguido esta interpretación de la noción de Dignidad Humana, a saber: “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 318:1894, del 19/10/1995, “Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 332:2842, del 22-12-2009, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, *Fallos*:328:1146, del 3-5-2005, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley No 9.688”, *Fallos*: 327:3753, del 21-9-2004, entre varios otros.

guardo ante las inclemencias del tiempo, sino que cuente con unas comodidades que la adecúen -en tanto la tornen ‘vivienda adecuada’, concepto que a continuación abordaremos- a las necesidades del ser humano.

2.5. *La vivienda adecuada*

Ahora bien, resta por analizar el concepto de ‘vivienda adecuada’, que surge fundamentalmente de la normativa internacional y que creemos es el que más correctamente determina la amplitud y los alcances del derecho a la vivienda.

A diferencia de los vocablos analizados en el capítulo anterior, el concepto de vivienda adecuada ha sido suficientemente esclarecido en el derecho actual, pudiendo establecerse sus condiciones o ‘núcleo duro’ al extraerlas del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.²⁶

El texto que con más precisión ha abordado el derecho a la vivienda ha sido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptado el 16 de diciembre de 1966. Mediante dicho pacto, los Estados Parte “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Esta disposición establece la característica fundamental que debe revestir la vivienda a los efectos de cumplimentar con la exigencia de la normativa internacional, para ello, la vivienda debe ser “adecuada”.

Es decir, al igual que venimos diciendo con los textos de las constituciones provincial y nacional, en el PIDESC, no cualquier techo o habitación cumplirá con los estándares y logrará la satisfacción del derecho; para cumplimentar con la normativa internacional en materia de derechos humanos, la vivienda debe ser adecuada. En principio, diremos que ello implica que la vivienda debe poseer ciertas condiciones de adecuación que le permitan ser apta para que, en ella,

26 Gialdino, R. E. 2013.

la persona y su núcleo familiar puedan desarrollarse debidamente como seres humanos y llevar adelante una vida digna.

Ahora bien, para interpretar correctamente las disposiciones del PIDESC es fundamental acudir a las observaciones emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (el Comité DESC), en tanto intérprete oficial del propio pacto.

Así, el Comité DESC ha emitido la Observación General Número 4²⁷ (OG4), que empieza por definir a la vivienda adecuada adoptando para ello el concepto de la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el 2000 en su párrafo 5 y dice: “el concepto de vivienda adecuada significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

Del mismo modo, el propio texto de la observación alude al hecho de que el derecho a la vivienda no puede interpretarse de un modo restrictivo o bien equipararse “con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza”²⁸ sino que debe reunir, como venimos diciendo, condiciones de ‘adecuación’ que implican “una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una vivienda adecuada a los efectos del Pacto”. Esas condiciones, según el propio texto de la observación, apuntan a una serie de ítems que merecen la pena ser analizadas por separado:

En primer lugar, la OG4 hace referencia a la seguridad jurídica de la tenencia²⁹. En concordancia con la observación, la tenencia de una vivienda adopta una variedad de formas, siendo la ocupación por parte del propietario solo una más de ellas; en ese sentido, sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas y familias deben gozar

27 Aprobada en 1991 en el sexto período de sesiones.

28 OG 4 párrafo 7.

29 Párrafo 8.a OG N 4 Comité DESC de la ONU.

de cierto grado de seguridad de dicha tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo, el hostigamiento u otras amenazas que pudieran turbar el goce de su derecho a la vivienda aun en el caso de tenencias irregulares de inmuebles u ocupaciones ilegítimas.

En el mismo sentido, el Comité DESC emitió la Observación General Número 7³⁰ (OG7), referida a los desalojos y definiendo a un desalojo forzoso como “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”. Esta observación, específicamente, define cómo debe ser un desalojo para no afectar el derecho a la vivienda, sobre todo en lo que respecta a personas en situación de vulnerabilidad.

Para la OG7, un desahucio que se encuentre justificado debe llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad³¹, garantizándose que el desalojo no dé lugar a que existan personas que, a causa de él, permanezcan sin vivienda o expuestas a violaciones a otros derechos humanos³².

Al respecto, son de interés algunos recientes dictámenes del Comité DESC, en donde se hace hincapié en los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad antedichos, realizándose un análisis de las consecuencias de un desalojo sobre las personas desalojadas y de la necesidad del actor de recuperar la posesión de la propiedad. En ese contexto se distingue “entre las propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras” en cuyo caso el desahucio debiera aplazarse hasta encontrar una vi-

30 Aprobado en 1997, décimo sexto período de sesiones.

31 Así, en el párrafo 16 de la Observación General 7, se mencionan entre las garantías procesales que deben resguardarse. Nos remitimos a dicho texto a mayor abultamiento.

32 Párrafo 15 OG N 7 Comité DESC de la ONU.

vienda alternativa para los ocupantes (caso El Ayoubi y El Azouan Azouz v. España, dictamen del 19/02/2021, entre otros similares³³).

El segundo de los aspectos que hacen a una ‘vivienda adecuada’ para la OG4 del Comité DESC es la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, que, según el texto, apunta a un acceso permanente por parte del sujeto a “servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición”.³⁴ En ese sentido, puntualiza el comité que todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

Es de destacar aquí un fallo del juzgado federal de Córdoba, de julio de 2021³⁵, donde podemos observar la aplicación de este estándar de vivienda adecuada. El proceso en cuestión trata de una acción de amparo iniciada por parte de un conjunto de vecinos que reclaman el disfrute de una vivienda digna, salubre, adecuada a la vez que exigen el desarrollo urbanístico del barrio “Asociación 8 de Agosto” que se encontraba privado de todos los servicios. El fallo, haciendo un análisis de los presupuestos del derecho a la vivienda, y entendiendo que en la situación de autos dichos estándares no se estaban cumpliendo, condena a la Municipalidad de Alta Gracia a la realización de las siguientes obras: “delimitación de calles internas con nombre y numeración, accesibilidad al barrio con vehículos; cordón cuneta, servicios cloacales y desagües pluviales, el acceso adecuado de cada familia al agua de red, uso del gas para cocinar y calefacción; instalación de baños y núcleos sanitarios con servicio de agua al interior; fa-

33 Podemos citar otros casos que guardan similitud, como “López Albán v. España” de junio de 2018 o “Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili v España” de junio de 2017.

34 Párrafo 8.b OG N 4 Comité DESC de la ONU.

35 En autos “PEDERNERA, y Otros c/ ESTADO NACIONAL y otro s/ amparo” disponible en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Pedernera%20\(Causa%20N°%2015566\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Pedernera%20(Causa%20N°%2015566).pdf)

cilidad de acceso a centros educativos y de salud; adecuado servicio de recolección de residuos; ultimación de detalles en la construcción de las viviendas para evitar situaciones de hacinamiento, debiendo también la provincia de Córdoba cumplir con estas obligaciones -en el caso que corresponda- en atención a su función de garante de dichos servicios en el ámbito de su territorio”.

El tercero de los puntos mencionados por el comité apunta a los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda soportable³⁶. Este punto refiere, según el comité, a “que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso”.

Claramente, en este ítem, el Comité DESC también refiere a la vivienda cuya tenencia surja por medios distintos a la compraventa, como, por ejemplo, la locación. Este punto es de vital importancia para la actualidad, habida cuenta del gran crecimiento que ha tenido en los últimos años el acceso a la vivienda por vía del alquiler; puesto que, como se ha afirmado respecto de la ciudad de Buenos Aires, el alquiler formal e informal se ha convertido en una habitual estrategia residencial empleada por los hogares de las capas medias y bajas para acceder a una vivienda, en lo que se denomina el proceso de ‘inquilinización’ de Buenos Aires.³⁷ Ante esta circunstancia, corresponde destacar la Ley 27551 o “Ley de Alquileres” del 2020 que cuenta con importantes beneficios para los locatarios de inmuebles para vivienda, e incluso, en el TÍTULO III (art. 17 en adelante) establece la creación de un Programa Nacional de Alquiler Social, que tiene por finalidad “facilitar el acceso a una vivienda digna en alquiler mediante una contratación formal” (aún no puesto en práctica a la fecha).

El cuarto de los puntos de la OG4 refiere a la habitabilidad, en el sentido de “poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vec-

36 Párrafo 8.c OG N 4 Comité DESC de la ONU.

37 Rodríguez, M. C.; Rodríguez M. F.; y Zapata, M. C. 2015.

tores de enfermedad y garantizar también la seguridad física de los ocupantes”³⁸. En este punto, es el propio comité el que alerta sobre los peligros a la salud que traen aparejadas las deficiencias habitacionales, algo sobre lo que ya hemos escrito en un reciente trabajo a raíz de la pandemia por el COVID-19, donde además de remarcar la particular y más profunda afectación que produce el virus sobre los sectores con más carencias habitacionales, hemos dicho que “cualquier intento de proteger el derecho a la salud de la población en el marco de la epidemia debe estar acompañado de políticas públicas que tutelen el derecho a la vivienda adecuada en su hermenéutica más reñida a las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas”.³⁹

El quinto de los ítems expuestos por la OG4 refiere a la asequibilidad, entendida como la necesidad de “concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda”⁴⁰. Es decir, la vivienda debe ser accesible a cualquier persona que posea el derecho, para lo cual deben ensayarse medidas de discriminación positiva que faciliten dicho acceso a los vulnerables o, como indica el Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada, debe entenderse que el acceso a una vivienda adecuada, en el contexto de la noción de asequibilidad, integra la existencia de medidas temporales o permanentes para todos aquellos grupos más vulnerables. Así, por ejemplo, el alojamiento temporal a través de casas de refugio para mujeres que experimentan violencia doméstica, o condiciones carcelarias adecuadas para aquellas personas privadas de libertad.⁴¹

El sexto de los presupuestos para la vivienda adecuada refiere al lugar donde esta debe ubicarse: “la vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo,

38 Párrafo 8.d OG N 4 Comité DESC de la ONU.

39 Maidana, E. E. 2020b.

40 Párrafo 8.e OG N 4 Comité DESC de la ONU.

41 Kothari, M. 2005.

los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales”⁴² del mismo modo en que debe ubicarse en sectores libres de contaminación. Sobre las posibles afectaciones a la vivienda en este punto, nos explica Espejo que “en muchas ocasiones, los planes de vivienda social se ubican en zonas periféricas de las ciudades sin infraestructura social básica, sin acceso a los empleos, o red de transporte urbano con lo cual no logran cumplir los objetivos de aliviar las condiciones de vida de los sectores sociales más vulnerables”.⁴³

Por último, la séptima de las condiciones previstas por el comité apunta a la existencia de la debida adecuación cultural en cualquier política de vivienda. Ello refiere a que la manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan dichas construcciones, deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda⁴⁴. El objetivo central de este presupuesto es lograr que las viviendas -sobre todo aquellas construidas por medio de intervenciones estatales- respeten las formas de vida, tradiciones y prácticas habitacionales de las minorías etno-culturales y los pueblos originarios.

De lo dicho hasta aquí observamos que es posible determinar con bastante precisión el contenido y alcance del derecho a la vivienda, tanto en los textos constitucionales como en el derecho internacional de los derechos humanos, en donde este derecho se halla delimitado por el propio órgano interpretativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nos resta abordar, en el apartado que sigue, cuál es la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del alcance del derecho a la vivienda y cómo debe darse la tutela de dicho derecho en el ordenamiento jurídico de Argentina.

42 Párrafo 8.f OG N 4 Comité DESC de la ONU.

43 Espejo, N. 2015.

44 Párrafo 8.g OG N 4 Comité DESC de la ONU.

2.6. *La tutela del derecho a la vivienda en la jurisprudencia de la Corte Suprema*

La discusión sobre el acceso a la vivienda adecuada viene de larga data, y ante la relevancia insoslayable que posee dicho derecho -sobre la que ya nos hemos detenido-, y los continuos déficits en su tutela que se registran no solamente en Argentina, sino en todo el mundo, es lógico que la cuestión haya llegado a los tribunales jurisdiccionales de diversos países, los cuales han debido pronunciarse al respecto.

Es importante, por ejemplo, el caso “*Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council*” de la Corte Suprema de la India, que data de 1985, donde el Estado había decidido en 1981 desalojar a todas las personas que habitaban en la vía pública y en villas miseria de la ciudad de Bombay; estas personas reclamaron que el desalojo violaría su derecho a la vida y reclamaron un lugar donde vivir. La Corte, aun cuando autorizó finalmente el desalojo, entendió que tales desalojos debían darse luego de que se satisficiera el derecho de los damnificados a ser oídos, aplazó los desalojos, ordenó que se proveyera un lugar donde vivir a quienes presentasen tarjetas de censo e impidió el desalojo de villas de más de 20 años.⁴⁵

Más interesante aún es el caso “*Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*”⁴⁶, del 4 de octubre de 2000, donde, en el marco de una ocupación de un centro deportivo en que una comunidad de personas carentes de vivienda instaló una serie de casas precarias y exigió una solución habitacional al Estado, la Corte Constitucional Sudafricana, en el marco del derecho a la vivienda adecuada (artículos 26 y 28 de la Constitución de Sudáfrica) sostuvo que los demandantes tenían derecho a que el Estado les proporcionase alojamiento básico y ordenó “formular, fi-

45 Fallo completo disponible en <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/olga-tellis-ors-v-bombay-municipal-council-1985-2-supp-scr-51-esp>.

