

Ab

Revista de Abogacía

Para poner el derecho y los derechos en su punto

Fertilización post mortem: una práctica especial, fehaciente y postergada

Capacitación basada en competencias. Nuevas prácticas en la enseñanza del derecho

El recorrido hacia el cultivo de cannabis de uso medicinal: el reconocimiento del derecho de los pacientes a elegir su tratamiento

Programa Casa Propia - Casa Activa. Por un efectivo goce del derecho a la vivienda digna para los adultos mayores

La pandemia y el derecho de acceso a la vivienda

El valor del cuidado materno

Jubilados/as amparados/as. Acceso efectivo a la Justicia. Jurisprudencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal

El derecho a la salud en Argentina y el deber de garantía del Estado nacional

La crisis económica como defensa frente a despidos discriminatorios: la peligrosa puerta que trajo el caso Fontana

“El sentido de las empresas públicas es perseguir el interés general”

Conversaciones con Juan José Carbajales

Ab-Revista de Abogacía

Año V | N° 9 | noviembre de 2021

© 2021, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

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

© 2021 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**

Arte y diseño de colección: **Jorge Otermin**

Maquetación integral: **Mariana Aurora Zárate**

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

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

Índice

PRESENTACIÓN

Para poner el derecho y los derechos en su punto
Martín Cormick

5

ARTÍCULOS

Fertilización post mortem: una práctica especial, fehaciente y postergada
Luisella M. Abelleiro

7

Capacitación basada en competencias. Nuevas prácticas en la enseñanza del derecho
Agustín Túpac Cifre Puig y Anabella Lucardi

15

El recorrido hacia el cultivo de cannabis de uso medicinal: el reconocimiento del derecho de los pacientes a elegir su tratamiento
Anabella G. Calvo y Lorena Lampolio

27

Programa Casa Propia - Casa Activa. Por un efectivo goce del derecho a la vivienda digna para los adultos mayores
Ezequiel Fontela

43

La pandemia y el derecho de acceso a la vivienda
Diego Fidel Doat y Carlos Fidel

47

El valor del cuidado materno
Macarena Marra Giménez

61

Jubilados/as amparados/as. Acceso efectivo a la Justicia. Jurisprudencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal
Lucía Martín

73

Ab

**El derecho a la salud en Argentina y
el deber de garantía del Estado nacional**
Milagros Marra

83

**La crisis económica como defensa
frente a despidos discriminatorios:
la peligrosa puerta que trajo el caso Fontana**
Demián Zayat

93

ENTREVISTAS

**“El sentido de las empresas públicas
es perseguir el interés general”**
Conversaciones con Juan José Carbajales
Martin Cormick

107

9

Para poner el derecho y los derechos en su punto



Martin Cormick

Celebremos este nuevo número, el noveno, nada menos. ¿Qué nos motiva a seguir pensando, debatiendo, y escribiendo sobre derecho? Muchas cosas: En principio, que sabemos que de la norma escrita a la efectiva aplicación suele existir, en muchas ocasiones, un océano de diferencia. Por ello, siempre es bueno volver a poner en foco estas diferencias, estas carencias, para alertar, reducir o, al menos, para comprenderlas.

Los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales aquí desarrollados, en variados y calificados artículos, buscan desentrañar en cada tema tratado si, en definitiva, es factible o no ejercer efectivamente los derechos. No quedan más que palabras de agradecimiento para los autores que siguen confiando en nuestra revista para difundir sus ideas y sus investigaciones.

Finalmente, hablamos con Juan José Carbajales, quien coordinó dentro de la Universidad la publicación del *Manual de empresas públicas en Argentina (1946-2020)*, obra que se suma al vasto catálogo de EDUNPAZ. Nos contó un poco la cocina y el camino desarrollado hasta llegar a tamaño libro.

Esperamos, como siempre, que lo que aquí se desarrolla les sea de utilidad.

Fertilización post mortem: una práctica especial, fehaciente y postergada



Luisella M. Abelleiro

Los actos y los gestos, los deseos organizados y realizados, crean la ilusión de un núcleo de género interior y organizador, ilusión preservada mediante el discurso con el propósito de regular la sexualidad dentro del marco obligatorio de la heterosexualidad reproductiva.

Judith Butler, "El género en disputa"

Introducción

Tras los avances tecnológicos acontecidos desde mediados del siglo XX, la biotecnológica se convirtió en un agente clave para la humanidad y con ella la bioética tomo gran relevancia por ser la encargada de establecer los principios rectores para la conducta del ser humano respecto a la vida humana, animal, vegetal, y su especial relación con el derecho.

Es dable destacar en primera instancia que dentro de la biotecnología encontramos a las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales permiten criopreservar embriones y/o material genético de las parejas o personas por tiempos prolongados, siendo procedimientos que pueden reemplazar o ayudar en el proceso natural de reproducción.

Tras lo mencionado, podríamos afirmar que las técnicas de reproducción humana asistida permiten la paternidad o maternidad de personas que por diversos motivos no pueden serlo de manera natural: la esterilidad, la edad avanzada, la monoparentalidad, la homoparentalidad, la gestación por sustitución, entre otras. De este modo, ellas son el reflejo del fin de la familia tradicional permitiendo poner en tela de juicio los patrones históricamente arraigados (como, por ejemplo, un matrimonio religioso heterosexual para gestar hijos matrimoniales), separando el ejercicio de la sexualidad del hecho de la reproducción humana. De esta manera, originaron el surgimiento de una nueva realidad –que no son nuevas, sino estaban omitidas, silenciadas o negadas– de los modelos alternativos de familias en forma plural.

En lo referido al presente trabajo, nos proponemos analizar el peculiar caso de la fertilización *post mortem* en Argentina. Para ello definiremos a esta como un método especial de técnica de reproducción humana asistida, la cual se produce a raíz de la muerte de la pareja de la persona que va a dar a luz, ya sea cónyuge o conviviente.

En concordancia con lo explicitado, consideramos que es de gran relevancia el desarrollo de este supuesto, debido a que el mismo no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual este tipo de casos se ve obligado a resolverse por la vía judicial, encontrándose sujeto a la volatilidad interpretativa del magistrado en torno al tema, debido a que, a la luz de nuestra Constitución Nacional, precisamente del artículo 19, se puede interpretar que “todo aquello que no está prohibido está permitido”. Pero la pregunta que correspondería hacernos es, entonces, ante qué circunstancia se puede permitir en la Argentina el desarrollo de técnicas de reproducción humana asistida bajo la modalidad de fertilización *post mortem*.

Técnicas de reproducción humana asistida como un tercer tipo filial

Antes de comenzar el análisis específico de la fertilización *post mortem*, es necesario remitirnos a la importancia de las técnicas de reproducción humana asistida, debido a que estas dan fundamento al mencionado supuesto especial.

Como bien sabemos, el Código Civil y Comercial ha incorporado a las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial, teniendo como requisito la voluntad procreacional exteriorizada en el consentimiento informado, previo y libre, permitiendo la distinción entre lo genético, biológico y volitivo. De tal manera, los derechos y deberes que genera este tipo de filiación recaerán en quien o quienes hubieran exteriorizado la voluntad procreacional a través del consentimiento previsto por el artículo 560 del CCYCN,¹ el cual debe ser, como mencionamos, previo, informado, libre y tendrá que renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

¹ Krasnow, A. N. (2017). La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 32, 187.

Por su parte, corresponde mencionar que la voluntad procreacional es el eje de la determinación filial en caso de técnicas de reproducción humana asistida permitiendo que se utilice en la práctica médica material genético tanto de un tercero como de la propia pareja. Es decir, consecuentemente, en la filiación derivada de estas técnicas, el vínculo se funda en el elemento volitivo; lo que, a su vez, hace que sea diferente su determinación y el régimen de impugnación de la filiación del niño o niña. Mientras que en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico (material genético), en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida lo funda la falta del elemento volitivo, es decir, de la voluntad exteriorizada y el deseo de las partes por formar una familia.²

Es por ello que debemos tener en cuenta que, en presencia de cualquier tipo de técnica de reproducción humana asistida, es fundamental la “voluntad procreacional”, entendiéndola como “el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas”,³ la cual se exteriorizara a través del “consentimiento informado”.

Fertilización *post mortem*: a propósito de un presupuesto especial de técnica de reproducción humana asistida

Tras la exposición de conceptos primordiales que operarán a modo de presupuesto al tratar la relevancia de este trabajo, es necesario establecer que la fertilización *post mortem* es, como indicamos precedentemente, un tipo de técnica de reproducción que tiene lugar ante la especial situación en la que uno de los cónyuges o convivientes fallece –generalmente– durante el proceso de realización de estas técnicas.

Primeramente, corresponde aclarar que no existe una sola forma de realizar una fertilización *post mortem*, sino, por el contrario, esta situación se puede dar frente a tres supuestos, ya sea mediante la utilización de gametos, de embriones o a través de la extracción compulsiva de material genético del fallecido repentinamente. En otras palabras, pueden dar lugar a los supuestos las siguientes situaciones: “a) persona que se insemina con material genético del o la cónyuge o conviviente fallecido durante el tratamiento de reproducción asistida; b) persona que se implanta con embrión oportunamente criopreservado con la conformidad del o la cónyuge o conviviente fallecido durante el tratamiento de reproducción asistida, y c) cónyuge o conviviente que fallece repentinamente y la superviviente solicita la extracción de material genético para un futuro tratamiento de reproducción asistida”.⁴

De este modo, podríamos afirmar que la fertilización *post mortem* presupone tanto la utilización y goce de los derechos reproductivos como la concepción de familia en circunstancias excepcionales, como, por ejemplo, es el caso de la homoparentalidad y monoparentalidad. Asimismo, es menester mencionar que en la mayoría de los supuestos jurisprudenciales de la República Argentina la decisión de llevar a cabo

2 Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, Universidad de Barcelona, 24, 76-91.

3 Gil Domínguez, A. (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico* (p. 13). Buenos Aires: Ediar.

4 Herrera, M.; De la Torre, N. y Fernández, S. (2015). *Manual Derecho de las Familias* (p. 348). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

esta técnica se encuentra a cargo de una mujer que decide ser madre posteriormente de que su pareja hubiese fallecido, implicando de este modo que también se trata de una cuestión de género.

El problema de la desregulación de la fertilización *post mortem* en Argentina

En razón a lo explicitado en el apartado precedente sobre el supuesto de nuestro trabajo, no podemos dejar de mencionar que, ante la posibilidad de prohibir, receptar o silenciar la fertilización *post mortem*, el ordenamiento jurídico argentino actualmente omitió todo tratamiento legislativo. Este silencio implica incertidumbre, imprevisibilidad e inseguridad jurídica debido a la discrecionalidad del magistrado de turno que deberá resolver a este respecto.

Primeramente, y a modo introductorio, es necesario mencionar que en nuestra carta magna –reguladora máxima del Estado federal argentino– en su artículo 19 se dispone que las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. Por consiguiente, de este artículo se puede interpretar que todo lo que no está prohibido estaría permitido, y desde que hay una diferencia intrínseca entre el bien y el mal de las acciones humanas, existe una moralidad objetiva⁵ como así también una subjetiva.

Es así como estas prácticas se constatan fácticamente en el país y han dado lugar a planteamientos judiciales que generan un *strepitus fori* o escándalo jurídico, ya que las decisiones respecto de los conflictos formulados, con plataformas fácticas similares, se resuelven en sentidos contrarios. De este modo podemos reafirmar que “el silencio trae inseguridad jurídica y la prohibición un alejamiento del derecho a la realidad”.⁶

Siguiendo lo enunciado precedentemente, como problemas derivados de esta situación de desregulación, nacen otros conflictos, como lo son la necesidad o no del consentimiento expreso del premuerto, el cual, según lo expresado en la norma, debe constar de la “importancia o lugar central que ocupa la voluntad procreacional debidamente exteriorizada a través del consentimiento informado”,⁷ así como también el conflicto eminente frente a la situación filial del niño.

Ante este vacío legal, es imprescindible la necesidad de una regulación especial, ya que el silencio normativo en materia de derechos sustanciales perjudica inequívocamente a la seguridad jurídica poniendo en riesgo el derecho a la vida privada, a la salud, a la identidad, como así también los dere-

5 Sampay, A. E. (1965). *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional* (p. 16). Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

6 Iturburu, M.; Salituri Amezcua, M. y Vázquez Acatto, M. (2017). La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39), 106.

7 Herrera, M. (2017). Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida *post mortem* desde la perspectiva comparada. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39), 204.

chos relacionados a la libertad reproductiva, al consentimiento del fallecido, al niño o niña sujeto a su nacimiento con vida, y los derechos de aquellos que tengan intereses en el campo sucesorio en caso de existir herederos del premuerto.

Intento por dirimir el vacío normativo: un proyecto postergado

En virtud de lo mencionado y teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico hay un silencio respecto de la prohibición o admisión de la fertilización *post mortem*, podemos evidenciar que a lo largo de los años se ha intentado saldar esta deuda pendiente, pero sin embargo no se ha conseguido hasta la actualidad.

Si bien hay distintos proyectos, en este trabajo consideramos necesario precisar brevemente la voluntad del legislador en el artículo 563 del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Es así debido a que se trata de un suceso muy relevante que data del año 2011, momento en el cual surgieron grandes cambios y se pretendía innovar introduciendo en la agenda pública la relevancia de la constitucionalización del derecho privado y los derechos humanos.

