

Ab

Revista de Abogacía

ISSN 2545-8485

AÑO IX
NOVIEMBRE
DE 2025

NÚMERO
17

Un compromiso renovado

Los desafíos de enseñar Derecho en un aula universitaria

Radicalización de la democracia y enfoque de derechos humanos en el Código Civil y Comercial

La hermenéutica del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación no es ajena al derecho falencial

La función de la narrativa y su promesa de igualdad, libertad y fraternidad en la construcción de la ciudadanía de las mujeres

Repensar las relaciones de pareja a diez años del Código Civil y Comercial. Debates abiertos y posibles futuras reformas legislativas

Vulnerables y autonomía de la voluntad en los contratos internacionales

La dimensión de la ley en la constitución subjetiva

Romper el molde. Educación jurídica crítica para estudiantes del conurbano

Vivir y dejar morir. Reflexiones sobre eutanasia y muerte digna en la Argentina

De la crítica a la enseñanza del derecho... hacia su enseñanza crítica

Corrientes críticas del derecho y perspectiva de género. Una propuesta didáctico-pedagógica para interpelar el discurso jurídico

Los decretos delegados, la voluntad del legislador y la supremacía constitucional

El uso de la inteligencia artificial para difundir el derecho

Ab-Revista de Abogacía

Año IX | N° 17 | noviembre de 2025

© 2025, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2025 EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN: 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

Arte y maquetación integral: **Florencia Jatib y Mariana Aurora Zárate**

Coordinación editorial: **Paula D'Amico**

Corrección de estilo: **María Laura Romero, Nora Ricaud,**

Mariangeles Carbonetti y Laura González

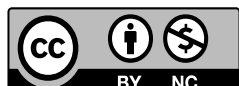
staff

Director y editor responsable: **Martín Cormick**

Coordinador editorial: **Gonzalo Gastón Semeria**

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz



Ab-REVISTA DE ABOGACÍA
AÑO IX | N° 17 | NOVIEMBRE DE 2025

Índice

PRESENTACIÓN

Un compromiso renovado Martin Cormick	5
---	----------

ARTÍCULOS

Los desafíos de enseñar Derecho en un aula universitaria Mónica Andrea Battista	7
---	----------

Radicalización de la democracia y enfoque de derechos humanos en el Código Civil y Comercial Mauro Benente	17
--	-----------

La hermenéutica del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación no es ajena al derecho falencial Gabriela Fernanda Boquin	27
--	-----------

La función de la narrativa y su promesa de igualdad, libertad y fraternidad en la construcción de la ciudadanía de las mujeres Cynthia Britez	47
---	-----------

Repensar las relaciones de pareja a diez años del Código Civil y Comercial. Debates abiertos y posibles futuras reformas legislativas Natalia de la Torre	65
---	-----------

Vulnerables y autonomía de la voluntad en los contratos internacionales Christian Pablo González Johansen	83
---	-----------

La dimensión de la ley en la constitución subjetiva Ricardo E.J. Ferrari	91
--	-----------

Romper el molde. Educación jurídica crítica para estudiantes del conurbano Julia M. Gómez	95
---	-----------



Ab-REVISTA DE ABOGACÍA
AÑO VIII | Nº 17 | NOVIEMBRE DE 2025

Vivir y dejar morir. Reflexiones sobre eutanasia y muerte digna en la Argentina Tomás Moller Poulsen	107
De la crítica a la enseñanza del derecho... hacia su enseñanza crítica Noelia Lomba	123
Corrientes críticas del derecho y perspectiva de género. Una propuesta didáctico-pedagógica para interpelar el discurso jurídico Karina Andrea Russo	131
Los decretos delegados, la voluntad del legislador y la supremacía constitucional Maximiliano Werner	141
ENTREVISTA El uso de la inteligencia artificial para difundir el derecho. Entrevista a Enrique Alonso Regueira Martin Cormick	155

Un compromiso renovado



*Martin Cormick**

El derecho —y su enseñanza, su aplicación, su puesta en práctica— nos atraviesa. Desde leyes que se sancionan sobre grandes temas que nos afectan como seres de un colectivo nacional hasta meras decisiones administrativas que nos habilitan al ejercicio de un derecho o no, el derecho nos delimita el campo de acción.

En ese contexto es que escribimos, y ese contexto lejos está de ser neutral. Es por eso que cuando un tema es encarado por un autor, de una manera u otra busca, en ese instante, y a veces hasta inconscientemente, influir en el futuro derecho que se establezca. Y esta revista es un espacio para participar de ese debate público. Lo que buscamos es darles lugar a voces que quizás no tienen espacio en medios más tradicionales de la difusión del derecho. Para que, al menos a la hora de abordar un tema, ya sea en una clase en nuestra universidad u otra, exista una voz disidente respecto de tanto acuerdo implícito existente. Si con este número logramos aportar una mirada que complete el debate público desde otra perspectiva, habremos logrado el principal objetivo que nos propusimos hace ya, y parece mentira, 17 números. Que así sea.

* Revista Ab (UNPAZ).

Los desafíos de enseñar Derecho en un aula universitaria



Mónica Andrea Battista*

Introducción

El aula es un espacio heterogéneo, con historias de vida diferentes, es el ámbito donde se entrelazan todas las voces, donde el docente debe saber captar las inquietudes y expectativas que traen los estudiantes, para lograr que ellos desarrollen no solo la capacidad de comprender los contenidos, sino que sean capaces de expresar sus inquietudes mediante la palabra, intercambiando con sus pares sus distintos puntos de vista, lo cual les permitirá ampliar su mirada elaborando su propia versión de la realidad planteada. Así como señala Freire:

El dialogo es un fenómeno humano por el cual se nos revela la palabra, de la que podemos decir que es el diálogo mismo. Por ello hay que buscar la palabra y sus elementos constitutivos. Descubriremos así, que no hay palabra verdadera que no sea una unión inseparable entre acción y reflexión y, por ende, que no sea praxis. De ahí que decir la palabra verdadera sea transformar el mundo.

El objeto del presente trabajo es delinear los desafíos que enfrenta la enseñanza universitaria, particularmente la enseñanza del derecho. Precisamente esa transformación de la que habla Freire es para lo que debemos trabajar a diario en el aula, buscando el modo de que desarrollen cada contenido en

* Docente UNPAZ.

forma crítica. Un estudiante de derecho debe poder buscar respuestas donde no las hay, encontrar el camino para litigar en defensa de algún derecho vulnerado, no debe encontrarse limitado por lo que le dicen, sino salir a innovar una respuesta.

Así cuando recibo a mis estudiantes de primer año, el primer día de clase los hago presentarse y que compartan qué los impulsó a elegir estudiar “derecho”. ¿Por qué derecho? ¿Cuál es el móvil o la aspiración real? ¿Por qué no estudiar otra carrera de grado?, preguntas recurrentes donde las respuestas son absolutamente dispares y por qué no, disparatadas. En algunos casos responden simplemente porque les gusta el derecho, o por descarte porque no hay matemática, o no saben por qué eligieron la carrera, o porque los inspiro alguna serie como “la ley de los audaces”, o porque han sufrido y/o protagonizado diversas injusticias y quieren aprender para que a otros no les ocurra lo mismo. Muchos aspiran a luchar contra las injusticias, y en otros casos se trata de una cuenta pendiente, donde por diversas circunstancias de la vida lograron acceder en la edad madura ¡y lo toman como si cumplieran un sueño!

Ahora bien, se percibe un común denominador en casi un 90% de todos esos relatos que indudablemente tiene que ver con la historia familiar, con ser la primera generación de universitarios dentro de sus familias, con la connotación de transitar ese paso, la carga emotiva que esto implica y la responsabilidad que esto conlleva.

Pero a qué aspiran realmente, son capaces de comprender el cambio radical que seguramente va a transformar sus vidas. Sin embargo, la realidad nos muestra que también traen consigo temores, incertidumbre, inseguridad y dificultad para expresar sus ideas, por temor a equivocarse y a la mirada crítica de sus pares, con lo cual las y los docentes tenemos un desafío enorme que implica generar un espacio apto para que puedan expresarse libremente y debatir con fundamentos sólidos.

El método de Paulo Freire no enseña a repetir palabras ni se restringe a desarrollar la capacidad de pensarlas según las exigencias lógicas del discurso abstracto; simplemente coloca al alfabetizando en condiciones de poder replantearse críticamente las palabras de su mundo, para, en la oportunidad debida, saber y poder decir su palabra (Fiori).

El lugar es el aula, y es allí donde comienza el reto, parece algo contradictorio. Es difícil comenzar una clase de derecho sin caer en la “educación bancaria” de la que tanto ha hablado Paulo Freire. Siempre que abordamos algún tema, se hace presente la típica clase donde se expone un tema que encuentra en el texto legal su fuente, no obstante, soy consciente de que nada sirve que las y los estudiantes reciten de memoria conceptos o definiciones premoldeadas, en cambio, es bastante apropiado que puedan aplicar y relacionar cada tema con la realidad, con las vivencia cotidiana, es decir, incorporar los conceptos, “aprehender” esa teoría, y luego aplicar la misma a la resolución de un caso fáctico.

De este modo, la propuesta de Freire es la

“educación problematizadora” que niega el sistema unidireccional propuesto por la “educación bancaria” ya que da existencia a una comunicación de ida y vuelta, y elimina la contradicción entre educadores y educandos, ambos se educan entre sí mientras se establece un diálogo en el cual tiene lugar el proceso educativo.

Cuando en la clase se desarrolla un tema, hay que desafiar a los estudiantes para tomar una postura crítica, dejando de lado la memorización de conceptos teóricos estructurados. Los debates áulicos, son el claro ejemplo de la necesidad de fomentar la participación masiva, es más fácil recordar el ejercicio conversado entre los pares que la memorización de las palabras del docente durante las horas de clases teóricas o “educación bancaria”. En tal sentido, “no hay práctica social más política que la práctica educativa” (Freire, 2003: 74) en cuanto esta puede convertirse en una herramienta emancipadora.

Reseña del modelo tradicional de enseñanza jurídica

Históricamente el modelo tradicional de enseñanza jurídica se enfoca en el docente, quien hace la transmisión de conocimientos principalmente a través de clases magistrales y la memorización de leyes y jurisprudencia. En este modelo es fundamental la figura del profesor como centro del proceso de aprendizaje. Se trata de clases expositivas donde el profesor expone la materia, ya sea a través de la lectura de leyes, análisis de jurisprudencia o exposición de doctrina, gira alrededor de la memorización de contenidos, normas, definiciones y fechas, con evaluaciones centradas en la reproducción de estos conocimientos. El estudiante adopta un rol pasivo, recibiendo la información y limitándose a tomar apuntes y memorizarla. En este modelo se prioriza la transmisión de la teoría legal y la jurisprudencia, con menor énfasis en la aplicación práctica del derecho.

En esta concepción “bancaria” objeto de tantas críticas, la educación es el acto de depositar, transferir, transmitir valores y conocimientos, refleja un modelo opresor, un modelo donde los receptores permanecen en silencio sin objetar los dichos del educador.

En este modelo, el educando permanece pasivo, frente al educador que es quien educa, quien sabe, quien piensa, quien habla, quien disciplina, quien actúa, es quien selecciona los contenidos, es la autoridad en el aula, es el sujeto del proceso y los educandos se transforman en el “objeto”. De este modo, solo se anula la capacidad de pensar y actuar de los educandos. Este modelo tan arraigado, es el que se pretende desterrar.

Contexto actual de la enseñanza del derecho

El contexto actual de la enseñanza del derecho y los cambios recientes en el sistema educativo universitario se caracterizan por adaptarse a nuevas realidades, con la necesidad de integrar temas como la tecnología, el medio ambiente, la globalización, poniendo su foco fundamentalmente en los derechos

humanos y en la práctica y la resolución de problemas. Asimismo, la formación en derecho debe promover la reflexión sobre los valores éticos y la responsabilidad social de los profesionales del derecho.

Por otro lado, la crítica a los modelos tradicionales tiene que ver con cuestionar los métodos de enseñanza basados en la mera transmisión de conocimientos, buscando fomentar la participación, el pensamiento crítico y la capacidad de investigación de los estudiantes. El docente es quien debe encontrar los disparadores o estrategias didácticas que promuevan un aprendizaje significativo, la autonomía de los estudiantes y la adaptación a diferentes estilos de aprendizaje, reconociendo la necesidad de incorporar las herramientas digitales y las nuevas tecnologías en la enseñanza y práctica del derecho.

La pasividad del estudiante dificulta su aprendizaje y su capacidad para aplicar los conocimientos en la práctica. En este modelo tradicional, se ve limitado el desarrollo de habilidades de pensamiento crítico, análisis y resolución de problemas legales. Por otro lado, la falta de participación y la ausencia de conexión con la práctica limitan el desarrollo de habilidades de pensamiento crítico, análisis y resolución de problemas legales. Si bien este modelo tradicional de enseñanza jurídica sigue siendo utilizado, existe una creciente demanda de modelos educativos que promuevan un aprendizaje más activo, participativo y contextualizado.

El derecho al conocimiento visto como un derecho real, donde todos y cada uno de las y los estudiantes puedan acceder, haciendo eco de su voz.

La supresión de este derecho original fue responsable del epistemicidio masivo sobre el que la modernidad occidental construyó su monumental conocimiento imperial. En una época de transición paradigmática, la reivindicación de este derecho implica la necesidad de un derecho a conocimientos alternativos. Semejantes conocimientos alternativos deben fundamentarse en una nueva epistemología desde el Sur, desde el Sur no imperial. Puesto que la tensión arriba mencionada entre la regulación y la emancipación sociales también es una tensión epistemológica, el derecho a conocimientos alternativos es un derecho a alejarse del conocimiento-regulación hacia la dirección del conocimiento-emancipación, de una modalidad de conocimiento que procede del caos al orden hacia una forma de conocimiento que procede del colonialismo a la solidaridad. Tal conocimiento es la precondition epistemológica para romper el círculo vicioso de una recíproca producción de víctimas y victimizados. Cuando desde esta perspectiva analizamos los conocimientos institucionales y organizativos que subyacen a las prácticas de los gobiernos de los Estados y de las agencias internacionales, podemos observar con facilidad cómo sus énfasis exclusivos en el orden vuelven impensables el pasaje del colonialismo a la solidaridad. Puesto que no se hace ninguna distinción entre las dos categorías, las víctimas y los victimizados son iguales ante la concepción liberal de derechos humanos (De Sousa Santos, 2010).

Enseñanza teórica vs. enseñanza práctica

El modelo expositivo, también conocido como clase magistral, se caracteriza por la transmisión unidireccional de información por parte del profesor, donde los alumnos suelen ser receptores pasivos. En

contraste, el modelo participativo busca involucrar a los estudiantes en su propio proceso de aprendizaje a través de diversas estrategias como debates, proyectos, estudios de caso y trabajo en grupo. En este modelo tradicional al que Paulo Freire denominó “educación bancaria”, el sujeto de la educación es el educador, el cual conduce al educando en la memorización mecánica de los contenidos, siendo así los educandos como recipientes donde se deposita el saber; en contraposición a esto, Freire propone la “educación problematizadora”, que propone un diálogo liberador, una comunicación fluida, un ida y vuelta entre educador y educando, ambos aprehenden en ese diálogo enriquecedor; este método apunta a la liberación y a la independencia de los estudiantes.

Sin duda, el máximo desafío es lograr que los conocimientos teóricos adquiridos puedan ser aplicados a la práctica. La experiencia práctica es aquella oportunidad de aplicar la teoría aprendida con anterioridad en un entorno real con una situación que se deba resolver.

En el aula intento plantear en cada clase un caso fáctico para que las y los estudiantes apliquen el Código, la propuesta apunta a que piensen como abogadas y abogados. El trabajo en equipo funciona muy bien en los grupos que ya se conocen de otras cursadas, no ocurre lo mismo en aquellos grupos que se encuentran transitando los primeros años de la carrera. Este enfoque de aprendizaje permite a los alumnos experimentar de primera mano cómo se debe aplicar la teoría en situaciones reales y cómo desarrollar habilidades prácticas esenciales en el mundo laboral.

Principales desafíos pedagógicos

Sin duda alguna, el principal desafío pedagógico implica salir del modelo expositivo tradicional y trabajar desde lo participativo. Este cambio radical implica abandonar la enseñanza centrada en el docente y adoptar metodologías que promuevan la participación y el aprendizaje colaborativo de los estudiantes.

Las dificultades más comunes de pasar del modelo expositivo al participativo implican no solo la resistencia al cambio por parte de docentes y estudiantes, ya sea por falta de herramientas, por el tamaño de los grupos que son a menudo muy numerosos y se dificulta implementar este tipo de actividades participativas que fomenten la interacción individualizada, por otro lado, preparar una clase de este tipo requiere más tiempo y recursos para el docente.

Otro tema no menor es que la evaluación del aprendizaje en modelos participativos requiere enfoques diferentes a los exámenes tradicionales. El inconveniente que suele presentar este tipo de evaluación es individualizar a quien realmente trabajó dentro del grupo. En general, cada vez que se plantea este tipo de actividades desarrolladas en forma grupal, siempre es muy reducido el número de estudiantes que participan, siempre son los mismos, los extrovertidos, los que dominan el lenguaje verbal, los que se ponen al hombro el trabajo y se hace muy visible a quienes se encuentran en una situación más desventajosa. Precisamente la idea de este tipo de actividades es que todos tengan las mismas posibili-

dades de participar, que se animen, pero en los cursos de los primeros años muchos no se animan, no logran perder el temor a ser individualizados, prefieren perderse en el grupo.

Incorporar mecanismos de evaluación continua que permitan a los estudiantes recibir una devolución constante sobre su trabajo. También son de mucha ayuda la incorporación de herramientas digitales que faciliten la colaboración y el aprendizaje activo, como plataformas online, foros de discusión, y recursos, etc. Sin embargo, los métodos de evaluación siguen sin tener un cambio estructural, aún tenemos que cumplir con la entrega de dos notas y un promedio con fechas preestablecidas, lo cual deja muy poco margen para replantear el modelo. No obstante, la posibilidad como docente es plantear evaluaciones que saquen al alumno de la memorización, y que lo empujen a razonar las respuestas. Asimismo, aun los exámenes finales siguen respondiendo al modelo de la memorización, que en “derecho” es más que común.

Sin duda, las estrategias para facilitar este cambio de paradigma radican en una adecuada capacitación docente de formación continua en metodologías participativas, diseñar currículos que permitan la incorporación de actividades participativas y que fomenten el desarrollo de este tipo de habilidades.

Así como bien expone Abramovich:

el abogado, como técnico de este proceso de producción del discurso judicial, requiere ciertos conocimientos, adiestramiento y en particular una actitud frente a los textos teóricos que el complejo de Rock Hudson ha excluido de los lugares en los que se imparte la enseñanza del derecho. Desechar los viejos mitos, como el de la solución correcta de los casos judiciales, aprender a manejar con irreverencia las normas y la doctrina, argumentar en defensa de intereses, ocupando un determinado lugar en un conflicto, pensar en función de una réplica y de un contradictor, revalorizar los hechos, las técnicas procesales de producción de la verdad, estudiar procesos además de fallos, serán sin dudas pasos a seguir (Abramovich, 9/04/2008).

Por otro lado, es fundamental fomentar un espacio donde los estudiantes se sientan incluidos, cómodos para participar, expresar sus ideas y cometer errores sin temor a ser juzgados por sus pares. En mi opinión lograr respetar todas las voces y crear un ambiente de compañerismo y respeto por las opiniones entre sus pares, hace que facilite mucho que puedan manifestar sus ideas sin miedo al ridículo.

El estudiantado es heterogéneo, son muy diversos en cuanto a sus edades, trayectorias, contextos y habilidades, y si bien esta diversidad muchas veces es enriquecedora, porque cada uno trae consigo una vivencia o experiencia singular, también limita a los planteos propuestos por el docente para que estos se puedan ajustar a todas y todos para que nadie se sienta excluido, sobre todo en los primeros años de cursada.

Por otro lado, la deserción muchas veces es el mayor escoyo que hay que saltar, la misma muchas veces responde a razones particulares como indecisión en la elección de la carrera, o temas de índole

familiar, temas de salud, pero en la mayoría de los casos lo económico tiene una alta incidencia en esta, lo cual es un tema no menor.

Perspectiva crítica y enfoque interdisciplinario

La perspectiva crítica y el enfoque interdisciplinario en la enseñanza del derecho buscan superar la visión tradicional y unidimensional del derecho, integrando conocimientos y métodos de otras disciplinas para comprender mejor los fenómenos jurídicos y sus implicaciones sociales. Este enfoque, permite a las y los estudiantes de derecho desarrollar una mirada más amplia y contextualizada, respondiendo a las complejidades de la realidad social y promoviendo una justicia más equitativa y efectiva.

La perspectiva crítica en la enseñanza del derecho implica analizar críticamente las normas jurídicas, sus orígenes, justificaciones y efectos, así como su relación con el poder político y las estructuras sociales, análisis de las desigualdades buscando identificar e investigar cómo el derecho reproduce o puede contribuir a la eliminación de desigualdades sociales, económicas y de género, entre otras; pero ¿realmente el derecho elimina desigualdades?, ¿cuántas veces nos encontramos planteando la inconstitucionalidad de alguna norma?, es decir, no todas las normas son justas, y aquí es donde las y los estudiantes son invitados a utilizar el derecho como una herramienta.

Es importante que las y los estudiantes se enfoquen en la justicia social, que sean capaces de utilizar el derecho como herramienta para la transformación social y la defensa de los derechos humanos. Asimismo, se busca fomentar la capacidad de los estudiantes para analizar críticamente las situaciones, tomar decisiones informadas y argumentar de manera fundamentada, evitando la mera reproducción de dogmas jurídicos.

Por otro lado, comprender los fenómenos jurídicos en su contexto social, político, económico e histórico, evitando interpretaciones aisladas o descontextualizadas, los enfoca en ampliar sus diferentes perspectivas, se facilita la comprensión y abordaje de problemas complejos que requieren una visión integral. Esta interdisciplinariedad contribuye a la formación de profesionales más competentes, capaces de analizar críticamente los problemas, proponer soluciones innovadoras y adaptarse a los cambios sociales. La idea es formarlos con la mente abierta, es decir, que sean capaces tanto de comprender las normas jurídicas, su origen, aplicación y consecuencias sociales, como de desarrollar habilidades analíticas y argumentativas.

Como docente, fomentar el pensamiento crítico, la capacidad de análisis, la argumentación fundamentada y la toma de decisiones informadas en función de la transformación social y la defensa de los derechos humanos.

La idea, es preparar a los estudiantes para desenvolverse en un contexto social en constante cambio, desarrollando habilidades para la resolución de problemas complejos, con una visión más amplia del derecho, capaces de responder a las necesidades de la sociedad y promover una justicia más equitativa

y efectiva. La perspectiva crítica y el enfoque interdisciplinario en la enseñanza del derecho son herramientas fundamentales que contribuyen a todo ello.

Rol del docente de derecho

El docente debe estimular a los estudiantes a cuestionar, analizar y reflexionar sobre la realidad jurídica y social. No es un mero transmisor de información, sino que debe convertirse en un guía que acompaña a los estudiantes en su proceso de aprendizaje, fomentando su autonomía y responsabilidad. Asimismo, es fundamental que el docente promueva la ética profesional, el respeto por la ley y la responsabilidad social en sus estudiantes. El docente debe ser un facilitador del pensamiento crítico y no solo un transmisor de contenidos. Debe cambiar de paradigmas para formar profesionales integrales capaces de llevar adelante un análisis crítico y desarrollar la creatividad adaptándose a las nuevas tecnologías y a los cambios sociales. Asimismo, es necesario tratar de integrar las nuevas tecnologías en su práctica pedagógica, utilizando herramientas digitales para la enseñanza y el aprendizaje del derecho.

Esta compleja tarea conlleva el desafío de construir un saber capaz de discutir y disputar espacios en la elaboración de planes de estudio de grado, posgrado, escuelas judiciales, colegios de abogados y demás ámbitos desde los que contribuir a la formación del sentido común jurídico alternativo y emancipatorio, que merezca llamarse crítico (Gómez Duquelsky, 2019-2020).

En resumen, el docente de derecho del siglo XXI es un profesional integral, todo terreno, que está formando futuros profesionales críticos, éticos y competentes, capaces de innovar la resolución de un conflicto, adaptándose a los diferentes desafíos del mundo actual, contribuyendo a una sociedad más justa y equitativa.

Conclusión

La enseñanza del derecho enfrenta el desafío de adaptarse a un contexto social y tecnológico. Se busca superar modelos tradicionales centrados en la memorización y avanzar hacia una formación más crítica, práctica y orientada a la resolución de problemas, incluyendo el análisis de fenómenos sociales y el impacto de las nuevas tecnologías. Sin embargo, es indiscutible que hay un conocimiento de fondo que las y los estudiantes deben adquirir, es decir, de algún modo deben conocer que dice por ejemplo el Código Civil y Comercial de la Nación, pero no de memoria, sino incorporando el conocimiento del mismo desde la razón. Si logran interpretarlo, “aprehenderlo” entonces serán capaces de resolver cualquier tipo de conflicto que pueda serles presentado. Desde el aula, el docente apunta a que el conocimiento sea razonado. La memorización es innecesaria, toda vez que la tecnología va ganando terreno.

Se apunta a gestar un profesional independiente, que no repita discursos de memoria, sino que sea capaz de dar su propia opinión con fundamentos de elaboración propia, cuyas opiniones sean absolutamente genuinas, incluso puede estar en desacuerdo con el o la docente en su opinión, pero su postura es mantenida por un argumento conciso. En la medida que cada docente logre hacer que un solo estudiante por curso se transforme en un ser pensante, capaz de interpelar los modelos prefijados, habrá cumplido su misión.

Para concluir, sostengo que aquellos alumnos que recibimos en primer año y que logran avanzar en sus carreras, cuando lo volvemos a encontrar después de algunos años, ya no son los mismos, no son iguales, son personas nuevas, diferentes, con otras perspectivas, solo “les paso la universidad”. Aspiro a que cada estudiante con las herramientas que adquiera en el aula de derecho transite una trayectoria sin límites, que se transforme en un profesional independiente, con una mente abierta que le permita innovar soluciones dispares, que no se resigna a respuestas premoldeadas, sino que esté dispuesto a buscar y por qué no a crear soluciones nuevas, y que vaya por Más.

Referencias bibliográficas

- Gómez Duquelsky, Diego (2019-2020). Ejes para delinear un pensamiento Crítico. *REDEA. Derechos en Acción*, año 5, (14).
- Abramovich, Víctor (1991). “El complejo de Rock Hudson. Sobre el menosprecio de la práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho”, *No hay Derecho* N° 4. Buenos Aires.
- De Sousa Santos, Boaventura (2006). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales • UNMSM.
- Fiori, Ernani María (2022). *Aprender a decir su palabra. El método de alfabetización del profesor Paulo Freire*.

Radicalización de la democracia y enfoque de derechos humanos en el Código Civil y Comercial



*Mauro Benente**

El proceso de sanción del Código Civil y Comercial y la inclusión de los derechos humanos

Se cumplen diez años del Código Civil y Comercial de la Nación, que no nació por generación espontánea sino que fue concebido en el marco de un proceso político y gubernamental desarrollado durante la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner. El kirchnerismo osciló entre pensar poco y pensar mal el diseño del Poder Judicial —me refiero a sus estructuras de funcionamiento y a la normativa procesal—, pero alcanzó importantes avances en la normativa de fondo. El Código Civil y Comercial, sancionado el 1° de octubre de 2014 y promulgado el 7 de octubre de ese año, y vigente desde el 1° de agosto de 2015, se inscribe dentro de esos importantes avances.

Mediante el Decreto N° 191 del 23 de febrero de 2011, la entonces presidenta había creado la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. La comisión estuvo integrada por Ricardo Lorenzetti, como presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. En ese entonces Lorenzetti y Highton de Nolasco eran jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y Kemelmajer de Carlucci era jueza de la Corte Suprema de Mendoza. Asimismo, de acuerdo con el mensaje de elevación del proyecto de ley a la Cámara de Senadores de la Nación, la labor de codificación supuso la participación y el aporte de 111 especialistas y también de la comunidad (Poder Ejecutivo Nacional, 2012).

* UNPAZ.

Recibido el proyecto, en el marco del Congreso, la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación realizó catorce audiencias públicas para discutirlo y revisarlo. El Código fue finalmente aprobado en noviembre de 2013 por el Senado, mientras que Diputados lo convirtió en ley el 1° de octubre de 2014.

Del proceso de sanción del Código, antes de pasar al aspecto central de mi trabajo, me quiero quedar con tres aspectos:

En primer lugar, si revisamos la votación en la Cámara de Diputados observamos que el resultado fue bastante ajustado: 134 votos a favor y 122 ausencias. Dentro de los 135 votos favorables encontramos el bloque del entonces Frente para la Victoria, y algunos bloques muy menores –en general con arraigo solo provincial–. Los bloques del Frente Renovador, la Unión Cívica Radical, Unión Pro, la Coalición Cívica, y otros espacios con menor representación, se ausentaron de la votación.

En segundo lugar, me parece importante destacar cierta dimensión participativa, mediante audiencias públicas y encuentros más o menos formalizados, que tuvo la redacción del proyecto de ley. Y me parece importante destacarla en un contexto donde predomina la legislación mediante decretos de Necesidad y Urgencia, y algunos y algunas sostenían y siguen sosteniendo que durante el kirchnerismo también se sorteaba sistemáticamente el Congreso de la Nación. El Código Civil y Comercial no solamente se discutió en el Congreso sino que también se discutió puertas afuera del Poder Legislativo. Sin dudas que la discusión podría haber sido más participativa y amplia, pero también sin dudas fue un proceso más participativo que los que caracterizaron a los gobiernos anteriores y posteriores.

En tercer lugar, merece ser destacado que más allá de la participación y la contribución de distintos profesionales, la comisión de elaboración estuvo conformada por tres personas juezas. Esto, y que dos sean personas juezas de la Corte Suprema, sin dudas permitió que el proyecto se transforme en ley. Pero creo que también se explica por una tendencia de los partidos políticos de Argentina, y en especial de los partidos nacionales y populares, de pensar que los asuntos que se judicializan deben ser pensados por el Poder Judicial, y no por los grandes partidos políticos.

Si bien creo que estos aspectos procedimentales son relevantes y merecerían un desarrollo más preciso, aquí me interesa detenerme en aquello que quedó plasmado en los dos primeros artículos del Código Civil y Comercial. De acuerdo con el primero, “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” (art. 1). Y a la luz del segundo, “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2).

De las múltiples aristas que podría analizar de estos dos artículos quiero quedarme con la evocación a los derechos humanos como fuente para resolver los conflictos, y como pauta interpretativa de la normativa. En general, estos aspectos son denominados “constitucionalización del derecho civil”, “constitucionalización del derecho privado”, o “efecto horizontal de los derechos”, pero aquí quisiera

presentarlo como un caso de revolución democrática, en los términos en que la entienden Ernesto Laclau y Chantal Mouffe.

¿Por qué restituir los alcances de la “revolución democrática” tal como la presentan Laclau y Mouffe en *Hegemonía y estrategia socialista*? No solamente porque también se cumplen años redondos, en este caso cuarenta años de su publicación. Más bien, y fundamentalmente, porque es un trabajo escrito a partir de algunas preocupaciones teórico-políticas que tienen cierta actualidad: las dificultades de las izquierdas –o, agrego, de los espacios nacionales y populares– para articular insatisfacciones, y la necesidad de hacer frente a una oleada neoconservadora y neoliberal. A primera vista, parecería que las matrices neoliberales y neoconservadores son difíciles de combinar, sin embargo comparten un núcleo común: el rechazo no a toda intervención estatal sino a su intervención igualitaria, sea en el mercado –el neoliberalismo–, sea en las relaciones interpersonales –el neoconservadurismo– (Brown, 2019: 10-14). Frente a este contexto hostil a toda intervención igualitaria, Laclau y Mouffe con la apelación a la revolución democrática y al discurso simbólico de los derechos del hombre y el ciudadano, pretenden reivindicar el valor de la igualdad. Y cuarenta años después, quienes nos oponemos a este proceso político y social desigualador a menudo también apelamos a un discurso vinculado a la democracia y los derechos humanos.

Entonces, en este contexto especialmente dramático y delicado, me interesa interrogar si el discurso de los derechos humanos –esa matriz receptada en los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial– resulta apropiado para sustentar esta reivindicación igualitaria. Mi respuesta, adelante, es que no podemos no querer a los derechos humanos, pero no nos alcanza con ellos. No solo porque su discurso no se traduce fácilmente en la práctica, sino por límites e insuficiencias del propio discurso.

La revolución democrática y la democracia radicalizada y plural

El último capítulo de *Hegemonía y estrategia socialista*, titulado “Hegemonía y radicalización de la democracia”, se inicia con un fracaso detectado en 1937 por Arthur Rosenberg en su libro *Democracia y socialismo*, en el que sentenciaba el fracaso de “construir formas orgánicas de unidad entre ambos” (Laclau y Mouffe, 2004: 191). Dicho de otra manera, y ya a la luz de las experiencias de los denominados socialismos reales, en *Posmarxismo sin pedido de disculpas*, Laclau y Mouffe planteaban que “la articulación entre socialismo y democracia, lejos de ser un axioma, es un proyecto político: es decir, es el resultado de una larga y compleja construcción hegemónica, que está bajo una amenaza constante y que requiere ser continuamente redefinida” (2000: 139). De este modo, buena parte del último capítulo de *Hegemonía y estrategia socialista* apunta a acercar posiciones entre socialismo y democracia (representativa), para lo cual los conceptos de revolución democrática y democracia radical adquieren especial relevancia.

Para Laclau y Mouffe, nuestra realidad, toda realidad, es una realidad discursiva. Esto de ningún modo implica negar la existencia de los hechos físicos. Más bien, supone rechazar que su dimensión significativa deriva de ellos y, bien por el contrario, asumir que dependen de una intervención externa.

¿De la intervención de qué? De aquello que Laclau y Mouffe llaman discurso –y que de ningún modo se limita a una concatenación de palabras pronunciadas públicamente–.

De acuerdo con la preeminencia que Mouffe y Laclau le otorgan a la dimensión discursiva de la configuración social, no existe algo así como un sujeto prediscursivo. En todo caso, existen distintas posiciones de sujeto al interior de una estructuración discursiva dada, y esto tiene diferentes implicancias para pensar algo así como un sujeto de la revolución, la idea misma de revolución, o de radicalización de la democracia. No existe un traslado automático, cristalino y necesario de la posición que ocupa el sujeto en el modo de producción y su identidad política, nuestra subjetividad no se agota en la posición que ocupamos en el modo de producción –no se reduce a ser trabajadores, sino que está atravesada por aspectos vinculados a los géneros, la identidad sexual, la raza, las creencias religiosas, entre otros– y no existe un principio o sustrato general capaz de unificar y aglutinar todas las posiciones de sujeto. Esto deriva en que no existe, de modo apriorístico, un sujeto individual –la trabajadora o el trabajador– o colectivo –la clase obrera– llamado inevitablemente a ser el protagonista de la revolución o la emancipación. Y esto también implica que la construcción de una identidad política, si no se deriva automáticamente de la posición de sujeto –ni en el modo de producción ni en ningún otro ámbito– es una construcción discursiva, hegemónica.

Si bien aquí quisiera detenerme más en la restitución de los aportes de Laclau y Mouffe, comparto que la identidad política no es un epifenómeno de nuestra situación de clase, puesto que ocupamos distintas posiciones de sujeto. Sin embargo, sí considero que la posición de clase parece más relevante que otras para definir, no tal vez los alcances, pero sí los límites de nuestras identidades políticas. Para decirlo de una manera sencilla: es posible sostener que existen personas católicas de izquierda y de derecha; mujeres, varones y otras identidades de géneros de izquierda y de derecha; personas trabajadoras empobrecidas y desocupadas de izquierda y de derecha; pero no es tan sencillo afirmar que existan personas dueñas o accionistas de grandes corporaciones que sean de izquierda. Dicho de otro modo, coincido con Mouffe y Laclau en que la posición de clase no determina la identidad política, pero agregaría que ciertas posiciones de clase imposibilitan o vuelven extraordinariamente improbables determinadas identidades políticas.

Dejando de lado este sutil contrapunto, la apuesta teórico política de Laclau y Mouffe, su pretensión hegemónica, es avanzar hacia una *democracia radicalizada y plural*. Su dimensión radicalmente plural supone respetar la existencia de una multiplicidad de posiciones de sujeto, insusceptible de ser unificada o aglutinada bajo un único principio o sustrato (2004: 211). Pero no todo pluralismo radical es democrático: solo es democrático “en la medida en que la autoconstitutividad de cada uno de sus términos es la resultante de desplazamientos del imaginario igualitario” (2004: 211). De esta manera, el proyecto de una *democracia radicalizada y plural* consiste en “la lucha por una máxima autonomía de esferas, sobre la base de la generalización de la lógica equivalencial igualitaria” (2004: 211). La dimensión democratizadora, que es la que aquí me interesa analizar, se juega en este constante desplazamiento y generalización del imaginario igualitario, plano en el cual los derechos humanos parecen cumplir un papel significativo.

La tesis que indica que la identidad política orientada hacia la emancipación no es un a priori sino que es resultante de una intervención discursiva, se complementa con aquella según la cual “la lucha contra la subordinación no puede ser el resultado de la propia situación de subordinación” (Laclau y Mouffe, 2004: 195). La situación de subordinación no genera, por sí misma, su puesta en cuestión. Una relación de subordinación establece posiciones diferenciales, pero estas, en sí mismas, no son antagónicas, ni necesariamente se vivencian como ilegítimas u opresivas. Una relación de consumo, una vinculación entre una persona inquilina y otra locataria, las relaciones familiares –solo por mencionar algunos casos regulados por la normativa civil– configuran posiciones diferenciales, pero no necesariamente toda posición diferencial se vivencia como ilegítima u opresiva. La pregunta, entonces, es cómo una relación de subordinación se transforma en una de opresión: se necesita de un “exterior” discursivo. De esta manera, una teoría preocupada por la emancipación debe interrogarse “cuáles son las condiciones discursivas de emergencia de una acción colectiva encaminada a luchar contra las desigualdades, y a poner en cuestión las relaciones de subordinación” (2004: 195).

De acuerdo con Laclau y Mouffe, es “sólo a partir del momento en que el discurso democrático va a estar disponible para articular las diversas formas de resistencia a la subordinación, que existirán las condiciones que harán posible la lucha contra los diferentes tipos de desigualdad” (2004: 197). Para que el discurso democrático de igualdad y libertad opere como dispositivo para articular las diversas formas de resistencia a la subordinación fue necesario que se impusiera como imaginario político generalizado la “revolución democrática” –parafraseando a Alexis de Tocqueville–.

El momento clave de esta revolución democrática fue la Revolución francesa, y el simbolismo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 proporcionó “las condiciones discursivas que permiten plantear a las diferentes formas de desigualdad como ilegítimas y antinaturales, y de hacerlas, por tanto, equivalerse en tanto formas de opresión” (2004: 198). Para Laclau y Mouffe el discurso democrático de igualdad se deslizó hacia dominios cada vez más amplios y sirvió de sustento a diversas luchas contra la subordinación. Es por esta razón que las reivindicaciones del socialismo deben considerarse como un desplazamiento de la crítica a la desigualdad política hacia el terreno de la desigualdad económica (2004: 198). Para Laclau y Mouffe, “la propia posibilidad de profundizar la lucha anticapitalista depende de la extensión de la revolución democrática. Más aún: el anticapitalismo es un momento interno de la revolución democrática” (Laclau, Mouffe, 2000: 142). Una explicación similar, basada en la ampliación de esferas de intervención del imaginario igualitario, ensayan como clave explicativa de las luchas y demandas feministas: “se trató en un primer término de hacer acceder a las mujeres a los derechos políticos; más tarde a la igualdad económica; hasta llegar al feminismo presente, que exigirá la igualdad en otros numerosos dominios” (2004: 199).

Según entiendo, bajo esta matriz conceptual –que guarda aires de familia con el exceso de validez del principio de igualdad ensayado por Axel Honneth (2003) en su teoría del reconocimiento– podemos leer la pretensión de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial. Se busca que el discurso de los derechos humanos penetre en relaciones que en otros momentos se suponían impenetrables. Se pretende, pues, que las relaciones de consumo, las relaciones familiares –por poner solo dos ejem-

plos— estén atravesadas por el discurso de los derechos humanos. Ahora bien, de acuerdo con Laclau y Mouffe, esta penetración es la que garantiza la extensión de la lógica igualitaria, y esta —a su vez— es la que permitiría limitar la matriz desigualitaria propia de los neoconservadurismos y neoliberalismos.

Sin negar la importancia del discurso de los derechos humanos, sin restarle relevancia a los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial, me interesa revisar críticamente esta asociación entre derechos humanos e igualdad.

El discurso de los derechos humanos bajo examen: ¿igualdad o pisos mínimos de protección?

Si bien Laclau y Mouffe reivindican el potencial igualitario de la revolución democrática y el discurso de los derechos humanos, no precisan su concepción de la igualdad, ni tampoco aclaran qué dimensiones de la igualdad pone en movimiento tal revolución. Ante esta ausencia propongo seguir la obra de Nancy Fraser e identificar tres dimensiones a partir de las cuales podemos revisar la igualdad: distribución, reconocimiento y representación. Siguiendo a Fraser, existen condiciones de igualdad de distribución cuando el acceso efectivo a los recursos materiales garantiza “la independencia y la ‘voz’ de todos los participantes” (Fraser, 2003: 36). Por su lado, existen condiciones de igualdad de reconocimiento cuando los modelos institucionalizados de valor cultural otorgan “el mismo respeto por todos los participantes y garantizan la igualdad de oportunidades para alcanzar la estima social” (Fraser, 2003: 36). Finalmente, existen condiciones igualitarias de representación cuando las reglas que estructuran los mecanismos de toma de decisión conceden igual participación —o representación— a todas las personas destinatarias de la decisión (Fraser, 2009: 17-18).

Las condiciones de igualdad o desigualdad en el plano de la redistribución, el reconocimiento y la representación se encuentran vinculadas, puesto que contamos con grupos que sufren simultáneamente desigualdades por redistribución, por reconocimiento y por representación. A modo de ejemplo, en Argentina, las personas migrantes de países como Bolivia, Paraguay o Perú, a menudo se encuentran en situaciones de subordinación en el plano redistributivo, son despreciadas en el plano de la estima social, y solo pueden participar de los procesos electorales a nivel local, pero no pueden elegir ni ser elegidas para los cargos nacionales. Adicionalmente, es importante subrayar que un mismo grupo frecuentemente sufre subordinaciones en más de uno de estos planos —que se retroalimentan—, y que las personas padecen subordinaciones interseccionadas, puesto que una persona puede ser migrante, pero también mujer, indigente, lesbiana e indígena.

Sin negar estas vinculaciones e interseccionalidades, aquí me interesa detenerme en las desigualdades materiales. Quiero centrarme en esta dimensión no porque la considere más relevante, sino porque creo que en las últimas décadas en Nuestra América encontramos avances en materia de igualdad de reconocimiento y de representación, pero salvo algunos períodos muy puntuales es difícil sostener que haya grandes avances en materia redistributiva.

En esta dimensión de la igualdad en términos distributivos me propongo revisar si los derechos humanos permiten conceptualizar una posición diferencial como una situación de dominación. ¿Y por qué tiene sentido revisar si los derechos humanos cumplen este papel? Porque, reitero, para Laclau y Mouffe fue la revolución democrática y el universo simbólico de los derechos los que permitieron nominar como dominación a una posición diferencial.