46 Fallo completo disponible para descarga <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc-esp>.

nanciar, implementar y supervisar medidas para aliviar a quienes se encuentren en una situación de extrema necesidad”.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse al respecto en un célebre caso del 2012 caratulado “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, que aquí llamaremos Quisberth Castro⁴⁷. En el caso en cuestión, una persona en situación de calle, con su hijo menor de edad padeciendo una grave discapacidad⁴⁸, exigieron una solución habitacional al Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cual fue negado por el Gobierno, toda vez que la solicitante ya había agotado las ayudas que la normativa tenía previstas, las cuales consistían en subsidios limitados y albergues para pernoctar.

La Corte se expidió a favor de la actora, basándose en las antedichas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que protegen el derecho a la vivienda adecuada; por lo que el máximo tribunal argentino hizo lugar al amparo y obligó al Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a brindar satisfacción efectiva al derecho a la vivienda de la solicitante y su hijo, ambos en situación de extrema vulnerabilidad.

El fallo Quisberth Castro tiene muchísimos aspectos destacables y que ameritan un examen pormenorizado que excedería el trámite del presente trabajo, por lo que nos limitaremos a exponer cómo resuelve la Corte las cuestiones que venimos planteando en los capítulos anteriores y, fundamentalmente, cuál es, según el máximo tribunal, el modo en que debe brindarse tutela al derecho a la vivienda adecuada.

En primer lugar, la Corte reconoce el carácter interdependiente de la vivienda adecuada con los demás derechos humanos, del mismo modo que venimos señalando en el presente trabajo, toda vez que se afirma que “el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho,

47 Fallo 335:452.

48 Puede saberse más sobre el caso en la siguiente nota periodística <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/192660-58783-2012-04-25.html>

un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no solo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal de que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes.”⁴⁹

En segundo lugar, y en un punto de singular importancia, el fallo reconoce que el nivel de tutela de la vivienda o estándar de protección argentino comprende a la ‘vivienda digna’ del art. 14 bis de la CN y a la ‘vivienda adecuada’ del artículo 11.1 del PIDESC, reconociendo también el valor hermenéutico de las disposiciones del Comité de DESC “en tanto constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo y su interpretación comprende las “condiciones de vigencia” de este”⁵⁰, por lo que la protección de la vivienda en el ordenamiento jurídico nacional debe reunir todas las condiciones de adecuación que hemos puntualizado en los puntos 2.4 y 2.5 del presente trabajo.

En tercer lugar, la Corte consagra la obligación de los estados de brindar tutela a los DESC en las situaciones de vulnerabilidad. Es decir, en el fallo se reconoce que el Estado tiene el deber de promover -mover hacia delante- al sujeto para hacer posible la satisfacción de los derechos sociales,⁵¹ asumiendo, “una obligación mínima inderogable destinada a asegurar la satisfacción de, por lo menos, ciertos niveles esenciales de cada uno de los derechos allí previstos”.⁵² Esta obligatoriedad subsiste aun en los casos de dificultades presupuestarias del Estado, puesto que la Corte ha dicho en este precedente que “la disponibilidad de recursos condiciona las medidas a adoptar pero no modifica el carácter inmediato de la obligación. La obligación de satisfacer los derechos sociales sigue en pie. Los Estados tienen el

49 Considerando 8 del voto del Dr. Petracchi.

50 Considerando 10 del voto mayoritario.

51 Bidart Campos, G. J. 2001.

52 Rey, S. A. 2017.

deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad.”⁵³

Como un cuarto punto relevante de Quisberth Castro, resulta destacable que allí la Corte ha determinado el nivel de operatividad que poseen los DESC, habiendo dicho que “la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios.”⁵⁴ Esto quiere decir que el hecho de que los DESC requieran de acciones políticas de los estados para ponerse en práctica -un plan de viviendas, una política de vacunación, un plan de educación, etc.- no convierte a estos derechos en meramente programáticos, sino que siguen teniendo operatividad, operatividad derivada. Este concepto hace referencia a que los DESC tienen vocación de efectividad, puesto que la Constitución los reconoce para que resulten efectivos y no ilusorios, pero dependen -necesitan- de una ley o una política pública que los reglamente para poder ser gozados.⁵⁵

Por último, resta destacar un aspecto del fallo y es el reconocimiento de que las políticas públicas que implementan la operatividad de los DESC están sometidas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial⁵⁶. Hasta el momento del dictado del fallo, existía un criterio en materia de políticas de vivienda -frecuentemente aplicado por los jueces- sentado por el Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires en el fallo “Alba Quintana”⁵⁷, que afirmaba “que no corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas

53 Considerando 14 del voto mayoritario.

54 Considerando 11 del voto mayoritario.

55 Tedeschi, S. 2017.

56 Considerando 12 del voto mayoritario.

57 “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo”.

ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia. Mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea. Esos medios faltan precisamente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno”. En el fallo Quisberth Castro, la Corte aplica un criterio diametralmente opuesto a lo antedicho y dice que en los derechos con operatividad derivada (dentro de los cuales se ubican los económicos, sociales y culturales), el Poder Judicial puede claramente efectuar un control de razonabilidad para procurar que, con las políticas públicas, el Estado garantice ‘pisos mínimos’ del derecho. Ese control de razonabilidad puede efectuarse por vía de control de constitucionalidad⁵⁸ o de convencionalidad⁵⁹, según se compare la política pública a analizarse con el texto de la Constitución o con los tratados internacionales de derechos humanos respectivamente.

No obstante, si bien queda claro en el fallo, y ya se ha dicho en otras oportunidades, que el control judicial de razonabilidad de una política no implica en modo alguno confundir el rol del juez “con la potestad de la Administración para diseñar políticas públicas”⁶⁰, creemos que está claro que corresponde al juez brindar una solución a la situación concreta que se le somete a análisis. Así, en un reciente fallo, ante la falta de tutela del derecho a la vivienda adecuada de una persona en situación de vulnerabilidad, se obligó

58 Como explica Capeletti (2017) “en el orden federal el control de constitucionalidad es ejercido por todos los jueces, sean nacionales o federales y cualquiera sea su grado y competencia, con los requisitos propios de este sistema”.

59 El control de convencionalidad, por su parte, debe ser realizado, incluso de oficio por toda autoridad pública, y el objeto de dicho control, comprende a todas las normas de producción casera, es decir: leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, reglamentos, circulares, directivas, instrucciones, actos administrativos, etc. (Midón, 2016), por lo que las políticas públicas en materia de vivienda, expresadas, como se dijo, mediante alguno de estos instrumentos, claramente será objeto de este control.

60 CSJN Fallo CEPIS, en autos “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” 18/08/2016.

al Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar una vivienda a la persona bajo la figura del comodato social, aun cuando no se encontraba prevista en el ordenamiento jurídico de vivienda. En tal precedente, la Cámara ha dicho que “si bien el problema de la vivienda atañe de modo directo a los poderes Legislativo y Ejecutivo, los jueces no pueden dejar de resolver los casos sometidos a su jurisdicción en protección de los derechos fundamentales. Y dicha resolución no se limita al dictado de sentencias ajustadas a derecho, sino también a la adopción de medidas ulteriores que en un marco de razonabilidad tiendan a hacer efectivos los derechos constitucionales reconocidos en sus fallos.”⁶¹ Es decir, entendemos que, al efectuar el control de razonabilidad, el juez no puede limitarse a reconocer la violación al derecho a la vivienda, y debe, sin que ello implique inmiscuirse en el diseño de las políticas públicas, brindar una solución efectiva a la situación del accionante un subsidio, el otorgamiento de una vivienda social en propiedad, alquiler social o comodato, etc..

Para culminar, diremos que, aun cuando el fallo Quisberth Castro ha recibido críticas atendibles de un calificado sector de la doctrina,⁶² entendemos que este resulta un gran avance en materia de reconocimiento del derecho y no dudamos en calificarlo como un hito histórico en la progresión de derechos sociales. De este modo, creemos que el fallo resulta una referencia ineludible en materia de derecho

61 Autos: “DÍAZ ANTONIA LILIA CONTRA GCBA y otros SOBRE AMPARO” CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA ÚNICA. Abril de 2019 (voto del Dr. Carlos F. Balbín).

62 En particular, Mariela Puga (2017) efectúa una crítica interesante al efecto regulativo del fallo como litigio estructural, al decir que obliga a las personas en situación de calle a que prueben su vulnerabilidad extrema -al punto de mostrar que está en riesgo su propia existencia- para que la Corte justifique la necesidad de una intervención estatal puntual en su caso. Lo obvio aquí, dice la autora “es que entre aquellos que estén en esa situación, difícilmente haya muchos que puedan sobrepasar las barreras habituales del acceso a la justicia para demostrar su extrema vulnerabilidad”.

a la vivienda y merece la pena aún hoy, casi una década después de su dictado, continuar discutiendo sus postulados.

3. Conclusiones

La vivienda es un elemento fundamental para la dignidad de la persona y ya desde los inicios de la humanidad cumplió un rol indispensable para el desarrollo de la vida humana. En ese contexto, la vivienda no solamente implica una necesidad en sí misma, sino que entraña un eslabón insoslayable en toda la cadena de derechos humanos. Sin vivienda, o con una vivienda en condiciones insuficientes, el ser humano carece también de una adecuada tutela de su salud, de su educación, alimentación, etc. y por ello las deficiencias habitacionales representan un problema tan grave.

Existe en Argentina y en la provincia de Misiones un derecho a acceder a la vivienda que se halla protegido tanto por la Constitución provincial como por la Constitución de la Nación Argentina y los tratados internacionales con jerarquía constitucional; por lo que entendemos que la existencia de las citadas deficiencias habitacionales implica una violación al ordenamiento jurídico vigente.

Cuando hablamos de una deficiencia habitacional, nos referimos a una vivienda o conjunto de viviendas que se hallan en condiciones inadecuadas. Estas condiciones de adecuación surgen del derecho internacional de los derechos humanos y han sido delimitadas por las Observaciones Generales del Comité de DESC de la Organización de Naciones Unidas, cuyo valor interpretativo ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia Argentina.

El estado de situación de Argentina en materia de cumplimiento del derecho a la vivienda adecuada -en los términos de las condiciones de adecuación a que hiciéramos referencia en el párrafo que antecede- registra serias falencias. Un estudio reciente menciona que de las 11.363.124 viviendas que hay en el país, cerca del 40% (4.446.121) registra algún déficit, puesto que, o bien presentan problemas constructivos -déficit cualitativo, registrado por el 65,9%

de los hogares con carencias, o no logran adaptarse a la cantidad, características y/o necesidades de los hogares que habitan -déficit cuantitativo, sufrido por 31,5%- o ambos (2,6%).⁶³ En idéntico sentido, explica el documento de “Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina”, elaborado por el Comité de DESC de la Organización de Naciones Unidas en noviembre de 2018, donde se expresó preocupación “por el incremento de los asentamientos informales sin acceso a servicios básicos, en tanto que el presupuesto de las políticas de vivienda ha sufrido un recorte muy significativo”, y también porque “existan en el Estado parte más de 4000 asentamientos informales y que más del 10% de las viviendas carezcan de conexión de agua potable y más del 30% de servicios de alcantarillado.”; además de que “subsiste un marco normativo inapropiado para los desalojos y por las denuncias documentadas de desalojos que, en ausencia de protocolos de actuación de las fuerzas públicas, fueron realizados con violencia”.

Ante estas circunstancias, aun cuando hemos observado en el último tiempo algunas medidas e instrumentos normativos que creemos representan un avance,⁶⁴ entendemos que resta mucho por hacer, y urge el dictado de políticas públicas activas que garanticen un goce adecuado del derecho a la vivienda de los sectores vulnerables.

Asimismo, respecto del control jurisdiccional, advertimos que, si bien las intervenciones judiciales de este tipo son relativamente frecuentes en distritos como Ciudad Autónoma de Buenos Aires o Provincia de Buenos Aires, son bastante excepcionales en otras regiones del país. Así, en la provincia de Misiones, a modo de ejemplo, no ha habido ningún fallo jurisprudencial que reafirme la operatividad de los DESC o que consolide su exigibilidad judicial.⁶⁵ Por otro lado, en el mismo sentido de lo afirmado por

63 Di Virgilio, M. M. y Rodríguez, C. 2018.

64 Al respecto hemos hablado en otra oportunidad (Maidana 2020b).

65 Lezcano, J. M. 2018.

Mariela Puga,⁶⁶ creemos que las dificultades en materia de acceso a la justicia de los sectores aquí analizados representan un gran obstáculo para lograr la tutela del derecho por vía jurisdiccional, y allí debiera también ponerse el foco para lograr avances en esta cuestión.