En lo que respecta al artículo 563 del anteproyecto, no hizo caso omiso a la fertilización *post mortem*, no obstante no logró prosperar debido a las presiones políticas, especialmente por parte de la Iglesia católica.⁸

El mismo disponía que

En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si: a. la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b. la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Si bien legislar implicaba terminar con el silencio normativo y a pesar de haber sido un proyecto innovador para nuestro país, en la actualidad la voluntad del legislador al momento de fundamentar el artículo 563 del anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial presentaría diversas situaciones que considero necesario aclarar.

En primer lugar, el mencionado artículo solo hacía referencia a la fertilización *post mortem* a partir de la utilización de embriones, dejando desamparados los otros dos supuestos. En segundo lugar, cabe aclarar que el mismo habla de “muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer

8 Herrera M.; De la Torre, N. y Fernández, S. (2015). *Manual Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

que va a dar a luz” debido a que, en nuestro ordenamiento, no se encuentra regulada la gestación por sustitución, por lo cual quedan exceptuados de esta posibilidad los hombres, ya sean homosexuales o heterosexuales. En tercer lugar, en lo que respecta a los requisitos, el artículo 560 hace referencia al consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, que deberá renovarse cada vez que se utilizan embriones o gametos, lo cual nos impone como interrogante cuál es la situación de la extracción compulsiva del fallecido de modo repentino.

Esto nos permite reflexionar acerca de otro problema relevante existente en la fertilización *post mortem*, referido a la situación filial del niño por nacer, la cual puede ser entendida de formas muy diversas por no estar establecido. Con referencia al campo filial, en cuanto al derecho sucesorio, se encuentra regulada la fertilización *post mortem* en el artículo 2279, el cual dispone que pueden suceder al causante: c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561. Es decir, se puede desprender del artículo que aquellos nacidos por fertilización *post mortem* podrán suceder cuando el premuerto haya instrumentado, es decir, hubiere dado el consentimiento informado para que esto suceda.

Breves reflexiones acerca de la jurisprudencia argentina

Siguiendo lo mencionado precedentemente, nos encontramos en condiciones de afirmar que es imprescindible regular de forma cierta el modo de accionar ante la posibilidad de requerir la utilización de este tipo especial de técnica de reproducción.

En nuestro país, hasta la fecha, se originaron ocho sentencias jurisprudenciales acerca de este supuesto, las cuales sobre plataformas fácticas similares obtuvieron distintos resultados.

A rasgos generales, podemos evidenciar que en todos los casos, una vez fallecida la pareja, ya sea esposo o conviviente, la mujer con el deseo de seguir con su proyecto de vida se presenta en el centro de fertilización y es entonces cuando se le exige autorización judicial para seguir el tratamiento. Por otra parte, es dable destacar que en los ocho hitos jurisprudenciales se presentaron casos de los tres tipos de fertilización *post mortem*, a saber: cuatro de ellos con gametos (criopreservación previa al fallecimiento de material genético), dos tuvieron lugar bajo el supuesto de extracción compulsiva de material genético del premuerto (posterior a la muerte) y dos se trataron de embriones criopreservados.

Continuando con este breve análisis, creemos que debemos mencionar que es en la sentencia denominada “G.A.P S/ AUTORIZACION”⁹ donde nace el concepto de “consentimiento presunto”, entendido como la suposición de que el fallecido al encontrarse en pareja deseaba conformar una familia (contrario a lo entendido como derechos personalísimos), motivo por el cual cinco de las subsiguientes

9 Tribunal de Familia N°3 de Morón (2011) “G.A.P. s/ Autorización”.

tes resoluciones jurisprudenciales receptan de modo afirmativo el supuesto permitiendo la realización de la técnica de fertilización *post mortem*.

No obstante, con el fallo “D. M. H. Y OTROS S/AUTORIZACION”¹⁰ se produce un cambio de paradigma que debería arraigarse, ya que rechaza la utilización de este método puesto que “se debe evitar interpretaciones laxas sobre la existencia de la voluntad procreacional”.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo, hemos intentado demostrar la importancia que conlleva la fertilización *post mortem* y los inconvenientes que trae aparejados la falta de una reglamentación debido a que, a lo largo de los años, en nuestro país surgieron sentencias a este respecto que quedaron a discrecionalidad de los magistrados al momento de la resolución de los casos, pudiendo conllevar la arbitrariedad y desprotección de derechos fundamentales.

De este modo, resulta evidente la necesidad de adoptar parámetros para la realización de esta práctica, que abarquen de un modo claro el modo de proceder ante cualquiera de los tres supuestos, imponiendo límites al uso de la reproducción póstuma, basados fundamentalmente en el elemento volitivo constituido íntegramente por la voluntad procreacional; es decir, el deseo de tener un hijo, entrelazado necesariamente con el consentimiento informado; en otras palabras, la declaración de voluntad suficiente efectuada por las partes para llevar a cabo el procedimiento. Asimismo, y en concordancia con lo antedicho, es necesario que al regular se adopten plazos determinados para la realización de este método con el objetivo de proteger los intereses de todos los involucrados.

10 Juzgado Nacional Civil Nº 7 (2017), confirmado en la Cámara Nacional Civil (2018). “D.M.H. y otros s/ Autorización).

Capacitación basada en competencias

Nuevas prácticas en la enseñanza del derecho



Agustín Túpac Cifre Puig* y Anabella Lucardi**

*Los dichos en nos,
los hechos en Dios.*

Juan de Mal Lara, "La Philosophia vulgar" (1568)

Introducción

La enseñanza del derecho en el actual contexto plantea un nuevo paradigma. El enfoque sobre su enseñanza y el perfil del profesional deseado por las academias fuera de los claustros universitarios han moldeado la idea de que un buen profesional no es aquel que sabe repetir los artículos del código civil de memoria, sino aquel que puede integrarse a trabajar en procesos complejos, bajo presiones diversas y en las condiciones cambiantes en las que se desarrolla la abogacía, tanto en

* Abogado y profesor de Ciencias Jurídicas (UBA). Especialista en Abogacía del Estado (EAE). Doctorando en Ciencias Sociales (UBA). Profesor en UNM, UNDAV y Escuela Judicial (CM).

** Magíster en Administración y Políticas Públicas (UdeSA) y abogada (UBA). Doctoranda en Ciencias Sociales (UBA). Profesora UNDAV y UBA.

el sector privado como el público. Es así que las casas de estudios superiores han incorporado de manera creciente espacios de formación en competencias para hacer frente a esta realidad.¹

Los modelos tradicionales de enseñanza del derecho plantean un profesional con un saber fuertemente afianzado en lo teórico donde se pretende que, con base en la reproducción de los conceptos jurídicos –adjetivos y sustantivos– que aparecen en los innumerables manuales de la carrera, el estudiante desarrolle habilidades concretas. En otras palabras, el método tradicional de la enseñanza del derecho cae en la ilusión de que, describiendo conceptos y procesos complejos mediante bibliografía y clases magistrales, el abogado recién egresado está listo para integrarse a un sistema en el que nunca tuvo experiencia. De esta manera, existe cierto paralelismo con aquella persona que pretende obtener su matrícula de conducir estudiando las complejas maniobras que realizan los conductores, las numerosas señales de tránsito y el funcionamiento del automóvil, pero que jamás en su vida ejerció la conducción de un vehículo real.

Como ya veremos más adelante, las (no tan)² modernas escuelas de capacitación en competencias traen a colación la fuerte paradoja que se detecta en la enseñanza del derecho mediante los métodos tradicionales. Uno de los principales ejes lo constituye la centralidad que, desde la visión clásica, se le da al educador y al educando ya que, si tomamos la clase magistral (que es el método más usado de instrucción en las aulas), encontramos que el foco, el protagonismo y la experticia radica en el docente, mientras que el estudiante permanece en pasividad, tratando de retener conceptos e ideas, como así también experiencias del docente que brilla hablando sobre demandas, planteamiento de nulidad, actos administrativos, cargos, audiencias etc., todas cuestiones concretas con las que el cursante nunca jamás interactuó en la vida real.

Como explica Gozaini³ al describir las clases a las cuales nos referimos:

la exposición del tema por el docente cuan si fuera un actor en el escenario, donde el público que presencia sin participación alguna es el alumnado, es el modelo consabido de la educación universitaria.

La idea es cautivar. Demostrar la sapiencia a partir de una clase brillante y sumamente informada. Ejercer el magisterio de la enseñanza pero sin provocar más que admiración; este parece ser el resultado definitivo (Gozaini, 2001:17).

1 Por ejemplo, el plan de estudios 2010 de la UNLP establece: “La propuesta de aumentar la cantidad y calidad de la formación práctica proviene de una realidad insoslayable en los desarrollos actuales de la Educación Superior acerca de la importancia en el proceso formativo de incluir la experiencia directa como instancia de aprendizaje privilegiada en donde la actividad reúne los diversos saberes (saber, saber hacer y saber ser). Se valora esencialmente el conocimiento que surge de la misma acción y del entrecruzamiento de relaciones personales, reglas y cultura institucional en que se desarrolla la práctica”.

2 Estas escuelas pedagógicas se desarrollan en la década de 1970.

3 Llama la atención que desde hace 20 años el diagnóstico pedagógico es el mismo pero las respuestas escasas.

A esta realidad de falta de pragmatismo del *imperitus iuris advocatus*,⁴ se superpone la ficción social de que el título habilitante certifica unas habilidades técnicas inexistentes, es decir, las facultades de derecho gradúan un *profesional* que resulta difícil de definir como tal entendiendo la etimología de este presupuesto.⁵ Es así que deberíamos admitir que, el producto egresado de las facultades de derecho, donde el saber preponderante es teórico, carece —o ignora— las habilidades necesarias para ejercer la profesión y que, aunque parezca contradictorio, necesita de un tiempo posterior para adquirir estas experiencias. Desde otra óptica menos condescendiente con las instrucciones educativas, es lo mismo decir que el trabajo de formación de las academias de derecho resuelta deficiente o, cuanto mucho, incompleto respecto de sus principales usuarios.⁶

Por último, consideramos que la capacitación en competencias se integra de manera virtuosa con la misión moral de la universidad, es decir, con la de satisfacer el bienestar general expresado en el preámbulo y en el artículo 75 inciso 18 de nuestra Constitución Nacional.^{7 8} Este objetivo, en el marco universitario, se logra a través de las tres funciones básicas de la educación superior que engloban, de manera tácita, la gratuidad y los principios reformistas del año 18: 1) función científica, toda vez que la comprensión certera y real de los problemas planteados a través de la adquisición de competencias potencia un trabajo científico maduro capaz de colaborar de manera efectiva con la sociedad; 2) función de extensión, sobre el anterior punto se agrega esta función que permite, justamente, una relación seria y cooperativa en la relación universidad/sociedad y, asimismo, retroalimenta el saber científico; por último, 3) sobre la función de enseñanza, donde se asignaría una atención específica sobre los métodos de enseñanza situando el foco en el estudiante y sus necesidades. Asimismo, permitiría habilitar la discusión de los métodos pedagógicos implementados, debate pocas veces dado en el ámbito de la dirección estratégica universitaria.

Capacitación en competencias

Iniciaremos este apartado definiendo y delimitando el concepto competencia. A los fines de este trabajo, competencia es:

4 Abogado sin experiencia en derecho.

5 La palabra “profesional” está formada con raíces latinas y significa ‘relativo a la acción y efecto de ejercer un oficio’. Sus componentes léxicos son: el prefijo pro- (a la vista, a favor, adelante), fateri (admitir, confesar), -sio (sufijo que indica acción y efecto), más el sufijo -al (relativo a).

6 Esta regla se contrapone con otras carreras de grado como la medicina, la química y la arquitectura donde la praxis es una constante del ítem educativo. Con algunas críticas que nos reservamos, es interesante observar el Sistema Nacional de Residencias de la Salud (Ley N° 22127), en donde se reconoce la necesidad de la incorporación de competencias específicas de los egresados de la carrera de medicina.

7 “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la [...] promover el bienestar general...”.

8 Artículo 75 inc. 18. “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

la puesta en marcha de un conjunto diversificado y coordinado de recursos, que la persona moviliza en un contexto determinado. Esta puesta en marcha se apoya en la elección, la movilización y organización de recursos y sobre las acciones pertinentes que permiten un tratamiento exitoso de esta situación (Jonnaert, Barrette, Masciotra y Yaya, 2008: 14).

En este sentido, adquirir una competencia es un proceso todavía más complejo que adquirir un saber, toda vez que, en dicho proceso, se moviliza la toma de una decisión práctica, justa y precisa para el caso concreto basado, particularmente, en la experiencia y el saber propio más que en el dogma. En otras palabras, cualquier saber específico se aprende mediante la exposición dogmática y repetitiva de contenidos, empero, el aprehender su aplicación y correcta dimensión solo lo enseña la experiencia, es decir, el hacer.