La explosión del discurso de los derechos humanos se da con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y fundamentalmente a partir de los años sesenta y setenta. En el discurso predominante de los derechos humanos existe una distinción entre derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. Si bien esta distinción me parece problemática (Benente, 2019: 344-345), aquí me interesa revisar la constelación de los derechos económicos sociales y culturales, dedicada a resolver –supuestamente– los problemas redistributivos. La generalización de los derechos económicos, sociales y culturales coincide con el período de inicio y expansión de las políticas neoliberales, que en buena parte de Nuestroamérica han impactado generando más desigualdad en términos distributivos. En el caso argentino, la inclusión de los nuevos derechos y garantías en la Constitución Nacional, y la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones sobre derechos humanos, se produjeron en la reforma de 1994, durante el gobierno neoliberal de Carlos Menem que incrementó los niveles de desempleo y desigualdad de modo alarmante.

En varios de sus trabajos, el historiador Samuel Moyn ha revisado esta coincidencia histórica entre la expansión del discurso de los derechos humanos y del neoliberalismo. Interrogándose cómo conceptualizar esta coincidencia cronológica, Moyn propone descartar dos tesis: una propia de los marxismos y otra del sistema internacional de los derechos humanos. La segunda indica que existe una compatibilidad entre los derechos humanos y la economía de mercado, pero los derechos sirven para limitar sus excesos, algo que Moyn descarta por la falta de evidencia empírica –o más bien por cómo la evidencia empírica refuta esta tesis—. Por su parte, la tesis marxista propone que ha existido una complicidad y una sinergia entre la expansión de los derechos humanos y del neoliberalismo, puesto que los primeros centraron y desviaron su atención a las violencias estatales a la vez que descuidaron las injusticias desplegadas en el ámbito del mercado. Moyn considera, y estoy de acuerdo, que no hay elementos para sostener esta sinergia, pero sí existe una conexión o al menos una inutilidad de los derechos humanos para hacer frente al neoliberalismo: dado que “la revolución de los derechos humanos tiene como ambición máxima establecer de manera real y normativa un piso mínimo de protección, ha fracasado en responder a la destrucción por parte del neoliberalismo del límite superior a la desigualdad” (Moyn, 2021: 7-8).

De acuerdo con Moyn, entonces, el problema de los derechos es que se limitan a establecer un piso mínimo de protección, una igualdad de acceso, que puede ser absolutamente compatible con el desmesurado crecimiento de la desigualdad. Si Laclau y Mouffe encontraban en los derechos humanos un potencial igualitario, Moyn destaca que la matriz de pisos mínimos de protección, o de acceso mínimo a ciertos bienes, no resulta de ningún modo incompatible con el aumento de la desigualdad.

Si revisamos el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 encontramos un elenco de derechos que en principio parecerían vinculados con la redistribución: “goce de condiciones de trabajo equitativas” (art. 7), derecho “a la seguridad social, incluso al seguro social” (art. 9), “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados” (art. 11), “derecho de toda persona a la educación” (art. 13). El listado podría continuar, pero el reconocimiento del derecho a la seguridad social, a la alimentación, a la vivienda y a la educación nada dice sobre una posesión igualitaria de viviendas, educación, y alimentaciones. El Pacto no garantiza la igualdad en materia educativa, alimenticia y de vivienda, y bien podría darse el caso que todas y todos gocen de un piso mínimo de acceso a la educación, pero sin que ello anule que en algunos casos el techo esté muy cerca del piso y en otros muy alejado.

Así como no se garantiza este tipo de igualdades, a lo largo de su articulado la igualdad aparece asociada a un ideal de no discriminación. Es así que los Estados deben “asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales” (art. 3), deben reconocer “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor” (art. 7 a.i) y un “salario igual por trabajo igual” entre varones y mujeres (art. a.i). Por su parte, a nivel americano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, suscripto en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, también mantiene una matriz igualitaria asociada a la no discriminación, en tanto que garantiza un “salario equitativo e igual por trabajo igual” (art. 7.a), y sostiene “la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos” (art. 13.3.c).

Sin dudas es relevante que contemos con iguales salarios para iguales tareas, y también es importante que las diferencias de géneros no se traduzcan en desiguales salarios. Adicionalmente, no es posible desconocer que los iguales salarios por iguales tareas impactan de manera favorable en términos redistributivos. Sin embargo, nada de esto impacta sobre las desigualdades salariales entre las personas que trabajan como gerentes –en su mayoría– o gerentas de un banco y aquellas personas –en general mujeres– que limpian los inodoros de las oficinas gerenciales. En todo caso, el pacto garantiza, sin discriminación, un piso mínimo salarial para quienes trabajan (y un seguro social para quienes no lo hacen), pero no limita la distancia que puede existir entre el piso y el techo salarial. Por su parte, también resulta destacable que el acceso a la educación superior no dependa de aspectos vinculados a los géneros, las razas o las clases sociales, pero este acceso igualitario no garantiza que las condiciones materiales para la permanencia y el egreso sean iguales. Y no solo esto, sino que este régimen discursivo no nos permite reprochar esa desigualdad de las condiciones materiales.

A modo de cierre

Según entiendo, la incorporación de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial, esto es, la exigencia que la resolución de los casos y la interpretación de las leyes se realice a partir de una perspectiva de derechos humanos puede ser tenida, a primera vista, como un caso de radicalización de la

democracia. La podemos inscribir dentro del sendero abierto por la revolución democrática: se trata de la aplicación del discurso de los derechos humanos a un ámbito que durante muchísimas décadas se concibió como impermeable a los derechos humanos.

De todas maneras, de acuerdo con el esquema de Laclau y Mouffe, la expansión del discurso de los derechos humanos debería representar la propagación de un discurso igualitario, necesario para identificar y repudiar como ilegítimas ciertas posiciones diferenciales. Sin embargo, a la luz de lo que intenté desarrollar siguiendo las sospechas de Moyn, el régimen discursivo de los derechos humanos, al menos para la dimensión redistributiva, no parece aportar ideales asociados a la igualdad, sino más bien premisas limitadas a los pisos y accesos mínimos, en principio compatibles con la desigualdad.

¿Esto implica que debemos descartar el discurso de los derechos humanos? ¿Qué debemos restarles importancia a los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial? Yo creo que no, y por dos razones. La primera, porque entiendo que podemos construir otros regímenes discursivos sobre los derechos, y no quedarnos solo con la gramática de los pisos mínimos o de los accesos. La segunda es que, parafraseando a Wendy Brown, los pisos mínimos de protección son parámetros que no podemos no querer (Brown, 2000). Y no lo podemos no querer en términos generales, y tampoco en los términos particulares de una normativa civil y comercial históricamente garante de la opresión del capital y del patriarcado.

En nuestra época de disputa con las matrices neoliberales y neoconservadoras, no podemos no querer esos pisos mínimos. Sin embargo, si el neoconservadurismo y el neoliberalismo quieren disputar y enterrar todo ideal igualitario, creo que debemos ser conscientes de que con los pisos mínimos no nos alcanza para dar la disputa.

Referencias bibliográficas

- Benente, M. (2019). Teoría crítica y derechos humanos. En M. Benente y M. Navas Alvear, *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza* (pp. 329-348). Buenos Aires: CLASCO/ILSA/UDENAR.
- Brown, W. (2000). Suffering rights as paradoxes. *Constellations*, 7(2), 230-241.
- Brown, W. (2019). *In the Ruins of Neoliberalism: The Rise of Antidemocratic Politics in the West*. Nueva York: Columbia University Press.
- Fraser, N. (2003). Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. En N. Fraser y A. Honneth, *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange* (pp. 7-109). Londres: Verso.
- Fraser, N. (2009). Reframing Justice in a Globalizing World. En N. Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World* (pp. 12-29). Nueva York: Columbia University Press.
- Honneth, A. (2003). Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. En N. Fraser y A. Honneth, *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange* (pp. 110-197). Londres: Verso.

Laclau, E. y Mouffe, C. (2000). Posmarxismo sin pedido de disculpas. En *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Laclau, E. y Mouffe, C. (2004). *Hegemonía y estrategia socialista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Moyn, S. (2021). Un compañero débil: los derechos humanos en la era del neoliberalismo. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, (12).

Poder Ejecutivo Nacional (2012). Mensaje de Elevación N° 884. En *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Infojus.

La hermenéutica del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación no es ajena al derecho falencial



*Gabriela Fernanda Boquin**

Introducción

A diez años de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) varios son los éxitos y fracasos que se le endilgan. A nuestro humilde criterio, la redacción del artículo 2 como forma de interpretar la ley, la incorporación de los principios y valores en la hermenéutica judicial y la imposición del reconocimiento de las cláusulas de los tratados de derechos humanos para su operatividad concreta en las contiendas mercantiles es y ha sido la verdadera revolución codificadora.

La Ley N° 26994 que unificó el Código Civil y Comercial considera autónomas determinadas leyes especiales, sin perjuicio de lo cual las enlaza a través del nuevo criterio interpretativo: conforme lo dispuesto en el título preliminar no puede prescindirse en ningún caso de la comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (arts. 1, 2 y 12, Título Preliminar, Código Civil y Comercial) y la mirada integradora del ordenamiento jurídico.

La aplicabilidad, la vigencia y la operatividad de las cláusulas de tratados de derechos humanos en los procesos patrimoniales han generado posiciones dispares tanto en la jurisprudencia como en la doctrina más allá de la meridiana claridad de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna desde el año 1994 a la fecha, en un debate que, aunque insólito, aún perdura.

* UNPAZ.

Basta con cotejar las sentencias del Máximo Tribunal en los casos “Asociación Filantrópica Francesa/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”,¹ “Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)”,² y “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.”³ y, recientemente, en “Acevedo”⁴ para corroborar la discrepancia existente en la cuestión.

El presupuesto basilar de la cuestión es entender a la dignidad de la persona humana como centralidad y eje justificante del derecho que implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos somos iguales y titulares, ontológicamente hablando, de una misma dignidad. Ella se integra con todos los derechos humanos: los civiles, los políticos, los económicos, los sociales y los culturales. De esta manera, la dignidad humana es la fuente de los valores de autonomía, seguridad, igualdad y libertad.

El debate ronda entre la consideración de la operatividad de las cláusulas convencionales, la apreciación de principios y valores como posibles rectores de las decisiones judiciales o pautas interpretativas de las reglas escritas o la afirmación de que la letra de la ley interna debe interpretarse y aplicarse exegéticamente con prescindencia de los tratados de derechos humanos, ratificados por la Nación, que no contengan cláusulas con normativa específica ceñida al régimen económico o patrimonial de los procesos que se trate. Esta última postura termina considerada en las cláusulas de tales convenios como programáticas y, en la práctica, inoperativas.

Precisamente, el artículo 2 CCyCN determina pautas de interpretación; a pesar de ser enunciadas correlativamente, no puede considerarse que la formulación expuesta provoque un orden jerárquico o de prelación interpretativo entre ellas.

Así se establece que la ley debe ser dilucidada teniendo en cuenta: a) sus palabras, b) sus finalidades, c) las leyes análogas, d) las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, e) los principios o valores jurídicos, f) todo ello de modo coherente con todo el ordenamiento.

De esta manera, la interpretación exegética de la letra de la ley quedará desplazada si la misma contradice normas emanadas de un tratado o un principio general del ordenamiento jurídico considerado este último como un todo integral más allá de las leyes especiales que puedan regir una determinada temática.

Este paradigma de fuentes plural ha sido invocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes y de manera positiva se encuentra previsto, por ejemplo, en el artículo 38.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

1 CSJN (2018). “Asociación Filantrópica Francesa / quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”. *Fallos* 341:1511

2 CSJN (2019). “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)”, *Fallos* 342:459

3 CSJN (2014). “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.”. *Fallos* 337:315

4 CSJN (2025). “Acevedo, Eva María c/ Manufactura Textil San Justo s/ quiebra”, con nota de Boquin (2025a y 2025b).

En el mismo código se advierte una proliferación de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales deber ser necesariamente definidos, detallados y aplicados en cada caso concreto. Un claro ejemplo de ello es el principio de buena fe consagrado como una regla general dentro del libro preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación que implica una disposición de alcance genérico que gobierna la totalidad de las relaciones jurídicas y que deberá aplicarse al trámite judicial particular a la hora de resolver; o la noción del orden público que se enuncia, pero no se define (art. 12 CCyCN).

Definitivamente, entonces, Código Civil y Comercial de la Nación, por intermedio de su título preliminar, recepta esta cosmovisión jurídica fijando guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el cual, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo o interrelación entre ellas (arts. 1 y 2), además de la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores que interactúan en el caso práctico con una norma determinada. En este contexto, al magistrado se le fija la obligación de decidir razonablemente.⁵ Todo lo expuesto importa una mutación en la manera en que el juzgador debe arribar a la solución del caso, pues dependiendo de las nuevas herramientas que conforman el “derecho” (ya no solo la letra de la ley, sino también los principios generales y los valores sociales), la razonabilidad de un contexto puede ser muy diferente al de otro difiriendo las sentencias, teniendo en cuenta las distintas variables que se exponen en el trámite.

Es claro, entonces, que el código instaló un nuevo paradigma de interpretación de la ley. El concepto de “paradigma”⁶ se utiliza en la vida cotidiana como sinónimo de “ejemplo” o para hacer referencia respecto de algo que se toma como “modelo digno de seguir”, un arquetipo, un patrón. Probablemente, el uso más común del concepto permita asimilarlo a la idea de “cosmovisión”. El arquetipo novedoso es la denominada “constitucionalización” del derecho privado, que no resulta otra cosa que la incorporación de los tratados de derechos humanos para resolver los casos prácticos de nuestra cotidiana práctica tribunalicia y los principios y valores que surgen de nuestra Carta Fundante, lo cual, si bien puede parecer innovador, es regla de interpretación obligatoria desde el año 1994, cuando la Asamblea Constituyente incorporó los tratados internacionales de derechos humanos como normas supralegales generando la necesidad del control de convencionalidad en cada caso en concreto. Lo cierto es que la incorporación de ese sistema, en forma expresa, en un Código que regula el derecho privado, es lo ciertamente progresista.

En tal inteligencia, el juzgador deberá actuar como un “identificador de los consensos básicos de la sociedad”, entendida esta última en sentido amplio. Tal como lo expone Peyrano (2009), la postura implica sentar posición sobre el mayoritario activismo procesal democrático, a contrario del autodenominado garantismo procesal cuyo interés se concentra en construir impecables fachadas teóricas racionalistas que carecen de toda preocupación por la incidencia de lo excepcional o atípico en el caso práctico y menos aún por lo “justo concreto”. En este contexto, el juez debe arribar a una solución que se encuentre dentro de la nueva cosmovisión jurídica en la cual la persona humana es el centro de protección, debiendo

5 Código Civil y Comercial de la Nación, art. 3º: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

6 Vocablo que deriva del griego paradigma.

amalgamarse, y no excluyendo, como lo proponían los viejos principios de resolución de conflictos legales, las diferentes normas que se ubican dentro del ordenamiento jurídico nacional y que tienen directa influencia sobre el “caso” que se presenta a su conocimiento. Así, viejos aforismos tales como “ley especial prevalece sobre ley general” o “ley posterior predomina sobre ley anterior” deben considerarse inaplicables cuando un principio, un valor o una cláusula que surja de tratados internacionales adecuadamente suscriptos por nuestra Nación entran en colisión con la ley especial o posterior.

Principios como el pro persona, pro consumidor, progresividad, *pro debilis* o de protección al vulnerable (que nacen de los tratados internacionales ratificados por nuestra Nación y de las cien Reglas de Brasilia), la buena fe, la prohibición de ejercer abusivamente los derechos, la nulidad por fraude a la ley, el orden público, la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la prohibición de dañar a otro o, en su caso, de reparar el perjuicio ocasionado de manera integral, 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 dogmáticos a seguir y que, por supuesto, tienen una incidencia directa con la normativa que surge de la ley concursal.

La hermenéutica exigida

La constitucionalización del derecho privado es la tendencia moderna a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho, o la idea de que estas se rigen por principios especiales desconectados de los estándares constitucionales, de los principios o valores generales.

Como bien refiere el profesor italiano de derecho constitucional Zagrebelsky:

Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del “derecho positivo” con los que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o los divide es preciso ir más a fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso (2018: 9).

Es que, en realidad, el derecho se funda conforme lo apreciaba Vélez en el Código Civil ya derogado,⁷ en normas expresas, explícitas e implícitas. Estas últimas son principios subordinantes que surgen de la interpretación del ordenamiento legal en su conjunto, que determinan un orden interpretativo

⁷ Código Civil de la Nación, art. 22: “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”.

a la hora de evaluar una norma, su aplicación al caso y las consecuencias directas e indirectas de la aplicación de aquella. Si estos principios o ideas subordinantes no existiesen, el derecho positivo se transformaría en un conjunto de normas de tan libre interpretación que generaría una verdadera incertidumbre jurídica para el ajusticiable que recurre a los Tribunales para obtener una solución justa a su conflicto.

Lo primero es tener en claro la diferencia entre la ley y el principio. Dice Zagrebelsky:

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesa en la medida que son los principios) Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley (2018: 110).

La ley es una regla de conducta humana que se agota en sí misma diciéndonos cómo actuar en una determinada situación; en cambio, los principios poseen un papel constitutivo del orden jurídico, siendo su carácter abstracto. Pueden existir reglas escritas en la Constitución que no son más leyes preponderantes por su ubicación dentro del ordenamiento jurídico. Una nota que diferencia a los principios de las reglas o normas es aquel referido a su tratamiento por parte del intérprete pues la ley es interpretada, aplicándose diferentes métodos para clarificar el lenguaje legislativo; en cambio, los principios no requieren de ningún método de interpretación pues son autoevidentes.

Ahora bien, los principios y valores son variados, múltiples. La coexistencia de estos exige que, salvo el de máxima jerarquía como es el *pro homine* —que es, en realidad, un metavalor— fundado en la dignidad e integridad de la persona humana, no pueda considerárselos a ninguno de ellos en forma absoluta pues debe compatibilizárselos en cada caso en concreto. Lo ideal es intentar salvaguardar varios simultáneamente, aunque esto no siempre es posible, pues, muchas veces, por su jerarquía natural unos desplazarán a otros.

La aspiración de la convivencia de estos principios es claramente descripta por Zagrebelsky, quien haciendo aprecio a la ductilidad del intérprete, dice expresamente:

Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por lo tanto la generalidad del trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos; pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos, el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante las consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo de los más débiles, etc. (2018: 16).

Reitero que resultaría un grave error considerar a un principio o valor como absoluto, y por supuesto que es tentador darles una respuesta judicial satisfactoria a todos. Sucede que muchas veces, o casi siempre, dos o más se encuentran en pugna. El ideal es que el intérprete con extrema prudencia intente soluciones combinatorias que conduzcan a que todos sean reconocidos o que haga posible la coexistencia, salvo contradicción evidente y de imposible conciliación, pues el pluralismo de principios y valores es la base del Estado constitucional moderno y la apreciación del derecho en departamentos estancos es un arcaísmo al cual no podemos acudir. Un jurista inflexible no puede ser un buen intérprete ante el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación pues probablemente llegue a soluciones que puedan consagrar inconveniencias o inconstitucionalidades.

En un Estado de derecho el equilibrio y separación de poderes genera la necesidad de que una norma de carácter general sea oponible a todos los sujetos de derecho, siendo el postulado de igualdad ante la ley una premisa que debe ser respetada a rajatabla, pero debiendo entender que tuvo su origen en la necesidad de terminar con los “privilegios” que contaban ciertos individuos respecto de otros en los siglos pasados, siendo contenido de todas las Constituciones liberales del siglo XIX. Sin perjuicio de ello deberíamos tratar de entender que esta premisa hoy tiene sentido si comprendemos que la igualdad debe ser medida entre iguales y que no es semejante la defensa que el derecho debe contener ante un individuo común, una empresa o un vulnerable.

En el Estado constitucional moderno existe una subordinación de la ley general o especial a los principios, valores y normativa internacional que son cláusulas de aquellos tratados en los cuales nuestro país ha comprometido su cumplimiento siendo los mismos ratificados por el Congreso conforme las disposiciones del artículo 75 de la Constitución Nacional argentina. Esta amalgama de componentes requiere de una relación de adecuación y aun de subordinación respecto a todos ellos de la estricta letra de una ley en el caso concreto.

El autor expresa con claridad: “La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley” (Zagrebelsky, 2018: 47).

La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales ha producido una transformación en el campo de las fuentes del derecho interno desde el año 1994 habiéndose profundizado con la sanción del Código Civil y Comercial y su norma interpretativa del derecho del artículo 2. Todo ello entraña para dichos ordenamientos la recepción de nuevos principios y valores, la asunción de correlativas obligaciones estatales frente a los individuos y frente a la comunidad internacional y la inserción en sistemas supranacionales con competencia para controlar. Estas circunstancias repercuten en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales e infraconstitucionales.

A la luz del derecho internacional y de la jurisprudencia de los órganos supranacionales, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*), al tiempo

que no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno, incluso las constitucionales, como justificación del incumplimiento de un tratado.

Para ejemplificar la situación de tensión que puede existir entre dos derechos fundamentales en un caso concreto consideremos en la ley de concursos dos de ellos que podrían considerarse de idéntica valía: el derecho al trabajo y el derecho al salario. El caso de la continuidad de la explotación por parte de una cooperativa de trabajo y la compensación de los créditos con los bienes de la fallida al momento de la liquidación se encuentra en pugna con el derecho al cobro de los créditos laborales de aquellos ex trabajadores que no forman parte del emprendimiento, que continúa con las actividades de su ex empleador. El dilema es que ambos tienen una fuerte protección legal, pero una adecuada interpretación que integre todos los ordenamientos, los principios y valores en juego permite corroborar que el legislador ha dado preeminencia a la salvaguarda de la fuente de trabajo. Por supuesto que la misma cederá ante la circunstancia de un trabajador en situación de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad, a quien su derecho debe serle especialmente siendo función del intérprete realizar una conciliación de derechos para que ambos sean reconocidos satisfactoriamente, ello a pesar de que no exista en la letra de la ley contemplada la solución específica de la temática. La interpretación integradora será la única vía para alcanzar una resolución justa del caso.

El mega principio pro-persona

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 colisión de normas o principios. Así los criterios de prelación normativos existentes en los artículos 150, 1709, o el 2579 CCyCN.

Partiendo de este megavalor, más otros contenidos en todo nuestro ordenamiento jurídico, sumándose las cláusulas que surgen de los tratados internacionales, es que la forma de interpretación exigida por el artículo 2 del Código Civil y Comercial, el diálogo de fuentes comprometido, tiene incidencias en una ley tan especial como lo es la Ley N° 24522.

Pareciera que la única certeza es que la interpretación de la ley debe ser armónica, debiéndose conformar a una norma con el contenido de las demás —pues entre todas debe congeniarse una unidad coherente— y en la inteligencia de sus cláusulas se intentará cuidar, no alterar el equilibrio del conjunto. Su consideración debe hacerse tomando en cuenta la finalidad que resulta de los objetivos y valores de la propia ley, sumado al de todo el ordenamiento en forma integral, pero a la vez contemplando las cláusulas que surjan de los tratados de derechos humanos. No se trata de ignorar la intención del legislador, sino de dar preferencia a las finalidades objetivas de los distintos textos en el momento propio de su aplicación.

En el Código Civil ya derogado, los principios jurídicos tenían un carácter preferentemente supletorio, mientras que en la actualidad el nuevo Código le otorga una función de integración y control axiológico. Al decir de Lorenzetti, los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan

a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos (Lorenzetti, 2015: 34 y ss.) . Al momento de interpretar y aplicar las normas no se puede, entonces, prescindir de integrar todo el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial ha introducido el rol del juez de equidad. La equidad (del latín *aequitas* y del griego *ἐπιεικεία*) ha sido caracterizada como la justicia del caso particular, cuyo fin es atemperar el excesivo rigorismo de la ley y su función es la de corregir la injusticia que puede derivar de la aplicación de una ley a un caso concreto (Garrone, 2004: 440). Se la ha calificado a lo largo del tiempo como una fuente de derecho y como una pauta de interpretación. Hoy se le reconoce al juez la facultad de dictar una sentencia equitativa en diversas normas del Código tales como los artículos 771,⁸ 1714 y 1715,⁹ 1718,¹⁰ 1742¹¹. La equidad ya no es un axioma moral o ético, sino que debe integrar la solución del caso y será el principio rector el que más favorezca al hombre, persona humana, cuando esta se encuentre involucrada en el conflicto, debiendo atenderse, por ende, su integridad físico-psíquica y la cobertura de sus derechos esenciales que hacen a su dignidad como tal.

Ahora bien, resulta relevante destacar el rol que cumple el principio de progresividad en este nuevo sistema interpretativo, pues es el que garantiza que el pro-persona se concrete en la práctica a pesar de los vaivenes normativos, cambios legislativos o de gobierno.

El principio de progresividad se encuentra legislado en diversas normas de derecho internacional de los derechos humanos. Lo podemos encontrar en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹² los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador,¹³ artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁴ entre otros, y, además, surge del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional como del inciso 19 del artículo 75 de la misma. Por estas normas

8 Para morigerar interés.

9 Ante la punición excesiva.

10 Indemnización aun sin culpa del dañador ante un daño justificado.

11 Atenuación de la indemnización, salvo dolo, en función del patrimonio del deudor y la situación personal de la víctima del hecho.

12 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Art. 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

13 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo. Art. 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

14 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Art. 2.1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos

internacionales los Estados parte se comprometen —para emplear la formulación de la Convención Americana a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura. O, en los términos del PIDESC, a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos.

La Asamblea General de la OEA aprobó en la sesión plenaria del 7 de junio de 2005 las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el protocolo de San Salvador,¹⁵ que en su artículo 5.1 contiene el concepto de progresividad. Dispone la norma: “A los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”.

Siguiendo a Gialdino (2021) podemos decir que por principio de progresividad

Habrà de entenderse a la luz del objetivo general, en realidad, la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo (Observación General N° 3).

Es una obligación concreta y constante de avanzar (Observación General N° 14; párrafo 31), concreta y permanente (Observación General N° 13 párrafo 44) un deber concreto y continuo (Observación General N° 15, párrafo 18). En la Observación General N° 18, el derecho al trabajo se inserta en esta misma línea (párrafos 19/29). También lo hacen los Principios de Limburgo (párr. 21), así como las pautas de Maastrich, a la par que estas agregan que la realización progresiva no puede ser invocada por el Estado como pretexto para no cumplir con el PIDESC (párr. 8). Por lo demás, como lo afirman dichos Principios, el compromiso de realización progresiva existe independientemente del incremento de los recursos (párr. 23) y, como lo señalan las pautas, la carga de la prueba de la realización de tales progresos pesa sobre el Estado (párr. 8). En cuanto a la efectiva vigencia en nuestro derecho interno, la Corte IDH, que es el intérprete final de la Convención Americana y en tal carácter su jurisprudencia determina cuáles son las condiciones de su vigencia, sostuvo en el caso “Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de Contraloría) vs. Perú”, sentencia del 1 de julio de 2009, que

99. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos” (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Observaciones y Enmiendas del gobierno de Brasil al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, p. 125). Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también

¹⁵ Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05).

se propuso “hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales” (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Intervención del delegado del gobierno de Guatemala en el debate sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Decimocuarta Sesión de la Comisión “I”, pp. 268-269).

102. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

En el mismo sentido que el autor citado se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en el caso “Madorrán”¹⁶ donde ha dicho que

El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales.

Este criterio, además, ha sido considerado para su aplicación por el Máximo Tribunal en el caso “Arcuri Rojas”¹⁷. La Corte señaló que

Sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 1º del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección.

El principio de progresividad relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales está marcado por dos condiciones. Por un lado, se trata de una progresividad dinámica, que impone la obligación de proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr ese objetivo. Por el otro, de una progresividad unidireccional, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado.

¹⁶ Fallos 330:1989.

¹⁷ Fallos 332:2424.

La dignidad intrínseca de la persona humana constituye, por ende, el fundamento ontológico y definitivo de los derechos humanos. Estos responden a un orden que precede en el tiempo y supera, en jerarquía, al derecho positivo. La justicia social se inscribe entre los principales valores y objetivos del derecho internacional de los derechos humanos. Es la justicia en su más alta expresión, y consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todo y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consiguen o se tienden a alcanzar las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad. Constituye un medio para establecer la paz universal y un fin propio.

La contradicción doctrinaria

Como adelantáramos en la introducción, lejos estamos de considerar pacífica la postura de la convergencia de las cláusulas de los tratados de derechos humanos en el ámbito de los institutos que regulan al ámbito empresarial.

Simplificando la cuestión dividiremos las posiciones en denegatorias y habilitantes:

a. La posición denegatoria¹⁸

Quienes pretenden negar valor a la inserción de las cláusulas de los tratados de derechos humanos en cualquier proceso y más específicamente en los concursales consideran que:

- a) Son programáticos, como si fueran meras expresiones de deseos. Desconocen así su operatividad para ser aplicados al caso concreto.
- b) Se instituyen en base a principios y valores morales cuando, en realidad, si estos son sus fundamentos no por ello tienen un carácter meramente axiológico, sino que se trata de verdaderos principios y valores jurídicos incorporados normativamente a legislación vigente.
- c) Generan incertidumbre cuando, en realidad, esta se produce si el Estado ratifica un tratado, el Congreso lo reconoce y luego la magistratura no lo aplica, generando una frustrante expectativa de tutela además de responsabilidad internacional, con el consecuente descrédito del país ante el resto de las naciones y sus propios ciudadanos.
- d) No son ley formal o válida, desconociendo que tienen un filtro legislativo mucho más intenso que el de una ley interna pues es convalidado en la faz internacional por quien es el representante del país ante los organismos internacionales y luego es ratificado legislativamente teniendo el tratamiento como cualquier ley del Congreso de la Nación, requiriéndose la aprobación por

¹⁸ La contraposición a esta tesis ya ha sido expuesta por la autora recientemente en Boquin y Bergoglio (2024).

ambas Cámaras. Se involucra así en su reconocimiento al Poder Ejecutivo y al Legislativo, lo cual no siempre ocurre con todas las leyes de fuente interna.

- e) Solo es el Estado quien debe quedar sometido al reconocimiento y respeto de los tratados aprobados y ratificados, apreciando solo que la obligación compele al poder administrador olvidando que cuando la Constitución y estos instrumentos se refieren al “estado” involucra a sus tres estamentos: ejecutivo, legislativo y judicial.

Esta posición desconoce la obligatoriedad *erga omnes* de las convenciones, es decir que el compromiso estadual no solo implica respetar su manda, sino hacerla cumplir.

La Corte Suprema de la Nación Argentina ha considerado en varios precedentes el efecto horizontal de los tratados de derechos humanos. Así en el caso “Álvarez”¹⁹ dijo:

Los estados son los que determinan su ordenamiento jurídico el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del derecho internacional de los derechos humanos... hoy en cuanto a los particulares el mentado carácter *erga omnes* establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos inter privados, la cual desarrollada por la doctrina jurídica, y particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de su trabajador.

O en “Sisnero”²⁰ donde se afirma —conforme la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— acerca de la obligación positiva de asegurar su efectividad, que existe en cabeza de los Estados de la cual se derivan efectos en relación con terceros, considerando, por ende, que los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

- f) La aplicación judicial de las cláusulas de los tratados de derechos humanos conlleva el uso de derecho extranjero,²¹ lo cual no se encuentra permitido en nuestro sistema legal pues no es una fuente formal del derecho. Esta afirmación conlleva un argumento falaz. Las cláusulas de los tratados que contemplan la protección de los derechos fundamentales es derecho nacional pues cumpliéndose con el procedimiento previsto en la Constitución Nacional se incorporan al sistema jurídico interno como normas supraleales.

19 CSJN (2010). “Álvarez Maximiliano y otros s/acción de amparo”. Fallos 333:2306.

20 CSJN (2014) “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”. Fallos 337:611

21 Como pareciera decirlo el Dr. Carlos Rosenkrantz (2005), posición que no compartimos conforme expusimos en Boquin y Bergoglio (2024).

Todas estas afirmaciones, que brevemente se han rebatido, conllevan la denegación en su reconocimiento de derechos reconocidos en favor de la dignidad humana en los procesos judiciales y en las sentencias que se dicten en ellos, lo cual las convierte en injustas y contrarias al orden público.

b. La tesis habilitante²²

Considerar a las cláusulas de los tratados de derechos humanos operativas es una cuestión que hace al mismo acceso a la justicia. Gialdino (2008) dice

El control de constitucionalidad-convencionalidad de oficio se inscriben los requerimientos del derecho de acceso a la justicia, el cual tuvo su enunciado original en la declaración americana de los derechos y deberes del hombre para hacer luego trasplantada a la Declaración Universal de Derechos Humanos y de esta última a la convención americana, así como entre otros al pacto internacional de derechos civiles y políticos. Se trata del derecho a la prestación jurisdiccional plena.

Y Midon agrega con cita de la Corte IDH

El derecho de acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad las violaciones de Derechos Humanos, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar a los responsables, o colaborando con otros estados que lo hagan o procuren hacerlo (2016: 103).²³

Los tratados son operativos desde su ratificación. Tienen a partir de ese momento una eficacia inmediata no requiriendo reglamentación o norma especial para su aplicación al caso concreto.

El Estado no solo tiene el deber de respetar los derechos y protegerlos, sino también de garantizar su realización, adquiriendo particular relevancia sus obligaciones positivas. Del referido deber se derivan también obligaciones para los particulares. En efecto, la idea relativa a que los principios constitucionales obligan al Estado, pero no a los particulares, se encuentra perimida como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado, resultando los referidos principios operativos también respecto a las relaciones entre particulares.

²² Boquin y Bergoglio (2024).

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso “Goiburú y otros vs. Paraguay”, 22 de septiembre de 2006, párr. 131.

Al respecto, la Comisión redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación —según sus fundamentos—

Toma en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad... innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado... Esta decisión se ve claramente en... la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales... la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores.

Así “puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

En esta línea, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que de

La obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*) y que los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.²⁴

Es que, en ciertos casos, la cuestión excede el interés particular para pasar a ser el de la sociedad en su conjunto. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que en los procesos referentes a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad, o bien que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos, la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte y, al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto.²⁵

Implicancias en la Ley N° 24522

Es imposible agotar, ni mucho menos tratar, todas las consecuencias que la concurrencia normativa, de principios y valores implica en el sistema concursal, pero tomando como modelo el instituto de los privilegios pretendo demostrar con ciertos ejemplos que por sobre la letra expresa del articulado de la Ley N° 24522, los principios y valores comprometidos en el propio sistema concursal, se encuentra la

24 CSJN (2014) “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”. Fallos 337:611.

25 CSJN (2022). “C. G., A. c/ EN - DNM s/recurso directo DNM”. Fallos 345:905.

protección de la persona humana, quien sujeto de preferente tutela, según su estado de vulnerabilidad y los tratados suscriptos en ese sentido harán que la interpretación del juzgador sea diferente en cada caso considerando la posible colisión y desplazamiento de normas y derechos, teniendo en cuenta la integración de todo el ordenamiento jurídico.

Más allá del sistema de privilegios cerrados de la Ley N° 24522 (ley de concursos y quiebras), existen muchos presupuestos que nos demuestran que de acuerdo con el diálogo de fuentes propuesto al intérprete debe considerarse desterrado el concepto de “*numerus clausus*” que surge del artículo 239 LCQ por varias razones:

- a) La misma letra del artículo 2574 CCCN que dispone el origen legal de los privilegios (pero de cualquier ley, no solo de la concursal).
- b) Previsiones contenidas en el Libro Sexto Título II del Código Civil y Comercial de la Nación
- c) Cláusulas de tratados internacionales.

Por ejemplo, un acreedor menor con discapacidad tiene una preferencia de cobro respecto del resto de los acreedores en virtud de los derechos reconocidos por los artículos 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; los artículos 1, 6, 23, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; los artículos 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el artículo 7 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad; el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Ello a pesar de que por la fría letra de la ley con una mirada simplemente exegética se lo pueda considerar quirografario pues deben compatibilizarse las normas concursales (Ley N° 24522) con las normas y principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos receptados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 y 23), además de las leyes que reglamentan dichos derechos y principios en el orden interno. La interpretación en cuanto considera como un departamento estanco a la ley concursal implica oponer restricciones al ejercicio del derecho de preferencia o prioridad que se le reconoce a un menor en su condición de tal, pudiéndose entonces vulnerar un principio que surge del artículo 31 de la CN y del artículo 75 inciso 22 y 23. El interés superior del niño determina que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (Ley N° 26061, art. 3) y que “la prioridad absoluta implica”, entre otras, “la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas” (Ley N° 26061, art. 5). Es que en un contexto falencial es justamente donde la cláusula de preferencia del niño cobra especial virtualidad, imponiéndose su aplicación: el patrimonio del deudor no es suficiente y resulta necesario establecer un orden y preferencias en el cobro.

Debe, por ende, reconocerse la prioridad del derecho del menor, aunque su crédito por la fría letra de la ley concursal sea quirografario, frente a otros derechos de contenido patrimonial que nace de una ley especial y que reglamenta las disposiciones que consagra un tratado internacional de derechos

humanos con jerarquía constitucional, subordinando la ley de concursos y quiebras, desplazando toda regla de la LCQ que se oponga o no se ajuste a sus disposiciones. Para arribar a esta conclusión debo destacar que la preferencia que el bloque de convencionalidad reconoce en favor del menor no se encuentra condicionada a que el acreedor se encuentre *in bonis*. La preferencia legal es “absoluta” y, en caso de colisión con otros intereses igualmente legítimos, rige sin condicionamientos ni mermas. Así, la consecuencia directa de la cláusula de atención prioritaria absoluta es que el crédito en cuestión debe ser satisfecho con los primeros fondos disponibles. Por ello, debe analizarse el supuesto a la luz del principio de “interés superior del niño”, recordando que los principios tienen una función de integración y control axiológico (y así volvemos al diálogo de fuentes impuesto por el artículo 2 CCyCN).

En otros casos la protección será al mayor adulto. Así, como consecuencia de los principios que surgen de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores,²⁶ ratificada por la Ley N° 27360, integrada con el instituto del pronto pago²⁷ ya se ha reconocido el derecho a un cobro anticipado sin esperar el proyecto de distribución.²⁸

Como otro ejemplo de la muerte del criterio del “*numerus clausus* de los privilegios” a manos del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación pareciera a por simple cotejo que entran en colisión normas relativas a privilegios laborales del Código Civil y Comercial respecto de otras contenidas en la ley de concursos. Veamos: el artículo 2582 inciso b) CCyCN crea por primera vez como asiento de un crédito laboral con privilegio especial un inmueble para determinadas acreencias de esa naturaleza disponiendo “...cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre estos...”; y si bien el mismo Código establece que resulta de aplicación al sistema de privilegios lo dispuesto en la ley de concursos (art. 2579 CCyCN) y estos no están específicamente contemplados, no podemos eludir su aplicación justamente fundándonos en el principio de favorabilidad, progresividad y *pro homine* que rige en materia laboral. Por otro lado, sería un verdadero contrasentido apreciar que el trabajador goza de privilegio especial respecto del inmueble cuando su empleador está *in bonis*, pero lo pierde ante el concurso o quiebra de este.

En la integración de las cláusulas ajenas al régimen de la Ley N° 24522 (Boquin, 2023) tampoco podemos olvidar el valiosísimo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pinturerías y Revestimientos”²⁹ por el cual se dio cuenta de que el Convenio de la OIT 173 se encontraba operativo y era norma supralegal respecto de las normas falenciales como también lo sería la Recomendación 180. Sin perjuicio de ello, recientemente la Corte decidió abandonar erróneamente el precedente. El convenio 173 fue adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1992 en el marco de la 79 reunión de la

26 Durante la 45ta. Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015.

27 Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores Art. 16 en cuanto dice: “Excepcionalmente el Juez podrá autorizar, dentro del régimen del pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras”.

28 CNCom., Sala C, 10/5/2018, “La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otros/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito de Tules, Yolanda Ermina”. eIDial.com - AAA8F0

29 CSJN (2014). “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra”. Fallos 337:315.

Conferencia General de la OIT. El Estado argentino participó en la misma a través de sus representantes Enrique Rodríguez, quien fuera en aquel entonces secretario de Trabajo de Carlos Menem, y Juan Archibaldo Lanús, el embajador argentino ante Ginebra, quienes votaron nominalmente en favor de la aprobación tanto del Convenio 173 como de la Recomendación 180.

La Corte consideró esta participación y voto como el cumplimiento del primer paso para la entrada en vigor del Convenio y a la Ley N° 24285 como el segundo, valorando la ausencia del tercero para desconocerle fuerza supralegal.

Para ello, tuvo especialmente en cuenta la Convención de Viena para sustentar su decisión, pero, llamativamente, no consideró lo dispuesto por el artículo 18 de la misma que dice:

Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) Si ha firmado el tratado o a canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o
- b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor de este y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

Como destacamos, el Convenio 173, conforme lo expresa la misma Corte en su fallo, se encontraría incluido en la situación del inciso a) pues ha sido aceptado y aprobado faltándole solo la ratificación por parte del Poder Ejecutivo siendo que, hasta la fecha, no ha manifestado la intención de no hacerlo o de denunciarlo.

Esta situación, ya de por sí, genera una obligación supralegal de carácter internacional para el Estado argentino.

En este sentido, Manuel Becerra³⁰ nos dice que aún antes de que el tratado entre en vigor ya existen obligaciones para el Estado que lo haya suscrito.

En el plano internacional se requiere una lealtad en el comportamiento de los Estados desde el momento en que se llegó a un acuerdo o se participó activamente del mismo. Particularmente, desde el instante en que se intervino en la reunión de la Conferencia y se votó favorablemente el convenio.

Intentar frustrar el objeto o ir contra el fin sería una conducta contraria a la buena fe, que es un principio general del derecho internacional de los tratados consagrado por la propia Convención de Viena en su artículo 26.

30 Citado por Abello Galvis (2024).

En el caso del convenio, su objeto consiste en proteger a los trabajadores ante la insolvencia de su empleador logrando que satisfagan sus créditos, contemplando como una herramienta para el logro de ese fin la subordinación del crédito fiscal al previo cobro de los créditos laborales. Todo lo contrario a lo que la AFIP ha procurado con su recurso en el caso “Acevedo”³¹ y también en “Pinturas”, pero sin éxito.

En el caso “Acevedo” el Estado nacional ha obstaculizado el objeto del convenio a través de las presentaciones que realizó el fisco para que su crédito no sea sometido a la subordinación impuesta por el artículo 8 y el Poder Judicial, como integrante del Estado, ahora ha permitido, convalidado y, por ende, colaborado con esa obstrucción al dejar sin efecto el precedente de la forma en que lo hizo, haciendo lugar al reclamo del organismo fiscal, agravando de esta forma el incumplimiento de la obligación internacional de no frustración del objeto del Convenio.

La solución está dada por el análisis que debe hacerse respecto de la inclusión de un crédito para su pago preferente, sin “divorciar” la pretensión debida del derecho vulnerado —que es causa del crédito— y considerando que la ratificación de un tratado internacional o de una ley más favorable produce el desplazamiento de las pautas legales vigentes, incluido el artículo 18 de la Convención de Viena. Solo a la luz de esa integración normativa es que se encuentra la respuesta jurídica adecuada ante cualquier colisión normativa.

Conclusiones

Las notas características del texto legal introducido por la reforma de la Ley N° 26994, entonces, participan de la noción de que el derecho privado debe considerarse constitucionalizado. Eso significa que en lugar de apreciar al mismo como aislado o fuera del alcance de los principios constitucionales, se encuentra plenamente atravesado por estos.