Referencias

- Barcenás Y. (2015) *Las formas de habitar y su importancia en la vivienda de interés social*. Documento de Tesis para optar al título de Magister en Hábitat, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Arquitectura Escuela del Hábitat.
- Bareiro, J. (2014). *Dignidad en la declaración de los derechos humanos de 1789 y su fundamentación desde Kant y Habermas. Antecedentes filosóficos en el campo de la salud mental*. Anuario de Investigaciones, XXI. ISSN: 0329-5885.
- Bidart Campos, G. J. (2001) *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo IB, nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2001*. EDIAR.
- Cappelletti, G. Á. (2017) *Controles de constitucionalidad comparados*. Revista de Derecho Constitucional - Número 10 - noviembre 2017
Cita: IJ CDLXXXIV- 159
- Cravino A. (2020) *Historia de la vivienda social en Buenos aires. Segunda Parte* Revista Vivienda y Ciudad. Volumen 7.
- Cravino A. (2006) *Historia de la vivienda social. Primera Parte: del conventillo a las casas baratas*. Revista Vivienda y Ciudad. Volumen 3.
- Di Virgilio, M. M. y Rodríguez, C. (2018), *Hábitat, vivienda y marginalidad residencial*. en Piovani, J. I. y Salvia, A. (Coord). *La Argentina en el siglo XXI. Cómo somos, vivimos y convivimos en una sociedad desigual*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Donnelly, J. (1993) *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2a. ed., Cornell University

66 Puga, M. 2017.

- Espejo, N. (2015) *El derecho a una vivienda adecuada*. Centro de investigación social un techo para Chile.
- Gialdino, R. E. (2013) *El Carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos*. Abeledo Perrot.
- Gomez Zavaglia, T. (2013) *El derecho humano a una vivienda adecuada* en Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional *La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada*. VC- id SAIJ DACF170395 ISBN 978-958-57887-0-1
- Gutiérrez I. y Suriano J. (2006) *Vivienda, política y condiciones de vida de los sectores populares. Buenos Aires 1880-1930* Instituto Histórico de la Ciudad de Buenos Aires “La vivienda en Buenos Aires” - 2a ed. Ministerio de Cultura, Ciudad de Buenos Aires.
- Habermas, J. (2010) *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Diánoia [online]. vol.55, n.64.
- Kothari, M. (2005). *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, E/CN.4/2005/48.
- Leff, E. (2002). *Saber Ambiental. Sustentabilidad, Racionalidad, Complejidad, Poder* (3a ed.). México: Siglo XXI, s.a. de c.v. en coedición con el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM y con el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Pnuma. Citado por Barcenas Enriquez (2015), p. 49.
- Lezcano J. M., (2018) *Misiones en Benente M. (coord.) Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia*. Buenos Aires, UNPAZ
- Maidana, E. E. (2020a) *El carácter interdependiente de la tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la vivienda adecuada* en Bordas, M. M. y Malbrán, M. C. (Coord.) *Derecho Administrativo en la Emergencia Sanitaria, Sexta Parte, Servicios públicos, vivienda y urbanismo*. IJ Editores, 2020. Fecha: 17-12-2020. Cita: IJ-M-197
- Maidana, E. E. (2020b) *El derecho a la vivienda adecuada y su rol central ante la pandemia del COVID 19*. Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Gastón Dachary Número 7, año 2020.

- Midon, M. A.R (2016). *Control de Convencionalidad*. Ied. Astrea
- Nino, C. S. (1989) *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2° Ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea.
- Paiva, V. (1997) *Higienismo: Ciencia, instituciones y normativa. Buenos Aires siglo XIX*. Seminario de Crítica Año 1997. Instituto de Arte Americano e investigaciones Estéticas. Facultad de Arquitectura, Universidad de Buenos Aires.
- Pinto, M. (2004) *Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano*. Artículo presentado en el XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (IIDH, 18 al 29 de julio de 2004, San José de Costa Rica).
- Plazola C. A. (2001) *Arquitectura Habitacional, Volumen I*. Mexico. Plazola
- Puga, M. (2017) *Justicia Estructural y derecho a la vivienda: el caso Quisberth Castro*. En Benete M. y Thea F. (comp.) *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. EDUNPAZ, José C. Paz
- Rey, S. A. (2017) *Análisis presupuestario: el gran ausente a la hora de resolver amparos en materia de derecho a la vivienda*. En: Benete M. y Thea F. (comp.) *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. EDUNPAZ, José C. Paz.
- Rodríguez, M. C., Rodríguez, M. F. y Zapata, M. C. (2015) *La casa propia, un fenómeno en extinción: la "inquilinización" en la ciudad de Buenos Aires*. Pontificia Universidad Javeriana; Cuadernos de Vivienda y Urbanismo; 8; 15; 3-2015; 68-85
- Sabsay, D. A. (2009) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Hammurabi
- Sacristán, E. (2017). *El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. [en línea]. Prudentia Iuris.
- Tedeschi, S. (2017) *Tres decisiones estratégicas para el litigio en derecho a la vivienda*. En Benete M. y Thea F. (comp) *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. EDUNPAZ, José C. Paz

EL PLAN DE EMPRESA
UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO
THE BUSINESS PLAN
A LOOK AT COMPARATIVE LAW

Alexis Matías Marega¹

Resumen

El plan de empresas, o mejor denominado como plan de viabilidad, se presenta como una herramienta indispensable para demostrar al juez -pero principalmente a los acreedores- que la empresa del deudor continúa siendo viable y tiene perspectivas ciertas y reales de superar la crisis en la que se encuentra para volver a ser productiva. Tanto en el derecho europeo continental como en el anglosajón, se contempla el plan de reestructuración como requisito indispensable previo a iniciar cualquier negociación con los acreedores, debido a que la mencionada herramienta proporciona el respaldo técnico necesario para convencer a éstos de acompañar la propuesta de pago. En el derecho argentino sigue siendo aún una asignatura pendiente en el proceso concursal, pero surge exigible en el proceso de liquidación falencial, no como requerimiento al deudor sino a la sindicatura o a los trabajadores reunidos en cooperativa.

1 Abogado y doctorando en Ciencia Jurídica por la UCSF. Profesor de grado, investigador y coordinador de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencia Política, sede Reconquista, Universidad Católica de Santa Fe. amarega@ucsf.edu.ar; ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1420-9836>.

Palabras claves

Plan de empresas; plan de reestructuración; concurso preventivo; derecho comercial; derecho comparado.

Abstrac

The business plan, or better known as a viability plan, is presented as an indispensable tool to demonstrate to the judge - but mainly to creditors - that the debtor's company remains viable and has certain and real prospects of overcoming the crisis in which it finds itself to return to being productive. In both continental and Anglo-Saxon European law, the restructuring plan is considered as an essential prerequisite for initiating any negotiation with creditors, since the aforementioned tool provides the necessary technical support to convince them to accompany the payment proposal. In Argentine law it is still a pending issue in the bankruptcy process but it arises enforceable in the process of bankruptcy liquidation, not as a requirement to the debtor but to the syndicate or to the employees gathered in cooperative.

Keywords

Business plan; restructuring plan; pre-emptive competition; commercial law; comparative law.

1. Introducción

Desde hace muchos años la más distinguida doctrina se ha debatido acerca de la necesidad de que la ley concursal argentina requiera la presentación de un plan de empresa a la concursada para mostrar la viabilidad de la continuación de su explotación económica.

Maffia ha sostenido que el plan de salvataje de la empresa resulta el gran ausente en el sistema concursal argentino², Vaiser argumentaba que la *addenda* introducida por la Ley 24.522 al régimen de la propuesta, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas

2 Maffia, O. 1997, p. 314.

latitudes miramos con apetencia -siempre en dirección al norte: el famoso plan de empresa.³

En idéntico sentido el profesor Richard afirmaba que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresas en nuestro sistema concursal: "...la propuesta de acuerdo debe ser acompañada en todos los casos por un plan de administración para superar la situación económico-financiera de la concursada...".⁴ Junyent Bas y Escuti, por su parte, sostuvieron que la propuesta de un régimen como punto específico del acuerdo es un aspecto muy importante del nuevo ordenamiento.⁵ En efecto, expresaban que este régimen permitirá el establecimiento adecuado de pautas de funcionamiento de la empresa del concursado y de control por parte de los acreedores. Sin perjuicio de los insistentes y sólidos argumentos vertidos por la doctrina, la cuestión no tuvo hasta hoy, acogida por parte de los legisladores nacionales, que parecen no advertir la importancia de un plan de empresas por parte de la concursada para demostrar que su explotación económica continúa siendo viable y beneficiosa para sus acreedores. Y al parecer, los jueces tampoco atinan a reclamarla.

Entendida como la diagramación de la salida a la crisis financiera que llevó a la sociedad comercial a solicitar a los tribunales de justicia el auxilio legal concursal, el plan de salvataje⁶ es el gran ausente de nuestra ley falencial, aunque no es un concepto desconocido para la legislación nacional, como se verá en el desarrollo del presente.

Los operadores del sistema concursal y los destinatarios finales de la ley concursal deben contar con herramientas que se revelan útiles, a veces indispensables, para cumplir sus objetivos. Partiendo de estas precisiones, el presente se abocará a analizar la situación actual de este instituto en la ley argentina y la contraposición con el derecho comparado, tomando para ello la legislación de Francia,

3 Vaiser, L. 1997, p. 441.

4 Richard, E. 1997, p. 433.

5 Junyent Bas, F. y Escuti, I. 1998.

6 Se utilizará indistintamente los términos plan de salvataje, plan de empresas, plan de negocios o plan de reestructuración.

España, las nuevas directivas europeas sobre reestructuraciones e insolvencia y la norteamericana. La elección de estas legislaciones, que podrían ser más, no resulta caprichosa, sino que responden a un concepto que se explicará en casa caso particular.

2. La importancia del plan

La cuestión aquí analizada ha sido receptada por las legislaciones latinoamericanas de Uruguay⁷, Brasil⁸, Bolivia⁹, Ecuador¹⁰ y Perú¹¹ como de presentación obligatoria en el marco de la propuesta de los

-
- 7 La Ley 18.387 de la República Oriental del Uruguay reglamenta que el deudor podrá presentar al juez del concurso una o varias propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación. El plan de continuación deberá contener un cuadro de financiamiento, en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes.
 - 8 La Ley 11.101 de la República Federal de Brasil prevé en su artículo 53 la presentación de un plan de recuperación que deberá contener el detalle de los medios de recuperación, la demostración de su viabilidad económica y la evaluación económica y financiera y la valuación de los bienes y activos del deudor.
 - 9 La Ley 2495 de Bolivia dispone en su artículo 5° que se presentará un plan de reestructuración o liquidación voluntaria y el artículo 8 dispone que el síndico de la reestructuración debe evaluar el plan, opinar sobre su consistencia y, en su caso, proponer alternativas a la junta de acreedores para mejorar el mismo.
 - 10 El artículo 12, inc. f de la Ley de Concurso Preventivo de Ecuador dispone que el Concordato (acuerdo concordatario) será presentado ante el Superintendente en forma conjunta entre el deudor y los acreedores y que contendrá el plan de rehabilitación que servirá de base para la suscripción del concordato.
 - 11 El artículo 66.2 de la Ley 27.809 del Perú reglamenta que el Plan de Reestructuración podrá contener las acciones que se propone ejecutar la administración, las propuestas para el financiamiento de la inversión requerida para la continuidad de la actividad del deudor, las políticas laborales, un presupuesto que contenga los gastos y honorarios de la administración y un estado de flujo proyectado.

acreedores. Acunado por el principio de progresividad-no regresividad, su implementación en nuestro derecho concursal resulta de una lógica casi indiscutible.

El plan de empresa debe prever diferentes cuestiones referidas al desarrollo de los negocios; pero sobre todo permitir generar confianza y recuperar terreno frente a los acreedores, demostrando la visión de un horizonte -mensurable, analítico, debatible y no meramente voluntarista- en la evolución de su explotación económica.

Su formulación no debería estar atada a patrones científicos indiscutibles en cuanto a su metodología de formulación, sino antes bien, a premisas u objetivos asequibles, como estándar mínimo: tomando como punto de partida el acuerdo ofrecido, diferenciando los objetivos a corto y largo plazo, la realidad del negocio, tanto interno como externo, las proyecciones, el requerimiento de capital de trabajo, los plazos, ventas y utilidades que se espera, la delimitación precisa de los costos, estrategias en caso de adversidades comerciales -un plan de contingencia, las definiciones acerca de quiénes serán los administradores del plan, el control financiero y presupuestario y en definitiva todas las previsiones que cualquier buen hombre de negocios¹² debe efectuar en el desarrollo de una explotación comercial, que se ve agravada en el caso de empresas en crisis.