La educación basada en competencias, por su parte, responde a un innovador sistema de enseñanza. Podemos rastrear sus antecedentes en Canadá, en la década de 1970; allí, el sector público se propuso una reforma basada en competencias para todos los niveles educativos. Durante la década siguiente, el sistema se extendió al Reino Unido, Alemania y Australia, entre otros. Esta original forma de capacitar tiene un ítem particular que revoluciona la forma tradicional de enseñanza basada en contenidos. El proceso clásico de educación responde a ciertas características que se desarrollan en el proceso de instrucción: 1) los contenidos son descontextualizados, es decir, los contenidos se imparten de manera teórica, recortados de su contexto natural; por ejemplo, se habla de los requisitos de la demanda, pero no se estudia una demanda real, no se “hace” una demanda y por lo tanto no se ponen en práctica esos saberes ni se confirma; 2) la enseñanza se basa en objetivos: saberes que debe enseñar el profesor plasmados en los contenidos de los currículos, los cuales debe exponer en determinadas horas/aula sin poder detenerse en la adquisición efectiva de aquellos contenidos por los cursantes. En otra dimensión de esta característica, se supone que los alumnos que cursaron esas horas/aula incorporaron los contenidos; y 3) finalmente, el foco está puesto en el docente que imparte la clase y no en los alumnos que deben aprehender los saberes.

En un polo diametralmente opuesto, la educación basada en competencias plantea otras características en su proceso de capacitación: 1) el contenido es situado, es decir, la competencia que se debe adquirir se enmarca en un contexto real, por ejemplo, se aprende haciendo una demanda. En otras palabras, el paradigma de la enseñanza es el caso y a través del “hacer” se aprende; 2) de esta manera, el foco está puesto en el estudiante. Este es el protagonista de la adquisición de los conocimientos, el profesor acompaña este proceso tutorando el desarrollo personal y la autosuperación del educando, quien puede equivocarse y aprender de sus errores dentro de un contexto cuidado y observado. Esta autosuperación, tiene como consecuencia una confirmación del saber, generando confianza y autoestima en el dominio del saber; 3) por último, este esquema responde al paradigma actual en el entendimiento de un todo contextualizado, a diferencia del modelo taylorista que sirvió de fundamento para la enseñanza clásica (Jonnaert, Barrette, Masciotra y Yaya, 2008).

En 1999, el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) planteó una revisión total de las enseñanzas en las universidades de Europa. Un estudio sobre esta reforma refiere:

A partir de la revisión de la literatura hemos delimitado que las transformaciones formativas más novedosas se caracterizan por el aprendizaje centrado en competencias, el trabajo autónomo del estudiante, el refuerzo de las tutorías académicas y los sistemas de evaluación más pertinentes donde el verdadero protagonista es el estudiante. Este modelo ha representado una oportunidad de transformar el concepto tradicional de formación, permitiendo de un modelo más acorde con las demandas sociales y con las necesidades formativas del alumnado. Su desarrollo ha demandado un cambio profundo de cultura que ha afectado tanto a profesores como a estudiantes (Rodríguez Izquierdo, 2014: 107).

Por su parte, en nuestro país, la educación basada en competencias en la esfera del derecho sucede desde la década de 1980. Existen varias instituciones de educación superior donde puede encontrarse este tipo de enseñanza. El Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la UBA es uno de los casos más conocidos,⁹ pero el más notable caso de educación en competencias es, quizá, el de la Escuela Judicial. Dicho instituto depende del Consejo de la Magistratura de la Nación, fue creado por la Ley N° 24937 y tiene por objetivo la formación básica de los aspirantes a la magistratura y la actualización y perfeccionamiento de los Magistrados y funcionarios del Poder Judicial. En este ámbito se desarrolla el Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados, donde se capacita a todos aquellos integrantes del Poder Judicial de la Nación que deseen convertirse en futuros jueces federales. En este contexto, el programa de estudios de la Escuela está íntegramente basado en la adquisición de competencias.¹⁰

Espacios de capacitación en competencias en las facultades de Derecho de Argentina

Gran parte de las universidades públicas que imparten Derecho en Argentina cuentan con alguna instancia de adquisición de habilidades prácticas. Asimismo, dicha instancia es amplia y variada, incluye

9 En la página oficial de la facultad puede leerse que: "La enseñanza práctica consiste en adquirir las habilidades propias de la entrevista profesional, el registro escrito de los datos, información y documentos aportados por los consultantes y el posterior estudio y discusión sobre su clasificación y análisis jurídico de fondo y estratégico procesal y la confección de un informe sobre el caso planteado y el seguimiento procesal de la causa". Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/institucional/depto_pracprofesional.php

10 "Artículo 22. Cursos para magistrados y funcionarios recién designados. Aspirantes a la magistratura. Los cursos para magistrados y funcionarios recién designados, como así también los destinados a los aspirantes a la magistratura, serán de índole práctica, con tareas y ejercitación de los asistentes, particularmente referidas a la redacción de sentencias interlocutorias y definitivas, aspectos procesales atinentes al fuero para el que los asistentes han sido designados o han de concursar, las características de la función judicial, reglas de competencia, incompatibilidades, responsabilidades, normas de superintendencia y sistema disciplinario vigente. Además, en los cursos para magistrados y funcionarios recién designados se incluirá el adiestramiento en el manejo de casos, conducción de audiencias, técnicas para facilitar la conciliación de las partes y métodos alternativos de resolución de conflictos. Asimismo, deberán ser capacitados en sociología organizacional y gestión de calidad. Se visitarán organismos públicos cuya función se vincule a la materia jurisdiccional propia del fuero al que el juez o el funcionario se incorpora". Resolución N° 237/01 del Consejo de la Magistratura.

desde talleres de redacción de instrumentos jurídicos, casos prácticos y teatralizaciones en clases de materias teóricas, hasta materias específicas de adquisición de competencias, como lo son las prácticas profesionales. A diferencia de las últimas que se encuentran prescriptas en la currícula formal, las primeras dependen de la incorporación de los profesores a sus clases y no suelen ser muy comunes. Aquí tomaremos algunos casos de universidades nacionales para ver en su plan de estudio el lugar que se le otorga a la adquisición de competencias. Por razones de extensión solo analizaremos cuatro casos, la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), la Universidad Nacional del Litoral (UNL) y la Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV).

En el caso de la Facultad de Derecho de la UBA podemos encontrar que, según lo expresado en el Plan de Estudios 2004, la carrera cuenta con una Práctica Profesional de 256 horas sobre un total de 2665 horas, es decir, un 9.6% de la carrera está destinada a capacitar en competencias. El curso de práctica profesional consiste en un aprehender supervisado por un profesor/abogado sobre casos reales y con la posibilidad de judicializar. De esta forma, los estudiantes adquieren las habilidades propias de la entrevista profesional, el registro escrito de los datos, información y documentos aportados por los consultantes, su posterior estudio y discusión sobre su clasificación, su análisis jurídico de fondo y estratégico procesal, la confección de un informe sobre el caso planteado y el seguimiento procesal de la causa. “El servicio consiste en la preparación de los escritos, intimaciones, citaciones, diligenciamientos, trámites, etc. que sea menester para cumplimentar la vía elegida para la debida protección de o reconocimiento del derecho o interés del patrocinado”.¹¹

El plan de estudios también nombra en forma general la importancia de la adquisición de habilidades o competencias en todas las materias¹² y sugiere algunas prácticas entre las que se puede leer, entre otras,

Aplicación de las producciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias para resolver problemas, casos o situaciones concretas; Aplicación de las abstracciones que surgen de las teorías de las disciplinas humanísticas y sociales para la comprensión, aplicación, análisis y evaluación de las propuestas para la resolución de un problema, caso o situación concreta general o individual. (...); Análisis e identificación de problemas, casos reales o ficticios, situaciones. Esta habilidad implica la: a. identificación de la cuestión a dilucidar, así, la formulación de preguntas; b. propuesta de hipótesis de solución alternativas teniendo en cuenta el derecho positivo aplicable, c. fundamentación de cada una de ellas, y d. evaluación de las ventajas y desventajas de cada una de las posibles soluciones planteadas.¹³

¹¹ http://www.derecho.uba.ar/institucional/depto_pracprofesional_centro_form_prof.php

¹² “Así, se trata que el/la alumno/a adquiera conocimientos conceptuales e informativos que le permitan formar una base de conocimientos sistemática y coherente y, a su vez, desarrollar habilidades y destrezas (competencias), en tanto el material normativo e incluso los hechos cambian. Sin embargo, las habilidades y destrezas que implican los procedimientos para trabajar con ese material cambiante perduran y su adquisición no puede ser dejada librada a “los golpes” que el recientemente graduado adquiera como fruto del ensayo y error. No se trata sólo de formar graduados sino también de considerar la responsabilidad social que implica el ejercicio de la Abogacía”. EXP-UBA: 45.501/2018.

¹³ Según EXP-UBA: 45.501/2018.

En la Facultad de Derecho de UNC, según el plan de estudios actualizado en el año 2000, se encuentran tres materias de Práctica Profesional de 60 horas cada una (120 horas), de un total de 2640 horas que establece la carrera, que representa un 4.5% de la carga horaria total. Según el plan de estudios, los objetivos de estas materias “se relacionan con el ejercicio de actos profesionales, con el saber aplicar”. Por otro lado, se establece que

Los criterios sobre los que se articula la enseñanza práctica son: interdisciplinariedad (convergencia entre el derecho sustantivo y el procesal, en sus diversas áreas); inclusión de la etapa judicial y de la prejudicial; trabajo con actos válidos y no válidos; capacitación no sólo para el rol de Abogado litigante, sino también para los de administración de justicia, asesoramiento, negociación y mediación.

Y se sugieren actividades como las siguientes: simulación (resolución de casos con asignación de roles), estudio de casos, pasantías.

Los cursos de Práctica Profesional 1 y 2 trabajan con casos prácticos y simulaciones de juicio con el objetivo de preparar al estudiante para el “ejercicio futuro de su rol profesional, a través de un entrenamiento previo, empleado un método de trabajo sistemático y continuado que le permita adquirir de forma gradual y paulatina criterios de valoración y decisión trabajando con casos concretos”.¹⁴ Por último, la Práctica Profesional 3,¹⁵ a diferencia de la UBA, se trata de una experiencia profesional pero sin participación en el ejercicio de la profesión en causas judiciales reales. En esta clase, el alumno puede optar entre tres comisiones donde desarrollará sus habilidades en ámbitos comunitarios: 1) Área Legislativa, donde se “combina el conocimiento de la realidad política legislativa con la acabada comprensión de las cuestiones legales”; 2) Alfabetización Jurídica, donde se brinda asesoramiento jurídico a la ciudadanía; y 3) Capacitación en Funciones, aquí, a partir “de la concurrencia a espacios de trabajo reales, el alumno se incorpora a diferentes instituciones del medio dando lugar a un proceso de aprendizaje”; estos lugares pueden ser el Poder Judicial, el Colegio de Abogados, Poder Ejecutivo, instituciones públicas y privadas, estudios jurídicos, empresas, organizaciones no gubernamentales, etc.

La UNL ha modificado su plan de estudios en el 2018.¹⁶ La carrera cuenta con una práctica profesional de 350 horas de un total de 2990 horas, en este caso, representa un 11.7%. Resulta interesante la importancia que desde el plan de estudios adquiere la adquisición de competencias; aquí se puede leer: “El Plan de Estudios tiene como propósito vincular la teoría y la practica a través de la integración de ámbito académico y el ámbito profesional. Se diseña para ello, nuevas modalidades de Formación Práctica y espacios Curriculares”.

14 Recuperado de <http://secretarias.unc.edu.ar/derecho/programas/abogacia/semestre-7/practica-profesional-i/Practica%20Profesional%20I.doc/view>

15 Recuperado de file:///C:/Users/Agustin/Downloads/PRACTICA%20PROFESIONAL%20III.pdf

16 EXPTE. N° FCJS-0949920/18.

En este sentido, se desarrollan varios espacios prácticos a lo largo de toda la cursada: 1) *Formación Práctica Disciplinar*, se desarrolla al interior de las asignaturas de la carrera, integrada a su carga horaria y especificada en el Programa de Cátedra. “Los dispositivos de enseñanza podrán ser: análisis crítico de la doctrina y jurisprudencia, estudio de casos y reconocimiento de encuadre normativo, argumentación y debates, trabajo de campo, utilización de TICS, etc.”; 2) *Formación Práctica en los Talleres de Práctica Procesal*, esta se lleva a cabo en el Taller de Práctica en Derecho Procesal Constitucional, Civil y Comercial (30 horas) y el Taller de Práctica en Derecho Procesal Penal (30 horas). La finalidad de estos espacios es capacitar a los estudiantes en diversas habilidades de litigación, tales como: diseño de la estrategia procesal, redacción de escritos judiciales e informes técnico-jurídicos, prácticas de oralidad, búsqueda y aplicación de jurisprudencia y doctrina, identificación de procedimientos de actuación ante diversos organismos públicos. Los dispositivos de enseñanza podrán ser: método de casos, análisis de documentación específica, simulación de situaciones de litigio judicial, participación en actividades extracurriculares y de extensión, coloquios, ateneos con especialistas invitados (Cátedra Abierta), trabajo de campo, técnicas de oralidad, utilización de las TIC, etc.; 3) *Formación Práctica en Consultorios Jurídicos y Clínicas Jurídicas* (30 horas), cuando el estudiante está en condiciones de contar con los conocimientos que las posibilitan se incorporan a proyectos o programas de la propia unidad académica o de instituciones u organizaciones en las que se desempeñan profesionales de la disciplina en posiciones laborales específicas, incluidas las actividades de investigación. Estas prácticas se establecen en: *Consultorios Jurídicos* donde se puede asesorar, orientar y derivar, según el caso, a los vecinos para la resolución de sus problemas; *Clínicas Jurídicas de Interés Público*, aquí, se utiliza el método clínico para la enseñanza y tratamiento de casos reales y su resolución como estrategia de incorporación de conocimientos. Los casos que se tratan en este espacio son aquellos que trascienden el interés individual de las partes intervinientes; 4) *Formación Práctica Profesional Supervisada*, esta materia se ubica en el último año de la carrera. Su carga horaria total es de 260 horas, distribuidas del siguiente modo: El Taller Áulico 60 horas (20 horas Taller, 10 horas de Ética Profesional y 30 horas Metodología de la Investigación); el Escenario Externo 170 horas y el Escenario Extensionista 30 horas. El Taller Áulico tiene como finalidad analizar y debatir las prácticas externas desde las diferentes perspectivas teóricas planteadas durante la formación académica, promoviendo el pensamiento crítico jurídico. Asimismo, otro objetivo es profundizar las capacidades y habilidades profesionales y científicas propias del derecho. El Escenario Externo tiene como finalidad la aplicación de las competencias adquiridas en el transcurso de la carrera al ámbito laboral, que se desarrollarán en estudios jurídicos, instituciones u organizaciones públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales, tribunales, cuerpos legislativos del Estado, etc. Finalmente, el Escenario Extensionista, que se lleva a cabo en espacios relacionados al contexto comunitario y social, donde el estudiante debe aplicar sus conocimientos y habilidades en función de las problemáticas y demandas vinculadas al mismo. Los escenarios extensionistas podrán ser: al interior de la facultad: los proyectos y programas de extensión, y al exterior en consultorios jurídicos gratuitos de diversas instituciones, ONG, asociaciones civiles y fundaciones.