Mientras que la idea tradicional era que el derecho privado tenía su propia dinámica y sus principios típicos como consecuencia de ello se desprendía que los derechos fundamentales (reconocidos en los textos constitucionales) solo obligaban al Estado, pero no a los particulares, en las relaciones entre sí.

La situación ha mutado de acuerdo con esta nueva concepción, pues los principios constitucionales, los valores supraleales resultan operativos también respecto a las relaciones entre particulares siendo un supuesto de ellas la relación acreedor-deudor en un proceso concursal.

El diálogo de fuentes exigido por el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación provoca necesariamente una revaluación de varios institutos concursales que deberán ser reinterpretados en cada caso concreto teniendo en cuenta principios y valores supraleales, las disposiciones de tratados de derechos humanos teniendo en cuenta el metaprincipio “pro persona” a los fines de asegurar una verdadera igualdad ante la ley, habiéndose resignificado —de esta forma— el derecho patrimonial en virtud de la constitucionalización del mismo.

31 Ver Boquin (2025a, 2025b).

Desde la incorporación de los tratados de derechos humanos al ordenamiento interno argentino —por la reforma constituyente de hace tres décadas— sus cláusulas no son un “préstamo no autorizado”,³² sino que conforman el sistema jurídico de la República en algunos casos como normas supralegales, cuando existe ratificación legislativa de mayorías ordinarias, y en otros como normativa constitucional, desde el momento que la aprobación del Congreso le da esa jerarquía.

Referencias bibliográficas

- Abello Galvis, R. (2024). Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. En N. González Martín, L. Á. Benavidez Hernández, I. Bernanga Basile y M. E. Nuño Nuño (eds.), *El derecho internacional público en la obra de Manuel Becerra Ramírez*. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Boquin, G. F. (2023). El acreedor laboral y su protección en los procesos concursales. En G. Boquin y P. Fernández Andreani (dirs.), *Vulnerabilidad en el proceso comercial. Protección especial de la justicia ante la desigualdad*, 191-214. Buenos Aires: Astrea.
- Boquin G. F. (2025a). El abandono erróneo de un precedente errado. *LL*, 6.
- Boquin G. F. (2025b). Alcances e implicancias del Convenio 173 de la OIT en procesos liquidatorios y concursales a la luz del precedente “Acevedo”. *Revista CCyC*, 3, 65-76.
- Boquin G. F. y Bergoglio V. (2024). Los derechos humanos no son material prestado al Derecho Concursal. *LL T* 2024-E, 391-397.
- Garrone, J. A. (2004). *Diccionario Jurídico* (Tomo II). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gialdino, R. E. (2008). Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos. *LL*, 2008-C-1295.
- Gialdino, R. E. (2021). Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y Núcleo Duro Interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *La Defensa.com.ar Revista online del Instituto de Estudios Legislativos. Federación Argentina de Colegios de Abogados*, N° LIV.
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo I). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Midón, M. (2016). *Control de convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea.
- Peyrano, J. W. (2009). *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Rosenkrantz, C. (2005). En contra de los Préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 71-96.
- Zagrebel'sky, G. (2018). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

32 En referencia al artículo de Rosenkrantz (2005).

La función de la narrativa y su promesa de igualdad, libertad y fraternidad en la construcción de la ciudadanía de las mujeres



Cynthia Britez*

*Los hombres han creado
históricamente los Dioses,
las mujeres los adoran.*

Simone de Beauvoir, *El segundo sexo*.

Introducción

El desarrollo de este trabajo se realizó en el marco de los presupuestos epistemológicos propuestos por Alda Fascio en su metodología feminista del análisis del derecho, ya que lo comenzamos con una determinación metodológica respecto a quién, cómo y con qué herramientas observamos el fenómeno jurídico.

Ello implica un explícito posicionamiento teórico político/práctico, desde el cual escribimos este texto, que es producto de la reflexión teórica y la acción política feminista, parte de la causa feminista, y por lo que se contrapone a la pretensión de neutralidad científicista impuesta por el modelo androcéntrico de la ciencia.

* UNPAZ.

Es decir, carece de las características impuestas por ese modelo al derecho, mediante la propuesta metodológica de construir un sistema jurídico liberal, que determine sus normas, a partir de su sujeto hegemónico que defina por exclusión las otredades y que así cumpla su pretensión de neutralidad y jerarquización del saber.

Sobre ello, Alda Fascio nos recuerda:

los hombres siempre han escrito pensando desde y para ellos sin que nadie los acuse de parciales y subjetivos, pero cuando una mujer lo hace desde su perspectiva [...] sienten que es insuficiente, emocional y subjetivo o peor aún, “específico”. Creo que es tiempo de que la mujeres y hombres aprendamos a leer y escuchar planteamientos y reflexiones que parten desde las mujeres (Fascio Montejo, 2022: 9).

Entonces, a partir de la propuesta epistemológica definida precedentemente, nos proponemos, en nuestro desarrollo teórico, en primer lugar, poner en el centro de la escena del discurso jurídico a la sujeta histórica, explicitando su íntima relación con la sujeta de derecho, ya que observamos que su constitución y sujeción como tal, proviene de los reconocimientos que de ella realicen los dispositivos de poder. En segundo lugar, vamos a referirnos al rol de las ficciones, en la asignación de sentidos de verdad, del relato la sujeta de derecho.

El marco teórico desde el que se aborda el desarrollo de este trabajo es el pospositivista, específicamente la teoría crítica del derecho, la cual se piensa a sí misma como “un conjunto de problemáticas consistentemente enlazadas, pero “abiertas” (Carcova, 2012: 111). Lo que implica que en el análisis del fenómeno de la juridicidad se requiera de un análisis transdisciplinario.

La teoría crítica define al derecho como una práctica social que expresa y condensa los niveles de conflicto social, en determinado contexto histórico, y esa práctica es una práctica discursiva en el sentido que la lingüística atribuye a esa expresión, esto es, en el sentido de un proceso social de producción de sentidos. Poniendo de manifiesto la intrínseca relación que hay entre derecho y poder (Carcova, 2012: 120).

Este marco teórico nos permite poner en cuestionamiento dos nociones sumamente relevantes para el discurso jurídico, que son la de verdad y la de ficción, “no sólo en función de sus roles intrínsecos, sino también como elementos estructurantes del discurso jurídico, en particular a partir del nacimiento de la modernidad” (Carcova, 2012: 27).

Entonces, una mirada crítica de un modelo jurídico implica

la demolición del modelo androcéntrico de la ciencia; y la reconstrucción de un modelo alternativo es, entonces, por un lado, el descubrimiento del simbolismo del género que se oculta en aquel modelo, y, por otro, la introducción del punto de vista de la lucha emancipadora de las mujeres del nuevo modelo

[...] este mínimo denominador presupone, que no se pierda jamás la distinción entre sexo (biológico) y género (social). [...] La percepción misma de la diferencia biológica en el sentido común y en el discurso científico depende esencialmente, de las cualidades que se les atribuyen a los dos géneros en una determinada cultura y sociedad [...] las cuales en el modelo androcéntrico de reconocimiento de derechos actúan en forma ideológica y no natural (Baratta, 2000: 41).

Por lo tanto, en este trabajo vamos a desarrollar tres hipótesis:

Primera: la existencia de la sujeta de derecho y la incidencia de los principios liberales de igualdad, libertad y fraternidad en la constitución de la sujeta histórica. La vinculación entre la constitución de la sujeta de derecho y la sujeta histórica.

Segundo: la narración de las mujeres y la función de las ficciones en la asignación de sentido de verdad a sus narrativas, en el marco del discurso jurídico.

Tercero: conclusiones. La relación entre la sujeta y la narración, como fundamento en la restricción de derechos por parte del estado-liberal. Consecuencias en la ampliación o restricción de derechos.

La construcción histórica de la sujeta de derecho

Cuando analizamos la sujeta de derecho lo hacemos desde un abordaje interseccional, es decir desde una mirada de género, raza y clase, para determinar, cómo a partir de estas diversas variables se configuraron las diferentes subordinaciones de las mujeres (Medina Martín, 2014).

Por ello consideramos pertinente comenzar con el siguiente interrogante: “¿Cuáles son las historias institucionales de sujeción y subjetivación que me posicionan en este lugar ahora?”¹

Al respecto, podemos afirmar que una de los dispositivos que el patriarcado ha tenido y tiene a disposición para “sujetarnos” a un sistema reproductivo de relaciones de poder, en el marco de un sistema capitalista, fue y es el derecho. Sobre todo, si entendemos que el derecho no es mera normatividad,

sino un discurso social que, como tal, participa en ese proceso de construcción de la realidad. En tanto orden impuesto, prescribe lo que se debe y no se debe hacer, decir o pensar, y sin que se lo advierta opera naturalizando ciertos vínculos y relaciones, a través del mecanismo de la legitimación selectiva de algunos de ellos. Marca los modos en que calificamos nuestras conductas y las de los que nos rodean [...] interfiere en nuestras vidas cuando promete, otorga, reconoce o niega [...] Las subjetividades e identidades sociales e individuales son, entonces, y al menos parcialmente, instituidas por este discurso conformado por muchas voces, que no dejan de hacerse oír y que pugnan por ganar otros lugares o por preservar lo que tienen alcanzados (Ruiz, 2000: 14).

¹ Artículo recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5202163.pdf>

Por lo cual, para explicar la configuración de la mujer, como sujeta de derecho, debemos considerar el lugar que ocupan la sujeta, el lenguaje y la ideología en la producción del orden social, en determinado contexto histórico, es decir, debemos observar el carácter histórico y social de las identidades desde las cuáles, se constituye a la sujeta de derecho, a qué sujetas/sujetos históricos reconoce y a cuáles excluye, ya que “al construir una identidad se actualizan algunas de las posibilidades estructurales de la sociedad y se dejan de lado las restantes, a través de estrategias de afirmación y de reconocimiento” (Ruiz, 2000: 16).

Aceptar esa relación, implica reconocer que, como sujetas históricas, la construcción de nuestra identidad, y de todas las identidades, es relacional a otras identidades, y en ese sentido, están en contaste transformación, y se conforman como no permanentes, pueden desaparecer, y son campos de disputa constantes entre el feminismo y el patriarcado, ya que

en ese proceso algo se queda afuera, algo no se incorpora, algo se excluye, de donde la afirmación de una diferencia es condición de cualquier existencia de toda identidad. Lo excluido, el “exterior constitutivo” de cualquier identidad individual o colectiva, son los otros, se trate de grupos, comunicados, actores sociales, clases (Ruiz, 2000: 16).

En ese sentido, las identidades se constituyen a partir de ese “otro” al que se reconoce como diferente, “antagónico” (Mouffe, 1998), es decir, mi identidad se expresa a través de lo negado por lo “antagónico”, por eso, en ese enfrentamiento social en que se expresa el poder, está lo que permite la transformación, la deconstrucción y la construcción de identidades.

Por ello, como consideramos al derecho una práctica social discursiva, que legitima las relaciones de poder, en un contexto social determinado entendemos que hay una íntima relación entre la sujeta histórica y la sujeta de derecho, ya que, a través de discursos y prácticas sociales epocales, ella será sujeta a un reconocimiento por parte del Estado como sujeta de derecho y, por lo tanto, como ciudadana política.

A lo largo de la historia se han producido muchísimos ejemplos que dan cuenta de ese vínculo, por ejemplo, mientras en Francia flameaban las banderas de la libertad, igualdad y fraternidad, como estándares de un sistema político y jurídico, en los caldazos que fueron dispuestos para las cabezas de los antirrevolucionarios también fluía la sangre de mujeres, que proponían la abolición de los privilegios masculinos, y ponían en debate las consignas de una revolución burguesa.

Porque, mientras de acuerdo a esas consignas se construían las bases del sistema jurídico liberal, aquellas mujeres que levantaron sus voces, manifestando nosotras “somos sujetas de derecho” y por lo tanto “ciudadanas”, eran silenciadas y asesinadas, como Olympe de Gouge, quien en el año 1789 propuso, una “Declaración de los derechos de la Mujer”, simétrica a la “Declaración de los derechos del Hombre”.

Al respecto Simone de Beauvoir escribió: “Hubiera cabido esperar que la Revolución cambiase la suerte de la mujer, Pero no fue así. Esta revolución burguesa se mostró respetuosa con las instituciones y los valores burgueses, y fue hecha casi exclusivamente por los hombres” (Beauvoir, 2011: 100).

En lo jurídico, la autora va a referir que el Código Napoleónico

define con dureza la condición de la madre soltera y la del hijo natural. La madre soltera y la esposa son privadas de la cualidad de ciudadanas, lo cual les prohíbe funciones tales como la profesión de abogada y el ejercicio de la tutela. En cambio, la mujer soltera goza de la plenitud de sus derechos civiles, mientras que el matrimonio conserva el mundium. La mujer debe obedecer al marido, este puede hacer que la condenen a reclusión en caso de adulterio y obtener el divorcio contra ella; si mata a la culpable sorprendida en flagrante delito, es excusable a los ojos de la ley, en cambio el marido no es susceptible de ser multado si en el caso de que lleve a una concubina al domicilio conyugal, y solamente en es caso puede la mujer obtener el divorcio contra ella (Beauvoir, 2011: 101).

Continuando con esa línea de asignación de subjetividades por parte del discurso jurídico, no es casual que las leyes penales que nos reconocen como sujetas de derecho legitimen, refuercen el rol reproductivo de la mujer en lo privado. Es decir, fue en el año 1623 en Inglaterra cuando se

aprobó un nuevo estatuto, en el que se creaba un nuevo delito y un nuevo delincuente. De acuerdo con ese estatuto, el asesinato de un bebé bastardo por mano de su propia madre se convertía en delito penal, castigado por la muerte. El punto crítico de la nueva ley consistía en que había de presumirse la culpabilidad de la madre si el bebé moría, y era ella quien debía presentar las pruebas de su inocencia [...] la figura de la madre soltera como asesina y culpable [...] la maternidad se convierte en un problema [...] en 1803 se aprobó la primera ley penal sobre el aborto. El aborto se consideraba un crimen cualquiera fuese la fase del embarazo (Smart y Birgin, 2000: 46).

Por lo tanto, no podemos negar que, en los orígenes del Estado moderno, del Estado de derecho, comienzan a delinearse las tácticas coordinadas, entre el capitalismo, el patriarcado y el colonialismo.

A partir de aquí y hasta ahora

formalmente, el Estado es masculino porque la objetividad es su norma. La objetividad propia del positivismo científico se traslada a la concepción que el legalismo tiene de sí mismo. Se legitima reflejando su visión de la sociedad, una sociedad que ayuda a crear viéndola así, y llamando racionalidad a esta visión y a esa relación. Puesto que la racionalidad se mide por la ausencia de puntos de vistas, lo que cuenta como razón es lo que corresponde a cómo son las cosas. La racionalidad práctica, en este sentido, significa lo que puede hacerse sin cambiar nada (MacKinnon, 1995: 7).

Un modelo de construcción feminista del derecho abandona la pretensión de universalidad, definida a partir del sujeto hegemónico, y con la finalidad de construir una igualdad formal. Además, reconoce que la libertad jurídica solo es tal entre hombres libres, ya nos somete a un derecho paternal, fundado en un “contrato sexual-social, creado por el patriarcado fraternal” (Paterman, 1995), al cual cedemos nuestra libertad, para ajustar nuestras vivencias, a sus verdades.

Como escribiera Simone de Beauvoir:

No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino. Únicamente la mediación de otro puede constituir a un individuo como otro (Beauvoir, 2011: 108).

Cuando reflexionamos en torno a la “otredad” es necesario considerar cómo ese otro/otra/otre se constituye y despliega su subjetividad, en el marco de un “contrato sexual” (Paterman, 1995) que nos determina cómo se aprende a ser varón y cómo se aprende a ser mujer (Morgadde, 2012).

Ello es así porque

el contrato social presupone el contrato sexual, y de que la libertad civil presupone el derecho patriarcal [...] El contrato originario es un pacto sexual-social, pero la historia del contrato sexual ha sido reprimida [...] La historia del contrato sexual es también una historia de la génesis del derecho político y explica por qué es legítimo el ejercicio del derecho -pero esta historia es una historia sobre el derecho político como derecho patriarcal o derecho sexual, el poder que los varones ejercen sobre las mujeres (Paterman, 1995: 8/9).

Entonces, desde que nacemos, aunque con los avances de la genética y la tecnología, en algún momento de la gestación, se nos asigna un sexo y, con ello, un nombre, un color, vestimentas, habilidades posibles a desarrollar, e inclusive se nos asigna propósitos en nuestra existencia, mujer-madre-esposa.

Por lo tanto, por medio de ese contrato sexual, que se nos convierte en un contrato de sujeción al cual “voluntariamente” adherimos, ya que a partir de ello se nos incluye en un sistema social de valores y de conductas socialmente aceptadas para el sexo, trae aparejadas consecuencias directas para nosotras, niñas/mujeres, ya que para el discurso jurídico solo es una sujeta de derecho plena quien se adecua a los mandatos contractuales, por lo tanto, las niñas/mujeres constituyen identidades marcadas por las significaciones de los estereotipos de género (Morgadde, 2012).

Pero, una forma en que el feminismo ha logrado poner en debate ese contrato sexual, y de ese modo de construir la “voluntariedad de esa sujeción”, basada en prácticas discursivas, como el derecho, es

arrojando el cuerpo biológico, a la escena pública política, para así constituirlo, junto a otros cuerpos, en un cuerpo político,

la acción política tiene lugar porque el cuerpo está presente. Aparezco ante otros y ellos aparecen ante mí, lo que significa que algún espacio entre nosotros permite nuestra aparición [...] la esfera de la aparición no es sencilla, ya que da la impresión de que para surgir ha de haber un enfrentamiento intersubjetivo (Butler, 2017: 81).

Hasta acá analizamos parte de la estrategia política de intervenir en el análisis histórico del relato, que desde el feminismo construimos para constituirnos como sujetas históricas, que disputan desde la teoría y con la acción política, la calidad de sujetas de derechos.

La sujeción al relato mediante la ficción

Con el cuerpo político, se hace presente el lenguaje y la narración como espejo social, y con la finalidad de emancipar sus sentidos, ese cuerpo político, junto a otros cuerpos aliados, van a construir nuevas estrategias lingüísticas que, a través de nuevas narraciones, visibilicen aquello que nunca fue nombrado.

Ello implica traer nuestras verdades a los discursos sociales, como el discurso jurídico, reconociendo que las verdades no son estables, objetivas, ni siquiera reales o únicas. Para, de ese modo, dejar expuesta la relatividad de la verdad en el discurso jurídico, para que desde allí propongamos reflexiones en la relación o vínculo que tienen la narración y el relato que describen un hecho, una historia, un acontecimiento, etc., que nos tiene como parte.

De ese modo se producirá una articulación entre discurso jurídico, poder e ideología, generándose la compleja operación social del discurso jurídico feminista, que va a ampliar derechos y romper con relatos preformativos normados (Butler, 2024).

Al respecto, solo basta ver como el

derecho participa de la configuración del estereotipo “mujer”, y es a partir de ese estereotipo que las reglas jurídicas reconocen o niegan “derechos” a las mujeres de carne y hueso [...] y no basta solo con cambiar la ley –aunque y paradójicamente, esos cambios son de la mayor importancia– porque el discurso jurídico opera, con fuerza singular, más allá de la pura normatividad. Instala creencias, ficciones, y mitos que consolidan un imaginario colectivo resistente a las transformaciones (Ruiz, 2000: 133).

Ello es así porque los estereotipos que inciden en la configuración de lo que es ser mujer son sustentados por la ideología, la cual consideramos que: “es ese lugar que constituye la verdad desde el momento en que se manifiesta en persona. No se trata, pues, tanto de localizar la verdad en un espacio preexistente, sino de describir la escena que se despliega a partir de su presencia” (Balibar, 1995: 39).

Por lo tanto, en esa narración que da lugar a la representación de la verdad, consideramos que se expresa el espacio ideológico que está “hecho de elementos sin ligar, sin amarrar, “significantes flotantes”, cuya identidad está “abierta”, sobre determinada por la articulación de los mismos en cadena con otros elementos, es decir, su significación “literal” depende de su plus de significación metafórico” (Žižek, 2003: 125).

Por ejemplo, el término *justicia* tiene conexión con varios elementos ideológicos, que no están determinados de antemano, puede haber justicia con intervención del Estado, puede haber justicia por intervención divina, puede haber justicia popular, justicia feminista, elitista, etc. Por ello “lo que está en juego en la lucha ideológica es cuál de los “puntos nodales”, points de capiton, totalizará.” (Žižek, 2003: 126).

Por ello, la disputa es política, ya que es imposible constituirnos como sujetas de derecho por fuera de alguna ideología, sobre todo de la ideología patriarcal, porque desde la modernidad es “totalizadora” y “adherimos” mediante el cumplimiento de los mandatos de su “contrato sexual”.

Así, nos convertimos voluntariamente en servidoras, criadas de un sistema capitalista y de las relaciones de poder que este determina, y que se refuerzan en el énfasis del individualismo como salida a las problemáticas sociales, culturales y económicas, que intentan romper las redes intersubjetivas que nos permiten pensar respuestas colectivas ante problemáticas y conflictos sociales.

Para ello, se requiere de un dispositivo estatal que ordene, reglamente y legitime ese orden contractual, y es en ese sentido que el derecho designa e individualiza, a través de sus reglas, quién está en condiciones de decir qué es derecho y quién no, y qué es derecho y qué no, ya que “el discurso jurídico se muestra lo que se muestra y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar y callar lo que se quiere callar. Las ficciones y los mitos no están allí sino para hacer funcionales determinadas formas de organización del poder social” (Carcova, 2012: 121).

Para tratar de superar ese obstáculo epistemológico, vamos a observar cómo operan las ficciones (Marí, 2002) en la asignación de verdad, de los relatos de las niñas y mujeres. Para ello, vamos a intentar determinar cómo opera la ficción en la práctica jurídica, distinguiendo dos etapas en el desarrollo de ese relato, que se vinculan dialécticamente.

En primer lugar, analizaremos el modo en que se *constituye* el relato de violencia sexual y, en segundo lugar, cómo se *instituye* ese relato como ficción del derecho por parte de los y las operadoras del derecho.

Analizar el modo en que se *constituye* el relato implica traer a la escena jurídica a la sujeta hablante, con todas las consecuencias que ello trae para quien emite ese relato, y que van a ser un determinante en la posibilidad o no de hacerlo.

Es decir, en el propio relato, se hará presente, total o parcialmente, una “otra”, que no es más que la propia representación de la sujeta que emite un relato, del que fue parte y, por lo tanto, se encontrará cargado de su propio sentido subjetivo, por lo cual el hecho, en su relato, nunca podrá ser abordado en su totalidad por el o la operador-operadora jurídico que lo oiga, pero, aun así, en este primer momento se “debe” constituir a ese relato como verdad, para que quien lo emite pueda irrumpir en la escena jurídica.

Ahora bien, cuando el relato es manifestado ante un operador-operadora del derecho, este ingresa a la esfera de lo jurídico, y el sentido de verdad asignado por la representación de la víctima será reemplazado por el sentido de verdad que le asignará el operador -operadora del derecho. A partir de este momento *se instituye* el relato como ficción del derecho.

Entonces, cuando el relato se instituye a través del sentido que le asigna la ficción se van a producir diversas consecuencias:

- 1- el relato se convierte en ficción del discurso jurídico, con lo cual se le expropia el sentido de verdad asignado por la víctima en su relato y se le asigna el de la ficción del operador/operadora;
- 2- ello es así porque la ficción es instituida por los significantes de los/las operadores del derecho, que además reproducen los propios de las instituciones, que son constituidos por discursos del poder político y por otras instituciones que operan respecto al mismo.
- 3- además, ello se vinculará con la postura filosófica desde la cual el operador/operadora construya la categoría *derecho*, ya que desde esta acudirá a resolver el conflicto que se despliega cuando el relato se hace presente.
- 4- al relato de la niña/mujer/persona, expresado ante el operador/operadora, le es expropiado su sentido de verdad y se le asignará el sentido de verdad del operador/operadora, y
- 5- asignada el sentido de verdad que determina la ficción, se habilitará o no la incorporación de su relato al discurso jurídico, de acuerdo al sentido que se le asigne por la ideología totalizadora.

Por lo que, debemos considerar que las palabras se encuentran libres antes de ingresar en el universo narrativo y, cuando la sujeta las emplea en un relato, caen en la fiscalización de lo teórico y conceptual. Pero no solo por parte de quien emite un relato, sino también por parte de quien lo decodifica, ya que las palabras son emitidas y receptadas en un espacio y tiempo del sujeto/sujeta mediado por imágenes, lenguaje figurado, sonidos, es decir, sentidos.

Ante el relato, no es solo el conocimiento lo que es interpelado, sino también la sensibilidad, en ese espacio-imaginado, un espacio-lenguaje-figurado de sentidos alegóricos y de paráfrasis donde las metáforas no entran sino para embellecer ese mismo universo.

Por lo que, cuando se hace presente un relato, las palabras que lo componen suscitan, en los operadores-operadoras del derecho emociones, sensaciones, prejuicios, etc., no opera, por parte de ellos y ellas, un conocimiento puro, sino que ese conocimiento va a estar mediado por las emociones, ya que esa primera sensación es más emotiva que cognitiva. Lo explicativo, las proposiciones, los términos de los lógicos, como completitud, consistencia, decibilidad, independencia quedan descartados, no tienen lugar, ni función.

No hay descripciones metodológicas garantizando estabilidad en el tiempo, aunque sí existen reglas (como las categorías de raza, género y clase,) pero que no tienen resonancias de unidad, sino que son disruptivas del relato. Entonces, lo primero que nos propone el relato es una ficción, es algo incómodo, que luego dará lugar al conocimiento y a la aplicación de la norma jurídica.

Por ello, es relevante que consideremos que

el derecho es un discurso constitutivo, en tanto asigna significaciones a los hechos y a las palabras. Esta compleja operación social [...] dista de ser neutral. Está impregnada de politicidad, de valoraciones y de intereses en conflicto y adquiere discrecionalidad en relación con las formas en que se encuentre efectivamente distribuido el poder en la sociedad. Es en consecuencia un discurso ideológico, en la medida en que produce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los otros hombres. Los estatuye como sujetos libres e iguales ocultando el código de sus diferencias efectivas [...] es decir es ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social (Carcova, 2012: 136/137).

En esos términos el derecho es discurso normalizador y disciplinador de las sujetas, por lo tanto, consideramos a la ideología como un elemento inherente a la constitución de subjetividad, una condición interna del pensamiento y de la existencia humana.

Además, la verdad, al hacerse presente en un relato, se constituye como centro de disputa ideológico entre el patriarcado y el feminismo, ya que, en cuanto asignación de verdad o falsedad, va a generar el acceso a la justicia y será en ese momento en que la ficción cumpla su función paradójica, ser funcional a las formas de organización del poder.

Por lo tanto, debemos considerar que, respecto al cuerpo político de las mujeres, lo que está en juego en la lucha ideológica entre el feminismo y patriarcado son los “puntos nodales” respecto a la sexualidad y el modo en que se construye y se ejercen los roles que las prácticas sociales designan para las sujetas en la sexualidad; las identidades de género y su autopercepción, las prohibiciones, el consentimiento, la violencia sexual, etc., participan de la construcción de la realidad social y, por lo tanto, del derecho por ser un discurso social.

Como escribió Lyotard,

al hablar lo hacemos siempre en dos registros a la vez, el registro del significante (las palabras) y el del significado (el sentido), nos encontramos entre signos, nos rodean, nos paran o no arrastran, vienen o no vienen, e intentamos ordenarlos desde el interior, colocarlos para que produzcan sentido; y al mismo tiempo nos hallamos al lado del sentido para ayudarlo a refugiarse en nuestra palabra, para que no se marche [...] —ya que— el sentido se modifica por decirse, por decir algo [...] cuando se lo instituye en un nuevo orden, el del discurso (Lyotard, 1989: 125-126).

Por lo tanto, desde una postura feminista del derecho debemos considerar el modo en que la ideología, como constructora de sentidos, nos hace considerar y entender lo coyuntural como natural, sobre todo los fundamentos, estereotipos y argumentos que construyen y sostienen la subjetividad de las sujetas como históricas, y que tendrán como correlato el reconocimiento de sujetas de derecho y, por lo tanto, de ejercicio de ciudadanía.

Conclusiones

Por último y a modo de conclusión, vamos a exponer algunos ejemplos de cómo en Argentina operan los estereotipos de género como fundamentos de prácticas discursivas, que promueven restricciones en el ejercicio de derechos a través de reformas legislativas, políticas de Estado y resoluciones judiciales.

El 20 de diciembre del año 2023, el Poder Ejecutivo de la Nación Argentina presentó un Decreto de Necesidad y Urgencia,² titulado “Bases para la construcción de la Economía Argentina”, mediante el cual se propuso un número importante de reformas legislativas, entre las cuales se encontraban la Ley N° 27499,³ promulgada en el año 2018, conocida como “Ley Micaela”, las Leyes N° 27610 y N° 27611,⁴ promulgadas en el año 2021, de Despenalización y Legalización del aborto y de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia.

Esas leyes fueron promulgadas por mandato constitucional en materia de derechos a la salud y derechos humanos de las mujeres y los/las integrantes del LGTBIQ+, y en cumplimiento de las responsabilidades internacionales adquiridas por el Estado argentino a través de la CEDAW, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención de Belém Do Pará, Convención contra la tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Principios de Yogyakarta, entre otros.

El DNU es el marco jurídico, dentro del cual se va a ejecutar un modelo económico que no casualmente propone modificaciones respecto a normas que refieren al ejercicio de los derechos de las mujeres e integrantes del colectivo LGTBIQ+.

Veamos algunos ejemplos.

² <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/301122/20231221>

³ <https://www.argentina.gob.ar/generos/ley-micaela>

⁴ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239809/20210115>

Respecto de la ley Micaela, el decreto:

- Quita el carácter obligatorio de la formación sobre género.
- Deja de referirse a violencia de género, para hablar de violencia familiar y contra las mujeres.
- De ese modo privatiza la violencia y, por lo tanto, desconoce el carácter estructural de la misma.
- Además, desconoce como sujetos/sujetas de derecho a los/las integrantes del LGTBIQ+
- Desconoce, que el contenido de los programas de formación debe adecuarse a los estándares propuestos por los organismos de monitoreo de las Convenciones de género y violencia contra las mujeres.
- Promueve que se borre de la página Web del Programa la reseña biográfica de la vida de Micaela García y su compromiso social, así como también las acciones del Estado vinculadas a la causa penal por su femicidio.
- Ahora bien, respecto de Ley 1000 días, el decreto:
- Está escrito en masculino y no en lenguaje inclusivo.
- Habla solo de niño, nunca de niña.
- Desconoce a las disidencias sexuales.
- Habla de madres embarazadas.
- Hijos por nacer.
- Desconoce el respeto a la identidad de género y la autonomía de las mujeres y personas gestantes.
- Promueve la detección de madre embarazada (sea lo que ello signifique).

Por otro lado, y continuando con el análisis de la configuración discursiva de estereotipos, podemos recordar las expresiones que realizó el presidente de Nación Argentina el 17 de enero de 2024 en la 54 Reunión Anual del Foro Económico Mundial de Davos:

La primera de estas nuevas batallas fue la pelea ridícula y antinatural entre el hombre y la mujer. [...] En lo único que devino esta agenda del feminismo radical es en mayor intervención del estado para entorpecer el proceso económico, darle trabajo a burócratas que no le aportan nada a la sociedad, sea en formato de ministerios de la mujer u organismos internacionales dedicados a promover esta agenda. Otro de los conflictos que los socialistas plantean es el del hombre contra la naturaleza. Sostienen que los seres humanos dañamos el planeta y que debe ser protegido a toda costa, incluso llegando a abogar por mecanismos de control poblacional o en la agenda sangrienta del aborto [...] Los neomarxistas han sabido captar el sentido común de occidente.⁵

5 <https://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/50299-palabras-del-presidente-de-la-nacion-javier-milei-en-el-54-reunion-anual-del-foro-economico-mundial-de-davos>

Posteriormente, el 23 de febrero de 2024, mediante la Resolución N° 160/2024⁶ el Ministerio de Defensa prohíbe la utilización del “lenguaje inclusivo” y promueve una sanción a quienes lo utilicen.

El 27 de febrero de 2024 el vocero presidencial en su habitual conferencia de prensa matutina, indicó que “se prohíbe el uso del lenguaje inclusivo y todo lo referente a la perspectiva de género en toda la administración pública nacional”.⁷

El 06 de junio de 2024 el presidente de la Nación Argentina disuelve el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación y lo convierte en una Subsecretaría contra la violencia de género, argumentando que “fue creado y utilizado por la administración anterior con fines políticos-partidarios, para propagar e imponer una agenda ideológica, contratar militantes, y organizar charlas y eventos”.⁸

Por su parte, el ministro de Justicia de la Nación, el 27 de agosto de 2024, ante el Congreso de la Nación, indicó que: “su partido rechaza la diversidad de identidades sexuales que no se alinean con la biología y que estos son inventos subjetivos”.⁹

Por otro lado, el presidente de la Nación Argentina, en su discurso en Davos en el año 2025, volvió a expresarse con un discurso con un alto contenido de misoginia:

Y el gran yunque que aparece como denominador común en los países e instituciones que están fracasando es el virus mental de la ideología woke [...] es el cáncer que hay que extirpar. [...] El feminismo radical es una distorsión del concepto de igualdad y aun en su versión más benévola es redundante, ya que la igualdad ante la ley ya existe en Occidente. [...] Llegamos, incluso, al punto de normalizar que muchos países supuestamente civilizados si uno mata a la mujer se llama femicidio, y eso conlleva una pena más grave que si uno mata a un hombre solo por el sexo de la víctima. [...] No es casualidad que estos mismos sean los principales promotores de la agenda sanguinaria y asesina del aborto [...] Vaya tarea que se mandaron con estas aberraciones del aborto. Desde estos foros se promueve la agenda LGTBIQ+, queriendo imponernos que las mujeres son hombres y los hombres son mujeres sólo si así se autoperci-ben [...] Son pedófilos, por lo tanto, quiero saber quién avala esos comportamientos.

Podríamos continuar citando ejemplos sobre como los discursos basados en estereotipos de género cumplen con la función de restringir el ejercicio de derechos a las mujeres e integrantes del LGTBIQ+, para con esos ejemplos ratificar la relación que existe entre los estereotipos y la constitución de los/las sujetos/sujetas de derecho, y el consecuente ejercicio de ciudadanía.

Pero, y por último, citaremos la Sentencia de la CSJN de abril de 2025 que firmaron los jueces Ariel Lijo y Manuel García Mansilla, el mismo día en que el Senado rechazó el pliego de este último, en

⁶ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/304017/20240226>

⁷ <https://www.pagina12.com.ar/716313-el-lenguaje-inclusivo-en-el-ojo-de-la-tormenta>

⁸ <https://www.dw.com/es/milei-disuelve-el-ministerio-de-la-mujer-de-argentina/a-69296376>

⁹ <https://www.pagina12.com.ar/762982-un-cruzado-antiderechos-fue-al-congreso>

la cual se negó el agravante de “odio a la identidad de género”, que estuvo detrás del asesinato de la activista trans Diana Yacayan.

En ese recurso se analizó la violencia que sufre y a la que son sometidas y sometidos, las/los integrantes del colectivo del integrante del LGTBIQ, como parte integrante de una violencia estructural. De ese modo, mediante esa sentencia, se utilizaron estereotipos que constituyó una sujeta de derecho, que permitió un reconocimiento de manera restrictiva.

En ese sentido, António Guterres, secretario general de las Naciones Unidas, expresó en su discurso inaugural ante la Asamblea de la CSW69: “los derechos de las mujeres están bajo asedio. El veneno del patriarcado ha vuelto, y con más fuerza, con la finalidad de frenar la acción, destruir el progreso y mutar hacia formas nuevas y peligrosas”.¹⁰

Atentas al marco de análisis en el cuál venimos desarrollando nuestro texto, podemos preguntarnos: ¿por qué cuando hablamos de los derechos de las niñas, las mujeres e integrantes del LGTBIQ+, determinados sectores intentan, mediante el uso de la categoría de “género” o “ideología de género”, desplazar de esa escena discursiva a las sujetas?

Sobre ello Judith Butler reflexiona: ¿en qué tipo de fantasía obsesiva se ha convertido el género y qué ansiedades, miedos y odios recoge y moviliza? [...] ¿quién le tema al género? (Butler, 2024: 49).

La autora en su análisis toma otros ejemplos discursivos como el del ex presidente de Brasil, Jair Bolsonaro, quien alegó que:

el género pone en cuestión el carácter natural y normativo de la heterosexualidad y que, una vez que el mandato heterosexual pierda su poder, se desatará sobre la Tierra una avalancha de perversidad sexual, incluidas la zoofilia y la pedofilia (Butler, 2017: 12).

La autora considera que:

al apuntalar los poderes del Estado, incluidos los de los tribunales, el movimiento antigénero reivindica un proyecto autoritario más amplio. Señalar a las minorías sexuales y de género como peligrosos para la sociedad, etiquetarlas como la fuerza más destructiva del mundo, para privarlas de sus derechos, protecciones y libertades fundamentales implica una ideología antigénero que está inmersa en el fascismo (Butler, 2024: 16).

¹⁰ <https://www.unwomen.org/en/news-stories/speech/2025/03/remarks-of-the-un-secretary-general-at-the-opening-of-the-69th-session-of-the-commission-on-the-status-of-women>

Ello es así porque, el fascismo del siglo XXI se caracteriza por la imposición de un modelo cultural que lo legítima, el patriarcado, el cual, además, se sustenta por la construcción de un orden social mediante un sujeto hegemónico —el hombre blanco, burgués y católico— desde el cual se construye un modelo político y económico, que tiene a su disposición al aparato jurídico para darle legalidad a sus acciones.

El género, para las feministas, representa una forma de vivir un cuerpo biológico y de habitar un cuerpo político, lo cual solo es posible de hacerlo mediante la acción política colectiva. Habitar el cuerpo es entender que mi cuerpo, en las reivindicaciones de derechos, no actúa en solitario cuando interviene en la política, sino que emerge en relación a otros.

Por ello, nos instalamos a habitar nuestros cuerpos en lo público y promovemos prácticas sociales que instan reformas legales emancipadoras de derechos, y es así como logramos históricamente el reconocimiento de los mismos, ya que

no podemos ceder a otros la tarea de derrocar el orden de la estructura patriarcal. La igualdad es todo lo que se les ofrece a los colonizados en el terreno de las leyes y los derechos. Es lo que se les impone en el terreno cultural. Es el principio cuya base el colono continúa condicionando al colonizado (Lonzi, 2017: 25).

En ese sentido colonizador operan los límites al ejercicio de los derechos de las mujeres e integrantes del LGTBIQ+, sobre todo aquellos que generan restricciones en el acceso a anticonceptivos o a la interrupción voluntaria y legal del embarazo, porque lo que se pretende es limitar la libertad y de ese modo definirnos a partir de las restricciones, ya que cuando se nos niega libertad, se nos hace ausentes y, por lo tanto, dejamos de ser nombradas en los discursos jurídicos.

Por todo lo dicho, debemos concluir que la construcción de un discurso jurídico emancipador que incluya otras sujetas debe reconocer que los principios que sustentan el modelo liberal deben ser superados por otros que aporten a la constitución de nuevas subjetividades ampliatorias de derechos.

Para ello, se debe reconocer a las sujetas que históricamente, con su palabra rompen silencios mediante acciones políticas que promueven los feminismos a través de una forma de habitar los cuerpos, en sinergia con otros/otras que, en un tiempo y espacio, construyen prácticas discursivas que asignan nuevos significantes y significados a los discursos emancipatorios de derechos.

Ya que el pensamiento, la acción y la palabra, desde una perspectiva de género, se constituyen y construyen en relación con otros/otras, en un intercambio existencial que reconoce la otredad y rompe con el paradigma del liberalismo político-jurídico.

Porque

los derechos no son graciosas concesiones otorgadas por el Estado. Son el resultado de largos procesos de lucha, Luchas que acompañan toda la vida de los derechos, desde su fundación, hasta su conservación y transformación [...] son los sujetos colectivos quienes impulsan la confrontación y el conflicto transitando la delicada frontera que separa lo legal de lo ilegal [...] la fuerza y el éxito de una lucha social podrá medirse, en parte, en su capacidad de cambiar o influenciar la legislación, la jurisprudencia o la administración. Efectivamente, mediante la afirmación de las necesidades vitales insatisfechas, es como se producen modificaciones progresistas en el derecho positivo (Duquelsky Gómez, 2019: 89).

Referencias bibliográficas

- Balibar, E. (1995). *Nombre y lugares de la verdad*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Baratta, A. (2000). El paradigma del género. De la cuestión criminal al acuestión humana. En B. H., *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*. Buenos Aires. : Biblos. Colección Identidad, Mujer y Derecho.
- Beauvoir, S. de (2011). *El segundo sexo*. Buenos Aires: Debolsillo .
- Butler, J. (2017). *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Madrid: Paidós.
- Butler, J. (2024). *¿Quién le teme al género?* Buenos Aires: Paidós.
- Butler, J. (18 de 12 de 2024). Fundamentos contingentes. El feminismo y la cuestión de la posmodernidad. *La Ventana, Revista de Estudios de Género. Universidad de Guadalajara*, (13). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5202163.pdf>
- Carcova, C. M. (2012). *Las teorías postpositivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot .
- Duquelsky Gómez, D. (2019). *Entre la ley y el derecho. Una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*. Chile: Olejnik.
- Facio Montejo, A. (18 de Diciembre de 2022). *Cuando el género suena, cambios trae*. Recuperado de https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/1_Alda%20facio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf.
- Lonzi, C. (2017). *Escupamos sobre Hegel*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Liotard, J. F. (1989). *Por qué filosofar?* Barcelona: Paidós.
- MacKinnon, C. A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.
- Marí, E. (2002). *La teoría de las ficciones*. CABA: EUDEBA.
- Medina Martín, R. (2014). Resignificaciones conceptuales y epistemológicas en el 34 pensamiento político eu-céntrico desde los feminimos periféricos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (29). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4947013>

- Morgadde, G. (2012). *Aprender a ser mujer. Aprender a ser hombre*. Buenos Aires: Noveduc.
- Mouffe, C. (1998). *El retorno de lo político*. CABA: Paidós.
- Paterman, C. (1995). *El contrato sexual*. México: ANTHOROPOS.
- Ruiz, A. E. (2000). *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos.
- Smart, C. y Birgin, H. (2000). *La teoría feminista y el dicruso jurídico. El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos.
- Žižek, S. (2003). *El sublime objeto de la ideología*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Repensar las relaciones de pareja a diez años del Código Civil y Comercial

Debates abiertos y posibles futuras reformas legislativas



*Natalia de la Torre**

Introducción

La tarea de repensar las relaciones de pareja o, más precisamente, el alcance de los derechos y deberes jurídicos contemplados por nuestro ordenamiento a las relaciones sexoafectivas entre personas adultas puede ser abordada desde dos perspectivas. La primera, retrospectiva, destacando los avances consolidados a diez años de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC); la segunda, la vía elegida en esta ocasión, prospectiva, con el fin de explorar o de predecir posibles reformas futuras en este campo del derecho.