La lógica de la necesidad de presentar o hacer visible este plan¹³, descansa en la certeza de que los acreedores deben conocer las posibilidades de éxito y de fracaso a las que están atando su suerte y la de sus propias empresas y familias. La discusión en torno a poder mejorarlo o no, el restablecimiento de la confianza perdida por el

12 En otros trabajos se ha explicado que la Ley General de Sociedades determina la obligación de los administradores de actuar como un buen hombre de negocios (art. 59), entendiéndolo como el deber de desarrollar sus actividades de manera diligente, con conocimiento de los negocios que desarrolla y con capacidad suficiente para cumplir los fines societarios. Marega (2021b, p. 167).

13 Entendemos que, en cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Sociedades, el plan existe, aunque no sea público.

deudor para con sus acreedores, no hacen más que robustecer aquella certeza inicial.

La praxis tribunalicia enseña que los acreedores no lo exigen para analizar la viabilidad de la propuesta efectuada y adhieren a la misma como quien se aferra irracionalmente a una esperanza improbable de éxito. Otras veces celebrando acuerdos por fuera y ‘bajándose del barco’ antes de tiempo. Más allá de que hoy no sea legalmente exigible, consideramos que se revela como esencial para analizar la propuesta bajo la lupa de la “no abusividad” que dispone el artículo 52, Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) y artículo 10, Código Civil y Comercial (CCC), como cota para su aprobación.

Si el juez no puede analizar razonablemente en el contexto de crisis el plan de acción de la concursada para establecer si la propuesta realizada es la más razonable -o la única posible-, para la continuación de la explotación económica y el resguardo de los acreedores, continuará homologando acuerdos cuya viabilidad no comprende -soslayando la pauta del art. 52, LCQ- acabadamente.

Puede observarse, entonces, que el plan de viabilidad resulta ser la llave que mostrará si una empresa en *default* podrá reestructurar su funcionamiento para salir de la crisis en la cual se encuentra y vuelva a ser productiva, que en términos contables implica rentabilidad para sus socios y -en lo que al concurso interesa- posibilidad de satisfacer a los acreedores. Sin embargo, este no resulta ser el único fin que persigue el plan, pues otros de los objetivos de la ley concursal -los más importante- son la continuación de la explotación empresarial, la protección de las fuentes de trabajo y el cuidado de la economía regional.

Así entendida la cuestión, el plan de reestructuración permitirá conocer las proyecciones de los empresarios en torno a su visión de empresa insertada en un contexto social, la responsabilidad social que de ello surja, la posibilidad de mantener los puestos de trabajo y la manera en la que su negocio generará los réditos suficientes para hacer frente a los pagos prometidos a sus acreedores al momento de proponer el acuerdo concordatario.

El derecho comparado ha avanzado mucho en esta cuestión, solicitando el mencionado plan incluso al momento de presentar la solicitud de apertura del proceso concursal, demostrando de esta manera la voluntad de reestructurar sus deudas y no solamente un paraguas judicial para evitar la liquidación individual del patrimonio social.

3. El derecho francés

El derecho francés influyó enormemente en la redacción de nuestra ley concursal¹⁴, y sin perjuicio de que los redactores hayan manifestado su especial interés en la normativa norteamericana, la protección social de la empresa en marcha se lo debe necesariamente a la inspiración francesa¹⁵, pues el objetivo principal de nuestro derecho concursal argentino resulta ser la continuación de la explotación económica, incluso por encima de la satisfacción de los créditos de los acreedores. Un ejemplo de ello resulta ser la incorporación del instituto del *Cramdown power* (art. 52, LCQ), mediante el cual el juez -dada determinadas circunstancias- puede homologar un acuerdo preventivo aun sin las mayorías exigidas por el artículo en cuestión.¹⁶

14 Los fundamentos de la ley de 1994 explicaban: “habiendo atendido a la importancia que se ha otorgado al régimen de falencia en la legislación norteamericana [...], aunque también se han tenido en cuenta las experiencias francesa, alemana y japonesa, entre otras”. Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 2° reunión, 1° sesión ordinaria, 1° de marzo de 1995.

15 Similar sentido siguió la ley brasilera de Recuperación de Empresas 11.101 del 2005. Así lo explica Telles (2010, p. 466) al manifestar “inspirada en los nuevos principios del moderno Derecho concursal francés, que tienen en la salvación de la empresa viable su razón de existir, no renuncia a que los acreedores se vean satisfechos”. Ver también, Marega (2021a).

16 Junyent Bas y Molina Sandoval (2018, p. 450) explican que este instituto opera mediante la homologación del acuerdo, aun cuando no se hayan obtenido las mayorías

Esta inspiración en los principios que rigen nuestra normativa no fue tenida en cuenta al momento de legislar sobre el plan de empresas, pues la ley francesa lo exige como requisito en el desarrollo del proceso concursal.

Específicamente, el proceso concursal francés se encuentra regulado en su *Code de Commerce*, y se denomina *Droit de la Faillite*, y mediante las modificaciones introducidas al libro IV en el año 2005¹⁷ se han consagrado definitivamente cuatro procedimientos concursales, modificando los anteriores,¹⁸ encontrando entonces a la salvaguarda o *sauvegarde*¹⁹, la reorganización judicial o *redressement judiciaire*, la liquidación judicial o *liquidation judiciaire* y la conciliación.

De los institutos creados por el legislador francés, el último es el único que prevé una instancia extrajudicial para que el deudor pueda llegar a un acuerdo de refinanciamiento con sus acreedores sin necesidad de recurrir a la apertura concursal propiamente dicha:²⁰ y tanto en esta instancia como en el *sauvegarde* y la *redressement*, se presentará un plan que muestre y garantice que la propuesta efectuada a sus acreedores es viable y de posible cumplimiento,²¹ basán-

convencionales (arts. 45, 45 bis, 67 y 68, LCQ), importa el sometimiento de la totalidad de los acreedores al acuerdo.

17 Ley N° 2005-846 del 26 de Julio de salvaguarda de empresas.

18 Velasco, G. 2016.

19 Según explica Navarro Perez (2014, p. 39), el procedimiento de salvaguardia es la creación más importante que el legislador recoge en la L-SE y está destinado a facilitar la reorganización de la empresa con el objetivo de permitir el saneamiento del pasivo y la continuación de la actividad.

20 A diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho patrio, la apertura del proceso concursal no es única, pues al prescribir dos figuras concursales (la salvaguarda y la reorganización), dependerá de la posibilidad de reestructurar la empresa, de plantear un plan de negocios acorde y, además, del tiempo en que se encuentre en cesación de pagos. (Maud Guillonnet et al., 2014).

21 Poujade, H. 2017, p. 258.

dose en datos objetivos obtenidos por el administrador judicial (similar al síndico concursal en el derecho argentino).

Asimismo, el deudor no es el único autorizado a efectuar una propuesta de plan, pues como los datos que reflejan la real situación de la empresa en crisis fueron obtenidos mediante un procedimiento judicial²², los acreedores tienen acceso al mismo y, partiendo de ello, se encuentran legitimados para elaborar una propuesta de convenio.

Este plan de salvaguarda se encuentra regulado en los artículos L. 626-1 y siguientes del *Code de Commerce* y el objetivo principal es favorecer la reorganización de la empresa en dificultades y permitir la continuidad de su actividad económica, mantener el empleo y conseguir hacer frente al pasivo. También designará las personas que deben ejecutarlo y mencionará el conjunto de compromisos que han sido suscritos y que sean necesarios para la salvaguarda de la empresa (art. L. 626-10).

En tal sentido, los acreedores ocupan un lugar de privilegio en la ley francesa, pues participan en la aceptación o rechazo del plan propuesto, pueden efectuar su propia propuesta y someterla a revisión judicial e incluso en la financiación del plan para que éste tenga éxito. Éstos debaten y votan la misma reunidos en comités,²³ cuyo número es limitado y su composición se encuentra determinada por el *Code*.

La propuesta del plan presentada por el deudor es analizada mediante una evaluación económica, social y ambiental elaborada por el administrador con la asistencia del concursado y de uno o más expertos (art. L.623-1, Cod. Com.). Este informe incluye diversa información relativa a la situación financiera del deudor, las perspectivas

22 Navarro Perez (2014, p. 60) enseña que el plan se elaborará en vista del balance económico y social que sea llevado a cabo en la fase de observación de la empresa y tiene que prever las perspectivas de reorganización de la empresa en función del tipo de actividad, el estado del mercado y los medios de financiación posibles.

23 El artículo 3 de la Ley 2008-776 del 4 de agosto de modernización de la economía dispuso reglas para la composición y funcionamiento de los comités de acreedores y asamblea de obligacionistas en el curso de los procedimientos de salvaguarda y saneamiento judicial.

de empleo y las condiciones sociales previstas para la supervivencia de la empresa. El balance es posteriormente archivado y accesible para cualquier acreedor.

Stankiewicz Murphy (2011, p. 71) explica que no todas las clases de acreedores deben votar el plan, sino solo aquellas cuyos derechos se ven afectados por la propuesta.²⁴ Éstas, denominadas *déficient*, si no se expresan en el voto, se considera que lo han rechazado.

Como se observó, los acreedores participan de la elaboración del plan, lo aceptan y están sujetos a ejecución una vez que éste ha sido finalizado mediante la homologación por parte del Tribunal. La mencionada autora entiende que el plan tiene una doble naturaleza, tanto contractual como judicial, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho norteamericano, en el país europeo el juez mantiene un gran poder de control, asegurando la transparencia del procedimiento.²⁵ La participación de los acreedores durante la fase de desarrollo del plan refuerza lo que es más importante, esto es: la posibilidad de éxito del rescate de la empresa.

4. El derecho español

España ejerció una influencia tan grande en la vida de los argentinos que su cultura quedó impregnada en nosotros desde sus instituciones y forma de organización del Estado, hasta nuestros comportamiento y manera de pensar los conflictos. En esta sintonía, sin perjuicio de que -y entiendo es lo correcto- el legislador intente mirar las disposiciones concursales de los países más avanzados en la cuestión, no menos cierto es que resulta una utopía pensar que una legislación causará el mismo efecto en nuestra población que en la originaria, cuando las personas que están destinadas a ser legisladas resultan ser absolutamente distintas en su historia, carga cultura y bagaje intelectual.

24 Stankiewicz Murphy, S. 2011, p. 71.

25 Ibidem, p. 73.

En esta inteligencia, observar los problemas, avenencias y aciertos que tienen nuestros hermanos españoles no hace sino reforzar la posición que podamos llegar a tomar sobre la cuestión.

Abocándonos al estudio de lo que España denomina el Plan de Viabilidad²⁶, éste puede presentarse en dos momentos diferentes, en la fase preconcursal, donde el plan puede constituir un elemento esencial para el éxito de una solución anticipada que evite el concurso a través de cualquiera de las fórmulas legales prevista, y la fase concursal, donde el plan de viabilidad se encuentra relacionado con el convenio presentado, cuyo cumplimiento puede conllevar a la conclusión del concurso.²⁷

En el derecho español, la fase preconcursal (Título II, Texto Refundido de la Ley Concursal -TRLR) admite dos variantes, los acuerdos de refinanciación (art. 596 y ss., TRLR) y los acuerdos extrajudiciales de pagos (art. 631 y ss., TRLR). Para el primero de ellos²⁸, pensado para empresas de una determinada envergadura, la ley exige que los acuerdos arribados deben responder a “un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y mediano plazo” (art. 598, inc. 1, ap. 1º, TRLR).

Quijano González entiende que esta fórmula exige la formulación de un plan que muestre la posibilidad de continuidad de la actividad del deudor, concebido para un lapso temporal apreciable.²⁹ Si bien la

26 Tras las numerosas reformas que fue experimentando la Ley Concursal desde su aprobación en 2003, el 05/05/2020 se aprobó, mediante el Real Decreto Legislativo 01/2020, el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), conforme lo permite el artículo 82, 5, de la Constitución Española. El texto completo puede consultarse en <https://bit.ly/3iyyuYM>.

27 Quijano Gonzales, J. 2015, p. 96.

28 Introducido a la Ley Concursal en el año 2009, si bien este instituto puede ser optado por cualquier deudor, está principalmente legislado para deudores de cierta relevancia económica, disponiendo la amplia significación del crédito disponible, o la modificación o extinción de las obligaciones, mediante prórroga de su plazo o vencimiento o establecimiento de otras contraídas en su sustitución.

29 Quijano González, J. 2018, p. 97.

ley no determina un plazo específico hacia el cual debe proyectarse el plan, debe asegurarse lo necesario para lograr la sostenibilidad de la empresa. Así lo explica Deus Bouzas, al sostener que, debido a la conexión conceptual existente entre la continuidad de la actividad de la insolvencia, se debe entender la continuidad como la supresión de la posibilidad de que en el horizonte temporal señalado aflore nuevamente una situación de insolvencia.³⁰

En los acuerdos extrajudiciales de pagos,³¹ el art. 672, TRLC, dispondrá que la propuesta de acuerdo “deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad, en el que se especifiquen los recursos necesarios y los medios y condiciones de su obtención”. A diferencia del texto anterior (LC), el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal española no distingue entre ‘plan de viabilidad’ y ‘plan de continuidad’, asimilándolos al establecer que “cuando para atender al cumplimiento del acuerdo se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor...” (art. 672, TRLC).