Por último, en la Facultad de Derecho de la UNDAV, encontramos en el diseño curricular un tramo práctico mediante el cual se intenta “favorecer la integración de conocimientos teóricos y prácticos”;

de esta manera, el plan de estudios establece “cuatro instancias de práctica pre-profesional supervisada” que se ubican en los dos últimos años de la carrera, “garantizando de esa manera que los estudiantes hayan adquirido los conocimientos que posibilitan su realización”.

La carrera de Derecho de la UNDAV se encuentra compuesta por 33 asignaturas obligatorias, a las que se suman 256 horas de asignaturas optativas, 256 horas de práctica preprofesional supervisada y 128 horas de trabajo social comunitario. La formación general se completa en cinco años con un total de 2720 horas.¹⁷ De esta manera, la formación curricular de la carrera establece 9.4% de su tiempo para la adquisición de competencias.

De acuerdo al plan de estudios, las prácticas profesionales se llevan cabo bajo la supervisión de un profesor y, la

Universidad procurará que los estudiantes roten por distintos ámbitos de aplicación del Derecho. En forma acorde con las líneas de acción ya descriptas, se priorizarán los siguientes: a) instituciones de la administración pública federal, provincial o municipal, b) instituciones del sistema de justicia federal o provincial o c) consultorios jurídicos o servicios de patrocinio jurídico gratuito.

Estas áreas de acción son acordadas por la universidad con distintas instituciones. En la actualidad estas prácticas se pueden desarrollar en distintitos Juzgados del Polo Judicial Avellaneda-Lanús, el Ministerio Público Fiscal, la Municipalidad de Avellaneda, el Colegio Público de Abogados Avellaneda-Lanús, la Asociación de Pensamiento Penal, la Clínica Jurídica del Instituto de Justicia y DDHH de la UNLa, clínicas jurídicas en organizaciones comunitarias y de la sociedad civil.¹⁸

Conclusiones

Hasta aquí hemos analizado la problemática de la formación en las facultades de Derecho en la Argentina e intentamos realizar un esbozo de la complejidad del asunto. En esta línea, insistimos en que la formación dogmática conlleva una formación deficiente en competencias y que, en este debate, las unidades académicas deben tomar parte.

Asimismo, analizamos la capacitación en competencias como una probable respuesta y definimos sus características más importantes. Entre ellas, marcamos las diferencias sustanciales con la metodología clásica o tradicional en el proceso de enseñanza/aprendizaje. Así, caracterizamos el contraste que existe entre poner el foco en el educador o en el educando, y sostuvimos que la capacitación en competencias sitúa en el centro de la escena a este último, que lo convierte en protagonista y que este proceso contextualizado y sugestivo permite el afincamiento de seguridad y autoestima. Si se tiene en

¹⁷ Según Anexo I del Plan de Estudios aprobado.

¹⁸ La información se encuentra disponible en http://www.abogacia.undav.edu.ar/horarios_practicas.pdf

cuenta que, en algunos casos como en la UNDAV, el 84% de los alumnos que ingresa a la Universidad es la primera generación de universitarios, generar autoestima y confianza en el proceso de aprendizaje es fundamental.¹⁹

Por último, analizamos algunos planes de estudio de las facultades nacionales de Derecho buscando el lugar que se le asignaba a la capacitación en competencias; en este sentido estudiamos la UBA, la UNC, la UNL y la UNDAV. Entre sus características, diferenciamos la carga horaria sobre el total de horas clase que se le asignaba a la adquisición de habilidades dentro de cada institución.

UNIVERSIDAD	PLAN DE ESTUDIO AÑO	HORAS CURSOS EN COMPETENCIAS	HORAS TOTALES CARRERA	%
UNC	2000	120 hs.	2640 hs.	4.5
UBA	2004	256 hs	2665 hs	9.6
UNDAV	2014	256 hs	2720 hs.	9.4
UNL	2018	350 hs.	2990 hs.	11.7

Fuente: elaboración propia.²⁰

El cuadro anterior muestra los resultados de dicha comparación, donde se puede apreciar cómo la carga horaria de los cursos de adquisición de competencias es mayor dependiendo de la actualidad de los planes de estudios. Asimismo, también se incrementa el porcentaje de cursos prácticos dentro de la totalidad de horas clase. Esta no es una regla lineal, pero es la tendencia si se compara con otras unidades académicas.²¹

Por otro lado, de los casos descritos podemos ver la heterogeneidad en la puesta en marcha de las estrategias de adquisición de competencias, mientras que en algunas facultades predominan los trabajos de casos, simulaciones y talleres, en otros se enseña sobre la supervisión de casos.

Finalmente, nos surgen estas preguntas: ¿es antagónica la capacitación en competencia con la instrucción de las materias clásicas de la carrera? ¿Reporta mejores resultados la educación clásica?

Frente a la primera pregunta respondemos negativamente, todos los contenidos de las materias se pueden adaptar a la capacitación en competencias, su implementación es sinérgica y complementaria. En

19 s/a. (27 de mayo de 2016). Calzoni: "El 84% de los estudiantes que ingresaron este año son primera generación de universitarios en sus familias". *Diario La Ciudad*. Recuperado de <https://laciudadavellaneda.com.ar/calzoni-el-84-de-los-estudiantes-que-ingresaron-este-ano-son-primera-generacion-de-universitarios-en-sus-familias/>

20 Los datos fueron recuperados de: http://www.derecho.uba.ar/institucional/depto_pracprofesional.php, http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/pdf/plan-de-estudios-abogacia.pdf, http://www.abogacia.undav.edu.ar/principales/abogacia-plan_de_estudios.pdf, http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/academica/reforma_plan/plan_estudios_abogacia.pdf, <http://secretarias.unc.edu.ar/derecho/programas/abogacia/semestre-7/practica-profesional-i/Practica%20Profesional%20I.doc/view>, y <https://www.fcjs.unl.edu.ar/estudiantes/wp-content/uploads/sites/4/2019/02/FCJS-Plan-de-Estudios-2018.pdf>

21 Esta tendencia se puede detectar en otras facultades de Derecho, por ejemplo, en UNPAZ (2018) la carrera cuenta con 3200 horas de clase, de las cuales 192 corresponden a materias de adquisición de competencias (6%); UNRN (2011) total de horas clase 3482, materias en adquisición de competencias 192 horas (5.5%); UNR (2018) total de horas clase 3226, materias en adquisición de competencias 468 horas (14.5%); UNLP (2010) total de horas clase 3852, materias en adquisición de competencias 412 horas (10.6%).

el caso de la segunda pregunta, también respondemos negativamente, la educación clásica o tradicional conlleva varias deficiencias, en particular, una de ellas es el olvido, ya que al no concretizarse una práctica sobre el contenido, los procesos de memoria son menos afectivos. Asimismo, si la instrucción es teórica y el examen se reduce a la contestación conceptual de los contenidos evaluados, podemos decir que, justamente, estamos evaluando esto, es decir, una forma de respuesta concreta, pero no se puede entender esto como la comprensión de los conceptos y su adecuada aplicación.

Entonces, si sostenemos que la educación en competencias no es antagónica, sino sinérgica y complementaria de las clases tradicionales y que reporta mejores resultados pedagógicos, otras preguntas vuelven a emerger: ¿por qué no se aplica esta metodología de forma transversal a todo el sistema de educación superior universitaria? Esta pregunta es más compleja porque no solo involucra actitudes personales de los docentes frente al curso, sino también el contexto sociocultural que lo enmarca y lo condiciona.

Una de las primeras respuestas que podemos ensayar es que la enseñanza basada en adquisición de competencias requiere de un entrenamiento y un saber; en este sentido, la capacitación docente no es una prioridad frente a otras cuestiones más importantes sobre las que tienen que actuar las universidades públicas argentinas. No obstante, debemos advertir que varias universidades han implementado de forma aislada y fragmentada carreras docentes, pero por lo general estas no son obligatorias y solo reportan unos pocos beneficios sobre la Facultad que estatuye estos cursos.

Frente a esa realidad de falta de capacitación docente se impone una cultura o convención de cómo deben dictarse las clases. En Derecho, particularmente, ese sentido común expresa un docente hablando a sus alumnos, dotado de buena oratoria y cuya responsabilidad concluye con la exposición de los temas programados y la evaluación de estos conceptos. A esto contribuyen las características propias de la enseñanza del derecho en la Argentina, generalmente, la docencia es un complemento de su actividad profesional. Aquí se asientan varias causales que tiene como principal componente razones de índole económica, sociológicas y culturales.

Concluyendo este tema y sin agotar su análisis, se encuentra el nivel de exigencia que significa un cambio de metodología de enseñanza. Es una realidad que la educación en competencias significa un mayor tiempo y dedicación por parte del docente. Si bien el diseño de las actividades, casos prácticos, simulaciones, tutorías sobre alumnos, etc., implica una gran cantidad de horas fuera de clase, también es cierto que con la práctica sostenida en el tiempo esas prácticas reducen su duración, pero, de todas maneras, siempre toman más tiempo que la clase magistral. Entre otros problemas, podemos encontrar la cantidad de alumnos y la asignación de docentes por curso, la disposición de material didáctico, la dedicación de los profesores, la falta de políticas y debate pedagógico en las universidades, etc.

Bibliografía

Argentina, Ley N° 24937.

Argentina, Ley N° 22127.

Argentina, Resolución N° 237/01 del Consejo de la Magistratura.

Díaz Barriga, A. (2005). El enfoque de competencias en la educación. ¿Una alternativa o un disfraz de cambio? *Perfiles Educativos*, 28(111), 7-36. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v28n111/n111a2.pdf>

Gozaíni, O. A. (2001). *La enseñanza del Derecho en Argentina*. Buenos Aires: Ediar.

Jonnaert, P; Barrette, J.; Masciotra, D. y Yaya, M. (2008). Competence as organizing of the training programs: towards a competent performance. *Observatorio de Reformas Educativas (ORE)*, Universidad de Québec, Montreal. La competencia como organizadora de los programas de formación: hacia un desempeño competente. *Profesorado. Revista de Currículum y Formación de Profesorado*, 12(3), 1-32.

Palacio, S. (2017). *Pedagogía Jurídica*. Buenos Aires: Ed. Estudio.

Rodríguez-Izquierdo, R. (julio-diciembre de 2014). Modelo formativo en el Espacio Europeo de Educación Superior: valoraciones de los estudiantes. *Aula Abierta*, 42(2), 106-113.

Tobón, S.; Rial Sánchez, A.; Carretero Díaz, M. A.; García Fraile, J. A. (2006). *Competencias, calidad y educación superior*. Bogotá: Editorial Magisterio.

El recorrido hacia el cultivo de cannabis de uso medicinal

El reconocimiento del derecho de los pacientes a elegir su tratamiento



Anabella G. Calvo y Lorena Lampolio

Introducción

La Ley Nacional N° 23737 sancionada en el año 1989 –de carácter penal– enumera como delitos distintas conductas vinculadas a ciertas sustancias que denomina “estupefacientes”, entre las cuales se encuentra la planta de cannabis. Esta ley contempla con pena de prisión de 4 a 15 años conductas tales como el cultivo, la producción y el comercio, a la vez que la tenencia simple de estupefacientes y la tenencia para consumo personal se encuentran sancionadas con penas de 1 a 6 años y de 1 mes a 2 años de prisión, respectivamente. Cuando la siembra y el cultivo se realicen para consumo personal la pena se reduce de 1 mes a 2 años de prisión.