Con ese objetivo, interesa compartir en las siguientes líneas algunos de los debates que mayor desarrollo o protagonismo han tenido en doctrina y jurisprudencia en relación con la regulación de las uniones convivenciales, así como respecto a las formalidades necesarias para optar por el régimen de separación de bienes en el marco de la celebración matrimonial. Asimismo, en la medida que corresponda, se incluirán en el análisis aquellas propuestas de reformas legislativas presentadas en el Congreso de la Nación.

En el caso de la unión convivencial, dos tópicos serán objeto de nuestra indagación, a saber: a) la ausencia de un deber alimentario de origen legal poscese de la convivencia, en especial, en contextos de vulnerabilidades interseccionales y b) el plazo de caducidad para reclamar judicialmente la fijación de una compensación económica —crítica que se extiende también a la compensación como efecto del divorcio—.

* Profesora adjunta regular de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad Nacional de Avellaneda. Docente de la misma asignatura en Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Por su parte, en relación con la regulación de la vida matrimonial, en esta oportunidad, interesa profundizar respecto al alcance de las convenciones matrimoniales —qué se puede o no se puede pactar en el marco de un matrimonio— y cuál es la forma exigida por la ley para optar por alguno de los dos regímenes patrimoniales, es decir, cómo se conjugan los artículos 420 y 448 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ruptura de pareja y deber alimentario

Preliminar

Como es sabido, en la tensión entre autonomía de la voluntad, el derecho a casarse, pero también a no casarse, y el orden público, en clave de responsabilidad y solidaridad familiar, la legislación civil y comercial, proyectada y finalmente sancionada hace más de diez años, reconoce efectos jurídicos a la convivencia de pareja, pero de manera limitada.

Ejemplo claro de ello es la regulación dispar del alcance del deber asistencial material en la vida matrimonial y en la unión convivencial. En el primer caso, el deber alimentario no solo rige durante el proyecto de vida en común, sino incluso una vez producida la separación de hecho o incluso posdivorcio. En cambio, en el caso de la unión convivencial, el deber alimentario, de origen legal, solo subsiste durante los años de convivencia, no así una vez producido el cese de la unión.

Como señala Herrera, si bien la línea divisoria del alcance de los derechos consagrados a las uniones convivenciales ha sido atender o contemplar los derechos humanos de los integrantes de la unión, exceptuando las cuestiones de índole patrimonial, dado el tamiz mixto que ha caracterizado siempre el derecho alimentario, “¿(L)os alimentos como derecho humano y atravesados por el principio de solidaridad familiar, directamente vinculados con lo asistencial, no deberían ser un derecho-deber o efecto —es decir, generar consecuencias jurídicas— también tras el cese de la unión?” (Herrera, 2024: 124).

Pregunta más que necesaria en un contexto en el que las personas tienden, por distintas razones, a desarrollar su vida en pareja bajo el ropaje de la unión convivencial. Muestra de ello son los datos que arroja el portal de estadísticas del Registro de las Personas de la provincia de Buenos Aires. En el año 2024 se registraron 41.053 uniones convivenciales (45%) y se celebraron 50.864 matrimonios (55%), mientras que en los primeros ocho meses del año 2025 la proporción mayor recae en las uniones, 27.032 (51%), contra 25.930 matrimonios (49%).¹ Guarismos elocuentes que, sin embargo, no dejan de ser parciales por cuanto la registración de la unión convivencial no es un requisito *sine qua non* para tener por configurada esta forma de organización de la vida en pareja, razón por la cual a estos números habría que sumar un dato que se desconoce: la cantidad de uniones convivenciales no registradas.

¹ Datos al 31/08/2025. Recuperado de <https://portal-estadistico.rpp.gba.gob.ar>

Alimentos poscese de la unión en la jurisprudencia

El interrogante abierto en el apartado anterior ha sido objeto de análisis jurisprudencial. Interesa aquí reseñar dos precedentes que, si bien tienen aristas diferenciales, comparten un núcleo en común: se trata de mujeres atravesadas por un cuadro de enfermedad preexistente al fin de la vida convivencial que no les permite generar recursos económicos para su subsistencia y que se encuentran por este motivo en una situación de extrema vulnerabilidad.

En primer lugar, cabe traer a colación el fallo dictado por la jueza del Juzgado de Familia número 11, Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, del 13/12/2021.² La plataforma fáctica es la siguiente. Una mujer, luego de diecisiete años de convivencia, inicia una acción con el fin de que se imponga a su favor un canon en concepto de compensación económica. A la par, solicita se le conceda medida innovativa urgente en carácter de amparo económico cautelar y provisional mientras que dilucida el reclamo de fondo o hasta tanto se resuelva la liquidación de los bienes en común. Orienta el amparo cautelar a obtener que la justicia imponga a su ex conviviente que continúe abonando la totalidad de los gastos que hacen a su subsistencia cotidiana, indicando que, si bien el demandado asume dicho compromiso voluntariamente, ante el temor de que esta voluntad cambie, es que requiere del amparo jurisdiccional. Relata que a fines del año 2020 le fue diagnosticada una grave enfermedad.

En el contexto sucintamente descripto, la justicia comienza por señalar que

(L)a petición de compensación económica cautelar, en el presente, no parecería ser la solución más acertada ni justa, toda vez que frente a la situación denunciada de enfermedad grave de la ex conviviente el principio de solidaridad familiar aparece como el más adecuado para brindar solución al pedido cautelar que busca no dejar en desamparo a la Sra. P. frente a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra.

Agregando que “No es posible admitir un tratamiento disímil frente a tal situación de necesidad y enfermedad únicamente por no haber optado por un modelo de familia basado en el matrimonio”. Por estas razones, resuelve aplicar analógicamente las previsiones del artículo 434 Código Civil y Comercial (alimentos posteriores al divorcio del ex cónyuge enfermo) al caso planteado y otorgar alimentos provisorios en favor de la ex conviviente.

En fecha posterior, 2/05/2024, el Juzgado de primera instancia del Distrito número 3 de Familia de la localidad de Venado Tuerto, provincia de Santa Fe,³ también tuvo oportunidad de resolver un caso que involucraba a una ex conviviente que precisaba ser asistida materialmente por su ex pareja. En este caso, la mujer inicia directamente una demanda cautelar de alimentos provisorios en su favor contra

2 Juzgado de Familia 11 de Lomas de Zamora. 13/12/2021. “Acción de compensación económica”. Recuperado de <https://colectivoderechofamilia.com/2021-accion-de-compensacion-economica/>

3 Juzgado de 1º instancia de Distrito Nº 3 de Familia de Venado Tuerto. 02/05/2024. “L., E. V. C/ I. D. G. S/ medidas cautelares alimentos provisorios”. (CUIJ Nº 21-27725215-2).

quien fuera su pareja convivencial durante veintinueve años. En su petición refiere a las tareas que realizaba cada integrante de la unión al momento del inicio de la relación y la función de acompañamiento, colaboración y trabajo que realizó en el proyecto del demandado durante esos casi treinta años. Expone que al momento de la ruptura de la relación existe una empresa con más de tres mil animales de producción avícola, la existencia de galpones y equipamiento comercial para la comercialización y producción; que los vehículos adquiridos se encuentran en manos del Sr. D. como así también la explotación exclusiva del negocio. Indica que el motivo del inicio de estas actuaciones es que padece una serie de dificultades de salud —lo que la llevó a tramitar el certificado de discapacidad— que le impiden trabajar y que no posee medios propios para poder autosustentarse. En este contexto, reclama la fijación de una cuota alimentaria mensual equivalente a un salario mínimo vital y móvil.

En este marco, acreditada la situación de extrema vulnerabilidad de la actora, la Justicia refiere:

Si bien prima facie no se encontraría reconocido este derecho para las uniones convivenciales, rechazar el reconocimiento de este derecho humano básico fundamental en estos supuestos, sería violatorio de nuestros derechos fundamentales, lo que exige una adecuada interpretación de las normas en estudio. Adviértase que el artículo 434 del Cód. Civ. y Comercial cuya aplicación aquí se extiende al supuesto de autos comparte, en esencia, una semejanza que considero suficiente para que la aplicación esté justificada, por concurrir en uno y otros supuestos la misma razón.

Con estos fundamentos, se hace lugar a la demanda, se establece una cuota alimentaria en favor de la mujer equivalente a un salario vital y móvil, más el pago de una obra social, aunque determinando que la cuota indicada se mantendrá por el lapso de doce meses y/o se modifiquen las causas que originaron la fijación de la presente tutela.

Propuesta de reforma

Si bien en menor cuantía que en el caso de la compensación económica al que enseguida nos abocaremos, el Poder Legislativo nacional se ha hecho eco de este debate abierto en doctrina y jurisprudencia presentando una primera propuesta de reforma al artículo 519 del Código Civil y Comercial.

Proyecto 0129-S-2025 (Bloque: Unidad Ciudadana). Art. 519.- Asistencia. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia, excepto de quien padece una enfermedad grave preexistente al cese de la convivencia que le impide autosustentarse.

La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró la convivencia y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 524.

La obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.⁴

Como se puede observar, la propuesta solo prevé los alimentos poscese de la unión convivencial para el caso del conviviente que padece de una enfermedad preexistente que le impide autosustentarse, no así en el caso de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos (art. 434, inc. b, CCyC). Asimismo, cabe destacar otra restricción. Los alimentos posdivorcio del cónyuge enfermo no están limitados a la cantidad de años de duración del matrimonio ni son incompatibles con la compensación económica.

El debate se encuentra abierto. La balanza parece inclinarse a favor de regular una asistencia material una vez producido el cese de la unión convivencial, el interrogante es, nuevamente, su extensión. ¿Solo al conviviente enfermo o también en contextos de vulnerabilidad económica no asociados a una cuestión de salud?

Compensación económica

Preliminar

La doctrina (Molina de Juan y Pellegrini, 2023: 525) distingue tres tipos de presupuestos para acceder a una compensación económica (en adelante, CE) como efecto del divorcio o producto del cese de la unión convivencial, a saber: a) los presupuestos formales, b) los sustanciales —desequilibrio económico manifiesto con causa adecuada en el inicio de la relación y en su quiebre siempre que este implique un empeoramiento de la situación de quien reclama la compensación— y c) las pautas de valoración,⁵ que sirven de guía tanto para determinar si se encuentran cumplidos los presupuestos sustanciales como para establecer la cuantificación o monto de la CE.

Presupuestos formales

Tres son los presupuestos formales que legitiman el inicio de una acción por compensación económica: a) acreditar la preexistencia de una relación de pareja (matrimonial o en unión convivencial), b) que se haya dictado el divorcio, la nulidad del matrimonio o producido el cese de la unión y c) que no se haya cumplido el plazo legal para el ejercicio de la acción.

⁴ Proyecto recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/129.25/S/PL>

⁵ El estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; la atribución de la vivienda familiar.

En el caso del matrimonio, la acreditación de su existencia es sencilla, no presenta mayores conflictos; basta presentar el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado o libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. En caso de imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad, aunque la posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio (art. 423, CCyC).

En el caso de la unión convivencial la acreditación de su existencia se complejiza puesto que no se exige para su constitución un acto formal de celebración, bastando para su conformación el cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: que los/as integrantes sean mayores de edad, no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados ni colateral hasta el segundo grado, no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta, no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea y que mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años (art. 510, CCyC). Cabe aclarar que la registración, si bien está prevista, no es obligatoria, pudiendo acreditar la existencia de la unión por otros medios más allá de la inscripción en el Registro Civil.

El segundo de los requisitos formales, como se adelantará, consiste en acreditar el fin de un matrimonio por sentencia de divorcio o la producción de cualquiera de las causales de cese de la unión convivencial.

En el marco del derecho argentino el divorcio es solo judicial, sin expresión de causa y sin plazo —pese a algunos intentos recientes inconexos e infructuosos por modificarlo—,⁶ es decir, se decreta judicialmente a petición de ambos o uno de los cónyuges (art. 437, CCyC).

El cese de la unión convivencial, en cambio, se produce de facto, es decir, no precisa de intervención judicial o declaración en sede administrativa. La unión puede cesar por muerte de uno o ambos convivientes, por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros con una tercera persona, por el matrimonio entre los convivientes, por mutuo acuerdo, por voluntad unilateral de alguno/a de los/as convivientes notificada fehacientemente al otro/a o por el cese de la convivencia mantenida, aclarando que no cualquier interrupción de la convivencia implica su cese —viajes laborales, de estudio o similares no implican quiebre de proyecto de vida en común pese a la falta de cohabitación temporal— (art. 523, CCyC).

De una simple lectura, fácil se observa que algunas de las causales de cese de la unión son bastante más complejas de justificar que otras, por ello, a la hora de evaluar la prueba el/la juez/a debe tener en consideración que los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibili-

⁶ Proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados e ingresado en el Trámite Parlamentario Nro. 159 del 14/10/2024 (Expediente Diputados: 0019-PE-2024. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/0019-PE-2024.pdf>) que incluye una propuesta de modificación del art. 435 del Código Civil y Comercial que regula las causales de disolución del matrimonio, proponiendo incorporar una causal más: la “divorcio en sede administrativa, equiparado en cuanto a sus efectos con el divorcio declarado judicialmente” y una reforma del art. 437, agregando que el divorcio no solo se decreta judicialmente, sino también “en sede administrativa, exclusivamente a petición conjunta de ambos cónyuges, ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al último domicilio conyugal”.

dad de la prueba y que la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar (art. 710, CCyC), máxime considerando que la acreditación del cese es fundamental puesto que, a partir de ella, comienza a contarse el tercer requisito formal: el plazo de caducidad.

La legislación civil y comercial establece que la acción para reclamar la CE caduca a los seis meses de dictada la sentencia de divorcio (art. 442, CCyC) y a los seis meses del cese de la unión convivencial, cualquiera sea la causal (art. 525, CCyC); por ello, el último de los presupuestos formales para poder acceder a ella, si es que no existe acuerdo entre las partes, es que no se haya cumplido el plazo legal para el ejercicio de la acción.

Sobre este punto han surgido distintas discusiones hermenéuticas. Cabe señalar aquí la que mayor interés ha causado, en tanto sobre ella no solo se ha expedido la Justicia, sino que se han presentado diversos proyectos de ley para acallar dudas y resolver lo que se presenta como posible injusticia: ¿desde cuándo comienza a contarse el plazo de seis meses en el caso del divorcio y en el caso del cese de la convivencia?

En relación con el cómputo del plazo de caducidad de la CE en el marco del divorcio, la Justicia ha adoptado distintas tesis: a) en algunos casos se dispuso que el plazo de caducidad comienza a contabilizarse desde el día del dictado de la sentencia de divorcio,⁷ b) en otros, desde la notificación de la sentencia de divorcio al interesado/a en peticionar la CE⁸ y c) en otros, que el plazo se debe comenzar a computar a partir de que la sentencia ha quedado firme.⁹

En la actualidad, este debate, característico de los primeros años de vigencia del código, ha perdido virtualidad puesto que se ha consolidado tanto en doctrina como en jurisprudencia la interpretación que sostiene que el plazo, pese a que el artículo no lo especifica, debe comenzar a computarse a partir de que el divorcio haya adquirido estado de cosa juzgada.

Por su parte, el plazo de caducidad de la CE, en el marco del cese de la unión convivencial, es interpelado desde dos ángulos: el primero, objeta lo exiguo del plazo de seis meses en un escenario familiar caracterizado por la informalidad; el segundo, debate el modo de contabilizar el plazo cuando el cese de la convivencia se encuentra atravesado por el flagelo de la violencia por motivos de género (Robba y Lerussi, 2021: 343-363). Ambos aspectos serán retomados en los apartados que siguen.

Revisión crítica del plazo de caducidad

La segunda discusión, doctrinaria y jurisprudencial, sobre la que interesa ahondar refiere a otro de los presupuestos formales de procedencia de la CE: el plazo legal para el ejercicio de la acción una vez

7 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. 17/04/2018. "V. L., M. F. c. B., G. M. s/ acción compensación económica". La Ley, Cita Online: AR/JUR/23936/2018.

8 Juzgado Nacional de la Instancia en lo Civil nro. 4. 26/02/2018. "B., D. M. c. O., C. P. s/ fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 CCCN". La Ley, Cita Online: AR/JUR/37171/2018.

9 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C. 20/09/2018. "V. M. M. c/ M., G. E. s/FIJACION DE COMPENSACION ECONOMICA -ARTS. 441 Y 442 CCCN". Inédito.

producido el cese de la unión convivencial —en el caso del divorcio, como vimos, no existen contrapuntos o discusiones sobre este requisito en la actualidad—.

Cabe destacar que el plazo legal es de caducidad, no de prescripción, razón por la cual, una vez cumplido, se extingue el derecho no ejercido (art. 2566, CCyC) y el plazo no se suspende ni se interrumpe, excepto disposición legal en contrario (art. 2567, CCyC).

Si bien el plazo de caducidad es el mismo en ambos escenarios —seis meses— la primera crítica que se le hace al sistema instaurado por el Código es que, en el caso de la unión convivencial, los seis meses resultan extremadamente acotados en atención a la informalidad que rodea su constitución y las mayores dificultades en materia probatoria sobre su cese (Herrera, 2024: 351).

Por ello, la doctrina argentina reclama por una reforma legislativa del artículo 525 del Código que amplíe el plazo de caducidad para el caso de las uniones convivenciales, “considerando que este comienza a computarse desde el inicio de la separación de las partes sin que ellas hayan accedido a un asesoramiento previo, como sí sucede en el caso del divorcio” (Ríos y Caro, 2021: 117).

Cabe destacar que el Poder Legislativo nacional se ha hecho eco de estas críticas. Los/as legisladores/as de distintas fuerzas políticas, representadas en diversos bloques, han presentado proyectos de ley para modificar este requisito; destacamos a continuación solo aquellos que, al momento de escribir estas líneas, continúan con estado parlamentario:¹⁰

- Proyecto 0827-D-2025 (Bloque: Coalición Cívica): “La acción para reclamar la compensación económica caduca al año de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523”.¹¹
- Proyecto 0128-S-2025 (Bloque: Unidad Ciudadana): La acción para reclamar la compensación económica caduca si transcurre un (1) año desde la sentencia firme de divorcio [...] La acción para reclamar la compensación económica caduca si transcurre un (1) año de haberse producido cualquiera de las causas de cese de la unión convivencial enumeradas en el artículo 523.¹²
- Proyecto 0036-D-2025 (Bloque: Unión por la Patria): La acción para reclamar la compensación económica caduca al año de haberse dictado la sentencia de divorcio [...] La acción para reclamar la compensación económica caduca al año de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.¹³
- Proyecto 4007-D-2024 (Bloque: Unión por la Patria): La acción para reclamar la compensación económica caduca si transcurre un (1) año desde la sentencia firme de divorcio [...]

¹⁰ Los proyectos de ley ingresados al Congreso de la Nación que no reciben tratamiento caducan a los dos años de presentados. Los proyectos ingresados en el año parlamentario 2024 caducan el 28/02/2026, los ingresados en el año parlamentario 2025 caducan el 28/02/2027.

¹¹ Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2025/PDF2025/TP2025/0827-D-2025.pdf>

¹² Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/128.25/S/PL>

¹³ Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2025/PDF2025/TP2025/0036-D-2025.pdf>

La acción para reclamar la compensación económica caduca al año de haberse producido cualquiera de las causas de cese de la unión convivencial enumeradas en el artículo 523.¹⁴

Como se observa de este recorte, existe consenso sobre la necesidad de ampliar el plazo a un año a contar desde el cese de la unión cualquiera sea la causal.

Cabe además destacar que tres de los cuatro proyectos amplían el plazo de caducidad tanto para el caso del cese de las uniones convivenciales como para el supuesto de la CE como efecto del divorcio.

Plazo de caducidad en contextos de cese de la convivencia por violencia de género

En relación con el plazo de caducidad se ha suscitado otra discusión a partir de ciertos casos que se han planteado en la Justicia que podríamos resumir con la siguiente pregunta: ¿cómo incide el cese de la cohabitación por denuncia de violencia de género en el cómputo del plazo de caducidad?¹⁵

Para graficar esta problemática se trae a colación uno de los últimos fallos que se han publicado sobre el tema. Se trata del caso resuelto por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Sala II, Rafaela, Santa Fe en fecha 6 de marzo de 2023.¹⁶ Los antecedentes del caso son los siguientes. Una mujer inicia una acción para reclamar una CE por cese de la convivencia. En primera instancia, la jueza rechaza la demanda por caducidad de la acción. Para resolver de este modo, tuvo por acreditado que el cese de la convivencia se produce el 10 de enero de 2018, afirmando que la convivencia se encontraba interrumpida por “voluntad de la actora” (sic), quien en esa fecha había solicitado la exclusión del hogar del demandado y la prohibición de acercamiento por hechos de violencia de género, agregando que esta denuncia y pedidos de medidas protectorias ante la Justicia evidenciaban la voluntad de no continuar la vida en común por parte de la señora, anoticiado aquí al demandado mediante la notificación. De este modo, concluye que siendo que los términos de caducidad no suspenden ni interrumpen, excepto disposición legal en contrario, la acción iniciada el 30 de noviembre de 2018 se encuentra fuera del plazo legal para accionar.

14 Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/4007-D-2024.pdf>

15 Sobre este punto se han pronunciado diversos fallos, entre otros: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, Sala I. 06/07/2018. “M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica”. La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/JUR/39399/2018; Juzgado de Familia Nro. 1, Esquel, Chubut. 24/06/2019. “S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica”. La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/JUR/55958/2019; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Curuzú Cuatiá. 03/06/2020. “F., M. E. C/M. G. E. S/ Compensación económica”. La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/JUR/44271/2020; CApel, Civ., Com., Lab. y de Min., I Circunscripción, Sala III, Neuquén. 30/09/2020, “A.C/ F.S s/compensación económica”. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/camara-de-apelaciones-en-lo-civil-comercial-laboral-y-de-mineria-de-la-i-circunscripcion-sala-iii-neuquen-30-09-2020-compensacion-economica/> y SCBA. 21/03/2022. “M.L.F. c/ C.M.E. s/ Acción de compensación económica”. SAIJ, Cita 6: Id SAIJ: FA22010016.

16 Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Sala II, Rafaela, Santa Fe. 06/03/2023. “A., M. G. c/ A., C. A. s/ COMPENSACION ECONOMICA”. Recuperado de <https://www.diariojudicial.com/news-94639-una-compensacion-importante>

Contra este decisorio la mujer interpone recurso de apelación y la Cámara, con criterio que se comparte, revoca el decisorio. En primer lugar, de forma elocuente señala:

Nunca el ejercicio de los mecanismos tendientes a hacer efectivo el derecho a vivir una vida libre de violencia puede acarrear como efecto perverso o no deseado la pérdida del derecho de acceso a la Justicia con el objeto de obtener la compensación que reestablezca el equilibrio patrimonial perdido por el cese de la convivencia, como ha convalidado la Jueza de grado con su sentencia.

Agregando:

La víctima, al formular la denuncia, nada expresa respecto a su voluntad de proseguir o no la convivencia. Es una medida urgente a través de la cual la víctima ante una situación de violencia y/o agresiones por parte de integrantes del núcleo familiar requiere la intervención judicial a los fines de obtener una protección ante un peligro actual o inminente.

De este modo, concluye que la exclusión del hogar ordenada en enero de 2018 no es susceptible de producir los efectos del cese de la unión convivencial como expresión de voluntad unilateral de la actora de poner fin a ese proyecto de vida en común. Lo que abre otro interrogante: ¿cuándo se produce el cese de la convivencia? Sobre este punto el Tribunal, por aplicación de las cargas dinámicas de la prueba, sostiene que el demandado no logró probar el cese de la convivencia en una fecha anterior a la invocada y probada en forma indiciaria por la actora, por lo que debe tenerse por operado el cese de la convivencia el día 31 de mayo de 2018.

Una vez admitida la legitimación activa de la señora para reclamar la CE, la Cámara se expide también sobre el fondo y, evaluando los presupuestos sustanciales a partir de las pautas fijadas en el artículo 525, afirma que en el caso se presenta “una interseccionalidad caracterizada por la condición de mujer de la actora, sumada a que no solo lleva un largo período fuera del mercado del trabajo, sino que nunca ingresó formalmente debido al inicio de la convivencia a temprana edad”, lo que imponen “la compensación económica como un imperativo de justicia a los fines de conferir a la Sra. A. las herramientas indispensables para iniciar un nuevo proyecto de vida”, condenando al demandado al pago de la suma de trescientos mil pesos, con más intereses que se liquidarán desde la fecha de la mora y hasta su efectivo pago aplicando la doble tasa activa que establece el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos.

En línea con este precedente y otros que lo anteceden, los representantes del Poder Legislativo nacional también se han mostrado receptivos de las críticas y los avances jurisprudenciales sobre el modo de computar el plazo en estos contextos especiales, aunque, cabe advertir, en menor cuantía que lo

acontecido respecto al plazo de caducidad *per se*. De los proyectos de ley ya citados solo dos, además de ampliar el plazo de caducidad de seis meses a un año, han dispuesto un modo específico de contar el plazo de caducidad en estos escenarios:¹⁷

- Proyecto 4007-D-2024 (Bloque: Unión por la Patria):

Si el proceso de divorcio se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez de conformidad con la ley 26.485, la ley 24.417 y las normas provinciales aplicables, o al año de la denuncia de violencia de género en los casos en los que no se hayan dictado medidas preventivas urgentes.

En caso de duda se debe aplicar siempre el plazo más favorable a la persona víctima de violencia.

Si el cese de la unión convivencial se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez de conformidad con la ley 26.485, la ley 24.417 y las normas provinciales aplicables, o al año de la denuncia de violencia de género en los casos en los que no se hayan dictado medidas preventivas urgentes.

En caso de duda se debe aplicar siempre el plazo más favorable a la persona víctima de violencia.

Si el cese de la unión convivencial se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez. En los casos en los que no se hayan dictado medidas preventivas urgentes, la acción caduca al año de la denuncia de violencia de género.

Se debe aplicar siempre el plazo más favorable a la persona víctima de violencia.

- Proyecto 0128-S-2025 (Bloque: Unidad Ciudadana):

Si el cese de la unión convivencial se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez. En los casos en los que no se hayan dictado medidas preventivas urgentes, la acción caduca al año de la denuncia de violencia de género. Se debe aplicar siempre el plazo más favorable a la persona víctima de violencia

De este modo, se abarcan diferentes escenarios que se pueden presentar del siguiente modo:

- Si el cese no se produce en un contexto atravesado por violencia de género: el plazo es de un año y se computa a partir de producida cualquiera de las causales de cese previstas en la legislación.
- Si el cese se produce en un contexto de violencia de género: el plazo también es de un año, pero se computa de modo diverso: a) si hubo denuncia y el juzgado adoptó medidas protectorias, el plazo de un año comienza a correr cuando vencen las medidas; b) si hubo denuncia, pero no se tomaron medidas, el plazo de un año comienza a correr desde la fecha de denuncia y c) en caso

¹⁷ El proyecto retoma esta idea de proyectos de ley anteriores que habían perdido estado parlamentario. El proyecto 1493-D-2019, recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1493-D-2019&tipo=LEY>, y el proyecto 1739-D-2021, recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/1739-D-2021.pdf>

de dudas respecto a qué plazo aplicar la llave que cierra el sistema es que siempre debe aplicarse el plazo más favorable a la persona víctima.

Cabe destacar que el primero de los proyectos citados contempla la especial situación de la violencia por motivos de género no solo en contextos de cese de la unión convivencial, sino también en el marco de un proceso de divorcio.

La incorporación de la compensación económica, asentada en el principio de solidaridad familiar, como herramienta parcialmente reparadora del desequilibrio que puede generar la decisión de vivir en pareja y su ruptura, “configura una estrategia legal con pretensión de efectivizar la igualdad real por sobre la formal”; no obstante, “el reconocimiento de derechos no es suficiente, pues requiere además que se garantice su efectividad” (Pellegrini, 2020: 6), más aún cuando el quiebre de la pareja se desarrolla en un contexto de violencia de género; repensar el sistema, proponer reformas legislativas que apunten a generar igualdad sustantiva para grupos estructuralmente desiguales, como el de las mujeres, es el norte hacia al cual caminar.

Régimen patrimonial del matrimonio: el derecho a optar

Un ejemplo claro de la democratización y revalorización del ejercicio de la autonomía que propugna el CCyC lo encontramos en la regulación de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio.

El principio de autonomía no solo cobra fuerza al interior de las relaciones personales de los cónyuges, sino que también luce presente en la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio. Como es sabido, el CCyC ha incorporado como novedad la posibilidad de que los cónyuges puedan optar entre dos regímenes patrimoniales del matrimonio: el de comunidad o el de separación de bienes.

Este derecho a optar entre dos regímenes patrimoniales diferentes puede ser ejercido en diferentes momentos: a) antes de la celebración del matrimonio como convención matrimonial —art. 446, inc. d) del CCyC—; y b) durante la vigencia del matrimonio por convención de los cónyuges en la que acuerden modificar el régimen, siempre que hayan cumplido un año de permanencia en el régimen anterior —art. 449 del CCyC— y sean ambos mayores de edad.

En relación con la forma de las convenciones matrimoniales, más particularmente a aquella que tiene por objeto la elección de régimen patrimonial al momento de celebrar matrimonio, ha surgido un debate doctrinario que ha tenido implicancias en la diversidad de criterios adoptados por los registros civiles de cada una de las jurisdicciones del país. La discusión se centra en dilucidar cuál es la norma por aplicar en el caso de la opción de régimen patrimonial al momento de celebrar matrimonio: ¿el artículo 448 que establece la obligación de que las convenciones matrimoniales sean por escritura pública o el artículo 420 que distingue dos vías para incluir en el acta matrimonial la opción de régimen patrimonial —inc. i) por declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matri-

monial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó, inc. j) por declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes—?

Algunos autores¹⁸ sostienen la primacía del artículo 448 concentrando su atención en el principio de especialidad. En este sentido, afirman que “El artículo 420 solo trae una enunciación con respecto a los requisitos formales del acta de matrimonio, mientras que los artículos 447 y 448 regulan expresamente el contenido de las convenciones matrimoniales y la forma impuesta”. Agregando que

La escritura pública no solo se exige por la presencia de un oficial público que recepta dicha declaración de voluntad, supuesto que estaría cumplido con el oficial del registro civil; sino que la exigencia responde a la necesidad de garantizar que dicha elección, por su trascendencia en la vida futura del matrimonio, sea realizada en un acto reflexivo, luego de ser debidamente asesorados por el escribano interviniente sobre su alcance y consecuencias. Estos requisitos mal podrían darse en el acto matrimonial sin un profesional idóneo, donde la consulta respecto a este tema podría resultar intempestiva y la respuesta, basada o inducida por un error de uno o ambos cónyuges o, aún peor, por dolo de uno de ellos (Cerniello y Goicoechea, 2017).

Por el contrario, con criterio que compartimos, otras/os autoras/es privilegian la aplicación del artículo 420 del CCyC por los siguientes fundamentos: a) la existencia de dos incisos en el propio artículo distinguiendo el caso de las convenciones matrimoniales celebradas ante escribano (inc. i) de la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes efectuando una declaración ante el oficial público del registro civil; b) la necesidad de garantizar el acceso al derecho de optar por el régimen de separación de bienes sin discriminación por motivos económicos —gratuidad vs. costo de la escritura—; c) los Fundamentos del Anteproyecto como herramienta de interpretación, pues

Si bien los Fundamentos del Anteproyecto no forman parte del Código Civil y Comercial, constituyen una pieza esencial para su interpretación y en definitiva, desentrañar la voluntad que se ha tenido en miras al redactarlo siendo éste el antecedente directo del texto efectivamente sancionado. En este sentido, allí se dice de manera expresa y precisa: “El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes. Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas y admite el cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio” (Chechile y Herrera, 2016).

18 Ver, entre otros, Cerniello y Goicoechea (2017) y Galli Fiant (2024).

Y d) rebatiendo el principal argumento de la posición contraria, es decir, el principio de la prevalencia de la especialidad, se ha expuesto que

Si bien es cierto que los arts. 446, 448, 449 y 463, que serían el bloque normativo referido al tema en análisis, corresponden al Título II del Libro Segundo dedicado al régimen de bienes en el matrimonio, no es menos cierto que la “especialidad” de una normativa no se la da la ubicación que tiene sino el contenido. Tan así es, que cuando se pretende definir al derecho de familia, se dice que las relaciones de familia están “básicamente” contenidas en el Código Civil y Comercial pero no todas, siendo que hay normativas que también se refieren a ellas, aunque se encuentren en otras leyes como, por ejemplo, la ley 24.417 de violencia familiar por citar una (Chechile y Herrera, 2016).

Como sostiene Carrillo Herrera, la postura restrictiva que aquí se crítica,

(P)retende considerar a la separación de bienes como un instituto elitista al que solo puede acceder el ciudadano con potencial económico para afrontar una escritura previa el matrimonio, dicho de un modo más crudo, quienes sean carentes de recursos no podrían de modo alguno seleccionar para su matrimonio el régimen de separación de bienes. ¿Sería lógico imponer distinción entre clases sociales para la utilización de determinado derecho? Claramente no (Carrillo Herrera, 2025).

Nuevamente las estadísticas del Registro de las Personas de la provincia de Buenos Aires, jurisdicción donde aún se exige la escritura pública para optar por el régimen de separación de bienes al momento de contraer nupcias, reflejan el bajo impacto del sistema de separación de bienes. Durante el año 2024 solo 624 de los 50.864 matrimonios celebrados optaron por este sistema, es decir, sólo el 1%.

Si bien las razones que pueden explicar este fenómeno social son multicausales, la incidencia de la falta de gratuidad es una de ellas, máxime en contextos sociales, políticos y económicos en los cuales la población bajo la línea de pobreza asciende.

Palabras finales

Tomando prestadas las palabras de la filósofa francesa Horvilleur,

(E)l fundamentalismo es un rechazo a la ampliación, que asegura que el texto ya lo ha dicho todo y que solo son válidas las lecturas pasadas. Por lo tanto, bastaría con repetir lo ya anunciado. [...] El que, por cansancio o por pereza, o incluso por idolatría al maestro, repite lo que otros han dicho sin tratar de ver con más claridad por sí mismo, atenta contra esta fuerza (la de renovar, crecer y multiplicar) (2024: 149).

Por ello, resulta fundamental que la enseñanza del derecho se concentre más en “explicar más los principios” y en trabajar “más las situaciones fácticas para que los casos de los que habla el artículo 1 del Código Civil y Comercial puedan ser analizados desde una perspectiva sistémica” (Lanni, 2016) y, a la par, sean usinas de pensamiento en las que se revise la justicia de lo ya estatuido y atiendan a las injusticias que requieren de reformas legislativas reparadoras.

Referencias bibliográficas

- Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Sala II, Rafaela, Santa Fe. 06/03/2023. “A., M. G. c/ A., C. A. s/ COMPENSACION ECONOMICA”. Recuperado de <https://www.diariojudicial.com/news-94639-una-compensacion-importante>
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Curuzú Cuatiá. 03/06/2020. “E., M. E. C/M. G. E. S/Compensación económica”. La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/JUR/44271/2020.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, Sala I. 06/07/2018. “M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica”. La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/JUR/39399/2018
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C. 20/09/2018. “V. M. M. c/ M., G. E. s/FIJACION DE COMPENSACION ECONOMICA -ARTS. 441 Y 442 CCCN. Inédito.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. 17/04/2018. “V. L., M. F. c. B., G. M. s/ acción compensación económica”. La Ley, Cita Online: AR/JUR/23936/2018.
- CApel, Civ., Com., Lab. y de Min., I Circunscripción, Sala III, Neuquén. 30/09/2020. “A.C/ F.S s/compensación económica”. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/camara-de-apelaciones-en-lo-civil-comercial-laboral-y-de-mineria-de-la-i-circunscripcion-sala-iii-neuquen-30-09-2020-compensacion-economica/>
- Carrillo Herrera, Gonzalo (2020). Registro Civil y Cuestiones Patrimoniales. A propósito de la elección del régimen patrimonial del matrimonio. En H. Alegria y J. Mosset Iturraspe (dirs.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Cuestiones patrimoniales del Derecho de las Familias – I* (pp. 111-139). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Carrillo Herrera, Gonzalo (2025). Elección del régimen patrimonial del matrimonio en el Registro Civil. *Rubinzal Culzoni online*, RC 92/2025.
- Cerniello, R. I. y Goicoechea, N. D. (2017). Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista del Notariado* 922, 14. Cita Online: AR/DOC/1328/2017
- Chechile, A. M. y Herrera, M. (2016). La formalidad de la elección del régimen de bienes en el matrimonio. Nuevos debates en el Código Civil y Comercial. *LA LEY 2016-E*, 891, Cita Online: AR/DOC/2795/2016.
- de la Torre, N. (2018). Autonomía de la voluntad y compensación económica: convenio regulador y pactos de convivencia. En A. Rodríguez Giutján (coord.), *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (pp. 73-98). Madrid: UAM.

- Galli Fiant, M. M. (2024). Elección del Régimen Patrimonial Matrimonial: El código y las prácticas - Cambio de criterio en el Registro Civil santafesino. *Rubinzal Online*, RC D 717/2024.
- Herrera, M. (2024). Comentario al artículo 509. En A. Kemelmajer y M. Herrera (dirs.), M. Molina De Juan y N. De La Torre (coords), *Tratado de Persona Humana y Derecho de las Familias. Derecho de las Familias*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Horvilleur, De. (2024). *Madres, hijos y rabinos*. Barcelona: Libros del Asteroide.
- Juzgado de 1° instancia de Distrito N° 3 de Familia de Venado Tuerto. 02/05/2024. “L., E. V. C/ I. D. G. S/ medidas cautelares alimentos provisorios”. (CUIJ N° 21-27725215-2).
- Juzgado de Familia Nro. 1, Esquel, Chubut. 24/06/2019. “S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica”. La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/JUR/55958/2019.
- Juzgado de Familia 11 de Lomas de Zamora. 13/12/2021. “Acción de compensación económica”. Recuperado de <https://colectivoderechofamilia.com/2021-accion-de-compensacion-economica/>
- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil nro. 4. 26/02/2018. “B., D. M. c. O., C. P. s/ fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 CCCN”. La Ley, Cita Online: AR/JUR/37171/2018.
- Lanni, S. (2016). Entrevista con Aída Kemelmajer de Carlucci sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Entre la tradición y la innovación del derecho civil codificado. *Rev. Derecho Privado*, (30). Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662016000100012
- Molina De Juan, M. y Pellegrini, M. V. (2023). Debates actuales respecto de la compensación económica. En A. Kemelmaje de Carlucci y M. Herrera (dirs.) y N. de la Torre (coord.), *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial* Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Pellegrini, M. V. (2020). Compensación económica: caducidad, violencia y perspectiva de género. *La Ley* 13/10/2020, 6, Cita: TR LALEY AR/DOC/3301/2020.
- Rios, J. P. y Caro, A. (2021). El plazo de caducidad de la compensación económica en la unión convivencial. *RDF 2021-III*, 107, Cita: TR LALEY AR/DOC/1054/2021.
- Robba, M. y Lerussi, R. (2021). Una dogmática feminista de la Compensación Económica. En M. Herrera, N. de la Torre y S. E. Fernández (dirs.), *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho Civil, Derecho de las familias, Niñez, Salud* (pp. 343 – 363). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- SCBA. 21/03/2022. “M.L.F. c/ C.M.E. s/ Acción de compensación económica”. SAIJ, Cita 6: Id SAIJ: FA22010016.

Fuentes documentales

Datos abiertos. Registro de las Personas. Disponible en <https://portal-estadistico.rpp.gba.gob.ar>

Proyecto 1493-D-2019. Recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1493-D-2019&tipo=LEY>

Proyecto 1739-D-2021. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/1739-D-2021.pdf>

Proyecto 0827-D-2025. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2025/PDF2025/TP2025/0827-D-2025.pdf>

Proyecto 128/25. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/128.25/S/PL>

Proyecto 0036-D-2025. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2025/PDF2025/TP2025/0036-D-2025.pdf>

Proyecto 4007-D-2024. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/4007-D-2024.pdf>

Proyecto de Ley enviado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados e ingresado en el Trámite Parlamentario Nro. 159 del 14/10/2024 (Expediente Diputados: 0019-PE-2024. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/0019-PE-2024.pdf>)

Proyecto 129/25. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/129.25/S/PL>

Vulnerables y autonomía de la voluntad en los contratos internacionales



*Christian Pablo González Johansen**

Vulnerable es quien puede ser herido o recibir lesión, física o moral.¹ Desde una perspectiva jurídica, el adjetivo es aplicable a quien puede sufrir una afectación en el goce de sus derechos subjetivos. ¿Cuál es la función del derecho en relación con los sujetos vulnerables?

En su función paradójica, el derecho tanto puede perpetuar las situaciones de vulnerabilidad como dar lugar a su superación. En palabras de Carlos María Cárcova: “el papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social” (Caputo, 2023: 16).

La consagración de la libertad de contratación como un valor supremo está íntimamente asociada al pleno goce del derecho de propiedad, que “tiene una matriz protectoria muy fuerte en nuestro sistema jurídico” (Caramelo, 2015: 106). Pero ¿qué sucede cuando esa libertad enfrenta los intereses de quienes son vulnerables y los de quienes objetivamente están en una situación privilegiada, con aptitud para vulnerar los derechos de otros?

Para Dworkin, el derecho es un dispositivo cuya finalidad es garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno (Noguera, 2015). La libertad de contratación

* Docente UNPAZ.

¹ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española <https://dle.rae.es/vulnerabilidad?m=form>

aparece entonces como un bien jurídico a tutelar frente a la omnisciente intervención estatal en las relaciones entre particulares. Pero en ocasiones, el pleno ejercicio de esa libertad puede exponer a una de las partes, la vulnerable, a los abusos de la otra.

Las situaciones de vulnerabilidad se agravan cuando las situaciones se internacionalizan. Por ejemplo, que una parte se vea obligada a litigar ante tribunales que no corresponden a los de su domicilio se torna más gravoso cuando ello ocurre en otro país, en otro idioma, bajo otras normas.

En consecuencia, ¿son compatibles la libertad de contratación y la protección de los vulnerables en el derecho internacional privado?

Derecho internacional privado y justicia sustancial

“El Derecho internacional privado es la disciplina que procede al estudio de las situaciones jurídicas de derecho privado, cuando éstas, en virtud de sus sujetos, objeto y forma, toman elementos extranjeros” (Pardo, 1975: 9). Situaciones de derecho privado, como contratos; con elementos extranjeros, por ejemplo, que las partes tengan domicilios en diversos Estados o que las prestaciones se cumplan en distintos países.

La función del derecho internacional privado (DIPr) “consiste en aportar, o en contribuir a aportar, una reglamentación adecuada a las cuestiones suscitadas por las situaciones multinacionales” (Boggiano, 2015). Ello “requiere contemplar tres cuestiones básicas [...], la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y la cooperación jurisdiccional internacional. Hay que tener en cuenta los distintos tipos de normas que utiliza el DIPr y considerar las distintas fuentes donde se encuentran esas normas” (Noodt Taquela, 2015: 1).

La determinación de la jurisdicción internacional supone la búsqueda de los tribunales de un Estado que resuelvan el caso multinacional, a falta de un tribunal supranacional; la determinación del derecho aplicable, la aplicación de un tratado o en su defecto, del derecho de un Estado para regularlo; la cooperación jurídica es la que se prestan organismos de diversos Estados para hacer posible la solución del caso.

La visión clásica del DIPr lo limitaba a una función meramente instrumental: la determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable, desentendiéndose de la solución sustancial del caso, con la única excepción de la afectación del orden público internacional del foro o de normas de policía. Boggiano afirma que en la actualidad la disciplina procura la justicia material en el caso concreto: “Lo decisivo es realizar una justa solución uniforme. Es necesario que reine la justicia en la solución sustancial del caso” (Boggiano, 2015).

La determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable está a cargo del legislador, ya sea convencional (en tratados) o de un Estado (fuente autónoma). Las normas de jurisdicción asignan competencia en la esfera internacional a los tribunales de uno u otro Estado mediante foros o criterios

atributivos. Las de derecho aplicable pueden responder a tres métodos normativos: sustancialista o material, conflictualista o indirecto, exclusivista o de autolimitación (Argerich, 2016).

Libertad de elegir la jurisdicción y el derecho

En algunos casos, las normas pueden dejar la determinación de la jurisdicción y la regulación de las relaciones jurídicas en manos de los particulares, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Así, los particulares pueden elegir los tribunales judiciales de un Estado para resolver su controversia o hasta determinar un método alternativo de solución, como un arbitraje o una mediación internacionales.

También pueden regular materialmente sus relaciones, en ejercicio de la autonomía de la voluntad material; y elegir el derecho de un Estado para regularlas, mediante la autonomía de la voluntad conflictual.

Es en materia contractual donde la autonomía de la voluntad adquiere un rol central. De hecho, la libertad de contratación aparece como el fundamento mismo de la institución: “La fuerza obligatoria del contrato llega como consecuencia de la libertad, y a esa libertad le sigue, digamos que como su antítesis, la sujeción, la fuerza obligatoria del contrato” (González, 2004). En términos de Vélez Sarsfield, “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (art. 1197, Código Civil).

En su redacción actual (reformado por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023), el Código Civil y Comercial precisa: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva” (art. 958, CCCN).

La libertad de contratación solo aparecería limitada por normas expresamente imperativas, interpretadas restrictivamente. Es una norma imperativa la contenida en el artículo 2654 del CCCN, relativa a las relaciones de consumo: “En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”. Sobre la misma materia, en cambio, no existe una prohibición expresa a la elección del derecho aplicable. Si bien el artículo 2651 del CCCN, que consagra la autonomía de la voluntad material y conflictual en materia contractual, expresamente concluye: “Este artículo no se aplica a los contratos de consumo”, la regulación específica del derecho aplicable a los contratos de consumo (art. 2655, CCCN) nada dice al respecto.

También es una norma imperativa la que en el Código de Navegación limita la facultad de elegir la jurisdicción internacional en contratos de fletamento y utilización de buques: “en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda otra cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos” (art. 614, Código de Navegación).

La razón por la que en estos contratos el legislador previó normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad obedece a la presunción de la disparidad de las partes: en relación con el proveedor o prestador, el consumidor se encuentra en situación de vulnerabilidad; del mismo modo que el cargador en relación con el transportista. Esto se agrava en los contratos de adhesión o de cláusulas predispuestas, en las que una de las partes impone las condiciones y la otra parte solo puede aceptar o rechazar celebrar el contrato. Es claro que una de las partes no tiene la libertad de determinar el contenido, en los términos del artículo 958 del CCCN.

Los contratos con consumidores y los de transporte por buque no son los únicos en los que se presenta esta disparidad entre las partes. Ocurre lo mismo en los contratos de trabajo, donde el empleador establece las condiciones y el trabajador no tiene otra posibilidad que aceptar o rechazar, en ocasiones apremiado por necesidades básicas propias y de su grupo familiar. Sin embargo, la fuente interna, es decir la Ley de Contrato de Trabajo, no tiene normas imperativas que prohíban la elección de la jurisdicción internacional o del derecho aplicable.

Lo mismo ocurre con otros contratos típicamente celebrados mediante cláusulas predispuestas, como el contrato de seguro, el contrato de transporte terrestre o aéreo. Incluso y como se ha dicho, en relación con el derecho aplicable a los contratos de consumo tampoco hay una prohibición expresa al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Fuentes convencionales

En el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual permite pactar jurisdicción judicial o arbitral, “siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva” (art. 4). Pero el propio Protocolo excluye de su ámbito de aplicación material contratos en los que suele presentarse disparidad entre las partes, como los contratos de seguridad social, administrativos, laborales, de venta al consumidor, de transporte y de seguros (art. 2).

Fuera de esas modalidades contractuales, se excluiría todo acuerdo de elección de foro que una de las partes le haya impuesto a la otra, que no pudo prestar válidamente su consentimiento.

Los tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 fueron sumamente restrictivos a la autonomía de la voluntad. Los de Derecho Comercial y de Derecho Civil de 1889, ni siquiera prevén la posibilidad de que las partes elijan la jurisdicción internacional y el derecho aplicable. Se trató de una omisión deliberada, tal como surge del acta de la sesión del 28 de enero de 1889, donde consta el dictamen de mayoría de la Comisión de Derecho Civil: “El Señor Doctor Quintana dijo: que la Comisión abrigó por algún tiempo la idea indicada por el Señor Presidente, pues creía que, en efecto, podía empezarse el título con la declaración de que las partes estaban en libertad de adoptar la ley que hubiera de regir la forma, existencia, etc., del contrato. Pero ella volvió sobre esa idea teniendo presente que tal libertad no puede ser absoluta, porque no puede ejercitarse contra las prescripciones de orden público

relativas a los contratos y en este caso era indispensable que ese orden público se determinase por una ley. Ahora bien, teniendo que escogerse esa ley, ella no podía ser otra que la del cumplimiento de las obligaciones. Debo agregar, dijo, que el Señor Doctor Ramírez tuvo la deferencia de aceptar las ideas de la Comisión”.

Cecilia Fresnedo destaca que el propio Gonzalo Ramírez, jurista uruguayo impulsor del congreso en Montevideo y redactor del proyecto debatido, aceptó como un error de su parte proponer la autonomía de la voluntad (Fresnedo, 2004: 329).

El Tratado de Derecho de la Navegación de 1940 prohíbe prorrogar jurisdicción en contratos de fletamento y de transporte por buque (art. 27). El de Derecho Civil del mismo año, solo permite la prórroga de jurisdicción “si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta” (art. 56).

Sobre la posibilidad de pactar jurisdicción en otras materias y de elegir el derecho aplicable, el artículo 5 del Protocolo Adicional expresa: “La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”. Como hemos sostenido, “la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en la Argentina y de la Ley sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en Paraguay, ambas de 2015; y la flamante Ley General de Derecho Internacional Privado en Uruguay, en marzo de 2021, actualizaron al TMD Civ, que ahora recepta plenamente la autonomía de la voluntad conflictual en materia contractual” (González Johansen, 2022b: 80). Claro está, “en la medida que lo autorice dicha ley”.

Libertad y verdadero consentimiento

De lo dicho hasta aquí, puede advertirse que en buena parte de los contratos en los que se presume que una de las partes se encuentra en una situación de vulnerabilidad respecto de la otra, tanto las fuentes convencionales como la interna guardan silencio sobre la posibilidad de elegir la jurisdicción internacional y el derecho aplicable, lo que generalmente ha sido interpretado como una prohibición. Ello, en la suposición de que la jurisdicción y el derecho indicados por las normas, generalmente el local, redundará en una mayor protección de los intereses del vulnerable, lo que no siempre se corresponde con la realidad.

Sin embargo, en no pocas ocasiones el interés de la parte vulnerable puede resultar favorecido en una jurisdicción distinta a la local y por la aplicación de un derecho extranjero. Por cierto que la administración de justicia argentina no necesariamente será la más eficiente y expeditiva, ni que las normas locales presenten los más altos estándares de protección a los consumidores, razón por la cual puede que un consumidor domiciliado en Argentina prefiera que su controversia con un proveedor extranjero la resuelva un tribunal extranjero, aplicando un derecho extranjero. Simplemente porque son las condiciones que más le favorecen, aunque su elección haya sido impuesta por el proveedor.

Ejemplo de ello lo vemos en la Unión Europea. El Reglamento N° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil enumera entre sus propósitos la protección de la parte más débil “mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales” (cons. 18) y una autonomía de la voluntad limitada en favor del trabajador (cons. 19). Por su parte, el Reglamento N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) pretende garantizar la aplicación de las normas imperativas del país de la residencia del trabajador (cons. 34) y el ejercicio de la autonomía de la voluntad solo en beneficio del trabajador (cons. 35).

En nuestra fuente interna, el criterio favorable a la parte débil de la relación lo receptaba el artículo 17 de la Ley N° 27555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, mediante una norma de conflicto o indirecta (Argerich, 2016: 52), con una orientación material: “Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja”.

Lamentablemente, tal orientación material fue eliminada por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, sobre cuya dudosa constitucionalidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación aún no se ha expedido. Subsiste en relación con los contratos de trabajo en el artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo (20744) y en relación con los contratos de consumo (art. 1094, CCCN).

La aplicación de la norma más favorable a la parte débil de la relación, entre la norma autónoma creada por las partes y la norma general creada por el legislador, parece como una sabia orientación para juzgar la validez o invalidez de la elección de la jurisdicción y del derecho aplicable en un contrato con una parte vulnerable: según conduzca a la solución sustancial más favorable a la parte débil de la relación.

Tal principio puede extenderse incluso a los contratos en los que no se presume tal disparidad entre las partes, pero que en el caso concreto puede acreditarse que no ha habido verdadera negociación del pacto de jurisdicción o de la elección del derecho aplicable, o en el que se han impuesto regulaciones materiales que afectan irrazonablemente el equilibrio de las prestaciones en perjuicio de una parte vulnerable. Lo que en términos del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual implicaría un acuerdo obtenido de manera abusiva (art. 4).

Ello exige de los tribunales una función que no es la mera aplicación mecánica de las normas, típica del “juez burócrata e indolente” (Caramelo, 2015: 101); sino asumir “un rol activo en las tareas a su cargo y, centralmente, en la protección de las garantías de los justiciables”. Esto es, el cumplimiento de un “activismo”, de un despliegue de creatividad y actividad para “la satisfacción de las normas constitucionales y convencionales” y los derechos que consagran a los más vulnerables. Un juez “convencional” (Caramelo, 2015: 111).

Referencias bibliográficas

- Albornoz, M. (2009). El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, 42(125).
- Argerich, C (2016). El método del derecho internacional privado: visión en el siglo XXI. En A. Amaral Junior y L. Vieira, *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad* (pp. 57-81). Bogotá: Ibáñez.
- Boggiano, A. (2015). *Derecho internacional privado y derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Caputo, J. (2023). Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho. *Revista de Abogacía*, (12).
- Caramelo Díaz, G. (2015). Activismo judicial y derechos sociales. *Pensar en Derecho*, (6).
- Fresnedo, C. (2004). *Curso de derecho internacional privado* Fundación de cultura universitaria.
- González, J. y Tinti, G. (2004). *Teoría general de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Abaco.
- González Pereira, O. (2018). El contrato de trabajo internacional: el impacto del Código Civil y Comercial. *Revista Jurídica Argentina La Ley*.
- González Johansen, C. (2022). La autonomía de la voluntad en el art. v del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo. La fórmula de la eterna juventud del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 en materia contractual. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, (16), 66-81. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com>
- Noguera, G. (2015). Una aproximación al concepto de derecho, SAIJ. Recuperado en <https://www.saij.gob.ar/german-luis-noguera-una-aproximacion-al-concepto-derecho-dacf150110-2015-02-11/123456789-0abc-defg0110-51fcanirtcod>
- Noodt Taquela, M. (2003). Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños. En D. Fenández Arroyo (coord), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavallía.
- Noodt Taquela, M. (2015). *Herramientas básicas del derecho internacional privado*.
- Noodt Taquela, M. (2017). Contratos comerciales internacionales: cuestiones que plantean. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 461-494.
- Pardo, A. (1975). *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Ed. Abaco.

La dimensión de la ley en la constitución subjetiva



Ricardo E.J. Ferrari*

A modo de prolegómeno, podríamos afirmar que existe una ley en el estado de naturaleza (*physis*) y una ley en el estado de cultura (*nómos*). Toda ley supone un orden, una regularidad. A este orden los antiguos griegos lo denominaron *kósmos*. Hay un *kósmos* de la *physis* y un *kósmos* del *nómos*. Tanto la naturaleza como la cultura están regidas por un orden, una recurrencia. En la naturaleza este *kósmos* se caracteriza por ser universal. Por ejemplo, podemos afirmar: “Toda vez que llueve, la tierra se moja” o “Para que se forme un nuevo viviente humano, es necesario la unión del óvulo con el espermatozoide”. Esto es válido tanto en Buenos Aires como en Beijing. Mientras que en el estado de cultura ese *kósmos* se caracteriza por la relatividad, es decir, lo que es axiológicamente válido en una comunidad humana no lo es en otra. Por ejemplo, el duelo en Occidente está relacionado con el color negro mientras que, en la cultura japonesa, con el color blanco o en la cultura occidental se escribe de izquierda a derecha, mientras que en ciertas culturas orientales se lo hace de derecha a izquierda.

La teoría psicoanalítica nos enseña que la vida humana se constituye como tal en la compleja trama entre función materna (los cuidados que proveen las personas encargadas del *infans* y que están al servicio de la conservación de la vida, incluyendo esto no solo la alimentación, la higiene y la protección frente a los peligros externos, sino también el amor, sin el cual la vida humana corre serio riesgo) y función paterna (función de separación de la primera relación de objeto narcisista y que, a través de proscripciones, prescripciones y habilitaciones, va a permitir al *infans*, paulatinamente, habitar la

* Psicólogo, UBA.

cultura, ingresar al mundo del *nomos*, de la convivencia). A partir de la función paterna, el *infans* se constituye en un ser del *nomos*, del nombre, de la ley. Un ser del símbolo.

Es importante aclarar que, cuando nos referimos a función materna y función paterna, no nos estamos refiriendo a genitores, sino a aquellas personas que se hacen cargo amorosamente de los cuidados y la educación del *infans* y no necesariamente a padres biológicos. A grandes rasgos, la función materna supone un momento de narcisización, de suministro narcisista, mientras que la función paterna consiste en la restricción del narcisismo, lo cual permitirá el miramiento por el otro y la vida en común. Ambas funciones son imprescindibles. Sus fallas ponen en riesgo el diseño vital del *infans*, abriendo el camino hacia serias perturbaciones subjetivas, la locura o la muerte.

La primera ley va a ser, entonces, la restricción del yo, la exigencia de abandonar aquella posición en la que todo *infans* fue alguna vez: *“his majesty the baby”*, el centro del universo, el *omphalós*, el ombligo del mundo.

Este abandono de la posición centrista habilita para la cultura. No hay vida humana sin inscripción en una esfera axiológica, en un sistema de valores, que serán universales para cada cultura. Esa esfera axiológica será la plataforma donde inhieren la cultura y la ley. Para Claude Lévi-Strauss, esa primera ley va a ser la ley de prohibición del incesto, ley que va a operar un pasaje del estado de naturaleza al estado de cultura. Ley en la que se van a amalgamar lo universal y lo relativo. Prohibición a la que van a remitir en último análisis todas las demás prohibiciones. Ley, que por ser ley de la cultura, es relativa y que, al mismo tiempo, es universal. Relativa porque cada cultura hace su propia definición de lo que es una relación incestuosa, o sea, la relación con un pariente próximo, no necesariamente consanguíneo, y universal porque no hay cultura sin prohibición del incesto. Todas las culturas reglamentan la interdicción del casamiento o de las relaciones sexuales con aquellos cuya relación es originariamente de proximidad. Esta definición de proximidad en las relaciones entre las personas es arbitraria. Por ejemplo, en ciertas culturas mal llamadas “primitivas”, Lévi-Strauss observa que está prohibido el casamiento entre primos paralelos (hijos de un hermano con hijos de otro hermano e hijos de una hermana con hijos de otra hermana) y está permitido el casamiento entre primos cruzados (hijos de una hermana con hijos de un hermano). Siempre existe una prohibición, una restricción, y esto marca una diferencia con los vivientes animales. La ley de la naturaleza “dice” que para que haya hijos tiene que haber padres, pero no “dice” quiénes pueden o no ser esos padres. La cultura va a marcar una diferencia. Esa diferencia es la prohibición. La prohibición habilita el intercambio que es, para Lévi-Strauss, el hecho social por antonomasia. Para Lévi-Strauss, la cultura es la prohibición del incesto.

El sistema de valores va a ser el sustrato sobre el que se edificarán las costumbres, los usos, normas, reglas y leyes. Desde siempre los seres humanos para poder vivir juntos produjeron, consensuaron y compartieron valores. Estos valores que están en el fundamento de la vida social son el diseño de toda subjetividad. Toda vida humana, entonces, se constituye como tal, impregnada de valores y al abrigo de la ley. El ser humano es el resultado no solo de su historia singular, esa historia de narcisización y restricción del narcisismo, la historia edípica de los primeros cinco años de la vida, sino también del contexto histórico, político, económico, social, comunicacional y tecnológico dentro del cual se inscribe su vida. Somos el producto de la afluencia de múltiples factores que determinan nuestro modo

de ser. Pero también somos el resultado de nuestra libertad. Existen, en todo ser humano, espacios de relativa autonomía que van a permitir poner en cuestión aquello que nos viene dado desde la cultura. La libertad también nos constituye.

El diseño de la subjetividad supone siempre la presencia del otro y esa presencia está atravesada siempre por la ley. Desde una perspectiva sociológica, es en el proceso de socialización primaria que la ley entra en escena, siendo los otros significativos del entorno infantil el vehículo transmisor de las procripciones y prescripciones de la cultura que alojará al *infans*. Estos imperativos, que entrarán en conflicto con los imperativos pulsionales, son, en su origen, externos, ajenos y coercitivos. Externos, por provenir del mundo externo, no nacen con el *infans*. Ajenos, porque son los otros quienes los pronuncian. Coercitivos, porque suponen un forzamiento de la voluntad y de las conductas para conformarlas con la cultura en la que le tocó en suerte vivir. En este sentido, el proceso de socialización puede ser pensado como un proceso de alienación, en donde se hace propio lo ajeno. Lo externo se vuelve interno y la coerción externa en coerción interna. Son los otros significativos del entorno infantil quienes transmiten los imperativos de la cultura: “Se dice gracias”, “Se pide permiso”, “Se dice buen día”, “No se habla con la boca llena”, “Eso no se dice, eso no se hace, eso no se toca”. Esto, externo, ajeno y coercitivo, se incorpora, se vuelve cuerpo. El término incorporar proviene del latín *incorporare* y se compone del prefijo *in* (hacia el interior) y la raíz *corpus, corporis* (cuerpo). *Incorporare* significa “hacer cuerpo” y, en ese sentido, naturalizar. Aquello originariamente externo, ajeno y coercitivo se hace cuerpo, y el “Gracias”, el “Buen día”, el “Permiso”, se tornan tan naturales como respirar. Desde la perspectiva psicoanalítica, se trata de la instauración en el psiquismo del superyó, entidad bifronte, que supone una ventaja económica para la sociedad (la sociedad no tiene que desplegar desmesuradamente sus agentes de la seguridad) y una desventaja económica para el psiquismo (el superyó puede volverse una instancia hiperexigente y sádica respecto del yo).

Esta alienación es inherente a la cultura y es la condición de posibilidad de la convivencia. El término alienación proviene del latín *alienatio*, de *alien*, otro, y *natio*, acción y efecto. Es la acción del otro y los efectos de esta acción en el sí mismo propio. Toda cultura, en tanto entidad jurídica, exige de los individuos cierto monto de alienación y ofrece, en un contexto democrático, cierta libertad para poner en cuestión esos imperativos que provienen del otro. La condición de posibilidad de habitar la cultura es estar de algún modo alienado a ella; esto no es necesariamente patológico, deviene tal cuando se abandona la posibilidad de pensar críticamente y, a partir de ahí, de poder operar transformaciones respecto de aquello que nos viene dado.

Referencias bibliográficas

Freud, Sigmund (2011). *O.C.* Buenos Aires: Amorrortu Editores.

Lévi-Strauss, Claude (1986). *Mirando a lo lejos*. Buenos Aires: Emecé Editores S.A.

Lévi-Strauss, Claude (1969). *Las estructuras elementales del parentesco*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Romper el molde

Educación jurídica crítica para estudiantes del conurbano



*Julia M. Gómez**

Introducción

Como docente universitaria en las asignaturas de Derecho del Consumidor, Derecho Constitucional y Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales, desarrolladas en instituciones del Conurbano Bonaerense, me encuentro cotidianamente con estudiantes cuyas trayectorias vitales y educativas desafían los modelos tradicionales de enseñanza jurídica. En este contexto, resulta imprescindible revisar críticamente las prácticas pedagógicas que aún reproducen una lógica bancaria de la educación, tal como la conceptualiza Paulo Freire: una forma de enseñanza que concibe al estudiante como receptor pasivo de contenidos, desconectado de su realidad social, económica y cultural (Freire, 1970).

La presente reflexión se propone articular dicha crítica con una mirada situada sobre la formación jurídica en el conurbano, reconociendo a los estudiantes como sujetos epistémicos y portadores de saberes válidos, muchas veces invisibilizados por el currículo formal. En particular, se abordará la importancia de enseñar el derecho desde una perspectiva emancipadora, que permita comprender y disputar los sentidos del orden jurídico vigente, especialmente en lo que respecta a los derechos constitucionales, las relaciones obligacionales y los conflictos cotidianos de consumo.

Desde esta perspectiva, el derecho no se presenta como un conjunto de normas abstractas, sino como una práctica social discursiva, atravesada por relaciones de poder, ideologías y posibilidades de trans-

* Docente UNPAZ.

formación (Caputo, 2021). Enseñar derecho implica formar operadores jurídicos capaces de interpretar críticamente su entorno, reconociendo que el saber jurídico no es neutral, sino situado y cargado de implicancias ético-políticas (Duquelsky, 2020). Como señala Boaventura de Sousa Santos, “no hay justicia sin conocimiento situado, ni emancipación sin pedagogía crítica” (2009: 17), lo que exige una enseñanza jurídica que articule teoría y praxis, norma y contexto, derecho y territorio.

La enseñanza jurídica, entonces, debe habilitar a los estudiantes a pensar críticamente su entorno, a reconocer sus derechos y a intervenir en él con herramientas jurídicas que les permitan construir una ciudadanía activa y comprometida. Esta propuesta pedagógica no solo busca formar profesionales técnicamente competentes, sino también sujetos capaces de disputar sentidos, transformar instituciones y acompañar las luchas sociales desde una práctica jurídica crítica, situada y emancipadora.

La enseñanza jurídica tradicional y sus límites epistemológicos

La enseñanza del derecho en las universidades argentinas ha estado históricamente atravesada por una matriz positivista, formalista y eurocéntrica, que privilegia la memorización de normas y la reproducción acrítica del orden jurídico vigente. Este modelo, heredero de la codificación decimonónica y de la tradición romanista, tiende a concebir al derecho como un sistema cerrado, autosuficiente y descontextualizado, en el que el estudiante ocupa un rol pasivo frente al saber del docente.

Tal como señala Gargarella, “la formación jurídica tradicional ha contribuido a consolidar una cultura profesional centrada en el tecnicismo, la obediencia normativa y la escasa sensibilidad social” (2005: 17), lo que limita la capacidad del futuro abogado para comprender las tensiones reales que atraviesan el campo jurídico. En este sentido, la enseñanza jurídica convencional no solo reproduce contenidos, sino también estructuras de poder y exclusión que se manifiestan en la forma misma de enseñar y aprender el derecho.

Desde una perspectiva crítica, Freire (1970) denuncia la educación bancaria como una práctica que reproduce el orden dominante, anulando la capacidad crítica del estudiante. En este modelo, el docente es quien “sabe” y el alumno quien “recibe”, sin posibilidad de problematizar ni vincular el conocimiento con su realidad. Esta lógica, profundamente verticalista, impide el desarrollo de una conciencia jurídica situada y transforma el aula en un espacio de reproducción ideológica más que en uno de formación emancipadora.

En el Conurbano Bonaerense, esta forma de enseñanza se vuelve especialmente injusta. Los estudiantes llegan a la universidad con trayectorias diversas, saberes populares, experiencias laborales y familiares que son sistemáticamente ignoradas por el currículo tradicional. La invisibilización de estos saberes no solo empobrece el proceso formativo, sino que refuerza la exclusión epistémica de quienes históricamente han sido marginados del discurso jurídico dominante.

Frente a esta realidad, se vuelve urgente proponer una pedagogía problematizadora, dialógica y situada, que parta de los conflictos reales del territorio y habilite la construcción colectiva del conocimiento

jurídico. Como plantea Freire, “enseñar exige respeto a los saberes de los educandos” (1997: 79), lo que implica reconocer que el derecho puede y debe ser pensado desde las experiencias concretas de quienes lo estudian y lo viven. Esta pedagogía crítica no renuncia al rigor conceptual, sino que lo enriquece al vincularlo con la dimensión ética, política y social de la práctica jurídica.

Diversos autores han planteado la necesidad de enseñar el derecho como una práctica discursiva situada. Según López Medina, “el derecho debe ser enseñado en diálogo con las experiencias concretas de los sujetos y no como un conjunto de reglas abstractas e inmutables” (2004: 45). Esta concepción habilita una mirada transformadora sobre el rol del docente, que deja de ser mero transmisor de contenidos para convertirse en facilitador de procesos reflexivos y emancipadores.

En esta línea, Duquelsky (2020) propone superar los límites epistemológicos de la enseñanza jurídica tradicional mediante una crítica posmoderna, decolonial y latinoamericana, que reivindica el pluralismo epistémico y la filosofía de la sospecha como herramientas para desmontar el eurocentrismo jurídico. Su matriz de análisis, basada en diez dicotomías, permite identificar las tensiones entre el pensamiento jurídico liberal y el pensamiento crítico, y habilita una resignificación del derecho como herramienta de emancipación. Asimismo, advierte sobre el aislamiento académico de la teoría crítica y plantea la necesidad de vincularla con la praxis jurídica concreta, especialmente en contextos de vulnerabilidad social.

Complementariamente, Caputo (2021) sistematiza los presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho en Argentina, identificando ejes como la transdisciplinariedad, la complejidad, la ideología y el poder, que permiten pensar el derecho como práctica discursiva situada. Su propuesta teórica ofrece una base sólida para transformar la enseñanza jurídica, orientándola hacia una formación emancipadora que reconozca las experiencias de los estudiantes como fuente legítima de conocimiento. En este sentido, tanto Duquelsky como Caputo coinciden en que el aula debe configurarse como un espacio de disputa de sentidos, donde el saber jurídico se construya colectivamente y en diálogo con las realidades concretas del territorio.

Estudiantes del conurbano: sujetos populares, saberes invisibilizados

La composición estudiantil en las universidades del Conurbano Bonaerense revela una profunda transformación en el perfil del ingresante. Según los informes del Laboratorio de Políticas Educativas (LPE) y los estudios de García (2021), una proporción significativa de estudiantes son primera generación universitaria, provienen de sectores populares, trabajan en jornadas extensas, tienen responsabilidades familiares –incluyendo la crianza de hijos– y enfrentan múltiples obstáculos estructurales que condicionan su permanencia y rendimiento académico.

Este perfil contrasta fuertemente con el modelo implícito que sostiene la educación jurídica tradicional, el cual presupone un estudiante con dedicación exclusiva, disponibilidad horaria, estabilidad emocional y recursos materiales suficientes para sostener una formación prolongada y exigente. La

lógica de la educación bancaria, como la denomina Freire (1970), no contempla estas realidades: exige homogeneidad, abstracción y una desvinculación radical entre el conocimiento jurídico y la vida cotidiana de los estudiantes.

En este contexto, la universidad corre el riesgo de reproducir una forma de exclusión epistémica que deslegitima los saberes populares y las trayectorias vitales de quienes acceden a la educación superior desde márgenes históricamente postergados. Tal como advierte Walsh, “la colonialidad del saber opera no solo en lo que se enseña, sino en quiénes son considerados legítimos portadores de conocimiento” (2007: 23). Reconocer al estudiante del conurbano como sujeto epistémico implica romper con esta lógica y habilitar la construcción de puentes entre el saber académico y las experiencias concretas que configuran su cotidianidad.

Por ejemplo, un estudiante que trabaja en atención al público en un comercio barrial puede tener una comprensión intuitiva y directa del derecho del consumidor, a partir de situaciones de conflicto con clientes, proveedores o normativas locales. Sin embargo, esta experiencia no se traduce automáticamente en conocimiento jurídico si la universidad no lo habilita a problematizar críticamente esa vivencia, conectándola con categorías normativas, jurisprudencia y principios constitucionales. La pedagogía tradicional tiende a ignorar este potencial, mientras que una pedagogía situada, dialógica y problematizadora lo reconoce como punto de partida legítimo para la construcción colectiva del saber jurídico.

Esta perspectiva exige revisar no solo los contenidos, sino también las metodologías y las formas de evaluación. Implica diseñar propuestas que partan de los conflictos reales del territorio, que reconozcan la diversidad de trayectorias y que promuevan el diálogo entre saberes académicos y populares. Como plantea Dussel, “la educación emancipadora no se limita a transmitir conocimientos, sino que transforma sujetos y contextos en un proceso de mutua interpelación” (2006: 14).

En definitiva, el desafío no es adaptar al estudiante a la universidad, sino transformar la universidad para que sea capaz de alojar, potenciar y dignificar las trayectorias de los estudiantes del conurbano. Esto supone una apuesta política y pedagógica por una enseñanza del derecho que no solo forme profesionales competentes, sino también ciudadanos críticos, comprometidos con la justicia social y capaces de intervenir en los conflictos reales que atraviesan sus comunidades.

Prácticas pedagógicas situadas en Derecho del Consumidor y Derecho Constitucional

La implementación de una pedagogía problematizadora, dialógica y situada exige transformar no solo los enfoques teóricos, sino también las prácticas concretas dentro del aula. En el caso de materias como Derecho del Consumidor y Derecho Constitucional, esta transformación permite vincular el saber jurídico con los conflictos reales que atraviesan a las comunidades del conurbano, habilitando una construcción colectiva del conocimiento que parte de las experiencias de los estudiantes como sujetos epistémicos.

Derecho del Consumidor: del conflicto cotidiano al saber jurídico

En los barrios del conurbano, los conflictos vinculados al consumo son frecuentes y profundamente significativos: compras defectuosas, cláusulas abusivas, servicios públicos deficientes, publicidad engañosa, entre otros. Estos problemas no solo afectan la economía familiar, sino también la dignidad y la ciudadanía de los consumidores.

Una pedagogía situada en esta materia puede partir de relatos de experiencias personales, como el de un estudiante que trabaja en atención al público y ha enfrentado reclamos por productos defectuosos o prácticas comerciales desleales. A partir de estos relatos, el aula se convierte en un espacio de análisis jurídico, donde se introducen conceptos como relación de consumo, vulnerabilidad, deber de información, trato digno, y se vinculan con la normativa vigente (Ley N° 24240; Código Civil y Comercial de la Nación; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2014).

Además, se pueden incorporar talleres de simulación de audiencias en Defensa del Consumidor, análisis de contratos reales, y elaboración de demandas judiciales, promoviendo el desarrollo de habilidades prácticas y el pensamiento crítico. Esta metodología no solo fortalece la formación profesional, sino que también empodera a los estudiantes como ciudadanos capaces de defender sus derechos y los de su comunidad.

Desde una perspectiva crítica, esta intervención pedagógica debe articularse con estrategias que disputen el sentido común jurídico hegemónico. En el plano epistemológico, Duquelsky plantea la urgencia de “tender puentes entre las teorías críticas y los operadores jurídicos de carne y hueso” (2020: 112), lo que implica revisar los planes de estudio, democratizar el lenguaje jurídico y producir saberes situados que partan de los conflictos reales de los sectores subalternos. Caputo complementa esta visión al sostener que “el papel del juez no es aplicar la ley, sino producir sentido en un campo de disputa ideológica” (2021: 89), lo que exige formar operadores jurídicos críticos, capaces de interpretar el derecho en clave de justicia social.

Derecho Constitucional: la norma como herramienta de transformación

En el caso de Derecho Constitucional, la pedagogía situada permite resignificar el estudio de la norma fundamental como una herramienta de lucha por la justicia social. En lugar de abordar la Constitución como un texto abstracto y descontextualizado, se propone analizarla en relación con los derechos vulnerados en el territorio, como el acceso a la vivienda, la salud, la educación, la participación política y la igualdad ante la ley.

Por ejemplo, se puede trabajar con casos reales de amparos presentados por vecinos del conurbano, vinculados a cortes de servicios, desalojos o falta de vacantes escolares. Estos casos permiten introducir principios constitucionales como la dignidad humana, el principio de no regresividad, la tutela judi-

cial efectiva y el control de convencionalidad, conectando el saber jurídico con las luchas concretas de los sectores populares.

Asimismo, se pueden organizar debates sobre reformas constitucionales, análisis de fallos emblemáticos, y ejercicios de redacción de acciones de amparo, promoviendo una comprensión crítica del derecho como campo de disputa y herramienta de transformación social. En este nivel institucional, las estrategias de intervención jurídica incluyen el activismo garantista, el litigio estratégico y la interpretación contrahegemónica, que permiten disputar el poder judicial desde adentro (Caputo, 2021).

Finalmente, en el plano social, la articulación entre derecho y movimientos populares se vuelve indispensable. Boaventura de Sousa Santos (2009) propone desarrollar “teorías de retaguardia” que acompañen las luchas sociales sin pretender dirigirlas, reconociendo el derecho como herramienta de resistencia y transformación. Clínicas jurídicas críticas, asesoramiento comunitario y producción de herramientas legales accesibles son algunas de las estrategias que permiten poner el saber jurídico al servicio de las demandas colectivas, fortaleciendo el compromiso ético-político de la formación jurídica.

Derecho del consumidor: justicia cotidiana

En los territorios del Conurbano Bonaerense, los conflictos vinculados al consumo forman parte de la vida diaria de los ciudadanos. Servicios públicos deficientes, contratos abusivos, publicidad engañosa, incumplimientos en garantías y prácticas comerciales desleales son fenómenos recurrentes que afectan directamente la economía familiar, la dignidad de los consumidores y su acceso efectivo a derechos básicos. Estos conflictos, lejos de ser excepcionales, configuran un campo jurídico de alta relevancia social que exige ser abordado desde una perspectiva crítica y situada.

En este contexto, enseñar Derecho del Consumidor implica mucho más que transmitir el contenido normativo de la Ley N° 24240. Supone reconocer que dicha ley no es solo un conjunto de disposiciones técnicas, sino un instrumento de justicia social, orientado a proteger a los sectores más vulnerables frente a las asimetrías estructurales del mercado. Como ha señalado Lorenzetti, “el derecho del consumidor es una rama jurídica que nace de la necesidad de equilibrar relaciones desiguales, y su función es garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios esenciales” (2009: 15).

Desde una pedagogía problematizadora, dialógica y situada, el aula se convierte en un espacio para analizar los conflictos cotidianos que atraviesan a los estudiantes y sus comunidades. Por ejemplo, el estudio de cláusulas abusivas en contratos de telefonía móvil, planes de ahorro o servicios de internet permite introducir categorías jurídicas como el deber de información, el principio de buena fe, la tutela preventiva y la responsabilidad del proveedor. A partir de casos reales, se puede trabajar en la redacción de demandas, simulación de audiencias, análisis de jurisprudencia y diseño de estrategias de litigio, promoviendo una formación jurídica que articule teoría y práctica.

Esta perspectiva crítica se articula con estrategias de intervención jurídica que operan en distintos niveles. En el plano epistemológico, Duquelsky propone revisar los planes de estudio para incorporar teoría crítica, epistemologías del Sur y enfoques decoloniales, así como democratizar el lenguaje jurídico y producir saberes situados que partan de los conflictos reales de los sectores subalternos. Para el autor, resulta urgente “tender puentes entre las teorías críticas y los operadores jurídicos de carne y hueso” (2020: 112), lo que implica formar profesionales capaces de intervenir en el territorio con conciencia del carácter ideológico del derecho.

En el nivel institucional, Caputo (2021) plantea que el rol del juez no debe reducirse a la mera aplicación normativa, sino que debe entenderse como una práctica de producción de sentido en un campo de disputa ideológica. Esta concepción habilita estrategias como el activismo garantista, el control de convencionalidad y el litigio estratégico, que permiten transformar la práctica judicial desde adentro y proteger a los sectores vulnerables mediante interpretaciones contrahegemónicas.

Además, esta perspectiva crítica habilita la reflexión sobre el rol del Estado en la protección de los consumidores. ¿Qué mecanismos existen para denunciar abusos? ¿Qué eficacia tienen las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) en los municipios del conurbano? ¿Cómo se puede activar el sistema judicial en casos de vulneración de derechos? Estas preguntas permiten vincular el estudio del derecho con el análisis institucional, político y territorial, fortaleciendo la formación ciudadana de los estudiantes.

En el plano social, enseñar Derecho del Consumidor desde una mirada crítica implica articular el saber jurídico con las luchas populares. Boaventura de Sousa Santos (2009) propone desarrollar “teorías de retaguardia” que acompañen los procesos colectivos sin pretensión de liderazgo, reconociendo que el derecho puede ser una herramienta de resistencia y transformación. Clínicas jurídicas críticas, asesoramiento comunitario y producción de herramientas legales accesibles son estrategias que permiten poner el conocimiento jurídico al servicio de las demandas sociales, promoviendo una práctica profesional comprometida con la justicia territorial.

En último término, enseñar Derecho del Consumidor desde una perspectiva crítica implica empoderar al estudiante para que reconozca sus derechos, los de su comunidad, y las herramientas jurídicas disponibles para defenderlos. Supone formar profesionales capaces de intervenir en los conflictos reales del territorio, con sensibilidad social, compromiso ético y capacidad técnica. Como plantea Ferrajoli, “la democracia sustantiva requiere ciudadanos conscientes de sus derechos y capaces de exigir su cumplimiento, incluso frente a poderes económicos concentrados” (2001: 42).

Derecho de las obligaciones civiles y comerciales: relaciones humanas y económicas

El Derecho de las Obligaciones constituye una de las ramas más transversales del orden jurídico, ya que regula vínculos cotidianos que estructuran la vida social y económica: alquileres, compraventas,

préstamos, prestación de servicios, contratos de obra, entre otros. Estas relaciones, aunque aparentemente simples, implican compromisos jurídicos que pueden generar conflictos, especialmente cuando se desarrollan en contextos de informalidad o vulnerabilidad.

En el Conurbano Bonaerense, muchas de estas obligaciones se constituyen sin contratos escritos, sin garantías reales, sin asesoramiento legal, y en ocasiones, sin siquiera conocimiento de las normas que las regulan. Esta informalidad no es una elección libre, sino una consecuencia de desigualdades estructurales: falta de acceso a servicios notariales, precariedad habitacional, economía popular y desconfianza en las instituciones. En este marco, el derecho puede funcionar como herramienta de protección o como mecanismo de exclusión, dependiendo de cómo se lo enseñe, interprete y aplique.

Enseñar Derecho de las Obligaciones desde una perspectiva situada implica reconocer estas tensiones entre la ley y la realidad. Supone mostrar que detrás de cada contrato hay una relación humana, una expectativa legítima y, muchas veces, una necesidad urgente. El principio de buena fe, consagrado en el artículo 9 del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), se convierte en una categoría central para analizar estas relaciones informales. ¿Cómo se prueba la buena fe en ausencia de documentos? ¿Qué rol tiene el juez en la reconstrucción de los hechos? ¿Qué valor se le da al testimonio, al comportamiento previo, a los usos y costumbres del lugar?

Desde una propuesta pedagógica crítica, se pueden trabajar casos reales o simulados donde los estudiantes analicen contratos verbales, acuerdos informales entre vecinos o pactos de palabra en contextos de confianza comunitaria. A partir de allí, se estudian las herramientas jurídicas disponibles para reconstruir la voluntad de las partes, probar el vínculo obligacional y garantizar la equidad en la resolución del conflicto. También se reflexiona sobre el rol del juez como intérprete activo, capaz de aplicar el derecho con sensibilidad social y perspectiva territorial.

Este enfoque pedagógico se articula con estrategias de intervención jurídica que operan en distintos niveles. En el plano epistemológico, Duquelsky (2020) propone transformar el saber jurídico mediante la incorporación de epistemologías del Sur, feminismos y enfoques decoloniales, así como la producción de saberes situados que partan de los conflictos reales de los sectores subalternos, lo que implica formar profesionales capaces de interpretar el derecho desde una conciencia crítica y territorial.

En el plano institucional, Caputo (2021) sostiene que el papel del juez no debe limitarse a la aplicación mecánica de la norma, sino que debe entenderse como una práctica de producción de sentido en un campo de disputa ideológica. Esta concepción habilita estrategias como la interpretación contrahegemónica, el activismo garantista y el litigio estratégico, que permiten proteger a los sectores vulnerables mediante una lectura contextualizada del derecho de las obligaciones.

Asimismo, en el plano social, enseñar esta materia desde una mirada crítica implica articular el saber jurídico con las prácticas comunitarias. Boaventura de Sousa Santos (2009) propone desarrollar “teorías de retaguardia” que acompañen las luchas sociales sin pretensión de liderazgo, reconociendo que el derecho puede ser una herramienta de resistencia y transformación. En este sentido, el análisis de

pactos informales entre vecinos, acuerdos solidarios o compromisos comunitarios permite resignificar el contrato como expresión de confianza y reciprocidad, más allá de su formalización escrita.

Este enfoque permite que el estudiante comprenda que el derecho de las obligaciones no es solo una técnica contractual, sino una forma de regular relaciones humanas en contextos complejos, donde la justicia no siempre se encuentra en el texto normativo, sino en su aplicación concreta. Como señala Alterini, “el contrato no es solo un acto jurídico, sino una manifestación de confianza entre personas, y el derecho debe proteger esa confianza, incluso cuando no se formaliza por escrito” (2006: 27).

Conclusión: enseñar derecho como lenguaje de emancipación

Romper con la educación bancaria en el ámbito jurídico –tal como la denuncia Paulo Freire– no es solo una cuestión metodológica, sino una apuesta ética, política y epistemológica. Implica abandonar la lógica de transmisión mecánica de contenidos para construir una pedagogía del derecho que reconozca a los estudiantes como sujetos de derecho, portadores de saberes y protagonistas de procesos de transformación social.

En el contexto del Conurbano Bonaerense, esta apuesta adquiere una urgencia particular. Las desigualdades estructurales, la informalidad jurídica, la precariedad institucional y la exclusión sistemática de amplios sectores sociales exigen una formación jurídica crítica, situada y comprometida. Los estudiantes no solo deben aprender normas, sino comprender cómo el derecho puede operar como herramienta de justicia o como dispositivo de reproducción de la desigualdad.

A lo largo de los cinco apartados desarrollados, se ha propuesto una mirada pedagógica que articula el conocimiento jurídico con la realidad concreta de los territorios:

El Derecho Constitucional como marco de derechos fundamentales, pero también como campo de disputa por su efectividad.

El Derecho del Consumidor como instrumento de justicia cotidiana, capaz de empoderar a los ciudadanos frente a los abusos del mercado.

El Derecho de las Obligaciones como regulador de relaciones humanas y económicas, incluso en contextos informales, donde la buena fe y la equidad deben guiar la interpretación judicial.

Sin olvidar que el Derecho Educativo es transversal a todos los anteriores, como campo de formación ciudadana y emancipación colectiva.

Enseñar estas ramas del derecho no como dogmas, sino como lenguajes de emancipación, permite formar profesionales capaces de intervenir en los conflictos reales de sus comunidades, con sensibilidad social, rigor técnico y compromiso ético. Supone construir una didáctica jurídica transformadora, que articule teoría y práctica, norma y contexto, derecho y justicia.