Presentado el mismo como requisito de los documentos que se deben adjuntar a la propuesta de acuerdo, los acreedores podrán proponer alternativas o modificaciones en la reunión (art. 675, inc. 1, TRLC), sin alterar las condiciones del plan de pago de los acreedores ausentes que hayan aceptado la propuesta previamente presentada

30 Deus Bouzas, I. 2015-2016, p. 22. La mencionada autora entiende que, tomando como referencia el Marco Conceptual del PFC 2007 y la distinción efectuada en su norma 6° entre el pasivo corriente a corto y a largo plazo, debe entenderse que el corto plazo coincidirá con el año, mientras que el medio plazo, al menos exigirá el transcurso de otro período equivalente al corto plazo, por lo que ascendería como mínimo a los dos años, concluyendo -entonces- que el plan de viabilidad debería permitir la continuidad de la empresa al menos en un horizonte temporal de uno y tres años. Deus Bouzas (2015-2016, p. 22).

31 Pensado para deudores de menor entidad, tanto de naturaleza empresarial, como meramente civil, Quijano Gonzalez (2018, p. 98) enseña que pueden optar por estos acuerdos personas humanas, sin más, siempre que cumplan con determinados requisitos de ‘buen deudor’ (art. 231, LC).

(art. 675, inc. 2, TRLC). El mencionado Quijano Gonzalez destaca que no está contemplado en la ley que el plan de viabilidad relacionado con el acuerdo extrajudicial de pagos pueda ser objeto de informe de experto, al menos en los mismo términos en que lo está en los acuerdo preconcursales de refinanciación.³²

Esto puede entenderse debido al tipo de deudor al que está destinado uno y otro instituto, aunque en una corriente de pensamiento que buscaba abaratar los costos de los procesos, han eliminado la exigencia de que el plan de viabilidad en los acuerdos de refinanciación sea obligatoriamente avalado por un experto independiente, manteniendo la posibilidad de hacerlo como opción voluntaria a solicitud del deudor o de los acreedores.

La exigencia de un 'plan serio', elaborado por profesionales independientes, ha generado una intensa discusión en la doctrina española, por el retraso que ocasiona en un momento de *default* económico de la deudora y por los altos costos que implica para una empresa que ya tiene problemas en sus finanzas, y, al decir de, ahí está el fiel de la balanza, en un complejo y delicado equilibrio entre agilidad y conveniencia, entre reducción de costes y objetividad, no siempre sencillo de resolver.³³

En el proceso concursal propiamente dicho, el artículo 332 del TRLC española determinará el contenido del convenio concursal, exigiendo la formulación de un plan de viabilidad. El inciso 1 dispone: "Cuando para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además del plan de pagos, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros".

A diferencia de lo que ocurre con los institutos concursales analizados previamente, aquí no aparece de manera expresa el control

32 Ibidem, p. 99.

33 Ibidem, p. 96.

del plan por parte de un experto, pues, al decir de Quijano Gonzalez, dicho convenio tramita dentro de un procedimiento concursal en el que ya está actuando un administrador concursal, lo que procede entonces es que sea este funcionario quien evalúe la propuesta de convenio y el plan de viabilidad presentado.

En idéntico sentido, Gómez Martín entiende que la administración concursal debe evaluar la propuesta de convenio en relación con el plan de viabilidad, haciendo especial mención en que la evaluación de la futura solvencia y la predicción de la insolvencia se centrará en la evolución económico-financiera del ejercicio de actividades profesionales o empresariales que puede intentarse; y justifica esta presentación explicando que las empresas en crisis pueden ser viables y para comprobarlo es preciso preparar un plan de viabilidad, que denomina “estratégico”, partiendo de la situación pretérita, para proponer los cambios necesarios y proyectar la “nueva empresa” hacia el futuro con previsiones favorables de buenos resultados.³⁴

El derecho español busca la salvaguarda de las empresas sólo cuando éstas demuestren ser viables, lo cual deben hacerlo mediante la exposición de un plan que permita efectuar un diagnóstico empresarial, distinguiendo las causas de la mala administración y formular un plan de urgencia que logre el mantenimiento provisional de la actividad empresarial o profesional y permita “disponer del tiempo suficiente para abordar el plan de viabilidad, que incorpora las medidas correctoras imprescindibles para cambiar la tendencia y alcanzar los objetivos proyectados (estabilidad y rentabilidad)”³⁵.

34 Gómez Martín, F. 2004, p. 5.

35 *Ibidem*, p. 6. Si bien los acreedores también pueden presentar propuestas de plan de viabilidad al juez para que sea asumida por el deudor, el mencionado Gómez Martín considera que tal tarea resultará difícil para quienes pueden desconocer la estructura empresarial del concursado. Aquí se observa una diferencia sustancial con el derecho francés, analizado en el acápite anterior, pues al efectuarse -previo a la formulación de un plan- un análisis socio-económico de la empresa en crisis por parte de un órgano del tribunal concursal, todos los interesados tienen acceso a esos datos y deben partir de ellos para la elaboración de un plan (p. 6).

5. Marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones de la Unión Europea

La comunidad de la Unión Europea, en lo que a esta investigación respecta, posee reglamentos marco que regula los procedimientos de insolvencias, establece principios y procedimientos que deben ser seguidos por los Estados miembro. En virtud del tratado de Ámsterdam (arts. 61 y 65) se redactó el Reglamento 1346/2000 del 29 de mayo, posteriormente el Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, regula las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución, derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia, y recientemente se ha emitido la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo, y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia, DOUE L 172/18, de 26 de junio de 2019).³⁶

El objetivo de la Directiva es “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva (...)”, eliminando “tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a

36 La Directiva se entiende sin perjuicio del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia y demás normas de la Unión Europea o convencionales que regulen la materia, dado que el objetivo es que sea compatible y complementaria con dicho Reglamento, cuya aplicación es directa.

marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad (...) y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración” (considerando 1); como se desprende con meridiana claridad, la Directiva posee una orientación clara hacia la prevención, es decir promueve mecanismos que favorezcan la solución de los conflictos financieros de las empresas antes de que éstas caigan en *default*.³⁷

Los planes de reestructuración son una parte esencial de la Directiva Europea,³⁸ a la cual le dedica la mayor cantidad de incisos en los considerandos (en términos proporcionales), haciendo especial hincapié en la protección de los trabajadores, a quien se les debe proporcionar la información referente a la propuesta del plan a fin de permitirles efectuar una evaluación en profundidad de las distintas posibilidades, además de otorgarles una participación necesaria de consulta sobre dichos planes de reestructuración.

La continuación de la explotación económica se posiciona en un punto central de las Directivas, protegiendo a los acreedores pos concurso que hayan accedido a financiar a la empresa en crisis para que ésta pueda continuar con su actividad.³⁹ Sobre el particular,

37 A diferencia de lo que ocurre en Argentina, todo el derecho europeo efectúa una fuerte apuesta por resolver los conflictos de estrés financiero de las empresas antes de ingresar a la etapa concursal propiamente dicha, incorporando herramientas que le permitan negociar y llegar a un acuerdo con sus acreedores. Dasso (2009, p. 1265) sostiene que todas las nuevas leyes concursales prevén el nuevo presupuesto objetivo de la prevención focalizada de las meras amenazas de insolvencia, que abarca posibilidades de desembocar en el futuro con la instalación de la cesación de pagos. En idéntico sentido, Rouillon, 2020.

38 Campuzano (2021, p. 57) explica que el elemento central de los marcos de reestructuración preventiva son los planes de reestructuración, sobre los que la Directiva establece normas mínimas de contenido, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan exigir más explicaciones en el plan de reestructuración.

39 “A menudo, el éxito de un plan de reestructuración depende de si se concede ayuda financiera al deudor para apoyar, en primer lugar, el funcionamiento de la empresa

Campuzano posiciona dentro de esta protección a toda nueva ayuda financiera, prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor, que incluya, como mínimo, ayuda financiera durante la suspensión de las ejecuciones singulares, y que sea razonable y sea necesaria inmediatamente para que la empresa del deudor pueda continuar operando o con el fin de preservar o mejorar el valor de dicha empresa.⁴⁰

La atención a los acreedores también resulta relevante⁴¹, a quienes protege para que puedan cobrarse su crédito, disponiendo que sólo aquellos que tengan un real interés en el plan, puedan votarlo, excluyendo de esta manera a los acreedores cuyo crédito no se vea insatisfecho con la aplicación del mencionado y garantiza el derecho de éstos a presentar planes de reestructuración de manera personal y con el acompañamiento de los administradores, fijando las condiciones para poder hacerlo.

durante las negociaciones sobre la reestructuración y, en segundo lugar, la aplicación del plan de reestructuración tras su confirmación. La ayuda financiera debe entenderse en sentido amplio, incluida la aportación de dinero o garantías de terceros y la entrega de existencias, materias primas y suministros, por ejemplo, mediante la concesión al deudor de un plazo de reembolso más largo. La financiación provisional y la nueva financiación deben quedar, por lo tanto, exentas de las acciones revocatorias que pretendan declarar dicha financiación nula, anulable o no ejecutable como un acto perjudicial para el conjunto de los acreedores en el marco del ulterior procedimiento de insolvencia” (considerando 66).

40 Campuzano, A. B., 2021, p. 60.

41 La Directiva de la UE establece cotas mínimas de protección para los acreedores. Así reconoce el “interés superior de los acreedores”, debiendo determinarse el mismo mediante una prueba que se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración (Cf. art. 2 de la Directiva).

En los artículos 8, 9 y 10 de la Directiva, se establece el contenido mínimo que deben tener los planes de reestructuración a ser presentados, “equilibrando previsiones obligatorias y otras que pueden modular o ampliar los Estados”⁴², disponiendo:

- a. la identidad del deudor;
- b. los activos y pasivos del deudor en el momento de presentar el plan de reestructuración, incluido el valor de los activos, una descripción de la situación económica del deudor y de la situación de los trabajadores, y una descripción de las causas y del alcance de las dificultades del deudor;
- c. las partes afectadas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, así como sus créditos o intereses cubiertos por el plan de reestructuración;
- d. en su caso, las categorías en las que las partes afectadas han sido agrupadas a efectos de la adopción del plan de reestructuración y los valores respectivos de los créditos e intereses de cada una de las categorías;
- e. en su caso, las personas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, que no estén afectadas por el plan de reestructuración, junto con una descripción de los motivos por los cuales se propone que no lo estén;
- f. en su caso, la identidad del administrador en materia de reestructuración;
- g. las condiciones del plan de reestructuración, incluidas en particular: i) cualquier medida de reestructuración propuesta; ii) en su caso, la duración propuesta de las medidas de reestructuración; iii) las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional; iv) en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuer-

42 Ibidem, p. 59.

- dos sobre jornadas reducidas o medidas similares; v) los flujos financieros estimados del deudor, si está previsto en la normativa nacional y, vi) toda nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración y los motivos por los cuales es necesario aplicar dicho plan y,
- h. una exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan. Los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide dicha exposición de motivos por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado.

Tal es la importancia que la Directiva le otorga al Plan de Reestructuración que, además de efectuar un detallado contenido mínimo del mismo, consagrando las participaciones obligatoria, la forma de votación y la manera en la cual la autoridad judicial o administrativa debe aprobarlo, estableciendo incluso el alcance del mismo, que el artículo 10, inc. 3 dispone la posibilidad de que el plan sea rechazado cuando el mismo no ofrezca ninguna perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa.

En razón de ello resulta de suma importancia el detalle que efectúa el inciso g) del artículo 8, donde el proponente del plan debe detallar de manera clara y concisa la forma en la que el plan propuesto garantiza la continuación de la explotación económica, asegura la protección de las fuentes de trabajo y en qué medida lo hace, los ajustes en las estructuras de producción, el fortalecimiento de determinadas áreas, la manera en la cual conseguirá financiamiento, las ganancias proyectadas y la posibilidad real y cierta de cobro por parte de los acreedores, en qué medida y de qué forma. Un verdadero plan de empresa.

6. El *bankruptcy* norteamericano

El derecho estadounidense de bancarrotas fue la máxima inspiración de nuestro legislador⁴³ durante los debates de la Ley 24.522 en el año 1994/1995. En lo que a este estudio interesa, el capítulo 11, *chapter eleven*, incorpora el importante sistema del plan de reorganización (*statement*) donde se debe fijar la forma de continuación de la actividad empresarial. Dicho plan debe ser anticipado con la presentación de toda la información importante a los fines de conocer la conformación y desarrollo de aquel plan, el que deberá demostrar que la empresa en crisis es viable y -por lo tanto- no conviene liquidarla⁴⁴.