Ahora bien, el Estado argentino, a través del Poder Legislativo, reconoció el uso medicinal de la planta de cannabis y de sus derivados al sancionar la Ley N° 27350 (a continuación se la mencionará como “Ley de Uso Medicinal del Cannabis”). Esta norma, que fue aprobada en marzo de 2017, establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, con el objeto de garantizar y promover el cuidado integral de la salud.

La ambigüedad normativa que se presentó en el ordenamiento jurídico nacional a partir de ese momento, dada por la convivencia de una norma que a los efectos de garantizar el derecho a la salud reconoce el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados y otra que obstaculiza el ejercicio de tal derecho por la amenaza de la sanción penal, ha generado un enorme vacío respecto de la legalidad

del uso medicinal del cannabis, a la vez que colocó en un limbo jurídico-administrativo a miles de personas que necesitaban acceder a esta sustancia para ejercer su derecho a la salud y no contaban con las herramientas legales o administrativas para hacerlo.

El presente trabajo realizará un recorrido histórico respecto de la regulación del derecho al acceso de tratamiento con cannabis y/o sus derivados que tiene como broche de oro la permisión del autocultivo y del cultivo solidario como opción para los usuarios medicinales. En este punto, destacaremos el activismo y la judicialización como las estrategias que permitieron la sanción de la Ley Nacional 27350 y luego el dictado de una nueva reglamentación que habilitó el acceso a través del cultivo de la planta de cannabis (Decreto N° 883/2020 y normas inferiores dictadas en consecuencia).

Por último, mencionaremos los desafíos pendientes en torno al consumo personal en general, en el marco del artículo 19 de la Constitución Nacional.

La gestación de la Ley de Investigación Médica y Científica de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados N° 27350

Es importante señalar que, la Ley N° 23737¹ –conocida como ley de drogas– en consonancia con las Convenciones de Naciones Unidas de 1961,² 1971³ y 1988,⁴ no prohíbe expresamente el cannabis, así como tampoco prohíbe específicamente ninguna droga. Estas convenciones internacionales, que consensuaron casi todos los países del mundo, establecieron mecanismos de regulación y control de diversas sustancias que se encuentran clasificadas en cuatro listas. El fundamento en el que se basaron los países al conformar esas listas estaba dado por el potencial daño que el mal uso o abuso de estas sustancias hacían a la salud pública (Baca Paunero, 2020).

Ahora bien, la definición de “estupefaciente” como concepto jurídico se encuentra descripta en el artículo 77 del Código Penal, y no en una norma que tenga como objetivo proteger la salud. Es necesario analizar esa definición de cara a la evidencia científica y médica actual,⁵ poniendo en tensión las listas complementarias de Ley N° 23737, con lo dispuesto por la Ley N° 27350, que define al cannabis como terapéutico y reconoce expresamente su valor a favor de la salud de las personas (Baca Paunero, 2020).

1 En el año 1989 se crea el organismo encargado de asistir al presidente para elaborar “las medidas que sean necesarias para la contención y enervamiento del fenómeno de las drogas” (Decreto 271/89): la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (Sedronar). Meses después se promulga la Ley 23737 –vigente hasta la actualidad–, mediante la cual se amplían considerablemente las conductas tipificadas como delito y se aumentan las penas. En su artículo 14 se introduce la diferenciación entre *tenencia simple* –que toma la redacción del artículo 6 de la ley anterior– y *tenencia para uso personal*, que tiene una pena menor: de un mes a dos años de prisión. Los legisladores no tomaron en cuenta lo expresado por la CSJN en el fallo “Bazterrica” respecto de la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres.

2 Convención Única sobre Estupefacientes, 1961.

3 Convenio sobre sustancias psicotrópicas, 1971.

4 Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988.

5 Ver Cannabis medicinal, en <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/casyspublica/informacion/documentacion/tlegislativo/index.html>

Sin realizar un análisis detallado de lo que significó la política de drogas en Argentina, es dable destacar que ha estado marcada –como fue la tendencia imperante en la región– por las políticas prohibicionistas que se basan en considerar que las personas no pueden desarrollar otra relación con los psicotrópicos que no sea nociva, no pueden autocontrolarse y, por lo tanto, al Estado no le queda más opción que prohibirlas. Es decir, para este sistema de creencias las personas son incapaces de reconocer los riesgos que entraña el uso de estas sustancias, y es tarea de los Estados intervenir en el acceso a ellas. Es de esta forma que se justifica “que el Estado imponga ciertos límites a la autonomía de sus ciudadanos precisamente para salvaguardar su propia autonomía” (Ortiz Millán, 2009).

Con estos objetivos se implementaron programas de prevención basados en la persecución selectiva de usuarios y usuarias, como operadores menores y reemplazables de la cadena del tráfico de estupefacientes –generalmente, los sectores más vulnerables de la población: mujeres, comunidades indígenas, población trans, jóvenes, etc.–.

Paradójicamente en este mismo contexto se desarrollará en la Argentina un cambio (aunque menor) en la política de drogas con la sanción de la Ley N° 27350 de Uso Medicinal del Cannabis. Esto fue el producto de la confluencia de dos fuerzas: por un lado la social, que sale a luz en el año 2016 con la organización Mamá Cultiva, y por el otro lado la comunidad científica, a través el Dr. Marcelo Morante, médico y docente de la Universidad de La Plata.⁶

La organización Mamá Cultiva está integrada por madres de niños y niñas con enfermedades del sistema nervioso que no responden a los tratamientos médicos convencionales. Si bien ya existían grupos como la Red de Usuarios Medicinales de Argentina (RUCAM), la Campaña por la Despenalización del Cannabis Medicinal (CADECAM) o la ONG Cannabis Medicinal Argentina (CAMEDA), el fenómeno adquirió visibilidad con los testimonios de las madres de Mamá Cultiva en los medios de comunicación. La otra fuerza que coadyuvara, y que encabezó el Dr. Morante, fue la comunidad científica que entendió que el conocimiento no estaba solo en la ciencia sino también en los pacientes y que como profesionales debían acompañar y reforzar esa dinámica (Labiano, 2018).

El impulso legislativo de la temática que se inició en el año 2016 encontró un clima social propicio, en el sentido de auspiciar la creación de un marco normativo para el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Los distintos proyectos legislativos comenzaron su tratamiento en la Comisión de Acción Social y Salud Pública, allí desplegaron sus testimonios, organizaciones de usuarios medicinales, médicos, agrupaciones cannábicas e integrantes de la sociedad civil, y mostraron evidencias sobre el uso de cannabis para el tratamiento de varias patologías. El objetivo principal de los distintos proyectos de ley era modificar la actual Ley N° 23737, dado que muchas de las actividades realizadas tanto por las madres como por los cannabicultores eran consideradas delitos a la luz de esa norma.

La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) presentó, en el mes de junio de ese mismo año, el *Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria*.

⁶ Actual coordinador del Programa Nacional de Investigación sobre los usos Medicinales de Cannabis, creado por la Ley N° 27350.

Usos terapéuticos de los cannabinoides, que muestra los resultados obtenidos respecto a la eficacia y seguridad del uso medicinal de los cannabinoides a partir de 16 revisiones sistemáticas / metanálisis y dos estudios observacionales; allí se exponen diversos grados de eficacia de la sustancia para el tratamiento de distintas enfermedades y condiciones (Labiano, 2018).

También en las comisiones de Legislación Penal y Seguridad Interior se presentaron proyectos legislativos relacionados con el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Esta última comisión, que respondía en su línea política al Ministerio de Seguridad y que tenía una visión prohibicionista, logró el dictamen de mayoría que fue tratado en la Cámara de Diputados. En consecuencia, las principales demandas de las organizaciones sociales con relación al cannabis medicinal, como el autocultivo, el cultivo colectivo y el cultivo solidario, no fueron incluidas para su tratamiento y aprobación por el pleno de los diputados reunidos el 23 de noviembre de 2016.

Finalmente, en marzo de 2017 se sancionó, por unanimidad en la Cámara de Senadores, la Ley N° 27350 de “Investigación Médica y Científica de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados”,⁷ que establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor⁸ de la planta de cannabis y sus derivados, con el objeto de garantizar y promover el cuidado integral de la salud (art. 1).

Contempla, asimismo, la posibilidad de importar el aceite de cannabis y sus derivados, cuando resulte requerido por pacientes que presenten determinadas patologías y cuenten con la indicación médica pertinente (art. 7). Para ello, creó el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos No Convencionales, en la órbita del Ministerio de Salud (art. 2), que entre sus objetivos procura “[g]arantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo⁹ y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa” (art. 3).

Luego de seis meses (en septiembre de 2017) el Poder Ejecutivo reglamentó la ley mediante el dictado del Decreto N° 738/2017 que establecía en su artículo 7 que la provisión de aceite de cannabis y sus derivados sería gratuita para quienes se encontraran inscriptos en el Programa y se ajustaran a sus requerimientos y que a aquellos pacientes que no se encontraran inscriptos en el Programa, pero que tuvieran como prescripción médica el uso de aceite de cannabis (o de otros derivados) se los habilitaba a adquirirlos bajo su cargo, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud del acceso de excepción de medicamentos que determinara el Ministerio de Salud de la Nación, en su carácter de Autoridad de Aplicación.

7 Sancionada el 29/03/2017 y publicada en el Boletín Oficial el 19/04/2017.

8 Desde organizaciones especializadas en el cannabis de uso médico como CAMEDA, se ha señalado que representa un sinsentido que la ley hable de uso medicinal, terapéutico y paliativo como si fueran cosas distintas. Cuando se habla del uso medicinal se trata del cannabis de grado médico, terapéutico es el efecto que tiene y paliativo del dolor es el fin que se busca con el tratamiento. Son elementos de un mismo concepto que es el cannabis de uso médico, el cual debe contar con las características de cualquier medicamento como son la calidad y eficacia, por eso es importante el control y acompañamiento del Estado.

9 Es preciso aclarar que aquí se presenta una confusión terminológica en tanto el aceite mencionado no es un derivado de la planta de cannabis sino que es una de las formas farmacéuticas en que se emplea. Los derivados de la planta son los cannabinoides (los más conocidos son THC y CBD), mientras que las formas farmacéuticas son los aceites, las cremas, los ungüentos, etc.

Días después el entonces ministro de Salud de la Nación dictó la Resolución N° 1537-E/2017 como reglamentación del Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos No Convencionales. En su Anexo I, dicha resolución determinaba que podían solicitar la inscripción en los Registros que dependían del Programa (Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento y Registro Nacional de Pacientes en Protocolo de Investigación) “las personas que padezcan epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso de Cannabis y sus derivados, en base a las evidencias científicas existentes” y establecía el procedimiento para la inscripción en aquellos registros.

Por otra parte, el artículo 8 de la ley creó (en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación) un registro nacional voluntario que se denominó “Registro Nacional de pacientes en Tratamiento con Cannabis” (RECANN):

a los fines de autorizar en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° de la ley 23.737 la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescriptas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis, con el resguardo de protección de confidencialidad de datos personales.

Si bien esta ley es estrecha en términos de permisividad, logró quebrar la visión social predominante de la planta, el cambio introducido fue menor ya que la Ley N° 23737 sigue prácticamente intacta en su núcleo duro de creencia sobre las personas usuarias de drogas y su tratamiento a través del sistema penitenciario.

La judicialización como única opción para el acceso al tratamiento con cannabis¹⁰

La demora en la reglamentación de la Ley N° 27350, así como en la puesta en funcionamiento del Programa creado por ella, junto con la desfinanciación de la investigación científica y del área de salud que atravesó por esas épocas nuestro país,¹¹ generaron que muchos pacientes que habían logrado inscribirse en el RECANN no pudieran acceder a la provisión gratuita del aceite medicinal indicado por sus médicos. En ese marco, algunos de ellos, frente a la desesperación de vivir con una enfermedad o de ser familiares de personas en esa situación (incluso niños y niñas), realizaron los trámites pertinentes para acceder al aceite mediante el régimen de excepción de medicamentos. Sin embargo, los obstáculos fueron múltiples: no solo la enorme burocratización para el acceso al aceite de canna-

10 Para un mayor detalle sobre la judicialización en torno a este tema: Calvo, A. y Lampolio, A. (en prensa). *Cannabis de uso medicinal, un recorrido hacia su regulación: la intervención del Poder Judicial a los efectos de garantizar el derecho a la salud y de impulsar la regulación de la permisión de autocultivo*.

11 En septiembre de 2018 el Poder Ejecutivo Nacional modificó la Ley de Ministerios unificando el Ministerio de Salud con el Ministerio de Desarrollo Social (Decreto N° 801/2018).

bis importado sino también su costo en dólares atentaron contra la continuidad del tratamiento con cannabis, al impedir su adquisición, afectando la salud de los pacientes.

Esta circunstancia generó el inicio de múltiples acciones judiciales contra obras sociales y empresas de medicina prepaga a lo largo y a lo ancho del país para que –ante la falta de provisión por parte del Estado– sean las prestadoras de salud quienes se hicieran cargo de dicho tratamiento, por lo menos hasta que el Estado lo proveyera.¹²

Estos precedentes de todo el país dejaron al descubierto las dificultades para acceder a un tratamiento que permite la mejora en la calidad de vida de muchos pacientes y las falencias de la legislación y su reglamentación. En primer lugar, es de notar que al tratarse de un programa de investigación la inclusión de muchos pacientes se vio restringida, aun cuando contaran con indicación médica del tratamiento. La reglamentación solo permitió la incorporación en el programa a personas que presentaran diagnóstico de epilepsia refractaria excluyendo a personas con otros diagnósticos y el primer ensayo clínico aprobado se desarrolló en el Hospital Garrahan, por lo que solo estaba destinado a pacientes pediátricos con esa enfermedad, siendo su muestra de cien pacientes.