En este horizonte, los aportes de Duquelsky y Caputo resultan fundamentales. Duquelsky (2020) propone superar el aislamiento académico de la teoría crítica mediante la producción de saberes situados y la formación de operadores jurídicos conscientes del carácter ideológico del derecho. Su reivindicación del pluralismo epistémico y de la función paradójica del derecho –como herramienta de dominación o de emancipación– interpela directamente a la enseñanza jurídica en contextos de vulnerabilidad. Por su parte, Caputo ofrece una sistematización epistemológica que permite consolidar una teoría crítica situada, orientada a transformar tanto el saber jurídico como la práctica judicial. Para el autor, “el papel del juez no es aplicar la ley, sino producir sentido en un campo de disputa ideológica” (2021: 89), lo que exige una formación jurídica capaz de reconocer la dimensión política del derecho.

Como afirma de Sousa Santos, “no hay justicia sin conocimiento situado, ni emancipación sin pedagogía crítica” (2009: 17). En este sentido, el aula jurídica se convierte en un espacio de resistencia, creación y esperanza, donde el derecho deja de ser un instrumento de poder para convertirse en una herramienta de liberación. Enseñar derecho desde esta perspectiva no es solo formar juristas, sino contribuir a la construcción de una ciudadanía crítica, capaz de disputar sentidos, defender derechos y transformar realidades.

Referencias bibliográficas

- Alterini, A. A. (2006). *Contratos: parte general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Caputo, J. P. (2021). *Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho*. Buenos Aires: Editorial Jurídica.
- Código Civil y Comercial de la Nación (2015). *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2014). *Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre S. A. s/ ordinario*. Fallos, 337:1236.
- Duquelsky, D. (2020). Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano. En J. P. Caputo (ed.), *Pensamiento jurídico crítico en América Latina* (pp. 101-125). Buenos Aires: Editorial Jurídica.
- Dussel, E. (2006). *20 tesis de política*. México: Siglo XXI Editores.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Freire, P. (1970). *Pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Freire, P. (1997). *Pedagogía de la autonomía: saberes necesarios para la práctica educativa*. Buenos Aires: Paidós.
- García, M. (2021). *Trayectorias estudiantiles en universidades del conurbano bonaerense*. Buenos Aires: Laboratorio de Políticas Educativas.
- Gargarella, R. (2005). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Buenos Aires: Paidós.
- Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor (1993). *Boletín Oficial de la República Argentina*.
- Lorenzetti, R. L. (2009). *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

López Medina, D. (2004). Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Santiago: Legis.

Santos, B. de S. (2009). Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Walsh, C. (2007). Interculturalidad, conocimiento y decolonialidad. Buenos Aires: Ediciones Abya-Yala.

Vivir y dejar morir

Reflexiones sobre eutanasia y muerte digna en la Argentina



Tomás Moller Poulsen*

*Tampoco servía de nada
ninguna otra ciencia humana.*

(Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*,
II, 47-54)

Tom Parker tiene ochenta años. Pertenecer a una sociedad para la cual las personas ancianas no tienen nada útil que aportar, ni poseen otro atributo que el de ser consumidoras de un tiempo y unos recursos que no les pertenecen y probablemente tampoco les correspondan. Parker rindió el primer examen cuando cumplió los sesenta y cinco. Aprobó en esa oportunidad y en las dos que le siguieron y así, durante quince años, pudo demostrar, ante las autoridades, que era apto para valerse por sí mismo y que tenía derecho a vivir. Reprobar uno de aquellos exámenes hubiera significado la muerte. No sería una muerte atroz; según la ley, el gobierno otorga a las personas reprobadas un día para despedirse, antes de suministrarles la inyección letal.

Mañana, Tom Parker deberá rendir una vez más. Sabe que ha sido afortunado, que no muchas personas en su situación llegan al cuarto examen. Su familia, incluso, podría haber interpuesto la *demandas de eliminación*, frente a la cual no hay defensa posible; sin embargo, no lo hizo. Sabe, también, que no

* UNPAZ.

aprobará. Durante la víspera, ensaya, estudia, intenta memorizar las palabras, maldice unos ejercicios que considera estúpidos y resiente su humillación, pero tiene la certeza de que esta vez no lo logrará. Su hijo, Less, también lo sabe y está convencido de que su padre morirá pronto, aunque practica con él y trata de motivarlo, de convencerlo de que todo estará bien. Algo de culpa siente, también desazón y desapego. Hay una idea, sin embargo, que lo alivia: no será él quien estampe el sello negro que condene a su padre a la muerte.

Esta es la premisa de *El examen*, un relato de ciencia ficción publicado en 1954. Como si el futuro fuera un callejón sin salida, en aquel entonces el holocausto nuclear que arrasara con la humanidad entera y los peligros de un crecimiento desmedido de la población eran, a la vez, posibilidades igualmente plausibles y temidas. En el caso de *El examen*, la inspiración de su autor, el estadounidense Richard Matheson, surgió de la segunda.¹ El cuento plantea un mundo distópico, en el cual las personas que no se encuentran en condiciones de producir son eliminadas por el gobierno. No se trata, sin embargo, de una sociedad autoritaria; la ley que condena a muerte a los ancianos fue aprobada por un referéndum. El hijo de Tom votó a favor.

El sistema, según indica el narrador, funciona sin contratiempos, manteniendo el índice de mortalidad en niveles normales al tiempo que soluciona el problema del aumento de la población. Descontadas las prácticas eugenésicas llevadas a cabo por las autoridades, y expresadas en el caso concreto en el proceso que enfrenta Tom Paker, las personas de aquel mundo parecen habitar el típico idilio suburbano propio de la autopercepción de los Estados Unidos en la década de 1950.

Pareciera, entonces, que la solución que encontró esa sociedad, acosada por la sobrepoblación y la falta de recursos, es, en sus términos, exitosa. La mayoría de sus habitantes, o al menos, la porción blanca, suburbana y de clase media que nos presenta el relato, parece capaz de continuar su vida (casi) con absoluta normalidad. La vida, según Matheson,

siguió como siempre y nadie habló más de morir. Cada cierto tiempo, el gobierno envía citaciones, se efectúan exámenes, y aquellos que fracasaban reciben la orden de presentarse en el centro gubernamental para que se les administren las inyecciones [...] todo llevado a cabo oficialmente, de forma impersonal, fría, sin un lamento ni una lágrima (Matheson, 1969: 43).

Esta suerte de asepsia e indiferencia frente al hecho impostergable de la muerte no es, sin embargo, simplemente especulación ni pura ficción. En *La retransformación de la práctica y el discurso de la muerte como indicador de la crisis contemporánea*, Enrique Marí (1993) escribe que, en algún punto del siglo XX, en las zonas industriales y urbanas nació un nuevo tipo de relación con la muerte. Si hasta entonces esta tenía un carácter público, fue rápidamente privatizada, escondida detrás de un

¹ Su obra más conocida, *Soy leyenda*, cuenta la historia del último sobreviviente de una guerra bacteriológica. Fue publicada el mismo año que *El examen* y adaptada al cine en tres oportunidades.

velo y negada simbólicamente. Esta es la razón de la supresión del luto o el ocultamiento de las personas moribundas en los hospitales, esa *forma impersonal y sin un lamento* que describe el cuento de Matheson. Para graficar este cambio que acontece en nuestra relación con la muerte, Marí recurre a un concepto acuñado por el historiador francés Philippe Ariès, la *muerte invertida*; es decir, la muerte que ha perdido su carácter público, atributo que en el pasado había funcionado como el factor que impedía su negación y postergación, para ser transpuesta, por las sociedades industriales, “fuera de las murallas de la sociedad” (Marí, 1993).

En sentido similar, Foucault observa que no podemos comprender nuestra relación con la muerte si soslayamos el hecho de que la *biopolítica* se ha convertido en una de las principales formas de ejercer el poder en nuestras sociedades. La muerte, dice, atraviesa desde finales del siglo XVIII, un proceso de descalificación progresiva que se traduce en la desaparición de su carácter público y ritual, convirtiéndola en una suerte de tabú (Quintanas, 2010).

Lo novedoso consiste en que, aunque a lo largo de la historia existieron diversos discursos y prácticas relacionadas con la muerte, hasta no hace mucho tiempo esta siempre ha sido un hecho social y público, acompañado de una profusa cantidad de ritos que solo eran interrumpidos ante el advenimiento de una *crisis*,² en el sentido de momentos en los que la muerte se colectiviza y socializa de manera tal, que altera profundamente la vida comunitaria. Un ejemplo de este tipo de crisis, paradigmático para Marí (1993), lo encontramos en la peste que asoló a Atenas durante el siglo V a.C. y que Tucídides narra en el Libro II de su *Historia de la guerra del Peloponeso*. Para el abogado y epistemólogo argentino, el relato del historiador ático permite explicar cómo el ser humano se relaciona con la muerte “bajo el signo de su presencia más irrecusable” (Marí, 1993: 23).

Tucídides nos permite observar lo que ocurre cuando la muerte, como fenómeno masivo, interrumpe las relaciones sociales y conduce al abandono de los ritos y las prácticas funerarias. En Atenas, la peste trajo la muerte y esta instauró la crisis, alterando lo regular en la vida, el comportamiento de las personas y el modo en que se relacionan con las instituciones, sus hábitos y tradiciones (Marí, 1993). Caracterizar tanto a la “crisis-enfermedad”, como a la muerte, permite resaltar el vínculo entre el poder, la salud y la administración de la vida (Colombero, 2023) y advertir los elementos característicos de una crisis producida por el ingreso abrupto de la muerte colectiva y socializada en una ciudad. Marí (1993) recuerda otras crónicas posteriores que observaron elementos idénticos a los existentes en Atenas, como la peste que asoló a Londres en el siglo XVII, registrada por Daniel Defoe, o la de Orán a mediados del XIX, según el relato de Albert Camus. En todos estos casos, lo que Marí destaca es la relación de las personas con la presencia ineludible y avasalladora de la muerte, la cual no puede ser “negada, expulsada, reprimida o evacuada” (Marí, 1993: 23). El modelo de la peste “es el modelo de mayor conciencia perceptiva de la muerte” (Marí, 1993: 26). Todo puede ser ignorado: las reglas, las instituciones, las otras personas y hasta los dioses. Todo, excepto la muerte.

² Etimológicamente, la palabra *crisis* se remonta al griego *krisis* cuyo significado era originalmente “discriminación” o “decisión”. Sin embargo, ya en la época clásica, el vocablo poseía una acepción médica, ligada a la enfermedad (Marí, 1993).

Sin embargo, la relación histórica entre crisis y muerte habría sufrido una profunda transformación en la época contemporánea; en efecto, la “muerte invertida es el negativo del modelo de Tucídides, su contra-modelo” (Marí, 1993: 29). Si bien, en ambos casos, los ritos funerarios son de algún modo dejados de lado, Marí plantea que es precisamente en esta coincidencia donde radica el rasgo de profunda divergencia entre el modelo de Atenas y el de la muerte invertida. Porque mientras que en la ciudad ática la ausencia ritual era el resultado de la paralización de la sociedad, en tanto que la muerte no da tiempo e impone la *discontinuidad*, bajo el modelo de la muerte invertida no hay tiempo para los ritos porque es la racionalidad tecnológica la que no admite pausas que afecten su *continuidad* (Marí, 1993).

Este culto a la continuidad constante y sin interrupciones se expresa también en la percepción capitalista de la enfermedad como incapacidad para trabajar y, por ende, de rendir adecuadamente (Colombero, 2023). En este sentido, podemos pensar también a la vejez. El protagonista de *El examen* ya no trabaja, ni puede rendir adecuadamente; como la subsistencia de las personas en su condición es considerada onerosa para el conjunto social, la ley dispone que deben morir. Sin embargo, tanto en el mundo real como en el imaginado por Matheson, su muerte no debe afectar en modo alguno el transcurso normal de la rutina.

El criterio por el cual, en *El examen*, el sistema elige a sus víctimas es del todo coherente con los mandatos capitalistas de productividad y salud. Matheson no aclara si existen otras y otros eliminados. Podemos imaginar que cualquier persona considerada improductiva, por el motivo que fuere, corre la misma suerte que los ancianos; es también posible que la ciencia haya suprimido toda otra amenaza a la salud humana y que solo la vejez y el paso del tiempo subsistan como tales. Sabemos que las tasas de mortalidad permanecen normales, por lo que podemos suponer que quienes mueren son, sin más trámites, eliminados cuando las autoridades lo disponen. Paradójicamente, no parece existir la muerte natural; aunque el tiempo, como siempre, finalmente se imponga, la muerte se le adelanta cuando la persona ya no puede satisfacer los estándares fijados por el gobierno o se vuelve una carga para su familia. Es una sociedad que no tiene tiempo que perder y por lo tanto no puede aguardar ni pronunciar la muerte. Se la administra con absoluta reserva.

Retomando las ideas de Marí (1993), repetimos que es en la distancia entre el modelo ateniense y el modelo de la muerte invertida, donde puede identificarse uno de los indicadores de la crisis de nuestro tiempo, la crisis de un sistema social que, a la vez que oculta a la muerte individual, se enriquece y medra gracias a la muerte masiva. En el caso del cuento de Matheson, se trata de la eliminación de todas aquellas personas que ya no están (ni estarán) en condiciones de contribuir de manera productiva al conjunto social; en nuestro caso, no es necesario recurrir a ejemplos lejanos y extremos como el de Gaza, aunque también resulte pertinente. Basta con pensar en la forma en la que trata a los jubilados y a las personas con discapacidad; o en la liviandad e impunidad con la que desde la política se dicen y escriben frases como “cárcel o bala”³ o “si te gustar hurgar la basura...”,⁴ para corroborar de qué lado de las murallas se quiere a quienes son considerados improductivos o como “parias” sociales.

3 <https://www.pagina12.com.ar/695573-carcel-o-bala-la-amenaza-de-jose-luis-espert-a-diputados-de->

4 https://www.eldiarioar.com/sociedad/jorge-macri-enducere-control-callejero-apunta-personas-remueven-basura-substitir_1_12513862.html

Existe otra paradoja y consiste en el alejamiento de la muerte también diluye la responsabilidad en la protección de la vida. En *El examen*, la familia de Tom, compuesta por su hijo Less, su nuera Terry y sus dos nietos, ha considerado más de una vez presentar la *demanda de eliminación* en contra del anciano. Less está seguro de que esta vez su padre reprobará, pero tiene dudas, porque se ha equivocado antes y la idea de esperar otros cinco años es insostenible para su esposa. Para ellos, Tom está arruinando sus vidas y, aunque reconocer su deseo no es fácil, la posibilidad de que repruebe el examen y que las autoridades se encarguen de su eliminación, parece no plantear dificultad alguna. Aceptan el destino de Tom, como admitimos la eliminación sistemática de otros miles, sin otra necesidad que sentirnos indignados cuando los medios de comunicación lo disponen, siempre y cuando seamos capaces de mantener nuestra distancia y eludir nuestra responsabilidad en el asunto, quizás hasta secretamente convencidos de que resulta indispensable para la continuidad de nuestras vidas tal y como las conocemos y deseamos.

En este sentido, Paola Colombero (2023) observa que el texto de Marí permite hacer al menos tres consideraciones, disparadoras a su vez de nuevas reflexiones. La primera de ellas consiste en la constatación de que la muerte invertida, al reconfigurar las prácticas sociales, también ha excluido a la muerte de las categorías del pensamiento filosófico y jurídico. Es lo que Marí denomina la “oclusión del discurso metafísico de la muerte” (1993: 30). Al mismo tiempo, mientras que en el modelo ateniense la medicina, como arte de curar, se revela impotente y es desprestigiada como saber, bajo el modelo de la muerte invertida “la medicina se repone como centro de poder, de especialidad técnica, de aparatos cada vez más sutiles y sofisticados y de administración de la vida y de la muerte” (Marí, 1993: 30). De este modo, la medicina despoja a los individuos de su dominio sobre su propia muerte, mientras que el aparato jurídico funciona como legitimador de este despojo.

No obstante, tanto en la Atenas del siglo V a.C. como en la actualidad, la medicina está lejos de ser omnipotente. Algo de la cita del epígrafe revela un límite que también está implícito en el relato de Matheson. No solo la ciencia médica no ha derrotado a la muerte, sino que, además, aunque ha prolongado la vida, no tiene respuesta para muchas de las enfermedades que, por caso, afectan a la vejez. Tampoco cuenta con los medios necesarios para sustraernos de aquellos estados en los que la vida subsiste, pero no hay consciencia o, si la hay, esta no puede ser otra cosa que agonía.

Pero si la muerte no ha sido derrotada, al menos ha sido pospuesta y, sobre todo, desterrada. Oculta, para ser más precisos, porque no deja de ser omnipresente en nuestros entretenimientos, como el cine o los videojuegos, ni en los medios masivos de comunicación, que con letras luminosas y melodías cuidadosamente seleccionadas para la ocasión, informan sobre el último asesinato o la última guerra, mientras tenemos la certeza de que existen otros asesinatos y otras guerras que no llegan a la pantalla (aunque quizás sí lo hagan en las redes sociales, que además reproducen el mensaje de los medios). Pero si bien la muerte es el destino que nos aguarda a todas las personas, de algún modo carece de entidad alguna para la mayoría de nosotros. Es la muerte que se banaliza, en estadísticas vacías o en bromas sobre el terrorismo de Estado. Es la muerte que está en todos lados, pero que solo nos llega mediada, que no es nuestra, de la que no hablamos en la intimidad, a menos que nos toque de cerca y

entonces la enfrentamos en soledad, como una cuestión que debe ocultarse frente a los demás. Es una muerte privada y, sin embargo, incluso en ese momento, las fuerzas que pretenden expulsarla se presentan para decirnos que tampoco ahí, en la intimidad de la última etapa de nuestro recorrido vital, éste nos pertenece. Porque cuando la vida es concebida en términos de productividad y de consumo (o de su posibilidad futura, en el caso de las infancias), en última instancia lo que se excluye de ella es toda idea de dignidad y autonomía. Y, sin embargo, una historia como la de *El examen nos horroriza como si se tratara de un cuento de terror*.

Foucault señala que, durante el Antiguo Régimen, el poder del soberano era definido por la capacidad de disponer de la vida y de la muerte de sus súbditos. Como resulta más fácil *hacer morir* que *hacer vivir*, el poder soberano hizo énfasis en su capacidad de matar. Sin embargo, el desarrollo de ciertos mecanismos *biopolíticos* convirtió a la manera en que se ejerce el poder, colocando el énfasis en el *hacer vivir*, en la gestión del proceso vital y en la posibilidad de intervenir aun en sus detalles más insignificantes. En este proceso, la muerte se convirtió en un ámbito que esta por fuera del alcance del poder; es, precisamente, el límite externo del *biopoder*⁵ (Quintanas, 2010).

En *El examen* esa es, precisamente, la vía de escape que encuentra Tom Parker. Arrinconado, sabiendo que el Estado no le dejará vivir y que su familia aguarda su muerte, decide resolver la situación él mismo. El día del examen sale de la casa, pero no se presenta a rendir. En cambio, dedica la jornada a arreglar un reloj para su hijo y usa la citación al examen para conseguir unas pastillas en la farmacia. Regresa a la casa y sube a su cuarto, donde se despide de su hijo, quien tal vez lo entiende, tal vez no. Al final del relato, Tom Parker, dueño de su vida, se apropia de su vida disponiendo de ella. Ni el Estado ni su familia pueden matarlo: Tom Parker se suicida.

La decisión de Tom Parker nos lleva a la segunda consideración que formula Colombero (2023). Si la sociedad contemporánea ha privado a las personas de la posibilidad de atravesar su propia muerte, también niega la posibilidad de consentir con un proyecto de vida propio. Cuando se piensa qué tiene que decir el discurso legal y jurídico en este punto, existen numerosos puntos de partida. Por un lado, tenemos la cuestión del *suicidio*, por ser el último acto de disposición, irrecurrible, además, con el que cuenta una persona. El suicidio no está prohibido por nuestra legislación, ni resulta castigado por el Código Penal. Tampoco su tentativa. Se trata de una de esas acciones privadas amparadas por el artículo 19 de la Constitución Nacional, aunque como veremos, que no se prohíba no quiere decir que la ley no espere que sea realizado en soledad (otra vez, la muerte privada). En efecto, lo que sí reprime la ley es la participación en el suicidio de un tercero, sea este tentado o consumado (art. 83 del Código Penal).⁶ Esta prohibición incluye, sin lugar a dudas, el denominado *suicidio asistido*, práctica que no debe confundirse con la de la *eutanasia*.

5 La formulación de la muerte como límite del poder es lo que, según Foucault, explica la pérdida de su carácter público y ceremonial (Quintanas, 2010).

6 “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado” (art. 83, CP).

Esta última palabra proviene del griego *euthanasia*, “muerte dulce”. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término significa tanto la “intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura”, como la “muerte sin sufrimiento físico”. Se advierte rápidamente que lo que distingue a la eutanasia del *suicidio asistido* radica en la persona que posee el dominio de la acción que produce la muerte.

Se suelen distinguir varios tipos o modalidades de la eutanasia. Cuando la muerte es producto de una abstención o suspensión terapéutica, se habla de eutanasia directa pasiva. Cuando el fallecimiento se produce indirectamente, por ejemplo, en el caso de la utilización de la morfina para paliar el dolor de los enfermos terminales de cáncer, se trata de la denominada eutanasia indirecta (Pinto, 2022). Aunque, como veremos, en la Argentina están prohibidas las prácticas eutanásicas, si nos atenemos a esta calificación debemos señalar que, cuando nuestra legislación habla de *muerte digna*,⁷ se está refiriendo a estas formas de eutanasia (Pedernera, 2023).

En el otro extremo, cuando se procura activamente el resultado de muerte (por ejemplo, a través de la inyección de una droga letal), hablamos de *eutanasia directa activa*. Este tipo de eutanasia es el que se encuentra prohibido, tanto en nuestro país como en la mayoría de las legislaciones del mundo. No constituye, sin embargo, un tipo penal específico en nuestro ordenamiento. Equivale, en cambio, al tipo penal de homicidio, puesto que como mencionamos más arriba, el dominio de la acción que produce la muerte ya no se encuentra en manos de la víctima, como en el suicidio, sino en cabeza de un tercero. La eutanasia directa activa es a la que se refieren la Ley N° 26742⁸ y el Código Civil y Comercial, cuando prohíben las “prácticas eutanásicas”.⁹

En todas las modalidades descriptas hasta ahora, la voluntad de morir por parte del enfermo es, por supuesto, fundamental. Cuando la eutanasia es involuntaria, es decir, cuando no existe consentimiento por parte del sujeto pasivo, hablamos de *cacotanasia*, término que proviene del griego antiguo, “mala muerte” (Pinto, 2022). Este es el caso de la *eugenesia* e incluye la amenaza que se cernía sobre Tom Parker.¹⁰

En efecto, en torno a la autonomía o no de la decisión de morir suele esgrimirse uno de los principales argumentos contra la eutanasia. Se parte del supuesto de que quien enfrenta una enfermedad terminal

7 Denominada también *ortotanasia*, a la cual se le opone la *distanasia* como la prolongación irrazonable o cruelmente obstinada de la vida (el llamado encarnizamiento médico o terapéutico).

8 Conocida como la “Ley de la muerte digna”.

9 Según el Código Civil y Comercial de la Nación “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas” (art. 60, CCyC). En términos similares, el art. 11 de la Ley N° 26529 (modificada por la Ley N° 26742) dispone que aquellas directivas anticipadas que hagan referencia a prácticas eutanásicas se tendrán “como inexistentes”.

10 La eutanasia que lleva a cabo la sociedad de *El examen* se clasifica también como “eutanasia económica”; es decir, la que consiste en eliminar a aquellas “personas cuyas vidas se consideren inútiles, exentas de valor vital y de costoso mantenimiento” (Pinto, 2022: 9). En ese sentido, se distingue también a la “eutanasia eugenésica”, por la cual se procura el “mejoramiento de la raza” mediante la eliminación de personas indeseables; en este caso, el del Tercer Reich es el ejemplo paradigmático, pero no el único. El tipo de eutanasia que se discute en los contornos de la muerte digna y que se encuentra emparentada con el homicidio piadoso del anteproyecto de reforma del Código Penal, es denominada “piadosa”, y tiene por fin evitar el sufrimiento del enfermo terminal (Pinto, 2022).

no posee una voluntad para decidir que sea realmente autónoma: la misma enfermedad, los dolores, la situación emocional del paciente y su familia o incluso las dificultades económicas que su estado de salud puede suponer, constituirían, según esta visión, elementos suficientes para argumentar que su voluntad se encuentra viciada (Pedernera, 2023).

Este no sería, sin embargo, el caso de las directivas anticipadas, las cuales, como su nombre lo indica, se otorgan antes de que exista cualquiera de las circunstancias que supuestamente vician la voluntad del paciente. En este caso, sin embargo, se argumenta que aquellas son dictadas en una situación que ha perdido actualidad ante la proximidad de la muerte, existiendo la posibilidad de que el paciente, quien por diversos motivos ya no se encuentre en condiciones de tomar decisiones autónomas, haya cambiado de opinión (Pedernera, 2023). Hay algo de circular en esta argumentación, que no se alcanza a resolver; en todo caso, sostener que la voluntad de un paciente no es autónoma responde a un sesgo que no está probado ni resulta necesariamente cierto. Como señala Claus Roxin para el caso del suicida, exigirle a este “sosiego y [...] un motivo plausible [...] lleva una enorme inseguridad jurídica, máxime dado que las razones últimas de esa decisión no son accesibles ni pueden por tanto ser enjuiciadas por un observador externo” (Roxin, 2013: 23).¹¹

Más aún, cuando un paciente se niega a un tratamiento para salvar su vida por motivos que podríamos considerar manifiestamente irrazonables, como el rechazo de transfusiones de sangre por motivos religiosos, nadie discute que deba prevalecer la voluntad del paciente (Roxin, 2013; CSJN, fallo Bahamondez, etc.).

Por otro lado, en 2009, la Ley N° 26529 consagró una serie de derechos del paciente¹² con un criterio basado en la autonomía de la voluntad.¹³ Entre estos derechos, se atribuyó al paciente la posibilidad de “aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos” (art. 2, inc. e),¹⁴ y hasta formular *directivas anticipadas* con relación a su salud, las que deben ser aceptadas por la médica o el médico a cargo de su tratamiento. Una serie de casos con importante impacto en la opinión pública¹⁵ impulsaron la sanción, en 2012, de la ya mencionada Ley N° 26742, la cual supuso importantes modificaciones a la Ley N° 26529, y amplió sustancialmente los derechos de las personas pacientes (Belli y Maglio, 2013).

En resumen, lo que nuestra legislación dispone respecto de la muerte digna es la posibilidad de que los pacientes con enfermedades terminales puedan, incluso de forma anticipada, rechazar procedimientos

11 Sin embargo, debe negarse, concluye Roxin, “una decisión libre no sólo ante supuestos de perturbaciones o enfermedades mentales, sino asimismo ante depresiones profundas o trastornos de pánico” (Roxin, 2013: 23). Este es el sentido detrás de nuestra ley de Prevención del Suicidio (Ley N° 27130) y tiene porque ser en ningún modo contradictorio con permitir a las personas decidir sobre su vida y su muerte.

12 Muchos de los cuales ya formaban parte de la legislación nacional. Por ejemplo, los arts. 11 y 19 de la Ley N° 17132.

13 “El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley” (art. 1, Ley N° 26529).

14 Esto supone el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos ante enfermedades irreversibles, incurables o se encuentre en estado terminal, por enfermedad o por lesión. Incluye la posibilidad de rechazar alimentos e hidratación cuando no tuvieran otro efecto del que postergar lo inevitable, o medidas de soporte vital “cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado” (art. 2, inc. e, Ley N° 26529, modificado por Ley N° 26742).

15 Por ejemplo, el de Melina González.

quirúrgicos, de alimentación, hidratación o reanimación artificial, o que les sean retiradas las medidas de soporte vital que sean desproporcionadas con relación a la perspectiva de mejoría, o que produzcan un sufrimiento desmesurado o solo sirvan para prolongar temporalmente un estado de salud irreversible (Pedernera, 2023).

Sin embargo, al mismo tiempo, la reforma impuso requisitos más rigurosos para las directivas anticipadas. La nueva redacción del artículo 11 requiere que estas sean realizadas ante escribano público o juez, con la presencia de dos testigos, lo que en la práctica resulta de difícil cumplimiento. Además, se mantuvo la previsión original respecto a las directivas anticipadas que dispusieran prácticas eutanásicas (refiriéndose, como adelantamos, a la eutanasia directa activa), las que se tendrán como inexistentes.

Otro argumento que suele esgrimirse en contra de la eutanasia (de cualquier tipo) es aquel que hace hincapié en la diferencia que existiría entre matar y dejar morir a otra persona, entre la acción y la omisión. La primera, la acción positiva de dar muerte, es reputada más grave y, por ende, se sostiene que no debe permitirse. Dejar morir, por el contrario, es percibido tan solo como una omisión que permite que ocurra la muerte de la persona paciente conforme la evolución natural de la enfermedad (Pedernera, 2023). Esta es, en definitiva, la concepción detrás de la Ley de Muerte Digna. Sin embargo, la distinción entre acción y omisión, que es una distinción valorativa y moral, por la cual se asume que la primera será siempre más grave que la segunda, ya fue refutada por pensadores como el filósofo argentino Carlos Nino¹⁶ (Pedernera, 2023).

Una idea que también se repite entre quienes se oponen a la eutanasia es la supuesta existencia de una *pendiente resbaladiza* (Pedernera, 2023; Pinto, 2022), una especie de efecto dominó por el cual, si se permitiese la eutanasia en algunos casos (o algunos casos de eutanasia), pronto se la permitiría en todos. Por ejemplo, cuando en el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012¹⁷ se propuso introducir la figura del “homicidio piadoso”,¹⁸ previendo la atenuación o hasta la eximición de la pena, hubo sectores que advirtieron que una reforma en este sentido llevaba implícito el riesgo de dejar impune cualquier tipo de práctica eutanásica (Andújar de Zamora, 2020). El argumento es falaz, y el hecho de que, a más de una década de la sanción de la Ley de Muerte Digna, la cual como vimos, sí

16 En ¿Da lo mismo omitir que actuar? Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión, *Revista de derecho Penal y Criminología*, Nº. 6, 2017, págs. 223-240 (no disponible en la web).

17 La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación fue creada por Decreto Nº 678/2012.

18 Es de notar que, según la redacción del anteproyecto, la figura del “homicidio piadoso” no contempla la relación entre médico y paciente, limitando el tipo a aquellos casos en los cuales exista un vínculo afectivo entre el autor y el sujeto pasivo. Por esta razón, consideramos que no se refiere estrictamente a la *eutanasia*. Existen definiciones más amplias para *eutanasia* que la utilizada en este artículo, como la de Tomás Agustín Céspedes, quien la define como “cualquier práctica que ponga fin de manera anticipada a la vida de una persona terminalmente enferma o que en razón de su enfermedad sufra una dolencia insoportable o que le impida valerse por sí misma” (citado por Pinto, 2022). Buompadre (2020) la define en términos parecidos, agregando el requisito de que la conducta responda a un sentimiento de piedad, altruista o generoso, sin hacer mención a la relación médico/paciente. Sin embargo, además de la definición de la RAE, utilizada en el texto principal, la cual habla de “paciente” como sujeto pasivo y, por lo tanto, remite a un tratamiento médico, es útil tenerse presente que desde la bioética también suele definirse a la eutanasia como una “conducta llevada adelante por profesionales de la salud que ocasiona la muerte a un paciente que padece una enfermedad terminal o incurable, con la finalidad de evitarle mayores sufrimientos o la prolongación artificial de la vida” (Pedernera, 2023: 2). Queda, para las relaciones que exceden la de médico-paciente, la figura del “homicidio piadoso”.

admite, aunque bajo otra denominación, ciertos tipos de eutanasia, no hayan avanzado los proyectos que procuran legalizar la eutanasia activa, parece desmentir esta suposición.¹⁹

Dejamos en último lugar, aunque no es el menos importante, el argumento basado en la defensa de la vida. En este caso, se razona que el derecho a la vida es el presupuesto básico para el goce y ejercicio de los restantes derechos y, en consecuencia, debe ser defendido a ultranza; es, es suma, la máxima expresión del biopoder si lo pensamos en términos de Foucault. Frente a esto, suele señalarse que la autonomía de la voluntad es indispensable para el ejercicio de nuestros derechos, incluido el derecho a la vida, cuyo real goce debe incluir la posibilidad de decidir el modo en el que deseamos transitar el último tramo de nuestra existencia (Pedernera, 2023; Colombero, 2023). En este sentido, es necesario notar también que el énfasis que la legislación argentina pone sobre la autonomía de la voluntad del paciente supone una superación al paradigma que históricamente rigió la ética médica y por la cual la vida era priorizada sobre cualquier otra consideración (Pedernera, 2023).

En efecto, la autonomía de la voluntad es, junto a la dignidad humana, uno de los principales argumentos *a favor* de la eutanasia y el verdadero campo de disputa. Implica el poder vivir, y morir, según las propias preferencias, valores, intereses y principios, sin imposiciones externas, de terceros o del Estado (Pedernera, 2023). En este aspecto, podemos revincular a la eutanasia con el suicidio. Como señalamos antes, nuestro Código Penal no regula expresamente a la eutanasia —es un homicidio—, pero sí tipifica la asistencia al suicidio. Roxin, a quien ya citamos, emparenta a ambos casos (eutanasia y suicidio) en tanto configuran supuestos en el que se presta ayuda a una persona “por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna” (citado por Pazos Crocitto, 2023: 259). Este era también el espíritu del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, cuando propuso la figura del homicidio piadoso y la posibilidad de eximición de la pena, tanto en este caso como en el de asistencia al suicidio. Por lo demás, este tipo de conductas, es fácil advertir, no tienen relación alguna con los supuestos de homicidio simple, agravado o con la eutanasia económica o eugenésica (Pazos Crocitto, 2023).

Es importante esta proximidad entre eutanasia y suicidio desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, porque a partir del cristianismo el quitarse la vida fue condenado, desde la ética religiosa, como un atentado contra la sacralidad de la vida²⁰ y, desde la teología más elaborada del iusnaturalismo de inspiración aristotélico-tomista, como una violación contra absoluto moral de la tutela de la vida y a la obligación solidaria que el individuo tiene para con la sociedad (Pazos Crocitto, 2023). Hubo que esperar al liberalismo para que la autonomía de la voluntad fuera reconocida en este aspecto; Bentham, por ejemplo, consideraba que penar el suicidio era uno de esos casos en los que la moral y la legislación se mezclaban peligrosamente (Pazos Crocitto, 2023).

19 Como señala Pedernera (2023), el argumento de la pendiente resbaladiza también fue esgrimido en contra del divorcio y de la legalización del matrimonio igualitario en Argentina, y desmentido por la historia.

20 Para el catolicismo es uno de los actos intrínsecamente perversos. Dante ubica la Selva de los suicidas en el séptimo círculo del infierno, junto con los derrochadores y los pródigos. Esta vecindad no deja de ser sugerente, si pensamos la posterior vinculación entre biopoder y capital. Por otro lado, el castigo que reciben los suicidas, convertidos en árboles, da cuenta de su supuesta pérdida de dignidad humana.

Paradójicamente, los sectores vinculados a la derecha liberal se muestran reacios a admitir la eutanasia. Así, el presidente de la Fundación Faro, Agustín Laje;²¹ o el ex presidente de la Nación, Mauricio Macri, quien no solo ha manifestado en alguna oportunidad que *solo Dios puede decidir sobre la vida o la muerte*, sino que también rechazó las suplicas de su propio padre cuando solicitó asistencia para morir. No pareciera que este rechazo a la eutanasia se traduzca necesariamente en un verdadero horror frente a la eugenesia o la eutanasia económica. Quizás sea oportuno recordar que, en la Edad Media, el suicida que fracasaba en su intento, era condenado a muerte (Pazos Crocitto). En última instancia, mientras el discurso teológico de entonces procuraba legitimar el orden feudal, el discurso liberal o neoliberal actual procura la legitimación del capitalismo y el biopoder. En el siglo XVIII Bentham escribía, por decirlo de alguna manera, desde la oposición.

Precisamente, los argumentos en contra de la eutanasia encubren razones conservadoras y mantienen el tabú sobre la muerte (Pedernera, 2023; Pazos Crocitto, 2023). Retomando las tres consideraciones que Colombero (2023) extrae del texto de Marí, encontramos, en último lugar, la idea de que la ausencia de un discurso sobre la muerte es la contracara de esta como una realidad más letal. Es un poco como esa observación de Carl Jung sobre la relación compensadora que existiría entre la conducta vital de un pueblo y su religión, cuya única finalidad práctica residiría precisamente en esa relación, la cual se mantienen vigente en “nuestra época ‘cristiana’ en que la religión del amor asiste a la mayor carnicería de la historia universal” (1964: 189). El psicólogo suizo se refería, obviamente, a la Primera Guerra Mundial, cuyas trincheras bien podrían describirse como estando bajo la “presencia más irrecusable” de la muerte.

Una observación similar encontramos en Foucault, quien señala que el predominio de la biopolítica coincide con las grandes matanzas que tuvieron lugar a partir del siglo XIX. No ve en esto una contradicción; por el contrario, sostiene que las guerras contemporáneas se llevan a cabo en defensa de la sociedad y su *supervivencia*; no en nombre del soberano, como ocurría en el Antiguo Régimen. En términos similares a los de la observación de Jung, para Foucault la “gran capacidad para matar de la época contemporánea sería [...] el reverso de la *biopolítica*” (Quintanas, 2010: 176).

Por otro lado, el modelo de la muerte invertida corresponde a un imaginario social según el cual la felicidad es un *deber moral* y toda tristeza o malestar deben ser sacrificados en favor de la felicidad colectiva. Tenemos la obligación de aparentar, de sentirnos felices todo el tiempo, porque al “mostrar alguna señal de tristeza, se peca contra la felicidad, se la cuestiona, y la sociedad corre entonces el riesgo de perder su razón de ser” (Ariès, citado por Colombero, 2023: 236). En términos de Sigmund Freud (1992), la sociedad actual nos impone, a través del superyó, la obligación de ser felices. Pero este “optimismo cruel” resulta insoportable (Colombero, 2023). El desarrollo técnico, gracias al cual los seres humanos han prolongado su vida y modificado sustancialmente su relación con la naturaleza, no está exento de un factor de desengaño en el que se encuentra también el origen del malestar (Freud, 1992). Asimismo, esta evicción colectiva de la muerte no tiene su correlato en un proyecto de existen-

21 https://www.youtube.com/watch?v=E_UFwQ6IBpU

cia individual que permita incluir a la propia muerte como posibilidad de no realizar más la presencia en el mundo (Marí, 1993). El mandato de la felicidad, la salud y la exclusión total de la muerte –como mandato psíquico, no como la realidad de los excluidos del sistema– que impregnan el imaginario social, niega a las personas la posibilidad de disponer su propio final; muchas veces extendiendo a la vida más allá de lo natural o transformando esta prolongación una extensión de la agonía.

En otro de sus textos, Marí (1994) parte del *Leviathan* de Thomas Hobbes para explicar cómo, en todo dispositivo de poder, opera un imaginario social destinado a influenciar y controlar la psiquis del ser humano. Tanto Freud (1992) como Marí (1994) sostienen que la vida en sociedad implica una renuncia, la negación de un deseo. Cultura e imaginario social suponen formas de control que imponen deberes (como los que, según Santo Tomás de Aquino, hacían del suicidio un acto de los más condenables). En igual sentido operan la imposición de la felicidad permanente y el deber de la salud (Marí, 1993).

En el célebre modelo del poder absoluto que Thomas Hobbes presenta en el *Leviathan*, “cada particular ha sometido su voluntad a la voluntad del que posee la potencia soberana en el Estado” (citado por Marí, 1994: 61). Este traspaso de poder tendría lugar a través de una *ficción fundadora*, el contrato o pacto social, en el que los individuos resignan la libertad del estado de naturaleza para garantizar su seguridad individual y poner fin a los conflictos permanentes que, por definición, afligen al *homo hominis lupus*.

Casi tres siglos después que Hobbes, en *El malestar en la cultura*, Sigmund Freud escribe en términos similares cuando señala que por “cultura” debe entenderse toda la suma de operaciones y normas que distancian nuestra vida de la de nuestros antepasados animales, y que sirven a dos fines: la protección del ser humano frente a la naturaleza y la regulación de los vínculos recíprocos entre los hombres (1992: 88). Este distanciamiento o renuncia, sin embargo, posee un alto costo y el precio es, otra vez, la libertad primitiva. En efecto, para Freud, una de las tres fuentes del sufrimiento humano radica, precisamente, en “la insuficiencia de las normas que regulan los vínculos recíprocos entre los hombres en la familia, el Estado y la sociedad” (1992: 85). Y, así como la persona infante segrega del yo todo lo que puede provocar displacer, configurando de este modo un afuera ajeno y amenazador, aceptar ese marco regulatorio que es la cultura supone alguna forma de compromiso, el cual solo puede ser asumido como una renuncia o sacrificio. En Hobbes, lo que se ve coartado es el deseo del poder (con la excepción del monarca absoluto, cuyo deseo debe necesariamente contar con las condiciones adecuadas de reproducción).

Sin embargo, Freud advierte que el ser humano se niega a admitir la fuente social del sufrimiento. A su juicio, las personas son incapaces de comprender el por qué las normas, creadas por ellas mismas, resultan ineficaces para su protección y beneficio. Es esta inadecuación frente a las normas la que nos indica que debe existir algo, en la complejidad psíquica del ser humano, que le hace creer que sería mucho más feliz si pudiera retornar a las condiciones primitivas previas al estado de cultura. En otras palabras, el ser humano se vuelve neurótico porque no puede soportar la medida de frustración que la

sociedad le impone en aras de sus ideales culturales, y de ahí se concluye que suprimir esas exigencias o disminuirlas en mucho, significaría un regreso a posibilidades de dicha (Freud, 1992: 86).

Si bien dicho estado primitivo es pura especulación o ficción, ello no imposibilitó que, a lo largo de la historia, existieran momentos de profundo cuestionamiento y rechazo a la cultura. Uno de estos momentos es la aparición del cristianismo y su triunfo sobre el paganismo: la hostilidad cristiana hacia la vida terrenal fue, en este sentido, una impugnación de la cultura. Pero toda refutación es incapaz de regresar a un estado pre cultural; lo más que puede lograr es transformar a una cultura en otra (Freud, 1992).

En el modelo de Hobbes, los individuos han renunciado, en los términos del pacto legitimante, al ejercicio de su derecho natural a cambio de seguridad, sometiéndose a una potencia incontestada e incontestable (Marí, 1994). En tanto la cultura se fundamenta en la renuncia de lo pulsional, sostiene Freud, se basará en gran medida en la “no satisfacción [...] de poderosas pulsiones” (1992: 96). Esta denegación del deseo, que es la que regula los vínculos sociales, se encuentra la fuente de la hostilidad hacia la cultura. En efecto, la libertad individual solo habría sido “máxima antes de toda cultura” (1992: 94). El desarrollo de la cultura implica necesariamente limitaciones a la libertad del individuo. Para Freud, corresponde a la justicia velar porque dichos límites se apliquen a todas las personas. En el caso de Hobbes, la reciprocidad es una de las condiciones del pacto social; pero esta es imposible en el estado de naturaleza y corresponde al poder absoluto, desbordante de fuerza y coacción, imponerla (Marí, 1994: 60).