El procedimiento establecido dispone que el plan presentado por el deudor debe ser analizado y aprobado judicialmente previo a ser sometido a aprobación por parte de los acreedores. Para que sea posible esto último, el *Code* norteamericano establece mayorías diferenciándolas en categorías -cuestión que es compartida por todos los ordenamientos jurídicos que aquí se han estudiado-, con la particularidad de que, si el juez comprobase que el plan no discrimina a ningún grupo disidente y que es justo y equitativo, "*fail and equitable*", podrá ser impuesto a los demás (Micelli, 2001, p. 198).

Al decir de Dasso, en esta potestad judicial se encuentra el verdadero *cramdown*, y es que en el sentido literal de la traducción de la palabra anglosajona, forzar un plan que no fue aceptado por los acreedores mediante su homologación judicial, haciéndolo obligatorio, muy diferente al sentido dado por el legislador argentino al introducir el mencionado instituto en el artículo 48 de nuestra ley concursal argentina.

43 En tal sentido, Graziabile (2018, 97, T. 1) expresa "no puede dudarse que el *Bankruptcy Code* norteamericano es el principal referente de la legislación concursal argentina actual, aunque ha fallado en recoger el espíritu del sistema anglosajón".

44 Basado en un estilo netamente capitalista, el sistema norteamericano interpreta que la evolución, desarrollo y quiebra como parte del proceso normal de la vida de los negocios, abierto al juego de la oferta y la demanda. Rivera et al. (2014, p. 74).

7. Conclusiones

El plan de empresas, o mejor denominado como plan de viabilidad, se presenta como una herramienta indispensable para demostrar al juez -pero principalmente a los acreedores- que la empresa del deudor continúa siendo viable y tiene perspectivas ciertas y reales de superar la crisis en la que se encuentra para volver a ser productiva.

Es que, en el documento aquí analizado el concursado debe efectuar un verdadero análisis técnico de la situación en la que se encuentra y las alternativas que proyecta para salir de la crisis y alcanzar el rédito suficiente que le permita subsistir al tiempo que hacer frente a las deudas preconcursales, y no una mera expresión de deseos sobre los posibles escenarios futuros.

Dada así la cuestión, la exigencia de este plan por parte de los acreedores resulta esencial pues permitirá decidir si acompañar o no la propuesta de pago que el deudor ofrezca. En sentido contrario, una propuesta concordataria sin que se proyecte la manera en la cual la empresa saldría de su estado actual de *default* y acumularía el dinero suficiente para afrontar los pagos prometidos resultaría un salto de fe por parte de los acreedores que decidan acompañar tal convenio.

Por otra parte, el sistema concursal -especialmente el europeo y el argentino- están desarrollados sobre la base de la protección de la explotación económica y de las fuentes de trabajo, proyectando de esta manera un resguardo a la economía general. En esta hermenéutica, el plan se presenta como indispensable para determinar si la empresa en crisis resulta todavía viable y conveniente para la sociedad, o si el Estado deberá soportar mayores pérdidas que las ganancias que promete⁴⁵, alongando una agonía que podría finalizarse y permitir el desarrollo de nuevos emprendimientos allí donde la fallida deja el lugar.

45 Telles (2010, p. 468), citando a Coelho, destacó en idéntico sentido a lo expresado: “debe demostrar, en otras palabras, que tiene condiciones para devolver a la sociedad brasileña (...) por lo menos parte del sacrificio hecho para salvarla”.

Se ha observado que en todas las legislaciones analizadas el plan de viabilidad o reestructuración se presenta como un requisito indispensable para que el plan concordatario adquiera fuerza y relevancia, sin importar si tal procedimiento sea concursal y de etapa previa, pues la proyección y el horizonte hacia donde se dirige la empresa en crisis debe ser claro desde el vamos para comenzar a analizar una posible solución. El paraguas protectorio de la ley concursal debe ser extendido solamente a aquellas personas -humanas o jurídicas- que demuestren una clara vocación de superación y salida de la crisis y no a quienes sólo que buscan ampararse de las agresiones individuales de sus acreedores.

Sin perjuicio de lo manifestado, nuestra ley concursal reconoce y legisla sobre este tan aclamado plan de reestructuración cuando, en honor al principio de conservación de la explotación económica, dispone la posibilidad de venta de la empresa quebrada en funcionamiento durante el proceso falencial (art. 190, LCQ), mencionándolo en dos oportunidades. La primera de ellas cuando legisla sobre el ‘proyecto de explotación’ que deben presentar los trabajadores en caso de -conformados en cooperativa- quieran y puedan continuar con la explotación económica.

Sobre el particular, este plan constituye el mejor modo de asegurar la aptitud productiva de la empresa, la relevancia de la explotación empresarial y las ventajas que se derivan del mantenimiento de la actividad. Junyent Bas y Molina Sandoval (2018, 445, T II) resumen que la introducción de este instituto mediante la Ley 26.684, al priorizar el mantenimiento de la fuente de trabajo y reglar en forma adecuada la alternativa de continuación de la empresa fallida, torna operativa la tutela del art. 14 bis, CN⁴⁶.

La segunda mención del plan de empresas es el denominado ‘informe del síndico’, también referido a la posibilidad de que la empre-

46 Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., 2018, 445, T II. También Graziabile (2018, 860, T IV) se expresa sobre el particular manifestando que “no está mal que se exija en este caso (el plan de empresa) pero mucho más valioso sería en el supuesto de concurso preventivo”.

sa en estado falencial pueda continuar operando, disponiendo en el párrafo segundo, inciso 4, un “plan de explotación acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado”. En una crítica que compartimos, Graziabile muestra que se le exige al síndico un plan de empresas (o plan de explotación), cuando el mismo debiera ser exigido para el concursado y así transparentar el tránsito del concurso con la continuación de su giro a los fines de lograr un acuerdo con sus acreedores.⁴⁷

En esta inteligencia, el plan de viabilidad no resulta ser un instituto novedoso en nuestra legislación, sino que se encuentra exigido para otras personas distintas al deudor, quien en el proceso concursal resulta en principal interesado en que su empresa continúe con su explotación, pues recurre al Tribunal a solicitar el amparo jurisdiccional para evitar las ejecuciones individuales y acordar con todos los acreedores.

De gran trascendencia en todas las legislaciones, una pronta reforma -sea ésta parcial o total- necesitará imperiosamente incorporar en la etapa concursal oportuna, la exigencia de un plan de permita conocer el estado real de la empresa en crisis y la forma en la que se pretende salir de la misma.

Referencias

- Campuzano, A. B. (2021). La configuración de los marcos de reestructuración preventiva en la directiva europea sobre reestructuraciones e insolvencia. *DECONOMI*, IV(12), 21-63.
- Dasso, A. (1997, diciembre). El cramdown porteño. *El Derecho*.
- Dasso, A. (2009, agosto). Tendencias del derecho concursal.: En ocasión del nuevo modelo frances. *La Ley*, 1265.
- Deus Bouzas, I. (2015-2016). *Plan de viabilidad empresarial en el marco de un acuerdo de refinanciación y reestructuración de la deuda* [Trabajo Final]. Universidade da Cocuna, España. <https://ruc.udc.es/>

47 Graziabile, D. 2018, 856, T IV.

- dspace/bitstream/handle/2183/18117/DeusBouzas_Irene_TFG_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Gomez Martin, F. (2004). El convenio y el plan de viabilidad en la nueva ley concursal. *Revista AECA*(69), 3-7.
- Graziabile, D. (2018). *Instituciones de derecho concursal* (1º). La Ley.
- Junyent Bas, F. y Escuti, I. (1998). *Instituciones de derecho concursal*. Astrea.
- Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C. (2018). *Ley de concursos y quiebras* (Cuarta edición, Vol. 2). Abeledo Perrot.
- Maffia, O. (1997). *Manual de concursos*. La Roca.
- Marega, A. (2021a). Los objetivos publicistas vs. las instituciones privatistas: Análisis de las contradicciones en la concepción de la ley concursal argentina. *RSCE*(XXXIII).
- Marega, A. (2021b). La responsabilidad de los administradores en los concursos preventivos. *RDCO*, 309, 163-174.
- Maud Guillonnet, Jean-Philippe Haehl y Brigitte Munoz-Perez. (2014). *La sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire devant les juridictions commerciales de 2006 à 2012* [Ministère de la Justice]. halshs.archives-ouvertes.fr. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00959993/>
- Micelli, M. I. (2001). El plan de salvataje: un necesario punto de partida. En *VIII Congreso argentino de derecho societario y IV iberoamericano de derecho societario y de la empresa* (pp. 191-200). Universidad Nacional de Rosario.
- Navarro Perez, P. (2014). *Estudio comparado del derecho concursal español y frances: aspectos fundamentales* [Trabajo Final]. Universidad de Zaragoza, España. <https://bit.ly/3roy6jp>
- Poujade, H. (2017). Admission du plan de redressement réduit a une fonction de paiement. *Toulouse Capitole Publications*(114x9), 258.
- Quijano Gonzalez, J. (2018). El plan de viabilidad en el derecho concursal español. *Estudios De Derecho Empresario*, 16, 96-101.
- Richard, E. (1997). ¿Se integra la propuesta de acuerdo con un plan de cumplimiento? En *III Congreso argentino de derecho concursal y I iberoamericano sobre insolvencia* (I, p. 433). Ad-Hoc.

- Rivera, J., Casadio Martinez, C., Di Tullio, J., Graziabile, D. y Ribera, C. (2014). *Derecho Concursal*. La Ley.
- Rouillon, A. (2020). El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial. *La Ley* (09/06/2020), 2.
- Stankiewicz Murphy, S. (2011). *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté: Vers un rapprochement des droits?* [Tesis]. Université de Strasbourg, Francia.
- Telles, J. (2010). Breve estudio comparado del derecho concursal español y brasileño. *Anuario Facultad De Derecho*(III), 463-475.
- Vaiser, L. (1997). Vivisección de la propuesta de concordato. En *III Congreso argentino de derecho concursal y I iberoamericano sobre insolvencia* (I, p. 441). Ad-Hoc.
- Velasco, G. (2006). La reforma francesa del Derecho de las empresas en dificultades. *Anuario De Derecho Concursal, Legislación Extranjera* (9).

**LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL SISTEMA DEL
COMERCIO INTERNACIONAL INSTAURADO POR LA OMC
EN MATERIA DE SALUD Y LICENCIAS OBLIGATORIAS
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE INTERNATIONAL TRADE
SYSTEM ESTABLISHED BY THE WTO IN MATTERS OF HEALTH AND
COMPULSORY LICENSES**

Elisabet A. Vidal¹
Magalí A. Contardi²

Resumen

Esta contribución pretende describir el proceso de integración de los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el sistema multilateral de comercio, destacando como principal consecuencia de dicha in-

-
- 1 Investigadora Universidad Católica de Santa Fe. Doctora en Derecho (UCA). Abogada (UCSF), Mediadora (INTERMED-ADE). Miembro del proyecto de Investigación "Derechos humanos y economía. Relaciones y tensiones entre los derechos sociales y ambientales y el orden jurídico-económico transnacional", UCSF, Argentina. Docente UCSF, Santa Fe, Argentina, Doctorando en Ciencias de la Salud (FURG), Miembro del Centro de Bioética, Persona y Familia, Asesora Legislativa Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, evidal@ucsf.edu.ar, ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4960-3625>, Filiación UCSF.
 - 2 Doctoranda en Derecho (Propiedad Industrial & Inteligencia Artificial) e investigadora del grupo Global Innovation and Policy Law, Universidad de Alicante, (España), investigador invitado en el Max Planck Institute For Innovation and Competition Law (Múnich, Alemania; 2018-2019), LLM en Propiedad Industrial e Intelectual (Universidad de Alicante, España), docente adscripto, cátedra derecho industrial (Universidad de Pisa, Italia). Abogado habilitado en Italia (Avvocato), mac79@alu.ua.es, ORCID <https://orcid.org/0000-0002-3346-1570>, Filiación Universidad de Alicante.

tegración la tensión siempre presente entre los DPI y los derechos humanos, en particular la salud pública. El artículo argumenta que este conflicto se hace aún más visible en el ámbito de emergencias sanitarias, como la actual pandemia, durante la cual las flexibilidades previstas en los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), concretamente las licencias obligatorias, son invocadas en un contexto muy debatido, o incluso se pone en discusión su idoneidad. A pesar de ello, se observa que las controversias llevadas ante el Organismo de Solución de Diferencias (OSD) establecido por la Organización Mundial del Comercio (OMC) son escasas, siendo una posible causa de esta falta de correspondencia el margen de discrecionalidad en la reglamentación de las licencias obligatorias y el rol predominantemente político del instituto.

Palabras claves

OMC, propiedad intelectual, licencias obligatorias, salud.