Por otra parte, otro punto a tener en cuenta es que aquellos pacientes que no formaban parte del programa creado por la ley, que querían adquirir los medicamentos derivados del cannabis (a quienes

12 “PAREDES JOSÉ RAMÓN Y RIVERO SILVIA BEATRIZ C/ OSEAC S/ AMPARO” (Expediente N°: X-4CI-17-AL2017 –Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N° 9 de Río Negro, 12/06/2017); “P. A. R. Y OTRO c/CONSTRUIR SALUD s/LEY DE DISCAPACIDAD” (Expediente N° 27894/2016, Cámara Federal de Mar del Plata, 26/07/2017); “F, A, I DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION” (Expediente N° 002708/2017/2); Cámara Federal de Bahía Blanca, 28/08/2017); “T., H. S. c/ OSDEYM Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986”(Expediente N° 14812/2015, Juzgado Federal de Córdoba N° 3, 27/10/2017); “B. L. L. E. c/ OSPE s/SUMARISIMO DE SALUD” (Expediente N° 5794-2016/ CA001, Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 28/11/2017); “F, LD c/SWISS MEDICAL S. A. s/INC APELACIÓN” (Expediente N° 017233-2017/1, Cámara Federal de Bahía Blanca, 11/12/2017); “DE LOSANTO, KARINA c/ OSPRERA s/AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES” (Expediente N° 046857/2016/CA001, Cámara Federal de Rosario, SALA A, 05/02/2018); “MAFFIA, MARIANA Y OTRO c/OSDE s/INCIDENTE” (Expediente N° 36816-2016/1, Cámara Federal de La Plata, Sala II, 20/02/2018); “S. A. K. Y OTROS c/BRAMED MEDICINA PREPAGA Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 67495/2017, Juzgado Federal de Córdoba N° 3, 17/04/2018); “P. G. S. E. R. D. S. H. M. c/ MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN Y OTRO s/ ACCIÓN DE AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 12325/2017, Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativo de Misiones, 26/04/2018); “YOO, IAN VALENTIN c/OSDE s/INCIDENTE DE APELACIÓN” (Expediente N° 8880-2017/1, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, 22/05/2018), “C, V, A c/ OSDE Y OTRO s/AMPARO DE SALUD” (Expediente N° 009027/2016/ CA001, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, 26/06/2018); “IVANCICH, MARÍA PÍA c/ DASPU, OBRA SOCIAL UNIVERSITARIA Y OTRO s/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS” (Expediente N° 054049/2018/ CA001, Cámara Federal de Córdoba, 20/07/2018); “ARJONA, ESTELA MARIS C/OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) S/AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS” (Expediente 36969/2018-0, Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 07/11/2019); “M., D. M. N. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO - SALUD - MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS” (Expediente 1049/2019-0, Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, EXP. 1049/2019-0, 26/03/2019); “GIRONDA, BEATRIZ ADELA CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO –SALUD– MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS” (Expediente N° 10883/2019-0, Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 05/11/2019); “CABRERA, Nancy Mabel CONTRA FACTURACIÓN Y COBRANZA DE LOS EFECTORES PÚBLICOS SE (FACOEP SE) SOBRE AMPARO - SALUD - MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS” (Expediente N° 4106/2020-0, Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 21, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23/06/2020); “AGUILAR, Carina Soledad CONTRA FACTURACIÓN y cobranza de los efectores PÚBLICOS s.e. SOBRE AMPARO - SALUD - MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS” (Expediente 4328/2020-0, Juzgado de primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 01/07/2020); entre otros.

la ley habilita a hacerlo a su propio cargo) encontraron por lo menos dos obstáculos para cumplir con el tratamiento. Uno es el económico. Como todavía no había producción mediante laboratorios argentinos (ni públicos ni privados) tenían como única opción comprar aceites importados por lo que no cualquier persona podía acceder a ellos, sobre todo cuando muchos no cuentan con cobertura de salud a través de obras sociales o empresas de medicina prepaga. Por otra parte, muchas veces la composición de los aceites importados no es adecuada para todas las personas y patologías. Muchos tratamientos requieren la rotación de cepas y de combinaciones en cuanto a balance de distintos cannabinoides. Frente a estas circunstancias, el autocultivo o el cultivo solidario se presentan como las opciones que mejor permiten el acceso al tratamiento con la planta de cannabis y sus derivados.

En octubre de 2019 se realizó la primera Expocannabis en nuestro país y en el Punto de Acceso a la Justicia se brindaba información jurídica a quien la requiriera. Las consultas fueron variadas, pero lo que se evidenció es que la sociedad no termina de entender qué es lo que el marco normativo permite y eso está dado porque existen normas que se contradicen y tienen igual jerarquía, como la Ley N° 23737 (conocida como Ley de Estupefacientes) y la Ley 27350 de Uso Medicinal del Cannabis. Por un lado, se penaliza la tenencia, siembra y cultivo de la planta de cannabis¹³ y, por el otro, el propio Estado reconoce el valor medicinal de la misma planta, así como la existencia de personas que son usuarios de sus derivados.¹⁴

Personas de distintas edades y condición socioeconómica, que padecen distintas enfermedades, se acercaron al Punto de Acceso a la Justicia para preguntar cuánto se puede cultivar, cuántas plantas se pueden tener en el domicilio o qué cantidad de cigarrillos o aceite de cannabis pueden tener. La respuesta no era la que esperaban: no podían entender cómo se dictó una norma y se desarrolló una exposición (que se publicitó por todos los medios de comunicación y redes sociales) a la que asistieron cultivadores, médicos y científicos de distintas disciplinas que explicaban los beneficios de esta planta para la salud y, por el otro lado, les contáramos que si cultivaban en sus casas nada podía protegerlos de una persecución penal y lo único que podíamos ofrecerles era la defensa jurídica en el caso de que se iniciara un proceso penal. Es que ser acusado de un delito no es gratuito y mucho menos cuando la conducta que se imputa tiene como finalidad tratar una enfermedad o paliar el dolor y sufrimiento propio, de un familiar o de personas con las que uno pudiera solidarizarse al ser poseedor de un gran valor: la empatía.

Ante este escenario, desde la sanción de la Ley de Uso Medicinal del Cannabis se iniciaron acciones judiciales solicitando la autorización para realizar autocultivo a los efectos de acceder a los derivados del cannabis indicados por los médicos tratantes (aceites, cremas, material vaporizable). En muchos de los casos, en la primera instancia se logró que los jueces autorizaran de manera cautelar a realizar el autocultivo, pero al llegar a la segunda instancia dichas resoluciones fueron revocadas o modificadas, ordenando al Estado nacional la inscripción al programa creado por la Ley de Uso Medicinal del Cannabis y la consecuente provisión gratuita a cargo del Estado.¹⁵ En consecuencia, estas resoluciones

13 Art. 5 de la Ley N° 23737.

14 Art. 8 de la Ley N° 27350.

15 "B. B. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986" (Expediente N° 21814/2017, Juzgado Federal de Salta N° 1 -02/03/2018- y Cámara Federal de Salta, Sala II -23/04/2019-); "NAVARRO, JULIA MACA-

judiciales devolvieron a los pacientes que acudieron a la justicia a la situación anterior y podemos decir que, además, los pudo haber perjudicado: por un lado, aunque fueran incorporados al Programa, en tanto el Estado no producía aceites (o cualquier otro derivado del cannabis), la única opción viable sería acceder a la importación del aceite que se encuentra en el mercado, pero este no sirve para tratar todas las patologías; por otro lado, al haber reconocido que realizaban autocultivo o que obtenían el derivado gracias a cultivadores solidarios se veían expuestos a la inminencia de la persecución penal. No solo quedaban expuestos a ser privados de su libertad sino también a interrumpir los tratamientos de sus familiares o los suyos, con la angustia que ello provoca en personas que padecen enfermedades que alteran por completo su calidad de vida. Recordemos que el Registro creado en el artículo 8 de la Ley 27350 no era de cultivadores sino de pacientes incluidos en el Programa para que el Estado les suministrara un medicamento que hoy en día no se encuentra disponible.

Sin embargo, es pertinente señalar que el artículo 5 de la Ley de Estupefacientes penaliza a quienes “sin autorización o con destino ilegítimo” lleven adelante las acciones que dicho artículo tipifica. En consecuencia, era posible interpretar que si se realizaba el cultivo *con autorización o con destino legítimo*, la conducta no configuraría la acción típica y, entonces, no sería pasible de una sanción penal.

La Ley 27350, que reconoce el uso medicinal de la planta, contempla la provisión gratuita por parte del Estado e incluso permite la adquisición de aceite a quienes no se encuentran inscriptos en el Programa, con el solo requisito de la indicación médica. ¿Por qué no acceder mediante el autocultivo? Si el Estado reconoce la posibilidad de una situación comercial ¿por qué niega el acceso gratuito por medio del autocultivo? Negar el autocultivo termina generando efectos más dañinos que los que se piensan evitar con su prohibición. Las personas que no pueden acceder a un aceite industrializado por sus costos o cuya composición no les sirve para tratar los padecimientos de que se traten, tienen como única opción acudir al mercado ilegal lo cual es sumamente peligroso y por variados motivos. De esta manera, se exponía a los pacientes a consumir productos de dudosa composición y origen, así como a mantener contacto con el narcotráfico y con drogas de abuso que son realmente dañinas, el costo siempre es mayor en el marco de la ilegalidad y, además, se exponían a la persecución penal por tenencia.

El autocultivo brinda mayor seguridad en ese sentido, por lo que se tornaba necesario que la inscripción en el Registro creado por el artículo 8 de la Ley de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados, constituyera la autorización que la Ley penal menciona para que no se configurara el delito por cultivar cannabis; el destino legítimo indicado por la norma estaría acreditado por la indicación médica que se exige a tales fines (lo mismo aplicaría respecto del guardado de semillas y tenencia de cualquier derivado del cannabis para consumo medicinal). Esta idea, gracias al impulso de las organi-

RENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 16005/2018, Juzgado Federal de Viedma, Río Negro -02/07/2018- y Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, Río Negro -21/05/2019-); “PRIETO, CARINA SOLEDAD Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986” (Exp. 54057/2018, Juzgado Federal de Rosario N° 2, Santa Fe -20/09/2018-, Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A -21/06/2019-); “THACHEK, BERTA DELIA c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986” (Exp. 19543/2018, Juzgado Federal de Rawson N° 1, Chubut -15/02/2019-); “G., C. P. c/ Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación s/ amparo ley 16.986” (Exp. 21434/2019, Cámara Federal de La Plata -27/06/2019-); “B. M. S. y otro c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud de la Nación s/ amparo ley 16.986” (Exp. 19000/2019, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata -27/06/2019-).

zaciones de la sociedad civil vinculadas a la temática, pacientes y familiares de pacientes usuarios de cannabis, logró que finalmente en el año 2020 se dictara una nueva reglamentación de la Ley 23750 que admite el autocultivo y el cultivo solidario como una opción que se enmarca en el derecho de los pacientes a elegir su tratamiento.

La nueva reglamentación de la Ley N° 27350 y La Ley N° 6349 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis comparativo

Con fecha 12/11/2020 se produjeron dos hechos claves para la cuestión bajo análisis. Por un lado, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 883/2020 como respuesta a estas demandas, derogando el Decreto N° 738/2017 y estableciendo una nueva reglamentación de la Ley N° 27350 de Uso Medicinal del Cannabis.

Por el otro, la Legislatura de la CABA sancionó la Ley local N° 6349 a los efectos de adherir al régimen establecido en la Ley Nacional N° 27350 (art. 2) y estableció el marco regulatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “para el acceso informado y seguro de Cannabis medicinal y sus derivados como recurso terapéutico, la investigación y el uso científico, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud” (art 1). Al igual que la ley nacional, promueve la investigación clínica y científica del uso de la planta de cannabis y sus derivados con fines medicinales y promueve la participación de asociaciones civiles vinculadas a la temática.

El Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 883/2020, en sus considerandos, reconoce que la antigua reglamentación era restrictiva porque solo permitía que pudieran incorporarse a los protocolos de investigación aquellos pacientes que contaban con diagnóstico de epilepsia refractaria y, a su vez, porque para quienes no estuvieran inscriptos en el Programa de investigación solo habilitaba la importación de aceite de cannabis generando otra exclusión para quienes no se encontraban en condiciones económicas de cubrir el costo en dólares.

Además reconoció que el registro nacional voluntario creado en el artículo 8 de la Ley N° 27350 con el objeto de facilitar el acceso gratuito al aceite de Cannabis y sus derivados aún no se encontraba operativo, lo cual impedía el adecuado control de calidad de derivados del cannabis, comprometiendo la salud de usuarias y usuarios y generando expectativas infundadas promovidas por el simple afán de lucro.