Sin embargo, la fuerza es, de por sí, insuficiente para la propagación del poder. Marí (1994) señala que el dispositivo de legitimación del poder, además de complejo, cuenta con una doble vertiente. Por un lado, hay un *discurso del orden*, que disfraza como necesario lo que, en realidad, es contingente; por el otro, se advierten una serie de prácticas de manipulación del psiquismo humano, a través de las cuales el discurso del orden es insertado en montajes de ficción, soportes mitológicos y diversas prácticas discursivas. Estos mecanismos son lo que se denomina *imaginario social*.

Como parte del dispositivo del poder, el discurso del orden y el imaginario social reactualizan y transforman a la *fuerza* en verdadero poder. Si bien esta es su elemento constitutivo, sin aquellos el poder no sería constante ni se transmitiría socialmente. Incluso, en determinadas circunstancias, aunque no indefinidamente, el discurso del orden y el imaginario social pueden sostener al poder aun cuando la fuerza esté ausente (Marí, 1994).

Dentro del dispositivo del poder, el discurso del orden es el espacio de la razón y de la ley. Esta es “fuerza-razón en un doble sentido: razón en cuanto al tipo formal de las estructuras lógicas que comunican la fuerza, y razón en cuanto en ella y a través de ella se producen las operaciones ideológicas de justificación del poder” (Marí, 1994: 69). Pero para que el dispositivo del poder funcione y se reproduzca, fuerza y discurso del orden deben insertarse en una estructura de creencias discursivas y extradiscursivas. En este momento ingresa en escena el imaginario social. Antes que a la razón, este interpela a las emociones, a la voluntad y los deseos. El imaginario social ordena los conscientes y los inconscientes de las personas (Marí, 1994).

Un mecanismo similar describe Freud cuando dice que “la cultura yugula el peligroso gusto agresivo del individuo debilitándolo, desarmándolo, y vigilándolo mediante una instancia situada en su interior, como si fuera una guarnición militar en la ciudad conquistada” (1992: 120). Es el superyó que se contrapone al resto del yo y aparece como “conciencia moral”.

El caso del cristianismo, uno de los ejemplos de Freud de impugnación a la cultura, nos sirve también para ilustrar el funcionamiento del dispositivo del poder. Como se señaló antes, el *discurso del orden* “asigna al resultado y producto social en una dada relación de fuerzas, una propiedad natural o divina: la de ser un orden necesario” (Marí, 1994: 59). Como es sabido, el orden político del medioevo y de la temprana modernidad se sustentó en las nociones de la teología católica acerca de un orden inmanente, natural e inmutable; así, el orden político, la forma de ejercer el poder, eran representados discursivamente como un orden eterno y necesario. Paralelamente, el discurso del orden debe ser insertado en el *imaginario social* (Marí, 1994). En este caso, la religión provee de una serie de mitos, rituales, símbolos y prácticas extradiscursivas que otorgan el andamiaje necesario respecto de las emociones y el deseo a la racionalidad del discurso del poder, con el objeto de permitir el acceso de la ley en la psique de los individuos. Como señala Marí, en tanto “el discurso del orden combina predominantemente un repertorio de signos de la razón, el imaginario social teje signos alegóricos y anagógicos procedentes de los fantasmas profanos como de la religión” (1994: 66). No obstante, esta combinación no es en nada irracional; por el contrario, es la más alta expresión de racionalidad del dispositivo del poder “como condición de reproducción ideológica de la infraestructura económica de una formación social” (Marí, 1994: 66).

Freud ilustra claramente la función de sumisión y control del dispositivo religioso cuando observa que su “técnica consiste en deprimir el valor de la vida y en desfigurar de manera delirante la imagen del mundo real, lo cual presupone el amedrentamiento de la inteligencia” (Freud, 1992: 84). En este sentido, y a la par del pacto social hobbesiano que exige reciprocidad y sumisión al poder absoluto del soberano a cambio de seguridad, la religión impone “a todos por igual su camino para conseguir dicha y protegerse del sufrimiento” (Freud: 1992: 84). Y así como el soberano absoluto impone su poder a través de la fuerza, la religión fija, de manera violenta, el infantilismo psíquico y el delirio en las masas. No obstante, este dispositivo no es suficiente para garantizar la felicidad o realización de las personas. En última instancia, no es más que otra forma de sumisión incondicional (Freud, 1992).

Lo dicho hasta no implica que los factores que determinan el dispositivo del poder sean únicamente endógenos. Siguiendo la óptica marxista de Marí, los hay también del orden externo o exógeno, toda vez que los elementos del dispositivo del poder corresponden a la superestructura de la sociedad. En este sentido, aquel también es determinado por las grandes transformaciones a nivel de la infraestructura (Marí, 1994). Como categoría de análisis, el nivel exógeno consiste en la relación entre dispositivo de poder y estructura económica. Así, mientras “el imaginario social es condición de reproducción del discurso del orden en el dispositivo del poder, el dispositivo del poder, enfocado en su modelo político-jurídico, es condición de reproducción de las formas de producción” (Marí, 1994: 72).

Los miedos de la época de Matheson, así como la relación con la muerte que plantea el relato, no parecen diferir en lo esencial de lo que percibimos hoy, setenta años después, en una nueva fase del capitalismo. Tal vez nos parezca brutal la honestidad de propósitos de la sociedad imaginada por el relato. Hay algo más. Al final, sabemos que Tom decidió no presentarse. No deseaba pasar por aquellas pruebas degradantes. Entonces fue a la farmacia y, mostrando la citación a rendir, logró que le dieran pastillas para quitarse la vida. Podemos suponer que eso no era legal, pero como le recuerda el hijo de Tom a su esposa, *es lo que hacen todos*.

Sigmund Freud, para quien los seres humanos, aunque conscientes de su finitud, prefieren ignorar este hecho y eliminar a la muerte de la vida, procuró disponer sobre su propio final (Santander, 2024). Buscando acabar con la agonía, entendió la muerte como posibilidad y se apropió de ella (Figueroa, 2011). Sin embargo, en la sociedad contemporánea, aun cuando se dispensa la muerte masiva, tanto el discurso del orden como el imaginario social clausuran la posibilidad de la muerte. El derecho, como práctica social específica, como discurso que también modela subjetividades, también tiene algo que decir sobre la muerte, y es preciso preguntarse qué dice y qué calla (Colombero, 2023).

Referencias bibliográficas

- Amadeo, S. (2013). Instigación o ayuda al suicidio. *Código Penal Comentado*. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37777-art-83-instigacion-o-ayuda-al-suicidio>
- Andújar de Zamora, M. (2020). Anteproyecto de reforma del Código Penal: la figura del homicidio piadoso. En J. J. García (dir.), *Enciclopedia de Bioética*. San Juan: Universidad Católica de Cuyo.
- Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>
- Argentina. Constitución de la Nación Argentina. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Argentina. Ley N° 26529. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>
- Argentina. Ley N° 26742. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>
- Argentina. Ley N° 27130. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27130-245618/texto>
- Belli, L. y Maglio, I. (diciembre de 2013). Alcances de la nueva legislación sobre muerte digna. *Revista Americana de Medicina Respiratoria*, 13(4).
- Buompadre, J. E. (2020). Coronavirus ¿una nueva forma de eutanasia? Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48685-coronavirus-nueva-forma-eutanasia>

- Colombero, P. V. (2023). Derecho y muerte: algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja. En S. Marí, C. Martyniuk, M. J. Sáenz, F. C. Santágata y O. Seccia (comps.), *Papeles de filosofía para Enrique Marí*. Almirante Brown, Buenos Aires: La Cebra.
- Figuroa, G. (2011). *Bioética de la muerte de Sigmund Freud. ¿Eutanasia o apropiación?* Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872011000400017>.
- Freud, S. (1992). *El malestar en la cultura*. En *Obras completas*. Buenos Aires: Alianza.
- Jung, C. G. (1964). *Tipos psicológicos, Tomo I*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Matheson, R. (1969). El examen. En K. Foster Crosse y C. Nuetzel (comps.), *Los mejores relatos de anticipación*. Barcelona: Bruguera.
- Marí, E. (1994). Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. En E. Marí, H. Kelsen, E. Kozi, P. Legendre y A. Siperman (comps.), *Derecho y psicoanálisis*. Buenos Aires: Edicial.
- Marí, E. (1993). La retransformación de la práctica y el discurso de la muerte como indicador de la crisis contemporánea. *Papeles de filosofía*.
- Pazos Crocitto, J. I. (noviembre de 2023). La eutanasia y el suicidio como ámbitos de libertades, *Revista Escuela Judicial*, (4), sección 3. Recuperado de <https://revista.cmagistraturabsas.gob.ar/escuelajudicial/article/view/89/83>
- Pedernera, V. (diciembre de 2023). Autonomía y muerte digna. Argumentos para una discusión crítica a propósito de la sentencia «S. 115» del Tribunal Superior de Córdoba. *Revista Pensamiento Penal*, (494).
- Pinto, M. F. (marzo de 2022). La procedencia de la legalización de la eutanasia en la legislación argentina. *Revista Pensamiento Penal*, (417).
- Quintanas, A. (2010). El tabú de la muerte y la biopolítica según M. Foucault. *Revista Internacional de Filosofía*, (51), 171-182
- Rocca, C. V. y Santágata, M. (2010). La evolución de la perspectiva legal argentina respecto de los Testigos de Jehová. *Revista Hospital Italiano de Buenos Aires*, 30(2).
- Roxin, C. (2013). Homicidio a petición y participación en el suicidio, derecho vigente y propuestas de reforma, ADPCP, VOL. LXVI.
- Santander, P. (11 de junio de 2024). La eutanasia de Freud. *Asociación Psicoanalítica Chilena*. Recuperado de <https://apch.cl/la-eutanasia-de-freud>
- Tucídides (1986). *Historia de la guerra del Peloponeso*. Barcelona: Orbis. Recuperado de [https://www.suneo.mx/literatura/subidas/Tucidides Historia de la Guerra del Peloponeso.pdf](https://www.suneo.mx/literatura/subidas/Tucidides%20Historia%20de%20la%20Guerra%20del%20Peloponeso.pdf)
- Zaffaroni, E. R. y Carlés, R. M. (dirs.) Bailone, M. (coord.) (2014). Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario. Buenos Aires: La Ley. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40332.pdf>

De la crítica a la enseñanza del derecho... hacia su enseñanza crítica



Noelia Lomba*

Lo que se necesita es pensar al derecho de tal manera que sea posible entrar en él, criticarlo pero sin rechazarlo completamente, y manipularlo sin dejarse llevar por su sistema de pensamiento y funcionamiento.

(Kennedy, 2004: 131)

Introducción

A modo de corolario del seminario “La enseñanza del derecho desde una perspectiva crítica”, me propongo en el presente escrito recuperar las principales categorías analíticas y presupuestos epistemológicos que nos fueron ofrecidos y con los que –como docentes en la carrera de abogacía– se nos invitó a reflexionar en torno a las prácticas de enseñanza y de aprendizaje que motivamos en las aulas.

En los encuentros del curso, hemos podido poner en valor el siempre necesario arte de enseñar, que es, como diría Galeano “enseñar a dudar” (2011: 208). Así, pudimos concluir en que educar es, ineludiblemente, un acto político que exige ser cuestionado y repensado. Por ello, en esta oportunidad, profundizaré el análisis con base en algunos fragmentos de recursos que considero oportunos para

* Docente UNPAZ.

aproximarnos a una forma crítica de enseñar ciencias jurídicas: la música, las artes visuales, la literatura y el cine, con los que, entiendo, será viable apartarnos en buena medida de las lógicas tradicionales del saber disciplinar y aventarnos a presagiar una suerte de retaguardia, de trinchera para la construcción colectiva y crítica de conocimiento en el derecho.

Para ello, *a priori*, resultará necesario advertir que, de dar este salto, los desafíos son múltiples. Podemos permanecer en las formas conocidas, en las que nos sujetamos a una confortable posición explicativa, conservadora y obsecuente, siendo nuestro modo depositario, burocrático y aleccionador; o bien, atrevernos a una posición comprensivista, liberadora y crítica, acercando nuestro modo a un perfil constructivista, creativo y emancipador. Esto compromete en nosotros algo más que reproducir normas, manierismos y universalidades que refuercen la jerarquización y sosieguen todo espíritu de subvertir el orden prominente. Nos interpela a repensar y repensarnos para que la construcción colectiva de conocimiento y conciencia se materialice.

Así, nos urge motivar la inquietud, la pregunta, la incertidumbre que derivan del caos, de la creatividad y de la disrupción que anidan, por ejemplo, en el cine, la literatura, la pintura y la música con fuerza y naturalidad... de allí, el arte. El que se manifiesta contrapuesto a la ficción de orden que pregona el derecho y del que es saludable reconocer que puede utilizarse para un abordaje crítico del mismo, sin yuxtaponerlo, ni sujetándose a sus parámetros, sino desde una vinculación dialéctica en la que cada disciplina aporte lo mejor de sí, para generar la ruptura, para develar el sentido, para descifrar la simulación del sistema jurídico como inmanencia con pretensa irresistibilidad.

Entonces, es interesante recordar que podemos promover si no nuevas, renovadas o hasta resignificadas formas de producir conocimiento colectivo y que, para que estas sucedan, develar lo paradójico e instalar la sospecha resulta fundamental.

“Nuestro amo juega al esclavo”

En 1990, modelo neoliberal mediante, en una Argentina anestesiada por los lujos de la fanfarria televisiva, al tiempo que, adolecida por los crímenes de la dictadura, Patricio Rey y sus redonditos de Ricota, enunciaban:

Nuestro amo juega al esclavo

De esta tierra que es una herida

Que se abre todos los días

A pura muerte, a todo gramo

Violencia es mentir

Esta estrofa, como recurso, nos permite invitar a reflexionar acerca de los que considero son los dos presupuestos epistemológicos más relevantes y operativos para una enseñanza crítica del derecho: la función paradójica del derecho y la sospecha como punto de partida.

Y así, en torno al primero, podremos, por ejemplo, al interior de una clase, ofrecer como disparador la cita siguiente:

El soberano es el legislador, el que nombra los Consejos, controla las doctrinas y las opiniones, reparte las recompensas y los castigos. Dueño de la espada de la guerra en el gesto en que la levanta, levanta la espada de la justicia, la *jus gladii*, y se erige a una en injusticiable y amo de la ley (Marí, 1986: 94).

Y en su contexto, preguntarnos: ¿nuestro amo juega al esclavo? ¿Puede serlo? ¿Quién es amo? ¿Quién es esclavo? ¿Es nuestro o somos de él? ¿Podremos sujetarlo?, y un sinnúmero de interrogantes más que se derivan de esta doble cara de una misma moneda que el ordenamiento jurídico, y sus operadores son sometimiento y liberación, permanencia y cambio. Muchas veces amo... en ocasiones esclavo... siempre mentiroso...

Por ello, la sospecha como punto de partida nos acerca a sembrar la inquietud respecto de las bondades del derecho y a pensar por qué un mecanismo diseñado para la regulación de la convivencia humana en aras de la paz se establece, se ejerce y se valida, en buena medida, mediante la coerción legitimada por el monopolio de la violencia que detenta el Estado.

La fuerza es el elemento constitutivo del poder, el que lo produce, pero la fuerza o la violencia se frustraría de no articularse en dispositivo con el discurso del orden y el imaginario social, que constituyen las condiciones de reproducción del poder producido, los garantes de la continuidad del poder conquistado o instituido con base en la fuerza (Marí, 1986: 96).

En este sentido, un tercer supuesto nos indica que el derecho es una práctica social de naturaleza discursiva, se refuerza entonces la diada: mentir es violencia y *violencia es mentir*. Con esta metáfora podremos motivar a los estudiantes a evidenciar en su cotidianeidad cuántas violencias perpetran las instituciones, las corporaciones y la ciudadanía en general en nombre del derecho. Podrán advertirlas, algunas raudamente, otras se presentarán con mayor opacidad. Quienes se hayan sentido esclavos de alguna de ellas, muy probablemente se aventuren en la tarea, siempre inacabada, de abogarlas. Buscarán cercar al amo, asaltar el poder, tomar lo que es suyo o vuestro, pero... ¿podrán no convertirse en amo también?, o la revolución que han promovido terminará por devorarlos.

Figura 1. Saturno devorando a sus hijos.



**Goya, F. (1819-1823). Saturno devorando a sus hijos [Pintura].
Museo Nacional del Prado, Madrid.**

La obra de Goya, resulta un baluarte fundamental a la hora de reflexionar en torno al derecho; es así que con ella podremos abordar otros dos presupuestos epistemológicos: la necesidad de un enfoque multidisciplinario y transdisciplinario para estudiar los fenómenos jurídicos, frente al agotamiento de los paradigmas propios del iusnaturalismo y el iuspositivismo.

A partir del primer supuesto, será posible proponer a los estudiantes interpretar dicha obra en el contexto histórico y sociocultural en el que fue dada a luz, en la extensión de su significado, mensaje y simbologías, para introducirles luego a un análisis jurídico crítico de la misma.

Y es que desde el enfoque de diversas disciplinas de las ciencias sociales que, agregada o desagregadamente, nos aproximen a un mejor abordaje de la cuestión, se meritúa lo que las corrientes críticas del derecho nos advierten, que, para comprender la complejidad de la interacción humana, resulta imprescindible un estudio integral y situado.

Así, los estudiantes utilizarán la historia para comprender la coyuntura en que un crimen tal pudo suscitarse, como así también el contexto en que el artista lo retrata y la sociología y la ciencia política para cavilar acerca de cómo se adquiere y se sostiene el poder. La psicología social, por su parte, podría arrojar luces respecto de un Saturno que devora a sus hijos para evitar ser derrocado, perpetuándose

ilegítimamente en el poder, con base en un miedo y violencia que paralizan. Entre otras, que se pueden ofrecer al grupo clase para profundizar sus conclusiones.

Posteriormente, resultará factible, entonces, invitarles a realizar, respecto de la conducta del dios Saturno, un juicio, al estilo del propuesto por Carlos Nino en *Introducción al análisis del derecho* y que adviertan con él, el agotamiento del iusnaturalismo y el iuspositivismo para el abordaje de un fenómeno tan complejo y extremo como este.

Incluso, como instancia superadora, se podrá motivar una mirada desde el realismo y, más aún, desde las corrientes críticas del derecho, con lo que terminarán por develar el sentido y lenguaje que la obra implica.

Todo ello a fin de comprender que, lejos de forzar un anacronismo, es posible evidenciar desde este lienzo rupturas aunque también continuidades en el orden, dispositivos de poder y discursos vigentes, que hacen que lo que se pretende como revolución muchas veces siga devorando a sus hijos y que todo aquel que busque subvertir el orden, tal vez, deba aceptar, al menos en parte, subsumirse a él.

El camino hacia la emancipación del conocimiento, hacia la construcción de nuevas epistemologías contraeurocéntricas, de corrientes críticas que partan de potenciar y transformar sin destruir, se nutre de los presupuestos anteriormente desarrollados. Mas también de otros que buscaré imbricar, con los dos últimos recursos que, a título de posibles y ejemplificativos, utilizaría en alguna clase: una pieza literaria para vincularla con la complejidad que subyace al derecho y una escena de cine para relacionarlo con el presupuesto que considero cuenta con mayor trascendencia y presencia en el ordenamiento jurídico: la opacidad.

“Emma Zunz” y el complejo laberinto de la verosimilitud

La historia era increíble, en efecto, pero se impuso a todos, porque sustancialmente era cierta. Verdadero era el tono de Emma Zunz, verdadero el pudor, verdadero el odio. Verdadero también era el ultraje que había padecido; sólo eran falsas las circunstancias, la hora y uno o dos nombres propios (Borges, 1949: 26).

Una interesante reflexión en torno a la complejidad del derecho, en general, y a la construcción de verdad y legitimidad en aras de la legalidad o de la verosimilitud con objeto de evadirla puede esgrimirse a partir de la lectura y estudio de la historia de “Emma Zunz”. Un cuento que evidencia, con exquisitez literaria y discursiva, cómo a través de la complejización de un relato es posible crear una “verdad” jurídica ad hoc. Y es que, como bien afirman las corrientes críticas,

el concepto de complejidad aparece estrechamente vinculado al concepto de derecho. André Arnaud sostiene que, siendo la toma de decisión el centro de gravedad tanto del derecho como de la complejidad, una teoría de la decisión jurídica debe abordarse desde la teoría de la complejidad (Cárcova, 2009: 263).

Será posible interpelar a los estudiantes a adentrarse en los detalles del lenguaje, del discurso minucioso que elabora Emma para lograr nexos de causalidad que se presentan verosímiles, mas no verdaderos y por los que podría obtener la validación de un conjunto social y hasta la legitimación e inculpabilidad por parte de un sistema jurídico.

Advertirán que, siendo el derecho una práctica de naturaleza discursiva, tanto es posible que en manos de los poderosos el lenguaje se torne opaco, ininteligible y obsecuente a los fines de la dominación y la reproducción de las desigualdades sociales, como en manos de los vulnerables puede resultar claro, comprensible y configurar un arma para sortear las injusticias derivadas de la ley en su aplicación más universal. Aun cuando injusto pueda resultarle también a algunos estudiantes el crimen perpetrado por la protagonista...

“Wakolda” y la opacidad de la ley

La película *Wakolda*, inspirada en la novela homónima de Lucía Puenzo (2011), constituye un importante recurso para pensar la opacidad del derecho a la luz, valga la paradoja, de hechos que se suscitan en otro contexto histórico-político, con normas jurídicas en su esencia más positivas, distintas de las actuales, pero igualmente opacas...

Lilith: No debería estar hablando con usted, tengo prohibido hablar con extraños.

Mengele: Entonces nos despedimos.

Lilith: Mi mamá me dice que alcanza con que algo esté prohibido para que yo lo haga.

Mengele: y ¿es verdad?

Lilith: Casi, hay cosas que da igual que no estén prohibidas.

Mengele: ¿Hablarías conmigo?

Lilith: Creo que sí.

Mengele: ¿Crees? Pero no estás segura.

Lilith: Sí, estoy segura.

—Puenzo, L. (2013). *Wakolda* [Película]. [Basada en la novela de Lucía Puenzo]

El diálogo anterior, como tantos otros riquísimos y fotogramas suspicaces con que cuenta esta pieza del cine argentino, nos permiten, sin dudas, reflexionar también sobre algunas dicotomías asociadas a la opacidad: convicción/prohibición, verdad/verosimilitud, motivación en la norma/coerción, universalidad/singularidad, legalidad/legitimidad y humanidad/deshumanización, entre otros. Estas pueden ofrecerse a los estudiantes como desafíos, en los que pequeños grupos representen cada uno de los extremos y defiendan argumentalmente la preeminencia de su idea respecto de su antagonico.

De este ejercicio, posiblemente se desprendan algunas conclusiones que desarrollaré en adelante y que se asemejan a las que estudiantes de nivel medio y superior pudieron arribar en las oportunidades que propuse la actividad más arriba mencionada.

Respecto de la opacidad del derecho y sus diadas, podremos decir que, en la película, se evidencian a partir de las tensiones que tienen lugar entre lo que resulta legal e ilegal, legítimo e ilegítimo y moral e inhumano y en qué medida los protagonistas conocen y desconocen esto o fingen hacerlo o no hacerlo.

Así también, lo inaccesible que se torna, en esa coyuntura histórico-política dictatorial, configuración sociofamiliar conservadora y alejada geografía, el acceso a comprender lo que resulta justo o injusto por la complejidad del lenguaje jurídico; y lo imposible que se torna buscar la aplicación de la ley con transparencia frente al uso oscurantista y criminal de la medicina y la ciencia por el médico nazi. Sumado a ello, la cobertura jurídica que ofrecen los dispositivos de poder anclados en aquel entonces que reforzaban una inconsistente y desigual aplicación de la ley, en detrimento de los más vulnerables.

Finalmente, la opacidad trasciende en el tiempo y espacio, pues, si bien en democracia muchos de los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos en el orden nacional e internacional resultaron juzgados, tantos otros quedan aún en la sombra... en la opacidad.

Conclusión

Al concluir este trabajo de reflexión y dados algunos de los posibles recursos que nos sugiero como docentes en ciencias jurídicas, advierto que aun cuando no todos los presupuestos epistemológicos y categorías analíticas trabajadas en el curso se hayan podido recuperar en este escrito, en él encontramos algunas oportunidades para avanzar de la crítica a la enseñanza del derecho hacia su enseñanza crítica.

Con él nos hemos adentrado en algunas de las lógicas endógenas del derecho y observado cómo se exteriorizan o subyacen en las diversas realidades sociales ayer y hoy, aquí y allá. Lo criticamos sí, aunque —si se acepta el uso peyorativo— “constructivamente”. Además, concretando la premisa inicial, a decir de Kennedy (2004) nos atrevimos a desafiar las formas en que se piensa y hasta funciona el derecho, cuestionándolo como práctica de naturaleza discursiva y repensándolo, a los fines educativos, con pedagogías renovadas desde la música, las artes visuales, la literatura y el cine.

Y es que, como postulaba Boaventura de Sousa Santos (Santos, 2010; Duquelsky, 2020) para concretar el proyecto emancipatorio, aquel que la modernidad no pudo alcanzar, será necesario, para vencer

la racionalidad cognoscitiva e instrumental de la ciencia y la técnica, resignificar la moral y prácticas del derecho, como así también la dimensión estética y expresiva de las artes y la literatura... Este último es el camino al que nos invito.

Referencias bibliográficas

- Borges, J. L. (1949). Emma Zunz. En *El Aleph*. Buenos Aires: Losada.
- Caputo, J. P. (2023). Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho. Un aporte para su construcción. *Ab -Revista de Abogacía*, (12)
- Cárcova, C. (2009). Derecho y complejidad. En *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Duquelsky Gómez, D. J. (2020). Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano. Recuperado de https://repositoriosdigitales.mincyt.gob.ar/vufind/Record/SEDICI_200fa673ed348ac8946fc4a351cdde55
- Galeano, E. (2011). *Los hijos de los días*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Kennedy, D. (2004). La educación legal como preparación para la jerarquía. Recuperado de <https://duncankennedy.net/wp-content/uploads/2024/01/la-educacion-legal-como-preparacion-para-la-jerarquia.pdf>
- Marí, E. E. (1986). Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (3).
- Nino, C. S. (2013). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aire: Ariel.
- Patricio Rey y sus Redonditos de Ricota (1990). Nuestro Amo Juega Al Esclavo. En *¡Bang! ¡Bang!... Estás Liquidado*.
- Puenzo, L. (2013). *Wakolda* [Película]. [Basada en la novela de Lucía Puenzo].

Corrientes críticas del derecho y perspectiva de género

Una propuesta didáctico-pedagógica para interpelar el discurso jurídico



*Karina Andrea Russo**

Introducción

El presente trabajo final del seminario de formación docente parte de una selección bibliográfica y análisis de las corrientes críticas del derecho con anclaje en la perspectiva de género, para desarrollar una propuesta didáctico-pedagógica de praxis docente, con el fin de interpelar el discurso jurídico hegemónico y las prácticas que de ello se derivan.

Para encuadrar este propósito, es necesario señalar que el derecho, como conjunto de normas y principios rectores que regulan conductas y convivencias, es también un reflejo del entramado social que sostiene esas normas y una herramienta de construcción y reproducción de las relaciones de poder. Weber (1921/22) advertía que el Estado organiza, reproduce y estratifica las relaciones desiguales de poder utilizando la burocracia y la creencia en su racionalidad y legitimidad formal. A esa noción Bourdieu (1989) la profundiza sosteniendo que el derecho no es un espacio neutro, sino un campo de fuerzas donde se disputan y legitiman formas de capital simbólico contribuyendo a la reproducción de desigualdades sociales y a la consolidación de un orden que, a menudo, invisibiliza y margina ciertas experiencias.

Esta reproducción se comprende en su dimensión sexo-genérica mediante los aportes de Joan Scott (1986) en cuanto a la generización de las estructuras institucionales, subrayando al género como una

* Docente UNPAZ.

categoría constitutiva de las relaciones de poder que se integra intrínsecamente en las propias instituciones estatales y jurídicas, marcando que no hay neutralidad y destacando su rol fundamental en la significación de las jerarquías.

Históricamente la enseñanza del derecho se presenta como un saber técnico, objetivo y universal, despojado de su dimensión política y de su inherente capacidad para generar y perpetuar desigualdades. En este sentido, Kennedy (1990) hace referencia al modo en que la pedagogía jurídica tradicional reproduce activamente las jerarquías sociales y profesionales.

Ante este estado de la situación, la labor docente universitaria adquiere una relevancia fundamental, para promover el pensamiento crítico y situado, con pedagogías que interpelen los viejos paradigmas “bancarios” al decir de Freire (1970); que busquen subsanar los “olvidos” (Semeria, 2020); que habiliten escuchas no hegemónicas para superar “sorderas selectivas” (Russo y San Martín, 2022) y que finalmente generen oportunidades de darle voz a quienes no siempre acceden a ello.

Para alcanzar el objetivo, el estudio se estructura del siguiente modo: en primer lugar, se presentará un marco teórico conceptual que aborda las bases de las corrientes críticas del derecho y la relevancia de la perspectiva de género en el análisis jurídico; luego se hará mención particular al discurso jurídico y a la pedagogía crítica. A posteriori, se desarrollará la propuesta didáctico-pedagógica de aplicación en la praxis docente, aplicada específicamente a la materia Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos¹ (MARC), analizando cómo estas herramientas pueden convertirse en espacios de agencia y empoderamiento. Por último, se ofrecerán algunas conclusiones.

La inscripción de este trabajo en el Seminario resulta pertinente para el aporte a una reflexión acerca de la importancia de la enseñanza crítica del derecho en la formación de profesionales comprometidos con la justicia social y con la perspectiva de género.

Marco teórico y conceptual de las corrientes críticas del derecho y aportes de la perspectiva de género

En este estudio se considera al género como una categoría central que organiza las relaciones de poder. Esta posición política, constituye el marco para la reflexión. Al respecto, Joan Scott considera que la definición de género reposa en la articulación de dos presupuestos: el primero “es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos”, y el segundo “el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder” (1986: 23). En la primera parte de ese enunciado quedan incluidas las nociones de sus cuatro elementos, los símbolos de las que se inferen representaciones culturales; el aspecto normativo por el que se limitan esos símbolos; la política, las instituciones y organizaciones sociales y, en último lugar, la identidad subjetiva. El segundo presupuesto alude especialmente a las relaciones de poder y sus interrelaciones, señalando que esta

¹ La materia se encuentra en el segundo año de la carrera, en la que soy docente a cargo del aula y cuya titular es la Dra. María Evangelina Trebolle.

categoría se encuentra no solamente en la construcción del poder, sino en la misma concepción. Continúa refiriendo que el género es una parte fundamental de la “organización de la igualdad o desigualdad” y que en las estructuras se permean los imaginarios que subyacen de la relación entre varón mujer y las jerarquías que se le asignan a esta relación. Esta jerarquización de género tiñe las estructuras estatales e institucionales de género, lo que deviene en estructuras generizadas que no son neutrales, sino que, por el contrario, reproducen esas desigualdades en todas sus dimensiones. Esta organización relacional del poder se plasma en el campo jurídico como corpus ideológico que legitima desigualdades, estructura jerarquías, modela subjetividades profesionales y articula el análisis de las corrientes críticas del derecho.

Las corrientes críticas del derecho se integran con distintos enfoques que interpelan los paradigmas y los constructos sociales del derecho, su neutralidad, objetividad y analizan las relaciones de poder. En palabras de Carlos Cárcova (2000), la teoría crítica del derecho es “un conjunto de problemáticas consistentemente enlazadas, pero abiertas” (p. 3). Sostiene que el sentido común contribuye a la naturalización de inequidades que benefician la hegemonía, operando el derecho como discurso de poder en la construcción de sentidos. Señala que en la opacidad del derecho se oculta la naturaleza de las relaciones de poder, en la que se ampara la “función paradójica” en tanto el derecho, si bien se presenta como un sistema de reglas neutrales que garantizan la igualdad, al ocultar los conflictos y las desigualdades, sirve como un instrumento de conservación del poder y, al mismo tiempo, ese discurso jurídico puede ser utilizado por los grupos oprimidos para cuestionar las relaciones de dominación y para exigir sus derechos. En concordancia con esa mirada, Alicia Ruiz (2020) apunta que el discurso del derecho es un “discurso social específico y performativo que se vincula con política, el poder, la ideología”. La autora aborda la dimensión de género al afirmar que al ser un discurso situado “contribuye a la legitimación y consolidación de estereotipos, formas de discriminación y violencia de género o a su puesta en crisis” (p. 4), lo que exhibe su función paradójica en cuanto, por un lado, reproduce las condiciones de desigualdad y, por el otro, las interpela buscando corregirlas a través del derecho.

Juan Pablo Caputo (2023) propone una sistematización epistemológica que permite mapear algunos ejes de encuentro en el trabajo de autores que se enmarcan en estas perspectivas en Argentina, con el objeto de promover una escuela de pensamiento autónoma. Las juristas Malena Costa Wegsman² y Alda Facio incorporan la perspectiva de género; la primera en cuanto sistematiza y analiza las tensiones que se producen entre la igualdad sustantiva y formal (Costa Wegsman, 2015), y por su parte Facio (1999) al cuestionar al “hombre universal” como sujeto de derecho, denunciando al patriarcado y a su imbricación en la estructura legal. Por último, Enrique Duquelsky (2020) incorpora una matriz de análisis que sirve de metodología y de guía para una lectura crítica del derecho.

Los aportes de las y los juristas mencionados se articulan y comparten la crítica a la racionalidad del derecho como paradigma objetivo, destacando que este reproduce desigualdades. En esa línea, Cárcova, las autoras Facio y Ruiz, además, le suman la dimensión de género a esta crítica. Todos los

2 La incorporación de más autoras mujeres responde a dos motivos, el primero enriquecer la mirada con otros aportes y el segundo, equilibrar la paridad autoral.

autores coinciden con las aristas de la filosofía de la sospecha, al señalar que el derecho, con su carácter conservador, perpetúa opresiones y no es neutro. Esta visión lleva también a la desconfianza en la “corporación judicial”, la que es percibida como un grupo de agentes políticos que operan bajo el manto de funcionarios.

En cuanto al activismo, Cárcova, Caputo, Costa Wegsman, Facio y Ruiz lo consideran fundamental para el cambio social. En esta línea, las autoras introducen la idea del “juzgar con perspectiva” como una manifestación crucial de este activismo para garantizar derechos.

Con miras a enriquecer este debate, Fraser (2008) aporta una estructura analítica, “Las 3 R”, que organiza y profundiza la crítica al derecho, en la que sus categorías se entienden como interdependientes. En este sentido, el Reconocimiento, que aborda las injusticias culturales y simbólicas, se articula con la denuncia al “hombre universal” como sujeto de derecho y a los discursos que perpetúan estereotipos de género, ya que implica operar contra la invisibilización de las identidades detrás de ese sujeto universal. A su vez, la Redistribución, entendida como la lucha contra las desigualdades socioeconómicas, se conecta directamente con la crítica a la racionalidad del derecho, que naturaliza y reproduce las inequidades. Finalmente, la Representación, es decir, la capacidad de participación e incidencia política de los grupos oprimidos encuentra su correlato en la desconfianza en la “corporación judicial” y en la propuesta de un activismo que incluya el “juzgar con perspectiva” para garantizar que las demandas de los grupos excluidos sean escuchadas.

Esta interlocución, construida con los aportes de las y los autores enunciados, en concurrencia con el enfoque de género como punto de partida, permite develar desigualdades sistémicas y desmontar la supuesta neutralidad, tal como refiere Scott (1986). El género como categoría analítica obra como herramienta para interpelar la visión androcéntrica del mundo que se refleja en las instituciones y que invisibiliza a las mujeres como sujetas de derecho. Este ejercicio habilita la indagación sobre el discurso jurídico como dispositivo que perpetúa las injusticias.

El discurso como articulador de la teoría y la pedagogía

El marco teórico de las corrientes críticas nos demuestra la función paradójica del derecho en tanto instrumento de poder y al mismo tiempo, un terreno de disputa. Esta visión crítica, además, incorpora la perspectiva de género para visibilizar las subordinaciones que se construyen en base a este.

En este sentido, es viable pensar que la clave para interpelar esa realidad puede hallarse en la deconstrucción del discurso jurídico.

El discurso jurídico como tal no se construye como lenguaje neutral, sino que contiene sesgos, que construye, legitima y reproduce relaciones de poder, un punto central en la perspectiva de Joan Scott.

En esa línea, el aporte de Enrique Warat (1976) introduce la semiótica como la teoría general de los sistemas de signos y la comunicación. Se divide en tres partes: sintaxis (relación de signos entre sí),

semántica (relación de signos con objetos) y pragmática (relación de signos con sus usuarios). El autor destaca la pragmática como crucial para el derecho, porque expone el ingrediente ideológico de las normas jurídicas y critica el dogmatismo legal que perpetúa el statu quo y las desigualdades.

En concordancia, el trabajo de Gonzalo Semeria (2020) refiere sobre acerca de los “olvidos” del derecho que este se define por lo que incluye en sus códigos y sentencias y de forma más significativa, por lo que silencia o ignora. Estos olvidos no son accidentales ni producto de una negligencia, sino que son operaciones de la hegemonía, sostiene “los olvidos, lejos de ser causados por el azar o la sobreabundancia de información, responden a un mecanismo arbitrario de recorte y selección, de configuración y de represión” (p.10). Estas operaciones son deliberadas y tienen la función de marginar y “expulsar” del campo jurídico a aquellos sujetos, conflictos y experiencias que no encajan en la narrativa oficial, en el caso puntual que el autor aborda, al peronismo como movimiento que representaba a parte del pueblo. Es en este punto donde el derecho, al legitimar ciertos relatos y dejar a otros en la oscuridad, se convierte en un instrumento de poder.

Resulta interesante, por tanto, el aporte de la categoría “sordera selectiva” de Russo y San Martín (2022) para ilustrar estos procesos en la práctica profesional. Si bien las autoras la desarrollan en el ámbito del modelo médico hegemónico, el concepto es directamente extrapolable al campo jurídico. La sordera selectiva es un mecanismo de poder que describe cómo el profesional, moldeado por el discurso hegemónico, está entrenado para “escuchar” priorizar, reconocer y validar exclusivamente las voces y experiencias que se ajustan a las categorías jurídicas preestablecidas. Este mecanismo de escucha parcializada funciona como un dispositivo de control que permite al sistema validar solo las realidades que son funcionales a su estructura, mientras que descarta o ignora las subjetividades y experiencias que no encajan en el relato dominante, impidiendo así un acceso pleno a derechos.

La comprensión de estos fenómenos habilita gestar modelos de praxis profesional que puedan desarticular las lógicas hegemónicas y garantizar una escucha activa, crítica y transformadora. Para ello, resulta indispensable que la formación de profesionales se fundamente en abordajes con pedagogía crítica, dotándolos de las competencias y habilidades necesarias para transformar esta realidad.

Pedagogía crítica en la formación de profesionales del derecho

A partir del recorrido que integró las corrientes críticas y el análisis del discurso del derecho, se instaura el desafío de producir transformaciones en los esquemas tradicionales de enseñanza-aprendizaje, con el fin de evitar modelos de formación que funcionen como herramientas que replican desigualdad.

Duncan Kennedy (1990) exponente del movimiento de Critical Legal Studies (CLS), entiende que el derecho y en particular su enseñanza son herramientas que replican esas subordinaciones sociales, dado que los métodos son capaces de transmitir conocimientos y de moldear idearios en torno al modelo de profesional “acrítico” que resulta funcional al orden dispar imperante. Agrega que la separación de la enseñanza teórica y la práctica profesional favorece a que esos estudiantes no incorporen

los conocimientos en forma integrada repercutiendo en sus competencias y que además la universidad como espacio social sostiene los escalafones jerárquicos que después se reproducen en su ejercicio profesional. Esto refuerza la idea de que la educación jurídica es, en sí misma, una herramienta de poder y control ideológico.

Ante esta crítica a los esquemas tradicionales de enseñanza-aprendizaje, la pedagogía crítica se presenta para articular el saber con la transformación social.

En este sentido, la figura de Paulo Freire (1970) es fundacional. Su “pedagogía del oprimido” representa un quiebre con el modelo de educación “bancaria”, en el que el estudiante es un receptor pasivo de información y el docente es “el dueño del saber”. Freire propone un proceso de “concientización” en el que a través del diálogo y la reflexión colectiva, los sujetos de la educación develan las estructuras de opresión y se convierten en protagonistas de su propia emancipación. El conocimiento no se deposita, sino que se construye en una relación horizontal que libera tanto a quien enseña como a quien aprende.

En consonancia con esa pedagogía que va más allá de la mera transmisión de contenidos, el aporte de Edith Litwin (2009) entiende que la enseñanza es un acto de creación, en el que se deben desarrollar distintos métodos que fomenten el aprendizaje significativo. Promueve el uso de la pregunta como herramienta de construcción del conocimiento y análisis crítico. Refiere que los estudiantes “aprenden más y mejor cuando participan activamente en la organización y búsqueda de relaciones entre la información nueva y la ya conocida y no sólo cuando reciben nueva información” (p. 102).

Señala Bauger (2018) que es necesaria la incorporación de la pedagogía crítica feminista como herramienta para deconstruir las relaciones de saber-poder que están presentes en la enseñanza del derecho. La autora argumenta que la educación jurídica tradicional reproduce y perpetúa estructuras de poder patriarcales, invisibilizando las experiencias y perspectivas de las mujeres y otras minorías. Plantea la necesidad de una reforma que atraviese los contenidos y las prácticas docentes, para que pueda llevarse a cabo un proceso de liberación y empoderamiento.

Esta corriente pedagógica se vuelve fundamental toda vez que tiene el potencial de dotar a los futuros profesionales de las herramientas para conocer la ley, para entender su función política y reconocer el poder de esta para reproducir la desigualdad sexo-genérica.

Llevar adelante la labor docente bajo estos postulados promoverá la visibilización de las desigualdades, mayor participación, escucha, y circulación de la palabra, al mismo tiempo que permitirá poner en valor la co-construcción colectiva de saberes.

Propuesta didáctico-pedagógica

Esta propuesta articula los ejes centrales del seminario, las corrientes críticas del derecho, el discurso jurídico, la pedagogía crítica y la perspectiva de género, con los contenidos curriculares de la materia y

su bibliografía específica. Entendiendo la práctica docente como un proceso dinámico y en constante revisión, los materiales enunciados funcionan como una muestra en ocasión de este trabajo.

Objetivo general de aprendizaje

Que los estudiantes logren analizar críticamente los discursos y así encuadrar y administrar conflictos desde una perspectiva que reconozca los sesgos y las dinámicas de poder mediante el desarrollo de una escucha profesional no hegemónica.

Materiales didácticos

Cortometraje “Mesa para 3”.

Obras de:

- Alfonsina Storni: “Tú me quieres blanca”, “Hombre pequeñito”.
- Clarice Lispector: “La imitación de la rosa”, “Amor” y “Felicidad clandestina”.
- Jorge Luis Borges: “Tres versiones de Judas”.
- Byung-Chul Han: Capítulo “Escuchar”.

Modalidad de trabajo

Abordaje transversal y espiralado desarrollado en formato taller

La iniciativa se orquesta en torno al cortometraje “Mesa para 3” que de manera transversal funciona como hilo conductor y atraviesa toda la planificación. Las unidades didácticas del programa (Conflicto, Comunicación, Negociación y Mediación) se desarrollarán de forma espiralada. Esto implica que, en cada etapa de la cursada, se volverá a analizar el corto con una nueva capa de lectura; ello permitirá a los estudiantes profundizar progresivamente en las aristas y matices del caso y de sus protagonistas, comenzando por la simple identificación del conflicto hasta una propuesta de mediación que incorpore la perspectiva crítica.