Abstract:

This short contribution aims to describe the process of integration of intellectual property rights (IPR) in the trade multilateral system, highlighting as a main consequence of such integration the ever-ending tension between IPR and human rights, in particular public health. The article argues that this conflict becomes even more visible in the framework of sanitary emergencies, as the current pandemic, during which the flexibilities provided by TRIPS, specifically the compulsory licenses come are invoked in highly debated context, or even its suitability is put into discussion. Despite this, it is observed that the controversies brought before the OSC set by the WTO are rare if compared to the public debate, being a possible cause of this lack of correspondence the margin of discretion in the regulation of compulsory licences and the predominantly political role of the institute.

Keywords

WTO, intellectual property, compulsory licenses, health.

1. Introducción

La pandemia de COVID-19 ha dado lugar a un arduo debate en la comunidad internacional sobre la inexorable colisión entre los derechos exclusivos del titular de la patente y el interés de la sociedad en la disponibilidad de medicamentos esenciales, que garanticen el derecho a la salud. No es posible atender uno sin violar o restringir otro.³ En este debate, frecuentemente, las flexibilidades del acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), en particular las licencias obligatorias o también llamadas compulsivas son invocadas en debates multilaterales como el principal mecanismo legal para mediar entre estos dos objetivos contrapuestos. No obstante, la dicotomía derecho a la salud-derechos de patentes sea uno de los argumentos mayormente debatidos a nivel multilateral, habiéndose registrado otras algunas controversias entre los distintos Estados Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el número de disputas dirimidas por el Organismo de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC es más bien reducido.

La primera parte del artículo describirá el proceso de integración de los derechos de propiedad intelectual e industrial en el comercio internacional, ilustrando las distintas iniciativas internacionales en materia de propiedad intelectual que marcaron el camino hacia la firma del ADPIC, uno de los pilares del sistema multilateral del comercio internacional.

3 Para un análisis detallado de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, en particular las modificaciones en las leyes nacionales de países Europeos (ej. Alemania, Francia), de América del Norte (ej. Canadá) y de América Latina (ej. Brasil y Argentina), como así también de las discusiones arraigadas en el seno de la Organización Mundial del Comercio sobre la suspensión transitoria del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual para las tecnologías vinculadas a la pandemia y otras medidas voluntarias adoptadas (ej. Patentes mancomunadas) véase: Contardi y Vidal, 2021.

La segunda parte consistirá en el análisis sustantivo y de resolución de controversias a nivel multilateral de las disposiciones del ADPIC en materia de licencias obligatorias. Si bien el ADPIC contiene otras flexibilidades, el análisis de las licencias obligatorias es justificado debido a que el amplio debate a nivel político no se ha traducido en conflictos legales a nivel multilateral. De allí que el presente artículo mira a delinear los motivos de esta brecha, sugiriendo como posibles causas el margen de discrecionalidad en la reglamentación de las licencias obligatorias y el rol predominantemente político del instituto.

2. El nacimiento de la OMC y el ADPIC como condición de acceso a esta: del bilateralismo al multilateralismo

El enfoque hacia la legislación de propiedad industrial, como es sabido, es notoriamente diverso en países industrializados (tradicionalmente ‘exportadores de tecnología’) y en aquellos no industrializados o en vías de desarrollo (tradicionalmente ‘importadores de tecnología’). Los países industrializados adoptan un sistema ‘proteccionista’, ‘fuerte’ o ‘estricto’ de protección de los derechos de propiedad intelectual, como parte de la infraestructura de apoyo a las inversiones en investigación y desarrollo (I+D) en dichos territorios, mientras que los países menos desarrollados sostienen que, dada su menor capacidad de innovación (inversión en I+D), una fuerte protección de la propiedad intelectual sería contraproducente para la innovación local.⁴

4 Mercurio, 2004, p. 2011. Este autor señala que muchos países desarrollados llegaron a la conclusión de que la mejor manera de desarrollar y hacer cumplir los principios de la propiedad intelectual sería por medio de la vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio internacional para negociar su participación en este como parte de las amplias y exhaustivas disposiciones contenidas en la Ronda de Uruguay.

En esta dialéctica, los acuerdos internacionales, regionales y bilaterales de propiedad industrial históricamente han representado un compromiso entre estas distintas visiones. Sin embargo, hasta fines de los años noventa, la propiedad intelectual carecía en gran medida de regulación en el ámbito internacional, ya que la promoción y administración de la mayoría de los tratados internacionales relacionados con la protección de la propiedad intelectual recaía en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), especialmente los Convenios de París⁵ y Berna.⁶ Sin embargo, este sistema, de adhesión puramente voluntaria, se presentaba como insatisfactorio para los países desarrollados y sus empresas, dada la falta de autoridad de la OMPI para garantizar el cumplimiento por parte de los miembros y la ausencia de mecanismos eficaces de solución de controversias.⁷

Durante la Ronda de Uruguay que tuvo lugar entre los años 1986 y 1994 se propuso la creación de la OMC, organización que se formalizó en 1994 con la firma del Acuerdo de Marrakech, al cual se le anexan distintos acuerdos multilaterales y plurilaterales, entre ellos el ADPIC (o, en su acrónimo en inglés TRIPS),⁸ cuya adhesión representa una condición *sine qua non* para los países que deseen acceder a la OMC,⁹ consagrando -así- la incorporación de la protección de la propiedad industrial al régimen multilateral del comercio.

En términos convencionales, el ADPIC lleva a cabo una tarea armonizadora¹⁰ a través de la cual se establecen normas mínimas de

5 Suscripto en el año 1883 con el objetivo de otorgar protección a la propiedad industrial y garantizar el derecho a gozar de un certificado de prioridad frente al depósito de solicitud de patente o modelo de utilidad en dos países diferentes.

6 Suscripto en el año 1886 para dar protección a las obras artísticas y literarias y ofrecer a sus creadores -bajo ciertas condiciones- mecanismos para controlar el uso de sus creaciones.

7 Samuelson, 1999.

8 Agreement, 1994, Anexo 1c.

9 Artículos II, XI- XII, Miembros iniciales; Adhesión, Acuerdo de Marrakech.

10 Mercurio, 2004, p. 2011. Antes de la aplicación del ADPIC algunos países concedían patentes de una duración relativamente larga, mientras que otros concedían una

protección de los distintos derechos de propiedad industrial e intelectual (patentes, dibujos y diseños, marcas, etcétera) que los países miembros deben adoptar y, a la vez, establece principios básicos del sistema de comercio cuyo objeto verse sobre derechos de propiedad industrial.¹¹ El ADPIC introduce, además, reglas que los Estados deben adoptar para garantizar al titular de los derechos de propiedad intelectual (DPI) la observancia de dichos derechos e incorpora por referencia, en la Parte V, tanto el mecanismo de resolución de controversias de la OMC como soporte del sistema de comercio multilateral implementado en caso que un Estado Miembro no diera cumplimiento a las obligaciones asumidas,¹² como los principales tratados de la OMPI, que a partir de ese momento se considerarán obligatorios entre los países miembros de la OMC.

En términos prácticos, sin embargo, el ADPIC, al imponer a los países miembros respetar los distintos DPI y adoptar, a tal fin, instrumentos que hagan efectiva su observancia en todo el territorio nacional, limita *de facto*, la influencia de dicho país sobre la propia formulación de políticas económicas y públicas -incluso de salud-, respecto de las cuales, y a cambio de mayor acceso a mercados extranjeros, los países pierden autonomía. En este sentido, hay autores

protección de menor duración y con el acuerdo ADPIC, se establece que el plazo de protección mínimo es de 20 años.

11 Por ejemplo, los principios de 'trato nacional' (artículo 3) y 'trato de la nación más favorecida' (artículo 4), entre otros.

12 Abbott, 2012. El Artículo 64. 1 del ADPIC dispone que son aplicables los Artículos XXII y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) sobre las resoluciones de controversias. En base a dicho artículo del GATT, puede dar lugar a una controversia el incumplimiento por parte de otro Estado Miembro de las obligaciones que le incumben en virtud del ADPIC (GATT, Artículo XXIII:1 a)). Por otra parte, los párrafos 2 y 3 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC introduce el derecho de los Estados a presentar una reclamación cuando consideren que la actuación de otro Miembro, o una determinada situación, los ha privado de una ventaja esperada en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, aunque no se haya infringido ninguna obligación derivada del Acuerdo.

que sostienen que esta extensión de la protección de la propiedad intelectual sobre productos que afectan a las necesidades básicas (por ejemplo: medicamentos y acceso a la salud) afecta a ámbitos -en principio- ajenos al comercio, como los derechos humanos.¹³ Por ello, no faltan quienes han puesto de manifiesto la contradicción entre el objetivo liberalizador de la OMC y el proteccionismo que introduce el ADPIC.¹⁴

3. Las flexibilidades del ADPIC en materia de licencias obligatorias y su controvertida aplicación

Con el fin de asegurar que los países miembros puedan adaptar la política de propiedad industrial a sus propios objetivos nacionales de innovación y de desarrollo, el ADPIC permite ciertas exclusiones, denominadas ‘flexibilidades’ que son de particular relevancia en el contexto de la salud pública y los derechos humanos, por parte de diversas instituciones, para alcanzar el objetivo plasmado en el preámbulo y el artículo 7 del ADPIC, el cual consiste en la búsqueda de un enfoque equilibrado de la protección de la propiedad intelectual con fines sociales.¹⁵

En lo que materia de salud respecta, el ADPIC contiene flexibilidades que permiten ‘diluir’ las prerrogativas del titular de una patente debido a necesidades ‘urgentes’. Así, a diferencia de las llamadas licencias ‘voluntarias’, que son concedidas por el titular de la patente tras una negociación caracterizada por la plena autonomía entre, por ejemplo, la empresa farmacéutica que ha invertido en I+D y un fabricante local para implementar y comercializar la invención, el artículo 31 del ADPIC¹⁶ regula, de hecho, las licencias ‘obligatorias’, que son concedidas por los gobiernos locales en situaciones de emergencia,

13 Correa, 2002.

14 Dreffus y Lowenfel, 1997, p. 280.

15 Contardi y Vidal, 2021.

16 Agreement, 1994, Anexo 1c.

sin el permiso del titular, que sólo recibirá una “compensación justa” por el uso de su invención. Esta norma establece una serie de condiciones para la concesión de licencias obligatorias, por las cuales se les otorga a los Estados miembros libertad para estipular los motivos por los que pueden concederse, reglamentar el procedimiento previsto para su aplicación y decidir la incorporación o no de la excepción en su derecho interno.¹⁷

No obstante dichas flexibilidades, los Estados miembros de la OMC han reconocido que existen importantes lagunas en lo que respecta a la protección de las patentes y el acceso a medicamentos esenciales en los países en desarrollo y menos desarrollados,¹⁸ llegando este debate a cobrar notoriedad mundial con la epidemia HIV/SIDA, hacia fines de los años noventa, cuando varias empresas farmacéuticas impugnaron la legalidad de la ley sudafricana de control de sustancias médicas y afines de 1997, que permitía la concesión de licencias obligatorias para los medicamentos antivirales patentados para promover el acceso general a los tratamientos contra el VIH/SIDA en dicho país, que de otro modo serían inaccesibles.¹⁹

Dicho debate dio lugar a la Ronda de Doha,²⁰ donde por primera vez la salud internacional y el desarrollo se debatieron en todos los niveles de la gobernanza de la OMC, a los fines de aclarar la interpre-

17 Son 156 los países que tienen incorporada en sus legislaciones nacionales sobre patentes la licencia obligatoria como limitación al derecho del titular de una patente (Standing Committee on the Law of Patents, 2019).

18 OMC, 2017.

19 Samper, 2021. Esta situación evidencia que la opinión pública mundial -incluida la de la Unión Europea, así como muchas otras organizaciones no gubernamentales (como Médicos Sin Fronteras y Oxfam)- se pusieron del lado de Mandela y de Sudáfrica, con algunas excepciones notables, como la de Estados Unidos. Aunque la propuesta de ley nunca llegó a entrar en vigor, tanto la constante presión internacional, así como el relativo hundimiento de la imagen de las empresas farmacéuticas ‘antagonistas’, hicieron que las empresas farmacéuticas abandonaran el pleito con el que buscaban impugnar la ley que autorizaba las licencias obligatorias.