Asimismo, expresamente señaló que esas restricciones reglamentarias configuraron barreras al acceso oportuno del cannabis y que como respuesta a ello muchos usuarios decidieron acudir al autocultivo para poder contar con el aceite de cannabis para tratar su salud o la de algún familiar, asumiendo el riesgo de ser condenados o perseguidos penalmente, y que en ese sentido se fueron organizando redes, creando organizaciones civiles “que actualmente gozan no solo de reconocimiento jurídico sino también de legitimación social”.

En consecuencia, el Poder Ejecutivo Nacional entendió que era necesario reglamentar adecuadamente el acceso al cultivo controlado de la planta de cannabis, así como a sus derivados, para fines de tra-

tamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, en tanto ello implica cumplir el objeto de la Ley N° 27350 de garantizar y promover el cuidado integral de la salud y el acceso gratuito a derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al Programa. En este sentido, destacó que “existen experiencias a nivel internacional que indican que, en un marco de seguridad y calidad, junto con el acompañamiento médico, se reducen los daños potenciales que el uso del Cannabis de un mercado no controlado puede producir”.

Para ello esta nueva reglamentación establece que aquellos pacientes que cuenten con indicación médica para el uso de la planta de cannabis y sus derivados tendrá cuatro vías de acceso: 1) adquirir especialidades medicinales elaboradas en el país, 2) importar especialidades medicinales debidamente registradas por la autoridad sanitaria, 3) adquirir formulaciones magistrales elaboradas por farmacias autorizadas u otras presentaciones que en el futuro se establezcan, 4) acudir al autocultivo o cultivo solidario (arts. 7 y 8).

La reglamentación del artículo 10 dispone que el Estado nacional impulsará la producción pública de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización para su uso medicinal, terapéutico y de investigación en los laboratorios de producción pública de medicamentos nucleados en la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP) y que la dispensación del producto se realizará a través del Banco Nacional de Drogas Oncológicas y/o farmacias autorizadas.

En este sentido, el reciente decreto modifica las características del Registro creado por el artículo 8 de la ley que ahora será específico para usuarias y usuarios que cultivan cannabis para fines medicinales, terapéuticos y/o paliativos y se denominará “Registro del Programa del Cannabis” (REPROCANN). También promueve la creación de una red de laboratorios públicos y privados asociados que garanticen el control de los derivados producidos, alentando la investigación en la materia, para lo cual busca promover la capacitación de los profesionales de la salud, ponderar el rol de los médicos en el acompañamiento de los usuarios y las usuarias del cannabis y sus derivados con el objetivo de lograr su uso informado y seguro.

El artículo 8 de la nueva reglamentación (Anexo del Decreto N° 883/2020) establece que el Registro del Programa de Cannabis (REPROCANN) registrará a los y las pacientes que acceden a través del cultivo controlado a la planta de cannabis y sus derivados, como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, con el fin de emitir la correspondiente autorización de cultivo. Es decir, el registro ya no es de “pacientes en tratamiento para estudio de casos y en protocolos de investigación” (como disponía el Decreto N° 738/2017) sino que ahora expresamente establece que el registro es de pacientes que acceden a su tratamiento “a través del cultivo controlado” para obtener una autorización de cultivo. Se exige para la inscripción al registro indicación médica y suscribir el consentimiento informado correspondiente, destacándose que se protegerá la confidencialidad de los datos personales de conformidad con la Ley N° 25326 de Protección de Datos Personales.

Asimismo, el artículo 8 establece que el Ministerio de Salud de la Nación podrá coordinar con las jurisdicciones locales que hubieran adherido a la Ley N° 27350 que lleven sus propios registros y

expidan las autorizaciones correspondientes, con el pertinente deber de información a este organismo nacional. En consecuencia, se podría descentralizar el registro, lo cual facilitará los trámites burocráticos que fueran necesarios para que los usuarios de cannabis medicinal puedan inscribirse al REPROCANN, sobre todo para aquellos que vivan en el interior del país. Ello permitirá que haya igualdad en el acceso al cultivo por parte de todos los ciudadanos de nuestro país.

Vinculado a ello, la Ley N° 6349, sancionada el mismo día en la Ciudad de Buenos Aires, también contempla que el Ministerio de Salud local otorgue autorización para el cultivo personal con fines medicinales de conformidad con el artículo 5 de la Ley 23737 en el ámbito de esta ciudad. En los argumentos del proyecto, que fue luego sancionado, se destacó que si bien en junio de 2016, la ANMAT publicó un informe que daba cuenta de la eficacia del cannabis para el tratamiento del dolor crónico, náuseas y vómitos debido a quimioterapia, estimulación del apetito en infección HIV/SIDA, espasticidad debido a esclerosis múltiple o paraplejía, síndrome de Tourette y epilepsia refractaria a los tratamientos convencionales en pacientes de cualquier edad, y reconocía su utilidad para el tratamiento de dolores, paradójicamente, el 7 de octubre de 2016, contradiciendo sus propios informes y mientras se llevaba a cabo el debate parlamentario de la Ley Nacional 27350, la misma ANMAT limitó la importación de productos en base a cannabis solo ante casos de epilepsia refractaria de niños y jóvenes adultos.

El reconocimiento en ambas normas del derecho al acceso al cannabis y sus derivados con fines medicinales constituye un gran avance. Sin embargo, la ley local resultó ser más restrictiva que la nueva reglamentación de la ley nacional, en tanto, mientras la norma nacional habilita que la autorización podrá solicitarse para que el propio paciente realice el cultivo por sí mismo o a través de una tercera persona (familiar o no) e incluso a través de una organización civil autorizada por el Ministerio de Salud de la Nación a esos efectos (reconociendo así el cultivo solidario de cannabis), la ley local solo contempla la posibilidad de que sea el paciente por sí mismo quien realice el cultivo o lo haga a través de su representante legal, tutor/a o curador/a, sin contemplar la posibilidad de que la autorización se otorgue para que lo realice una tercera persona o una organización civil.

Ello se debe, entendemos, a que los proyectos de ley que se encontraban en la Legislatura Porteña para su tratamiento habían sido presentados mucho tiempo antes de que el Poder Ejecutivo Nacional dictara la nueva reglamentación y se debatió solo horas más tarde de la publicación del decreto en cuestión, por lo que no se incorporaron las previsiones más amplias de esta nueva reglamentación a la ley nacional. Es de destacar que a pesar de que la Ley N° 6349 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone en su artículo 9 que el Poder Ejecutivo local debía reglamentarla en 60 días, al día de la fecha no se ha reglamentado por lo que aún no se ha descentralizado el registro de personas que cultivan cannabis por sí o por terceros para el acceso a un tratamiento médico. En consecuencia, los ciudadanos porteños deben inscribirse al REPROCANN para contar con dicha autorización y eximirse de cualquier tipo de persecución penal posible.

Otro aspecto no menor de la nueva reglamentación de la Ley Nacional N° 27350 es que al reglamentar el inciso d, del artículo 3, deja en claro que en el caso de aquellas personas que cuentan con cobertura médica, son las obras sociales y los agentes del seguro de salud del sistema nacional,

empresas o entidades de medicina prepaga quienes deben otorgar la cobertura de los derivados de la planta de cannabis. En consecuencia, estos agentes de salud ya no podrán alegar que la provisión del medicamento solo debe realizarla el Estado para desligarse de sus obligaciones (como hacían en los juicios aquí mencionados) ni tampoco las órdenes judiciales tendrán el tinte de una suerte de orden provisoria “hasta tanto el Estado Nacional otorgue la provisión gratuita”, como sucedió en muchos casos. Aquellas personas que no posean cobertura de salud, siempre que cuenten con indicación médica, serán provistos de forma gratuita por el Estado.

Tampoco es necesario exigir la inscripción al Registro (REPROCANN) para poder acceder a los derivados del cannabis (sea a través de la provisión por obras sociales y empresas de medicina prepaga o sea por la cobertura pública), dado que el Registro ahora está destinado (tal como fue pensado al impulsar la ley por parte de las organizaciones de pacientes) a aquellos que quieran acceder a la planta y sus derivados a través del autocultivo o del cultivo solidario (art. 8).

Finalmente, con fecha 10 de marzo de 2021 el Ministerio de Salud de la Nación dictó la Resolución N° 800/2021 que derogó la Resolución Ministerial N° 1537 del 21 de septiembre de 2017 y aprobó el “Registro del Programa de Cannabis” (REPROCANN), dentro de la órbita de este Ministerio, con el objeto de registrar a los usuarios y usuarias medicinales que acceden a la planta de cannabis y sus derivados, a través del cultivo controlado.

Esta resolución establece que, a través del link: <https://reprocann.salud.gob.ar> (art. 8), podrán inscribirse en el REPROCANN por sí mismos o a través de un representante (por ejemplo para el caso de que el paciente fuera menor de edad) y obtener autorización para cultivar o para acceder al cultivo a través una tercera persona (cultivador) o a través de una organización civil autorizada a esos efectos (art. 4). El requisito excluyente para solicitar la inscripción en el REPROCANN es contar con indicación médica de uso de cannabis y sus derivados por parte de un profesional médico y haber suscripto un “Consentimiento Informado Bilateral” (art. 7) junto con su médico tratante, quien debe consignar diagnóstico, en qué consiste el tratamiento propuesto y cómo se llevará a cabo, detallando cantidad de plantas, dosis, concentración de THC, tipo y frecuencia de analítica requerida, etc., así como los beneficios, riesgos, complicaciones y efectos adversos que pueda tener el paciente al recibir el tratamiento (Anexo III).

El artículo 9 dispone que tanto quien resulte ser el usuario de la planta de cannabis y sus derivados, los terceros cultivadores y los médicos tratantes deberán contar con usuario vigente en la plataforma: Argentina.gob.ar (Perfil Digital de Ciudadano “Mi Argentina”).

Finalizada la inscripción de quien fuera usuario, su médico tratante o cultivador u organización (en el caso de que el paciente o su representante no sean quienes cultiven), el REPROCANN emitirá un certificado de autorización con validez por un año desde su emisión, el cual “se constituye como prueba fehaciente y autosuficiente del cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente Resolución” (art. 10).

Por otra parte, en los fundamentos de la Resolución N° 800/2021 el Ministerio de Salud señaló que determinar los requerimientos de cultivo para asegurar los insumos necesarios de material vegetal para la preparación del producto requiere de un análisis multifactorial que tiene en cuenta no solo la indi-

cación médica sino también el manejo de cultivo y las condiciones en las que se lleva a cabo, por lo que resulta necesario determinar un rango que permita garantizar, a quienes se inscriban en el registro, que puedan contar con el material vegetal suficiente conforme la indicación médica.

En este sentido, el Anexo II de la resolución establece los rangos permitidos de cultivo, regulando dos cuestiones: la cantidad de plantas florecidas (de 1 a 9) y la cantidad de metros cuadrados cultivados (hasta 6 m²). Este Anexo también señala que quien cuente con el certificado vigente del REPROCANN podrá transportar “entre 1 y 6 frascos de 30 ml o hasta 40 gramos de flores secas”.

Asimismo, el artículo 6 de la resolución establece un mecanismo de revisión y actualización permanente del rango (o límite máximo) a cargo del Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos No Convencionales, para lo cual tendrá en consideración la evolución de la evidencia científica en materia de uso terapéutico de los derivados de la planta de cannabis.

Una de las cuestiones que generó polémica vinculada a las disposiciones de esta resolución fue lo contemplado en el Anexo II respecto del tipo de cultivo, dado que al regular los rangos permitidos de cultivo expresamente dispone que la condición de cultivo es el interior y que el cultivo exterior “no está permitido”. Esta redacción generó confusiones dado que pareciera que solo se habilita el cultivo *indoor*, que exige una gran inversión para quien cultiva, dado que se necesita tecnología que no resulta accesible para muchas personas y, tratándose de una cuestión de salud, importaría una restricción del derecho a la salud de aquellos pacientes que no cuenten con recursos económicos suficientes para realizar este tipo de cultivo. Además, quienes pudieran hacerlo en un espacio exterior no se encontrarían contemplados en el programa, lo cual los devolvería a la ilegalidad y al riesgo de una sanción penal. Ante el desconcierto y la consulta de medios de comunicación, así como de organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la temática, el día 12 de marzo de 2021 (fecha en que se publicó la Resolución en el Boletín Oficial de la Nación) el Ministerio de Salud de la Nación emitió un comunicado en el que aclaró que

Por cultivo interior se entiende un cultivo bajo condiciones controladas, es decir al resguardo de condiciones climáticas, de suelo y fitopatológicas extremas que logra el control de las variables y permiten la obtención de un producto medicinal más seguro y predecible. No debe confundirse con el término *indoor* que refiere a un cultivo bajo cobertura, ya que el cultivo en interior no se refiere necesariamente a la cobertura sino a las condiciones controladas.¹⁶

Es decir, se puede cultivar en patios, jardines, balcones y terrazas del inmueble donde se realice el cultivo al aire libre pero bajo condiciones controladas y registrado ante el REPROCANN.