Asimismo, para potenciar este enfoque, los cuentos y poesías se utilizarán como disparadores para generar debates y abrir la reflexión sobre temáticas que atraviesan el conflicto y las condiciones de posibilidad de las personas que los atraviesan. La obra de Borges servirá para problematizar la noción de la verdad única. El capítulo de Byung Chul Han dará las herramientas para entender la dimensión política de la escucha y en ese camino incorporar los silencios, las invisibilizaciones, los sesgos, la escucha activa. Por su parte, la literatura de Storni y Lispector habilitará el ingreso a mundos que no

siempre son observados o tomados como referentes. Esta inclusión permitirá visibilizar las dinámicas relacionales de género y las subjetividades silenciadas.

Los contenidos se presentan como tejidos de ideas y prácticas “en construcción” que preparan a los estudiantes para una futura praxis profesional reflexiva, inclusiva y transformadora.

Algunas reflexiones

El análisis de las corrientes críticas del derecho, articulado desde la decisión política con la perspectiva de género, permitió identificar que el sistema jurídico está generizado, no es neutral, opera con sesgos y funciona como reproductor de las relaciones desiguales de poder, que originan inequidades.

Esto se replica en el discurso jurídico que se torna hegemónico y excluyente en donde se suscitan “olvidos” y se producen omisiones, que se manifiestan en la práctica profesional como una “sordera selectiva” que excluye experiencias y voces no normativas y abyecta otredades. Estas circunstancias ameritan que desde la enseñanza del derecho se promuevan modelos y pedagogías y una praxis docente capaces de interpelar esos discursos expulsivos.

Con esta premisa, se elaboró una propuesta didáctico-pedagógica para estudiantes de la materia Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, que busca dotarlos de perspectiva de género, escucha profesional no hegemónica, pensamiento crítico y situado para deconstruir las lógicas discursivas excluyentes. Al ofrecer esta propuesta, se busca contribuir a la formación de futuros profesionales comprometidos en transformar las estructuras de desigualdad que operan en el campo del derecho y utilizarlo como un instrumento para la justicia social.

Referencias bibliográficas

- Bauger, E. S. (2018). Una pedagogía crítica feminista para desarticular las relaciones de saber-poder en las prácticas de enseñanza del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho*, 13(2), 1-28.
- Borges, J. L. (1944). Tres versiones de Judas. En *Ficciones*. Buenos Aires: Sur.
- Bourdieu, P. (1989). *La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Caputo, J. P. (mayo de 2023). Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho. Un aporte para su construcción. *Ab Revista de Abogacía*, (12), UNPAZ.
- Cárcova, C. (2009). ¿Hay una traducción correcta de las normas? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, (4).
- Cárcova, C. M. (2000). Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. Manuscrito no publicado.

- Costa Wegsman, M. (2015). La igualdad sustantiva y la igualdad formal: un análisis feminista del derecho. Colección “Género y Derecho” de la Defensoría del Pueblo de la Nación.
- Duquelsky, D. J. G. (2019-2020). Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano. *Revista Derechos en Acción*, 5(14). <https://doi.org/10.24215/25251678e383>
- Facio, A. (1999). Cuando el género suena, cambios trae. San José, CR: LOM Ediciones.
- Fraser, N. (2008). Escalas de justicia. Madrid: Ediciones Morata.
- Freire, P. (1970). *Pedagogía del oprimido* (caps. 1 y 2). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- García Company, Á. y Ribera, M. (Dirs.) (2022). *Mesa para 3* [Cortometraje]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=QO2ofDkch1w>
- Han, B. C. (2017). Escuchar. En *La expulsión de lo distinto*. Barcelona: Herder Editorial.
- Kennedy, D. (1990). The political significance of the classroom. Chicgo, Il: University of Chicago Press.
- Lispector, C. (1960) La imitación de la rosa y Amor. En *Lazos de Familia*. Río de Janeiro: Francisco Alves Editora.
- Lispector, C. (1971). *Felicidad clandestina*. Río de Janeiro: Francisco Alves Editora.
- Litwin, E. (2009). El oficio de enseñar. Condiciones y contextos. Buens Aires: Paidós.
- Ruiz, A. (2020). El derecho como discurso: una mirada crítica desde la perspectiva de género. Buenos Aires: Editorial Teseo.
- Russo, K. A. y San Martín, M. E. (2023). La “sordera selectiva” como mecanismo para desoír la diversidad. En Ministerio de Mujeres y Diversidad de la Provincia de Buenos Aires, III Congreso Violencia Política y de Género: Desafíos de la Democracia. Compilación (pp. 59-62). Ministerio de Mujeres y Diversidad de la Provincia de Buenos Aires.
- Scott, J. W. (1986). El género: una categoría útil para el análisis histórico. *Historical. Review*, 91(5), 1053-1075.
- Semeria, G. G. (enero-junio de 2020). El discurso jurídico y sus “olvidos”. O de por qué nos “olvidamos” del Decreto N° 29.337 de 1949. *Revista Ucronías*, (1).
- Storni, A. (1919). Tú me quieres blanca y Hombre pequeñito. *Irremediabilmente*. Buenos Aires: Sociedad Cooperativa Editorial Limitada.
- Warat, L. A. (1976). *El derecho y su lenguaje: elementos para una teoría de la comunicación jurídica* (caps. 2, 3 y 4). Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales.
- Weber, M. (1921/1922). *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.

Los decretos delegados, la voluntad del legislador y la supremacía constitucional



*Maximiliano Werner**

Resumen

Este trabajo analiza los lineamientos constitucionales fundamentales para el estudio de un decreto delegado, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional Argentina.

Para ello, se estudiarán las herramientas hermenéuticas surgidas de los precedentes más salientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativos al tema de estudio y su valoración en doctrina.

Finalmente, se aportarán conclusiones acerca de la interpretación de la voluntad del Congreso Nacional, los objetivos allí planteados y las cuestiones clave que deben considerarse para determinar la validez constitucional de un decreto delegado en el caso concreto.

Palabras clave

decretos delegados - delegación legislativa - bases legislativas

* El autor es abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires (2015), maestrando en la Universidad Torcuato Di Tella, de la Maestría en Derecho Tributario [Tesis en elaboración]. Docente de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional del Oeste y en la Universidad EAN. Se desempeña como secretario del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 10.

Abstract

This paper analyzes the fundamental constitutional guidelines for the study of a Delegated Decree, as established in Article 76 of the Argentine National Constitution. To this end, it examines the interpretative tools derived from the most significant precedents of the Supreme Court of Justice of the Nation on this topic, along with their evaluation in legal scholarship. Finally, it offers conclusions regarding the interpretation of the National Congress's intent, the objectives set forth therein, and the key issues that must be considered to determine the constitutional validity of a delegated decree in a specific case.

Keywords

delegated decrees - legislative delegation - legislative guidelines

En este trabajo, propongo algunas reflexiones sobre las facultades legislativas del Poder Ejecutivo Nacional (CN 1994, art. 76) y la voluntad del legislador en el contexto de la división de poderes, cuando la validez constitucional de un decreto delegado es sometida al control parlamentario o judicial.

En primer término, se realizará una breve reseña del marco normativo de los decretos delegados (DD).

Luego, a través de algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), se analizarán las pautas consideradas para interpretar la voluntad del legislador y evaluar el cumplimiento de sus requisitos constitucionales, frente al estudio de un DD.

En tercer lugar, se reflexionará acerca de la tarea preservar la división de poderes y la supremacía constitucional, como una labor conjunta.

Finalmente, se aportarán conclusiones.

Consideraciones preliminares sobre los decretos delegados como decretos legislativos

Para comenzar, es útil tener presente que el artículo 76 de la Constitución Nacional (CN) dispone la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo Nacional (PEN), “salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca” (CN 1994, art. 76, 1º párrafo).

A su vez, fija que “la caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa” (CN 1994, art. 76, 2º párrafo).

Ello así, el artículo 100, inciso 12 de la Carta Magna, dispone entre las atribuciones del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo, la de “[r]efrendar los decretos que ejercen las facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente” (CN 1994, art. 100, inc. 12).

Por su lado, la Ley N° 26122 (Ley N° 26122, 2006) regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de decretos que dicta el PEN, en particular, de los decretos de necesidad y urgencia, por delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes (Ley N° 26122, 2006, art. 1º, incs. a, b y c).

La Delegación Legislativa está contemplada en el capítulo II, mientras que el trámite parlamentario de los Decretos de Delegación Legislativa se encuentra regulados en el capítulo IV del plexo legal.

De esta forma, la norma reza que las bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el PEN y que, dentro de los diez días del dictado de un decreto de delegación legislativa, debe someterlo a la evaluación de la Comisión Bicameral Permanente (Ley N° 26122, 2006, arts. 11 y 12).

Luego, la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento. En su dictamen, debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación y al plazo fijado para su ejercicio (Ley N° 26122, 2006, art. 13).

Por otra parte, además del trámite parlamentario de los decretos de delegación legislativa establecido en el capítulo IV, la norma regula que tienen plena vigencia de conformidad con lo establecido por el artículo 2º del otrora Código Civil. Esto implica que el decreto delegado adquiere obligatoriedad después de su publicación y si no designaran tiempo, después de los ocho días siguientes a su publicación oficial (Ley N° 26122, 2006, art. 2º y Código Civil de Vélez, 1871, art. 2º).¹

Si el jefe de Gabinete no remitiera el decreto delegado a la Comisión Bicameral Permanente, en el plazo de diez días establecido, se abocará a su tratamiento de oficio (Ley N° 26122, 2006, art. 18). En el plazo de diez días hábiles, debe expedirse emitiendo un dictamen acerca del decreto examinado, el que debe elevarse a cada una de las Cámaras; si no ocurriera en tiempo y forma, las Cámaras, de oficio, deben abocarse al expreso e inmediato tratamiento del decreto (Ley N° 26122, 2006, arts. 19 y 20).

Una vez que la Comisión eleva el dictamen correspondiente, ambas Cámaras, en Plenario, deben darle tratamiento pronunciándose mediante sendas resoluciones de manera expresa, en cuanto a su acepta-

¹ En la actualidad, dicho extremo debe leerse de acuerdo con los artículos 5 y 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, que declaman: “Vigencia: Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde que ellas determinen” y “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”, Código Civil y Comercial de la Nación [CCCN], Ley N° 26994 del año 2014, arts. 5 y 7, Promulgada el 08/10/2014 (Argentina).

ción o rechazo, lo cual debe ser comunicado a la otra cámara de manera inmediata y sus presidentes, al Poder Ejecutivo, para su inmediata publicación en el Boletín Oficial (Ley Nº 26122, 2006, arts. 21, 22 y 26).

En relación con las respectivas resoluciones de las Cámaras, cabe aclarar que no podrán introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del PEN, solo pueden expedirse sobre su aceptación o rechazo mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (Ley Nº 26122, 2006, art. 23).

Si ambas Cámaras rechazaran el decreto sometido a examen, este quedará derogado y a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia (Ley Nº 26122, 2006, art. 24).

Ulteriormente, es relevante destacar que la disposición transitoria Octava, referente al artículo 76 de la CN, establece que la legislación delegada preexistente [a la Reforma de 1994] que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley (CN 1994, Disposición Transitoria Octava).

Del análisis de la normativa citada, es posible concluir que la decisión del constituyente parte de la prohibición de la delegación legislativa como principio general, para luego determinar dos supuestos excepcionales: “materias determinadas de administración”² y de “emergencia pública” (Santiago, 2019).

Así, se observan cuatro límites expresos:

- 1) determinación por ley delegante de un plazo para el ejercicio de la facultad legislativa delegada.
- 2) necesidad de que el Congreso establezca las bases, es decir, fije la política legislativa a la que se ha de atener el Poder Ejecutivo en su actividad normativa.
- 3) refrendo obligatorio del jefe de Gabinete de los reglamentos delegados dictados por el presidente.
- 4) posterior control por parte de la Comisión Bicameral Permanente (Santiago, 2019)

Pautas para indagar la voluntad del legislador: las bases legislativas

Ahora bien, para pensar en las pautas fundamentales que traslucen la voluntad del legislador en el análisis de la validez de un DD en particular, es provechoso recordar que estos “son medidas legislativas pero que deben dictarse en forma excepcional, remitiéndose para ello a la intención y finalidad de la reforma constitucional de 1994” (Bestard, 2013: 176).

² La Ley Nº 25148 establece que por “materias determinadas de administración” se entenderá aquellas sobre: La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda entidad que le compete al Poder Legislativo fijar sus atribuciones. La fijación de las fuerzas armadas y las normas para su organización y gobierno; c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de Ministerios; d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo de la ejecución del régimen de coparticipación federal; e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso; f) Toda otra materia asignada al Poder Legislativo relacionada con la administración del país. (Ley Nº 25148, Delegación de Facultades, promulgada el 23/08/1999, art. 2º).

A su vez, es fundamental tener en cuenta que la jurisprudencia aporta herramientas hermenéuticas significativas para establecer si un DD se ajusta al carácter excepcional asignado por la ley fundamental, a los requisitos emergentes de los artículos 76, 100 inciso 12 de la CN y al procedimiento especial determinado por la Ley N° 26122.

En efecto, del precedente “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”,³ surgen valiosas directrices para realizar un *test* de validez adecuado.

El caso mencionado llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como consecuencia del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional en contra de la sentencia dictada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

El fallo de la Sala V confirmó lo decidido en primera Instancia, que había hecho lugar al amparo promovido por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y declarado que quienes ejercen la abogacía en favor del Estado nacional, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, están obligados a cumplir con la Ley N° 23187. En tal sentido, el pronunciamiento recurrido concluyó que eran inválidos los artículos 3° y 5° del Decreto N° 1204/01, en la medida que pretendía relevar a los abogados del Estado de la obligación de inscribirse en la matrícula profesional y pagar el bono de derecho fijo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley N° 23187.

La decisión recurrida estableció que el presidente no se encontraba habilitado por el Congreso para dictar disposiciones de carácter legislativo contrarias a la Ley Nacional N° 23187. Decidió que, tal autorización, no se hallaba sostenida por el artículo 1° inciso f) de la Ley N° 25414 de delegación de atribuciones legislativas y emergencia pública, pues no se había demostrado en qué afectaría la eficiencia de la administración que los abogados pertenecientes al cuerpo de abogados del Estado cumplieran con la obligación legal de matricularse en el distrito, como lo exige la Ley N° 23187. Además, consideró irrazonable la exención a los abogados del Estado de pagar el derecho fijo, dado que no resultaba de carácter transitorio.

En este marco, la Corte estableció que la cuestión a tratar quedó circunscripta a determinar si el Decreto N° 1204/01 podía ser justificado como el ejercicio válido de las atribuciones legislativas delegadas al presidente por el Congreso, a través del artículo 1°, f de la Ley N° 25414.

Para realizar su análisis, el máximo tribunal recordó la Constitución estadounidense y su historia jurisprudencial, en la cual se valoró un factor central dado por la formulación, por el Congreso, de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el presidente.

Con referencia al caso “Loving” (517 US 748, 771), la Corte señala que esta exigencia del derecho constitucional norteamericano tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional al referirse específicamente a las materias de administración y la exigencia de

3 “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, sentencia del 4/11/2008.

que la actividad delegada se ajuste a las bases establecidas por el Congreso (CSJN C. 2701. XL. C. 767. XL, 2008, “Colegio de Abogados”, cons. 11).

Bajo esta perspectiva, la Corte establece que

1) La delegación sin bases está prohibida; 2) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trata⁴ (CSJN C. 2701. XL. C. 767. XL, 2008, “Colegio de Abogados”, cons. 12).

En esta tesitura, el alto tribunal hizo lugar al Recurso Extraordinario interpuesto y confirmó la sentencia recurrida.

Por su lado, el precedente “Camaronera Patagónica” del Alto Tribunal aporta pautas de importancia para el análisis de la validez de un DD, en especial en lo concerniente al principio de legalidad tributaria y su injerencia en la restricción de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo, cuando se extiende a elementos estructurales o constitutivos de un tributo.

La causa llega al Alto Tribunal a raíz del recurso extraordinario interpuesto por la AFIP, en contra de lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata que, al revocar el fallo de primera instancia, hace lugar a la acción de amparo instaurada por la firma Camaronera Patagónica S.A.

De esta manera, declara la inconstitucionalidad e inaplicabilidad a la actora de las Resoluciones Nros. 11/02 y 150/02 dictadas por el demandado, que habían establecido derechos de exportación del 10% y el 5% sobre las mercaderías comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur, con fundamento en la Ley de Emergencia N° 25561 y el Código Aduanero.

Para así decidir, se resolvió que las normas poseen naturaleza impositiva y que su dictado resultó contrario al principio de legalidad en materia tributaria, además de presentar cuestiones de carácter formal, debido a no tratarse de decretos sino de resoluciones ministeriales.

4 Samarín plantea un interrogante interesante en el análisis de este fallo: “¿era necesario introducir una presunción de invalidez? [...] ¿por qué la validez de un decreto del Ejecutivo, dictado en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso mediante bases de lenguaje demasiado genérico e indeterminado, genera una carga procesal adicional para aquel que pretende valerse de dicha norma? Habitualmente esa carga pesa sobre el Ejecutivo, sin embargo, ante un cumplimiento deficiente de las obligaciones del Congreso, a criterio de la CSJN, ello genera una presunción en contra del decreto delegado”. La autora señala que ello podría colisionar con la presunción de legitimidad de los actos administrativos (art. 12 LNPA), que genera una carga probatoria, principalmente en el Poder Ejecutivo, cuando debería ser suficiente que el poder judicial realice un control de los elementos del acto en su competencia, causa y motivación y que la carga debería recaer sobre el órgano delegante (véase, Samarín, 2024).

A su vez, desde la óptica de una delegación impropia, entendió injustificadas las resoluciones impugnadas por transgredir el principio de reserva de ley y advirtió que no existió un interés público que justificara las normas cuestionadas.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace lugar al recurso extraordinario impetrado y confirma la sentencia apelada.

El fundamento de su decisión se centró en el análisis de la Resolución del Ministerio de Economía N° 11/02, que fue considerada inválida durante un período determinado, en razón de la naturaleza tributaria del derecho de exportación regulado, pues su aspecto cuantitativo quedaba completamente librado al Poder Ejecutivo Nacional,⁵ lo que implicó un ingreso sobre la zona de reserva legal.

En tal sentido, dispuso que

en materia tributaria, la Constitución Nacional ha sido categórica al conferir atribuciones exclusivas y excluyentes al Congreso de la Nación. En efecto, plasmó en su texto el histórico principio *no taxation without representation* que veda toda posibilidad de establecer un tributo sin el consentimiento previo de los ciudadanos representados en el Parlamento (Fallos 337:388, 2014, cons. 9°).

El máximo tribunal recordó el criterio establecido respecto del principio de reserva de la ley tributaria y de su rango constitucional, propio del Estado de derecho, que no puede ser soslayado aunque se invoquen “pautas de política fijadas por las autoridades económicas” y la existencia “de un estado de calamidad económica interna”, debido a que nuestro sistema constitucional supone un Estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de competencias fijado por la ley fundamental, predispuesto para garantizar una estabilidad calculable entre gobernantes y gobernados (Fallos 337:388, 2014, cons. 10° y sus citas).

La invalidez de la Resolución N° 11/02 se extendió hasta el 24/08/2002, fecha en que comenzó a regir la Ley N° 25645, que ratificó la legislación delegada dictada hasta el 24/08/2002 y, por lo tanto, a partir de esa fecha, la ley mencionada confirió rango de ley a la Resolución 11/02.

Finalmente, en este marco, la Corte entendió inaplicable a la actora, la Resolución del Ministerio de Economía N° 150/02, dada su vinculación con la Resolución N° 11/02.

Si bien la materia tributaria se encuentra expresamente prohibida para el dictado de los DNU (CN 1994, art. 99 inc. 3°) no lo está de manera específica para la emisión de DD.

5 El criterio de la CSJN respecto de la satisfacción del principio de legalidad tributaria se encuentra circunscrito a los casos en que la norma contiene todos los elementos esenciales para crear de manera cierta la obligación tributaria (CSJN, Fallos: 310:2193), ver precedentes citados en el fallo “Camaronera Patagónica” al respecto: “Eves Argentina S.A.” (CSJN, Fallos: 316:2329); “Video Club Oreans” (CSJN, Fallos: 318:1154); “Kupchik” (CSJN, Fallos: 321: 366); “Berkley International ART S.A.” (CSJN, Fallos: 323: 3770).

Ello genera discusiones doctrinarias, entre quienes, por una parte, consideran que los DD en materia tributaria podrían dictarse en el contexto de una ley delegante habilitante del PEN con una clara política legislativa con un plazo determinado para su ejercicio, en una situación de emergencia, y otra postura que considera general la prohibición para el PEN de ejercer facultades legislativas en materia tributaria, en consonancia con el principio de legalidad tributaria.⁶

De la lectura de dos precedentes salientes de nuestra jurisprudencia, advertimos que el *standard* inteligible y las bases de delegación marcan, entonces, lineamientos primordiales que permiten el control de la correspondencia entre la delegación del Congreso y la actividad de la autoridad administrativa.

“Por ‘bases’ se entiende la orientación o el propósito fijado por el legislador” (Pérez Sanmartino, 2010: 671).

El problema radica en que habitualmente las bases son señaladas en términos demasiado amplios, lo que deja un ancho campo de acción a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo. Unas bases amplísimas, que sólo expusieran objetivos generales con los que nadie puede estar en desacuerdo (el “bienestar general”, por ejemplo), no cumplirían con la exigencia del art. 76 de la Constitución Nacional: la ley delegante así redactada sería inconstitucional. En tal caso, no se trataría de una concesión de atribuciones para ejecutar una finalidad establecida por el legislador (delegación impropia) sino de la lisa y llana transferencia de la capacidad legisferante al Poder Ejecutivo (delegación propia) (Pérez Sanmartino, 2010: 671).

En este sentido, se ha interpretado que “por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente” (CSJN C. 2701. XL. C. 767. XL, 2008, “Colegio Público de Abogados”, cons. 12).

Por otra parte, las materias restringidas asignadas por la Constitución, como competencia del Congreso de la Nación y el Principio de Reserva de Ley, resultan un factor de análisis ineludible, sin perjuicio de la concordancia entre las bases de la delegación y la actividad efectivamente desplegada por la Administración.

⁶ Canda se refiere a esta dualidad de posturas frente al interrogante de si la materia tributaria puede ser delegada en el PEN. Recuerda los precedentes de la CSJN “Selcro” (Fallos 326:4251 de 2003) y “SADOP” (Fallos 326:2150 de 2003) en los que no fue resuelto de manera categórica. Con respecto a “Selcro”, el autor señala que la decisión de la Corte puede tener dos posturas, una en que se prohíbe la delegación tributaria por ser una facultad exclusiva y excluyente del Congreso y otra que la admite si está clara la política legislativa en las bases de la delegación (conf. art. 76 CN). Y entiende que la CSJN en “SADOP” deja abierto el interrogante, pues por un lado, no fulmina el decreto por invadir materia prohibida (lo que podría llevar a pensar que la tributaria no está vedada) pero por otro “si la concreta delegación no comprendía materia tributaria alcanzaba con decir esto para que el decreto caiga sin necesidad de analizar si la tributaria es materia delegable” (Véase, Canda, 2008: 190).

La delicada tarea de preservar la división de poderes y la supremacía constitucional

Nuestro sistema de frenos y contrapesos, que combina los principios de división y control, fue pensado para “lograr un diseño institucional que consagre la fractura del poder estatal en sus tres funciones básicas, asignar cada una a un departamento específico y permitir la interferencia mutua con el objeto de controlar los avances de cada uno de ellos respecto a los demás” (Kodelia, 2019: 180).

Se desprende de lo expuesto hasta aquí, que el examen de validez de un decreto delegado conlleva una tarea sutil, que debe conducirse con el foco en las directrices emanadas de la propia Constitución y de la deliberación de la Convención Constituyente, de la cual surgen los objetivos de la reforma de 1994.

Además, “pasando revista a nuestra traumática historia nacional [es] necesario defender el principio de división de poderes, como instrumento válido, filosófico y jurídico-constitucional, establecido para evitar la concentración de poder en el órgano ejecutivo” (Bestard, 2013: 181).

Esto es fundamental para decidir sobre la validez de un decreto delegado, ya que la facultad de emitirlos no es una competencia constitucional directa del Poder Ejecutivo, sino que la Constitución regula una decisión que toma el Poder Legislativo, que evalúa y pondera los hechos sobre los cuales debe fundarse su acto legislativo (Kodelia, 2019).

Por tal razón, en el estudio de la validez de un decreto delegado dictado por el PEN debe ponderarse necesariamente en el contexto de la división de poderes. En especial, respecto del contenido y los alcances del acto en cuestión, debe encontrarse reflejada, de manera estricta, la dirección marcada por el Poder Legislativo, sin perjuicio de su control posterior por la Cámara Bicameral Permanente.

En este sentido, la Suprema Corte, en el caso “Colegio Público de Abogados”, destacó la importancia de rememorar las directrices sentadas por la Convención Constituyente que, en 1994 que trató el artículo 76 CN sobre delegación legislativa. Allí sostuvo como objetivos de la reforma, la consolidación y perfeccionamiento del gobierno democrático, la generación de un nuevo equilibrio del funcionamiento de los tres órganos del Poder del Estado, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del Congreso y una mayor independencia del poder judicial.

Así, el Máximo Tribunal enfatizó que

la letra del texto constitucional (artículo 99, 3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó [...] con el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal. De todo ello se desprende que dicho procedimiento debe ser puesto en práctica por todos los

poderes del Estado, cada uno en el poder que le toca, con el cuidado de no introducir por vía de deformaciones interpretativas, inconsistencias o desequilibrios entre las diversas finalidades buscadas con la reforma de la estructura del gobierno federal (CSJN, C. 2701. XL. C. 767. XL, 2008, “Colegio Público de Abogados” Cons. 9º).

En este marco, resulta tan importante que el Poder Ejecutivo ajuste su actividad legislativa a la ley delegante, como que el Poder Legislativo sea puntual y detallista en su emisión, a fin de reducir las posibles discordancias y favorecer el control constitucional. La injerencia de cada rama del poder debe ser fijada sobre la “base del entendimiento compartido” (Girrott, 2012).

Al respecto, acerca del precedente “Colegio de Abogados”, Santiago sostiene que

no sólo servirá de guía a los jueces al momento de ejercer el control de constitucionalidad de las normas delegantes, delegadas y subdelegadas, sino que también habrá de ser considerado por el propio Congreso de la nación en su actividad de producción normativa delegantes ha de ser suficientemente precisa para facilitar el control judicial de las normas que son producto de la delegación y asegurar en mayor medida la concreta realización de la política pública que busca lograrse con la sanción de la norma. Por lo demás, cuando ejerza facultades legislativas atribuidas por leyes delegantes que hayan formulado las bases en términos genéricos e indeterminados, el propio Poder Ejecutivo deberá motivar especialmente las normas delegadas para justificar fundadamente que concretan la específica política legislativa tenida en miras por el Congreso al realizar la delegación (Santiago, 2019: 337-338).

En concordancia, Pérez Sanmartino entiende que estas directrices, concebidas para el control jurisdiccional, son plenamente aplicables también al control parlamentario: a mayor indeterminación de las bases de la ley, más severidad en el escrutinio del decreto delegado (Pérez Sanmartino, 2010, p. 673).

Más allá de todo lo mencionado y del cumplimiento de las normas aplicables –arts. 76 y 100 inc. 12 de la CN– es posible que la supremacía constitucional esté en riesgo.

La delegación legislativa intenta ser una solución eficiente pero también puede poner en tensión ciertos derechos protegidos por la ley suprema. Sobre este punto, Girrott expresa que la aceptación de la delegación legislativa debe encontrar un punto de equilibrio entre “gobernabilidad” y “libertad” en el marco de la evolución del rol del Estado (Girrott, 2012).

La autora explica que

la primera nos muestra que hay circunstancias dificultades en la capacidad de deliberación, tensiones, bloqueos, costos de transacción, etc. en que la delegación aparece como una solución práctica; la segunda nos dice que ante éstas más se justifica intensificar el control. Primero, el del delegante, fundamental-

mente mayoritario pero que funciona como contrapeso; luego, el de la supremacía constitucional, dispositivo contramayoritario por excelencia (Girótt, 2012).

Por tales razones, la validez de un DD involucra necesariamente una labor conjunta de los poderes del Estado en equilibrio y una actuación acorde de cada uno de ellos a la responsabilidad de conformar (Poder Legislativo) y ejecutar (Poder Ejecutivo) las bases de la delegación de manera precisa y adecuada, con el correlativo control posterior, parlamentario y judicial, si resultara necesario.

En lo concerniente a la labor del Poder Judicial, su tarea es ineludible para reforzar el cumplimiento efectivo de los requerimientos constitucionales, solo con

aplicar el estándar que se deriva de la interpretación literal de la Constitución Nacional para encontrar allí el fundamento suficiente y necesario de un control judicial más estricto que tienda a promover mayores esfuerzos de motivación por parte del Poder Ejecutivo, en resguardo de los preceptos constitucionales (Ávila Montequin, 2011: 673).

Conclusiones

A esta altura es posible aportar algunas conclusiones sobre el problema jurídico abordado en este trabajo: ¿qué pautas resultan fundamentales para decidir si un DD que ha sido cuestionado es válido?

Hasta aquí se han analizado las pautas valoradas por la jurisprudencia y la importancia dada por la doctrina al equilibrio de los poderes del Estado, a los objetivos de la Convención Constituyente respecto de la atenuación del presidencialismo, en especial de los vinculados con el artículo 76 de la CN y la facultad legislativa del PEN.

Partiendo del principio general de prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo y de las excepciones permitidas para los supuestos de “materias determinadas de administración” y de “emergencia pública”, conforme el artículo 76 de la CN, cabe concluir que:

- No hay delegación sin bases.
- Es necesario que las bases contengan un *standard* inteligible, mediante el cual el Congreso fije la política legislativa que debe guiar al PEN para emitir el decreto delegado, a fin de que su actuación se acople con la voluntad del legislador y se facilite su control parlamentario y judicial.
- Se debe contemplar un plazo para ejercer la facultad legislativa delegada.
- Si la base es genérica o amplia, el interesado debe acreditar que el acto cuestionado responde a una política legislativa específica del Congreso de la Nación, fijada al aprobar la cláusula delegante.
- La materia delegada no puede resultar prohibida por la Constitución Nacional ni transgredir facultades exclusivas del Congreso de la Nación (conf. arts. 76, 99, inc. 3º CN).

- En materia tributaria, la delegación legislativa no puede tratar lo tocante al hecho imponible, es decir el aspecto subjetivo, objetivo, temporal y espacial, y solo podría quedar bajo el instituto del DD la alícuota del impuesto, pero siempre deben respetarse los parámetros de la voluntad del legislador (*clara política legislativa*), el plazo determinado y la situación de emergencia pública, tal como lo requiere el artículo 76 de la CN. Ello por cuanto, el cívico Tribunal “SELCRO S.A.” (Fallos: 326:4251) confirmó en una acción de amparo la facultad para fijar valores o escalas a fin de determinar el importe de las tasas que percibiría la Inspección General de Justicia, sin que aquella ley fijara límite o pauta alguna ni una clara política legislativa, pues la facultad de crear cargas tributarias o definir o modificar los elementos esenciales de un tributo es exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación.
- En el supuesto de delegación legislativa en materia tributaria referido en el punto anterior, siempre debe tenerse en cuenta que dicho aspecto material, igualmente está sujeto al control de razonabilidad.
- En la emisión de todos los DD, deben cumplirse los recaudos establecidos por los arts. 76, 100, inc. 12 CN y el control posterior de la Comisión Bicameral Permanente dispuesto en la ley N° 26.122.

Ahora bien, es oportuno cerrar este trabajo con nuevas preguntas:

¿Estas herramientas son suficientes para asegurar la validez de un DD?

¿Podría suceder que, aun cumpliendo con todos los recaudos legales señalados, un DD fuera discordante con la supremacía constitucional?

Esta idea nos obliga a ampliar la mirada más allá de este análisis y enmarcar el control de la validez de un DD en el imprescindible control de constitucionalidad y convencionalidad al que debe someterse en el caso concreto, bajo el prisma de un control de razonabilidad en sentido estricto.

Entonces, es tan necesaria la concordancia del DD con la voluntad del legislador como con aquella expresada por el constituyente, en lo relativo al espíritu de la reforma de 1994 en su integralidad, con sus nuevos derechos y garantías, para preservar así la supremacía constitucional.

Referencias bibliográficas

- Ávila Montequin, M. (2011). El control judicial de los reglamentos de necesidad y urgencia y reglamentos delegados. En G. S. Tawil (dir.), *Derecho Procesal Administrativo* (pp. 651-673). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bestard, A. M. (2008). Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo. En J. H. Gentile (comp.), *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina* (cap. 6, pp. 379-595). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Bestard, A. M. (2013). Los decretos legislativos en la actual doctrina de la CSJN. En E. M. Alonso Regueira (dir.), A. A. Spota (pólogo), *Estudios de Derecho Público* (pp. 161-182). Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA.

- Canda, F. (2009). Decretos legislativos: el control judicial de los decretos delegados y de necesidad y urgencia. En Jornadas Universidad Austral, *Cuestiones de Derecho Administrativo, reglamentos y otras fuentes de Derecho Administrativo* (pp. 181-195). Buenos Aires: Ediciones RAP.
- Girotti, M. C. (2006). De mayorías y controles: los decretos delegados y el art. 82 CN. *Derecho Administrativo (continuación de Revista de Derecho Administrativo)*, 54(57).
- Kodelia, G. S. (2019). Que el presidente legisle. Decretos delegados o el modo en que el Congreso declara su incapacidad. En M. Benente (ed.), *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años*. José C. Paz: Edunpaz, 169 - 206.
- Pérez Sanmartino, O. (2010). El procedimiento parlamentario de control de los decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y de la promulgación parcial en Manili, P. L. (2010). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II (pp. 655-683). Buenos Aires: La Ley.
- Samarin, M. M. (7 de julio de 2024). El control judicial de decretos delegados: un diálogo de tres poderes [nota a fallo]. Boletín Diario: Rubinzal Culzoni, Cita: RC D 406/2024.
- Santiago, A.; Veramendi, E. y Castro Videla, S. (2019). *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, Ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial* (pp. 271-354). Buenos Aires: La Ley.

Jurisprudencia

- CSJN, Fallos 337:388, “Camaronera Patagónica”, sentencia del 15/04/2014.
- CSJN C. 2701. XL. C. 767. XL. Recurso de Hecho, Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo, sentencia del 4/11/2008.
- CSJN “Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos. deci. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.986”.

El uso de la inteligencia artificial para difundir el derecho

Entrevista a Enrique Alonso Regueira



*Martin Cormick**

Enrique Alonso Regueira es abogado, egresado de la UBA, docente en la Facultad de Derecho de la UBA, la Universidad de la Matanza, la Universidad Nacional del Oeste y la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (lo que marca un amplio conocimiento de la situación universitaria nacional). En materia judicial, ha trabajado en lo contencioso administrativo gran parte de su carrera. Arrancó en 1999 como meritorio. La única manera de entrar en la justicia era siendo meritorio, es decir, “tenía todas las obligaciones, y ninguno de los derechos, ni siquiera el de la remuneración. Y meritorio debo haber estado seis, siete años, hasta que ingresé formalmente, y después fui haciendo la carrera judicial”. Estuvo en las tres instancias; primero en un juzgado, después como relator de la cámara, volvió de secretario federal a un juzgado de primera instancia, luego secretario de cámara y, en 2017, de secretario letrado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta que fue nombrado Juez Contencioso Administrativo Federal en 2020.

Entre otras cuestiones, escribe, publica libros, organiza alguna actividad académica “que me gusta compartir con otra gente”. Es parte, además, de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho, de la UBA, “que es un ámbito que también disfruto mucho, en el cual trato de canalizar mi actividad académica”.

Recientemente, tuvo una original idea de cómo transmitir derecho en este mundo tan audiovisual, donde la palabra escrita, la vieja forma de enseñar con textos convive con técnicas nuevas de apren-

* Revista Ab (UNPAZ).

dizaje. Recuerda que “estudié en la Facultad de Derecho de la UBA y es una facultad, los que hayan estudiado ahí lo saben, en donde no es tan fácil hacer comunidad, porque todas las materias, que en general son cuatrimestrales, uno las comparte con alumnos distintos, son muchos alumnos, son muchas materias, entonces uno puede hacerse algún amigo, pero lo más probable es que en el transcurso de la carrera le pierda el rastro”. Sostiene que “primero que nada, lo que voy a decir son cosas que pienso yo y que parten de mi propia historia, de mi propia subjetividad, y son maneras, o es una manera, de ver todas estas cuestiones que no es ni mejor ni peor que otras. Hay muchas maneras de vivir, hay muchas maneras de vivir el derecho, y todas son válidas, y bueno, algunas, como los gustos de helado. No todos nos gusta el dulce de leche, no todos nos gusta el chocolate, pero no podemos decir que son gustos que nos gustan”. Cuenta que “yo me recibí en el año 2003 y siempre me interesó la docencia, entonces cuando me recibo paso a ser docente y en ese mismo tiempo que tuve que abandonar la revista *Lecciones y Ensayos*, entré o comencé a ir a las reuniones de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y ahí encontré un poco un lugar para compartir y para poder llevar adelante las actividades que a nosotros nos gustan, que tienen que ver con esto, con escribir, con estudiar, con investigar, con juntarse a pensar ideas, distintas ideas que tenemos sobre el derecho”. Acota que “sin embargo, el lugar de comunidad que yo encontré en la facultad fue una revista, la revista *Lecciones de Ensayos*, que es una revista que tiene la facultad, que como particularidad está llevada adelante, dirigida y hecha totalmente y exclusivamente por estudiantes. Y ahí, obviamente, hicimos varios números de la revista, en donde escribían alumnos y escribían también docentes y escribían académicos en general. Y también ahí hicimos los primeros eventos, las primeras jornadas, las primeras actividades incluso de investigación. Tiene la particularidad de esta revista que es como un poco el cuento de la calabaza en el minuto de la cenicienta, en el minuto, digamos, en donde uno se recibe, automáticamente deja de pertenecer a la revista y se convierte en calabaza”.

Entonces, “después de recibido, entré en el posgrado derecho administrativo de la UBA, y muy prontamente, gracias a un profesor maravilloso que tuve, Agustín Gordillo, intenté escribir, intenté publicar, primero algo breve, una nota a fallo, cosas muy tímidas, y con el tiempo fui animándome un poco más”. Entiende que en el año 2013 se produce un quiebre cuando en la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho crean, junto a otros profesionales jóvenes, un instituto de investigación con varios directores: el en procesal administrativo, derecho constitucional a cargo de Alberto Spota, contratos administrativos a cargo de Ariel Cardaci Méndez, derechos humanos a cargo de Federico Thea. El instituto da pie al primer libro colectivo de la asociación, que se llamó *Estudios de Derecho Público*, “que fue una experiencia muy muy linda. Yo había hecho ya otros libros colectivos, pero no era el marco de la asociación y no de esta magnitud” y “en paralelo, empezamos a hacer, a partir de este instituto, distintas jornadas, distintas charlas debate que dieron oportunidad a conocer gente, a juntarnos, a pensar cosas juntos, a investigar, a aprender, a escuchar las cosas que tiene para decir el otro”. Después fueron sacando otros libros *Control de la Actividad Estatal* (2016), de dos tomos, “y quizás la última expresión de esto es el libro que sacamos este año y el año pasado, que se llama *Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo*, que tiene tres tomos”.

Además de publicar autores más jóvenes en esos libros, se buscó la participación de personas que tienen una carrera académica y profesional totalmente consolidada, como pueden ser jefes de cátedra o ministros de la Corte o camaristas, y juntarlos con esas personas que están haciendo, quizás, sus primeras armas: “es decir, en el mismo libro conviven artículos de personas que han publicado poco, pero que nosotros consideramos que su participación es valiosa, y personas que realmente ya están totalmente consolidadas en el escenario de la academia argentina e internacional”.

En este último libro, puntualiza, “porque la coyuntura lo exigía, tuvimos que trabajar muy rápido. Entonces, al mes o al poquito tiempo que saliera la ley, hicimos una jornada en la Facultad de Derecho, de dos días, donde vinieron casi cincuenta personas, en agosto, y entonces ya para fin de año teníamos la gran mayoría de los trabajos que recibimos para los libros presentados, y en diciembre publicamos el primer tomo”. Así dicho no se muestra lo complejo de esta velocidad, “fue un trabajo complicado, y que de alguna manera logramos, porque hubo mucha gente involucrada. Si uno se fija en la comisión académica y editorial del libro, hay cerca de treinta personas que trabajaron en esto, obviamente ad honorem, y solamente por las ganas de aprender, de colaborar, de darle un aporte a la comunidad científica”.

En relación al podcast, *Eco para la libertad en el Derecho Administrativo*, nos cuenta que “es una un intento de despertar la curiosidad o de difundir la última obra de la asociación. Se utilizó la inteligencia artificial para crear desde cero distintos episodios que hablen sobre cada uno de los aportes que hicieron los autores en esta obra colectiva. Es algo que significó un trabajo importante, pero irrisorio si se lo compara con lo que hubiese sido el trabajo de crear los guiones y que efectivamente las personas, distintas personas, sean grabadas y sean luego los episodios editados. Realmente, yo creo que si no hubiera sido a partir de la inteligencia artificial, no se hubiera podido hacer”. Agrega luego que “por supuesto que los primeros intentos fueron fallidos, pero luego de buscar distintas maneras de encarar cada uno de los episodios, llegamos a alguna estandarización, que nos permitió poder hacer todo relativamente rápido. También quisimos hacerlo, no sabíamos cómo iba a ser recepcionado, digamos, en el público, entonces fue un podcast que duró poco tiempo, más o menos cinco semanas, y en cinco semanas, habremos publicado unos noventa o cien episodios, porque como cada episodio tiene un tema que puede ser completamente distinto, cada día se publicó un episodio distinto, pensando que al público podía interesarle alguno y otro no”.

Comenta que “la experiencia fue muy interesante porque es una manera de obtener una devolución por parte del sentido común que tiene la inteligencia artificial, de cuál es la sensación o cuáles son los interrogantes, las ideas, las conclusiones que la propia inteligencia artificial saca a partir de cada uno de los textos que fueron publicados”. Concluye que “por supuesto que los episodios no reproducen los capítulos del libro, no reproducen el texto publicado, sino que son creados desde cero a partir de dicho texto. Y bueno, y en algunos casos sirven o hacen las veces de una suerte de resumen del texto, otras veces una suerte de crítica, y otras veces de comentario”. Finaliza sosteniendo que “la experiencia fue muy bien recibida. Es un podcast que se escuchó mucho. Hay capítulos con una repercusión descomunal, más de tres mil reproducciones. Y en general la gente lo recibió bien, los comentarios

que hemos recibido, y el boca en boca son en general satisfactorios y por parte de la gente que lo ha escuchado y por parte de los autores o protagonistas, por decirlo de alguna manera, de cada uno de los episodios. De hecho, tan buena fue la experiencia que estamos pensando, desde la asociación, hacer un nuevo podcast que se llame también eco, pero en este caso sería eco del control de la actividad administrativa o del control de la actividad estatal, para el aniversario de diez años de la obra anterior. La idea del nombre (Eco), es justamente porque, como dije recién, no son un reflejo ni un resumen de aquello que está escrito, sino, quizás, un eco. Uno dice hola en la cueva, y escucha un hola, pero ese hola que escucha no es igual al que pronuncia, sino que está levemente modificado y diferente. Esa es la razón”.