20 Abbott, 2002; WTO 2001.

tación de las flexibilidades -en particular la aplicación de las licencias obligatorias-, afirmando el derecho de los miembros a invocar esas disposiciones cuando sea necesario para salvaguardar la salud pública. Posteriormente, en una decisión de fecha 30 de agosto de 2003 referida a la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha,²¹ los miembros de la OMC establecieron un mecanismo de exención al artículo 31(f) del ADPIC que condicionaba la concesión de licencias obligatorias al suministro para el mercado local, permitiendo -de esta manera- un sistema de 'doble licencia obligatoria' en favor de los países subdesarrollados que carecen de capacidad de producción. De este modo, dichos países pueden interpelar a un licenciario obligatorio en un tercer país que sea capaz de producir dichos medicamentos y posteriormente exportarlos al territorio 'necesitado'.²²

No privadas de criticismos y en un contexto de acalorado debate público, las licencias obligatorias del artículo 31 del ADPIC han sido invocadas en un número limitado de casos por los países en desarrollo y desarrollados para permitir el acceso a medicamentos patentados en el contexto de emergencias sanitarias,²³ como así también en relación con patentes de medicamentos oncológicos²⁴, a fin de garantizar su disponibilidad a un precio accesible. Por otra parte, el mecanismo de la 'doble licencia' del artículo 31bis ha sido criticado por resultar de difícil aplicación práctica, con resultados poco eficaces. Basta mencionar que sólo se utilizó una vez en 2007 para autorizar las exportaciones de la combinación antirretroviral 'Apo-TriAvir', producida por la empresa canadiense Apotex, a Ruanda, que, sin embargo, tardó más de un año en llegar al país de destino. En mayo de 2021, Bolivia notificó oficialmente a la OMC su solicitud de aplicar este mecanismo para obtener las licencias obligatorias necesarias para la producción de vacunas Johnson & Johnson, de

21 Correa, 2005; OMC, 2003.

22 Ramanujam y Goyal, 2014, 369.

23 Contardi y Vidal, 2021 donde se citan ejemplos de aplicación de licencias obligatorias en el contexto de emergencias sanitarias, incluido el COVID-19.

24 Ibidem.

la empresa canadiense Biolyse Pharma Co., si bien su aplicación y efectividad resulta hasta ahora incierta.²⁵

A menudo, el recurso a dicha flexibilidad ha sido utilizado incluso con fines políticos, para facilitar el acceso a medicamentos esenciales. En la India, por ejemplo, bastó que la empresa de genéricos Natco presentara una solicitud formal de licencia obligatoria para el medicamento ‘Remsedivir’, patentado por la empresa farmacéutica estadounidense Elli Lilly (que puede utilizarse para tratar los síntomas del COVID-19), para que el titular de la patente concediera tres licencias voluntarias a los productores locales. Un episodio similar ocurrió en Israel en el momento más álgido de la pandemia, en marzo de 2020, tras la concesión de una licencia obligatoria para permitir la importación del medicamento ‘Kaletra’, protegido por la patente de la empresa estadounidense AbbVie Pharmaceuticals Inc. (que tiene posibles usos beneficiosos en el tratamiento de los pacientes de COVID-19).²⁶ Unos días después de la medida, la empresa titular de la patente en cuestión declaró que renunciaba a sus derechos de patente sobre el medicamento. En 2005, Brasil también había amenazado con conceder una licencia obligatoria sobre ‘Tachiflu’, pero la situación se resolvió con una reducción voluntaria del precio por parte del titular de la patente.

4. La situación de las licencias obligatorias y su debate en el OSD de la OMC

No obstante, las licencias obligatorias representen un importante mecanismo en materia de acceso a la salud y, como se ha apenas visto, la aplicación de las mismas es una cuestión sensible, que emerge en el seno del debate público y político sobre todo en crisis sanitarias como la acontecida en la pandemia COVID-19, sin embargo, dicha

25 Lock, 2021.

26 Heiliczer, 2020.

conflictividad no se refleja en el número de controversias que el OSD ha sido llamado a intervenir.

En particular, se observa que de los 42 reclamos o consultas que los Estados Miembros de la OMC iniciaron entre 1995 y 2019 con referencia al supuesto incumplimiento de obligaciones en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC,²⁷ sólo en dos oportunidades el OSD fue llamado a intervenir en cuestiones vinculadas al cuestionamiento de la normativa interna sobre licencias obligatorias del país reclamado, identificándose en el relevamiento de diferencias realizado el DS196²⁸ y el DS199²⁹ con este objeto. Dichos conflictos formalmente presentados en la OMC se han resuelto de mutuo acuerdo.

El primero data del año 2000, en el que Estados Unidos inicia una solicitud ante el OSD para realizar consultas con la República Argentina dado que entendía que tanto la normativa de patentes vigente en el país³⁰ como la vinculada a la protección de datos³¹ -entre diversos reclamos³²- no preveía salvaguardias para la concesión de licencias obligatorias para los productos farmacéuticos.

Concretamente, en lo que se refiere a la concesión de licencias obligatorias el reclamo versó sobre la redacción del artículo 44 de la ley de patentes argentina que -según dichos del reclamante- las situaciones allí contempladas eran consideradas como prácticas anticompetitivas³³ impidiéndole el acceso al mercado de productos

27 den Bossche y Henri, 2020.

28 Ver: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds196_e.htm

29 Ver: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds199_s.htm

30 Ley 24.481 (modificada por la Ley 24.572), la Ley 24.603 y el Decreto 260/96.

31 Ley 24.766 y en el Reglamento 440/98.

32 Fundados en los artículos 27, 28, 31, 34, 39, 50, 62, 65 y 70 del Acuerdo de los ADPIC en tanto consideraba que los regímenes jurídicos de la Argentina que regulaban la protección de las patentes y los datos eran, en consecuencia, incompatibles con las obligaciones de la Argentina en el marco del Acuerdo.

33 El artículo 44 de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad 24.481, modificada por la Ley 24.572 (Ley 24.481) y el artículo 44 del Decreto Reglamentario de dicha norma, Anexo II, 20 de marzo de 1996 (Decreto 260/96) consideran como prácticas

farmacéuticos a titulares de patentes de nacionalidad distinta a la Argentina.

Tras las diversas negociaciones mantenidas³⁴ entre las partes, arribaron a una solución mutuamente convenida en el tema. Luego de las rondas de consultas mantenidas,³⁵ los Estados Unidos de América y la República Argentina alcanzaron una solución mutuamente satisfactoria en los temas obligándose esta última a adaptar su legislación interna no deberá conceder licencias obligatorias en base a una determinación de prácticas anticompetitivas excepto en las situaciones expresamente consideradas en el artículo 31, inciso k) del acuerdo ADPIC.

Por su parte, el segundo asunto, que ocurre el mismo año entre Estados Unidos y Brasil, tiene por objeto las disposiciones normativas sobre patentes³⁶ de la República Federativa del Brasil en tanto establecen un requisito de 'explotación local' (Artículo 68, ley de Propiedad Intelectual) para el disfrute de derechos exclusivos de patente por lo que al decir del Estado reclamante, la concesión

anticompetitivas las siguientes: a) la fijación de precios comparativamente excesivos, respecto de la media del mercado o discriminatorios de los productos patentados; en particular cuando existan ofertas de abastecimiento del mercado a precios significativamente inferiores a los ofrecidos por el titular de la patente para el mismo producto; b) la negativa de abastecer al mercado local en condiciones comerciales razonables; c) el entorpecimiento de actividades comerciales o productivas y, d) todo otro acto que se encuadre en las conductas consideradas punibles por la Ley N 22.262 (defensa de la competencia) o la que la reemplace o sustituya.

34 Nueve rondas fueron necesarias. Las mismas tuvieron lugar 15 de junio de 1999, 27 de julio de 1999, 17 de julio de 2000, 29 de noviembre de 2000, 2 de abril de 2001, 13 de julio de 2001, 21 de septiembre de 2001, 5 de noviembre de 2001 y 14 de abril de 2002 las que denotan casi tres años de negociaciones intentando arribar a un acuerdo componedor de sus intereses.

35 15 de junio de 1999, 27 de julio de 1999, 17 de julio de 2000, 29 de noviembre de 2000, 2 de abril de 2001, 13 de julio de 2001, 21 de septiembre de 2001, 5 de noviembre de 2001 y 14 de abril de 2002.

36 Ley N° 9.279 de 14 de mayo de 1996, entró en vigor en mayo de 1997 y disposiciones anexas.

de licencias obligatorias estará circunscripta a si el producto patentado no se fabrica o el procedimiento patentado no se utiliza en el territorio del Estado reclamado generando -esta situación- la discriminación de los titulares estadounidenses de patentes brasileñas cuyos productos son importados, pero no producidos en territorio brasileiro.

Las consultas resultaron insuficientes y se recurrió al establecimiento de un grupo especial para que emita opinión fundada sobre los alcances interpretativos de la norma en cuestión. Sin embargo, este no alcanzó a expedirse dado que las partes alcanzaron una situación mutuamente convenida.

La misma consistió en manifestar que si Brasil considerase necesario aplicar el discutido artículo 68 para conceder una licencia obligatoria con respecto a las patentes de empresas de los Estados Unidos, aceptaría celebrar conversaciones previas sobre el asunto con el Gobierno de los Estados Unidos a través de una reunión extraordinaria acodada por las partes al efecto.

Así, como puede observarse la controversia suscitada respondió a la necesidad de adaptación de la normativa regulatoria del derecho de patente de los países reclamados y la intervención del OSD se limitó —solamente— a la fase de consultas en exhaustivo ya que las partes accedieron llegar a una solución componedora sin necesidad de aplicación de sanción alguna.

5. Conclusión

En un contexto de emergencia, el conflicto con derechos humanos cuál el derecho a la salud, inherente a la integración de los derechos de propiedad intelectual al comercio latente entre los derechos de propiedad intelectual, es más evidente y por ello las flexibilidades, en particular las licencias obligatorias, proporcionadas por el ADPIC que adquieran un rol fundamental para balancear dichos intereses, llegando a cuestionarse, a nivel político y social, su idoneidad para alcanzar su fin.

Encontrándose involucrada una temática tan importante como la biotecnología, las vacunas y los productos farmacéuticos que conjugan el derecho humano a la salud con la concesión de licencias obligatorias puede observarse que hay pocos casos presentados ante el órgano de solución de diferencias de la OMC y no existe una correlación coherente con la discusión que sobre esta puede darse a nivel político y social.

Asimismo, al ser pocos los casos que han llegado deja entrever o bien la existencia de un consenso general en la materia, o el rol predominantemente político del instituto o respeto de la flexibilidad por la que cada Estado pueda adoptar la medida que considere oportuna.

Referencias

- Abbott, F. M. (2002). The TRIPs agreement, access to medicines, and the WTO Doha ministerial conference. *The Journal of World Intellectual Property*, 5(1), 15-52.
- Abbott, F. M. (2012). WTO dispute settlement and the agreement on trade-related aspects of intellectual property rights. *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, 415-437.
- Agreement, T. (1994). Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights 15 apr. 1994. Marrakesh, Reprinted in *International Legal Materials*, 33, 1125-1272.
- Bonadio, E. y Baldini, A. (2020). COVID-19, Patents and the never-ending tension between proprietary rights and the protection of public health. *European Journal of Risk Regulation*, 11(2), 390-395.
- Contardi, M., y Vidal, E. (2021). Patentes: Flexibilidades del ADPIC como respuesta a la pandemia del COVID-19. Lecciones aprendidas y perspectivas de una política futura. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (14), 71-104.
- Correa CM. Public Health and Intellectual Property Rights. *Global Social Policy*. 2002;2 (3):261-278. doi:10.1177/14680181020020030201
- Correa, C. M. (2005). TRIPs agreement and access to drugs in developing countries. *SUR-International Journal on Human Rights*, 2(3).

- den Bossche, V., & Henri, P. L. (2020). The TRIPS agreement and WTO dispute settlement: Past, present, and future.
- Dreffus, R.C. y A. Lowenfel, A. (1997). Two achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement Together. *Virginia Journal of International Law*, vol 37.
- Heiliczer, E. (2020), The Worldwide Stakes of Israeli Compulsory Licenses for Anti-Coronavirus Drugs. Recuperado de: <https://www.pearlcohen.com/the-worldwide-stakes-of-israeli-compulsory-licenses-for-anti-coronavirus-drugs/>
- Lock, H. (2021) Bolivia podría desbloquear el acceso a las vacunas de COVID-19 y salvar vidas, pero necesita que Canadá les conceda una licencia, *Global Citizen*. Recuperado de: <https://www.globalcitizen.org/es/content/bolivia-canada-patents-covid-19-vaccines-trips/>
- Mercurio, B. C. (2004). TRIPS, patents, and access to life-saving drugs in the developing world. *MARq.Intell.ProP.L.reV.*, 8.
- OMC. (2001). Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm.
- OMC. (2003). Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.html.
- OMC. (2017) Los ADPIC y la salud pública. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/paper_develop_w296_s.htm
- Ramanujam, P. y Goyal, Y. (2014). One view of compulsory licensing: Comparative perspectives from India and Canada. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 18(2).
- Samper, E. (2021), Cómo la crisis sanitaria del sida en África acabó con el tabú de la suspensión de patentes de medicamentos, *El País*. Recuperado de: https://www.eldiario.es/sociedad/crisis-sanitaria-sida-africa-acabo-tabu-suspension-patentes-medicamentos_1_7942354.html
- Samuelson, P. (1999). Challenges for the world intellectual property organization and the trade-related aspects of intellectual property rights council in regulating intellectual property rights in the information age. *European Intellectual Property Review*, 21, 578-591.

Standing Committee on the Law of Patents. (2019). Thirtieth Session. Ginebra, 24 al 27 de junio. Recuperado de: https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=50419

UCSF
Universidad Católica
de Santa Fe