¹⁶ Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/noticias/salud-creo-el-registro-del-programa-de-cannabis-para-el-cultivo-controlado>

Otra de las cuestiones que puede generar confusión es cuántas plantas podría tener un cultivador o una ONG que cultive para varios usuarios. Si bien la norma no lo aclara, en tanto la inscripción en el registro la hace cada usuario (o su representante), el límite de plantas se refiere a cantidad de plantas por usuario medicinal, por lo que los terceros cultivadores podrían contar con hasta nueve plantas florecidas por paciente (según la indicación médica, dado que el médico debe detallar la cantidad de plantas indicadas).¹⁷ Encontrándose los usuarios y el tercero cultivador registrados en el REPRO-CANN, los certificados emitidos y la información ingresada al sistema constituirán la documentación que legitime que en un domicilio pueda haber más de nueve plantas florecidas. Si por algún motivo, se iniciara una causa penal y se produjera algún allanamiento del domicilio, el cultivador o la organización a cargo del cultivo deberá presentar la documentación que avale la cantidad de plantas indicadas a cada uno de los usuarios para los que cultive (conforme la indicación médica de cada uno de ellos) para aclarar el asunto, y debería cesar la persecución penal.

Asimismo, desde la sociedad civil se mostró preocupación también por las inspecciones de los cultivos por parte del Estado en tanto las ONG que trabajan la temática entendieron que esta nueva reglamentación mantiene una mirada punitivista, dado que las inspecciones sin necesidad de previo aviso sostienen el paradigma según el cual “se está realizando un acción de alguna manera ilegal”.¹⁸

Por otra parte, se hace necesario que se capacite a las fuerzas de seguridad y a funcionarios y empleados de la justicia penal respecto de la reciente regulación del acceso al cannabis con fines medicinales en cada jurisdicción, dado que sigue presente la persecución penal aun en el caso de personas inscriptas en REPROCANN conforme la nueva reglamentación.¹⁹

Por último, es importante destacar la dificultad que se ha producido en la puesta en funcionamiento de esta resolución. En el Anexo I de la Resolución N° 800/2021 se explica todo lo atinente al Sistema de Registro del Programa de Cannabis: 1) los pacientes, las personas o entidades que necesiten cultivar para terceros y los profesionales de la salud deben solicitar su acceso al Registro Nacional de personas autorizadas al cultivo controlado con fines medicinales y/o terapéuticos mediante la plataforma Mi Argentina; 2) en el primer ingreso deben identificar el perfil de uso del sistema (persona en tratamiento con fórmula de cannabis medicinal, representante de la persona, cultivador para familiar o allegado, ONG vinculadas a la salud o profesional de salud que prescribe el cannabis con fines medicinales); 3) la persona usuaria o su representante deben indicar si llevarán adelante el cultivo en su domicilio particular, si lo realizará un tercero o una ONG y el sistema les brindará un “Código de Vinculación” que deberán proporcionar al médico y, si fuera el caso, al tercero u ONG para así vincularse; 4) el médico deberá ingresar al sistema la patología de la persona y la cantidad de plantas de cannabis nece-

17 Sin embargo, también se ha criticado que sean los profesionales de la salud quienes tenga a cargo esta determinación dado que no cuentan con conocimientos específicos respecto de cuestiones atinentes al cultivo de la planta, por lo que es posible que no puedan determinar la cantidad de plantas necesarias como pone a su cargo la reglamentación. Para que los profesionales de la salud puedan hacerlo se torna necesaria su capacitación inmediata en ese sentido.

18 Recuperado de <https://revistathc.com/2021/03/15/cultivo-medicinal-organizaciones-civiles-piden-cambios-en-el-registro-nacional/>

19 https://revistathc.com/2021/05/17/_trashed/

sarias adjuntando la Declaración Jurada-Consentimiento Informado; 5) un moderador del Ministerio de Salud verificará la información y emitirá el certificado de cultivo y/o traslado de los derivados. Sin embargo, se han presentado dificultades para que las personas (sean pacientes o representantes, cultivadores solidarios o médicos) puedan inscribirse debido a diversos inconvenientes en la plataforma, por lo que el Ministerio de Salud ha recibido gran cantidad de solicitudes para reiniciar los perfiles o corregir errores.²⁰ Asimismo, se ha registrado que la plataforma no estaría habilitando la inscripción de asociaciones civiles para realizar cultivo en red conforme la nueva reglamentación de la ley, por lo que se ha solicitado una modificación en ese criterio.²¹

Conclusiones

Resulta indudable que las recientes regulaciones normativas en cuanto al autocultivo y al cultivo solidario de cannabis para fines medicinales constituyen un avance sumamente importante para el reconocimiento derechos fundamentales como lo son el derecho a la autodeterminación y autonomía personal sin afectación a terceros, a la dignidad, a la intimidad y fundamentalmente a la salud integral, a la mejor calidad de vida posible y el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos conforme dispone la Ley N° 26529 sobre Derechos del Paciente.

Tampoco es posible desconocer que estas regulaciones se lograron por el activismo de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales conformadas por usuarios medicinales del cannabis y sus familiares, así como por profesionales de distintas disciplinas que impulsan el reconocimiento del uso terapéutico de la planta de cannabis y sus derivados tanto desde el ámbito científico-médico como jurídico.

Sin embargo, por lo reciente de las nuevas resoluciones del Ministerio de Salud resta conocer la implementación de la ley, sobre todo respecto del funcionamiento de la autorización para cultivo por terceros y mediante organizaciones de la sociedad civil (cultivo solidario) y cómo lo receptan los operadores jurídicos, sobre todo la justicia penal. Desde ya quienes logren realizar su inscripción en el REPROCANN contarán con seguridad jurídica, dado que contarán con el certificado que legitima el cultivo que realizan para poder acceder a un tratamiento con cannabis indicado por un médico y con seguimiento adecuado.

Por otra parte, entendemos necesario dejar asentada nuestra postura vinculada a que la siembra y cultivo de cannabis en sí mismos no se encuentran prohibidos, sino que lo que no permite la legislación penal es que dicha actividad se realice de manera ilegítima o no autorizada.

20 Un error muy frecuente ha sido el de la registración de personas que cultivan para sí mismas, en atención a que por la falta de claridad en los tipos de perfiles si bien deben inscribirse como "Personas en Tratamiento con Fórmulas con Cannabis Medicinal", muchas se han confundido y se inscribieron con la opción "Cultivo o Tenencia de Plantas o Derivados del Cannabis para Uso Medicinal" que está destinada para personas que cultiva para otros.

21 <https://revistathc.com/2021/06/11/como-inscribirse-en-el-registro-para-usuarios-y-cultivadores-de-cannabis-medicinal-instructivo-paso-a-paso/>

Mientras el uso medicinal del cannabis fue reconocido legislativamente (tanto a nivel nacional mediante la Ley N° 27350, como a nivel local con la reciente Ley 6349 de CABA), el llamado uso “recreativo” del cannabis fue reconocido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Arriola” como un fin legítimo según los términos del artículo 5 de la Ley N° 23737. Como se señaló previamente, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de penalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Cabe preguntarnos, entonces, cómo pueden abastecerse las personas adultas que eligen consumir cannabis en el ejercicio de sus libertades individuales, dado que la Corte no ingresó en ese análisis.

Se presenta aquí una paradoja, si se continúa penalizando la siembra y cultivo de cannabis cuyo destino es indudablemente el consumo personal, la única opción que les queda a los consumidores “recreativos” es acudir al mercado ilegal, lo cual se encuentra en franca contradicción con los propósitos del Estado. El autocultivo resulta ser el único medio viable para que los consumidores, en ejercicio de sus derechos individuales, accedan a dicha planta y sus derivados de manera legítima y sin fomentar el delito, contribuyendo así con la lucha contra el narcotráfico.

Como bien señaló la CSJN en el fallo “Arriola” obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero (cons. 29). En consecuencia, el único cultivo que se encuentra constitucionalmente prohibido es aquel que tenga como objeto la comercialización de estupefacientes en el marco del narcotráfico. Este es el único fin ilegítimo del cultivo de cannabis.

Sin perjuicio de que entendemos que esta es la interpretación constitucional y convencional adecuada, lo ideal es que se realice una reforma legislativa de la Ley N° 27373 que despenalice la tenencia y el cultivo de cannabis cuando ello se realice a los fines del consumo personal de estupefacientes, a los efectos de romper con esta bipolaridad normativa que genera inseguridad jurídica a los usuarios no medicinales.

Bibliografía

- Baca Paunero, M. V. (2020). *Cannabis para la salud y discurso jurídico penal: Aportes críticos para pensar nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido.
- Labiano, V. I. (2018). Cannabis medicinal en Argentina: Cambio menor en el subsistema de política de drogas. *Revista Uruguaya de Ciencias Políticas*, 75-97.
- Ortiz Millán, G. (2009). El prohibicionismo, las adicciones y la autonomía individual. En R. Vázquez (comp.), *¿Qué hacer con las drogas?* (págs. 35-60). México: Fontamara.

Programa Casa Propia - Casa Activa

Por un efectivo goce del derecho a la vivienda digna para los adultos mayores



Ezequiel Fontela

Los derechos económicos, sociales y culturales receptan un amplio espectro de derechos, entre los que encontramos el derecho a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la educación, a la salud, al trabajo, a la protección familiar y a la vivienda digna.

Todas las personas tienen derecho a una vivienda digna y adecuada, resultando fundamental para el disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales (DESC). En tal sentido, los Estados deben promover un entorno apropiado a partir de políticas públicas inclusivas con el fin de poder lograr el ejercicio de dicho derecho.

En nuestro país y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional, el derecho a la vivienda encuentra raigambre constitucional, definido el mismo como “el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a acceder y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad”.¹

El derecho a la vivienda, en los pactos internacionales, se encuentra receptado expresamente en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el artículo 5 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el artículo 14 de la Convención para la Eliminación de

¹ Para ampliar la información, ver: www.unhchr.ch/housing/

Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; en el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño; en el artículo XI de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Los tratados internacionales mencionados integran nuestro ordenamiento jurídico en razón de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Estos son tratados internacionales con jerarquía constitucional, resultando obligatorios tanto para el Estado nacional como para los Estados provinciales.

Ahora bien, respecto a la normativa nacional, cabe realizar las siguientes consideraciones. El derecho a la vivienda fue receptado constitucionalmente por primera vez en la reforma del año 1949 (en el art. 37, parte I, inc. 6), la cual disponía que “el derecho al bienestar de los trabajadores, se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda”, en tanto el mismo artículo en su parte III, inciso 2, establecía que “el derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidad hogareñas, es inherente a la condición humana para la tercera edad”.

Posteriormente, con el golpe de facto del año 1955, la reforma constitucional del año 1949 fue derogada, no obstante, se incluyó el artículo 14 bis, por el cual se consagran una serie de derechos laborales, sociales y sindicales, entre el que se incluye el derecho a la vivienda. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional afirma que “el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: [...] el acceso a una vivienda digna”.

Retornando al encuadre normativo supranacional, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es donde se observa la previsión más amplia de la categoría de derechos, en conjunto con su órgano de supervisión, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con relación al contenido y al alcance del derecho en cuestión, la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece los siguientes elementos, los cuales considero importante destacar a los fines del análisis jurídico del ejercicio de ese derecho:

- 1) Seguridad jurídica de la tenencia: el estado debe garantizar la protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.
- 2) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, tales como el agua potable, instalaciones sanitarias, servicios de emergencia, entre otros.
- 3) Gastos soportables: el porcentaje de los gastos de vivienda deben concordar, en general, con los ingresos que percibe la persona, debiendo el Estado articular los medios para aquellas personas que no pueden costear la vivienda.
- 4) Habitabilidad: la vivienda debe ofrecer un espacio adecuado y seguro para sus ocupantes, protegiéndolos de cualquier amenaza para su salud y su seguridad física. No deben existir riesgos estructurales.
- 5) Asequibilidad: el Estado debe garantizar la prioridad de los grupos vulnerables.

6) Localización adecuada: la vivienda debe encontrarse en un lugar que permita la interacción con el ambiente que la rodea y que permita el desarrollo de la persona en su entorno, como por ejemplo que existan colegios y establecimientos educativos, opciones de empleos, servicios de salud.

7) Adecuación cultural: el proceso de construcción de la vivienda y las políticas públicas en las que encuentran origen deben permitir la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda.

Asimismo, el Comité pone en cabeza del Estado acciones que deben tomar de forma inmediata, debiendo dar prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, debiendo dirigir la legislación y las políticas públicas a dicho colectivo. La implementación de las medidas que permitan el acceso a la vivienda requiere de una estrategia nacional que incluya la participación de los grupos objetivos de las políticas públicas a impulsar, y el Estado debe vigilar de forma constante la situación con respecto a la vivienda, constituyéndose en una obligación de efecto inmediato.

Al abordar esta categoría de derechos y su efectivo cumplimiento se debe tener presente el binomio progresividad/no regresividad. La progresividad implica la adopción por parte del Estado de implementar de forma continua las acciones que permitan el efectivo goce de los derechos tutelados. La no regresividad como contracara de la progresividad, funcionando como dos caras de una misma moneda, implica la no adopción por parte del Estado de acciones que imposibiliten, dificulten o implique un perjuicio para el efectivo goce de los DESC, respetando y garantizando los derechos adquiridos.

El derecho a la vivienda contempla diversos grupos que requieren de un Estado activo que permita el acceso y el goce de dicho derecho, como es el colectivo de personas mayores.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual fue aprobada por nuestro país por la Ley N° 27360, regula en su artículo 24 el derecho al acceso a la vivienda: “La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades”.

En el artículo mencionado en el párrafo precedente, la Convención regula el derecho a la vivienda digna y adecuada, en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades, poniendo en cabeza del Estado la responsabilidad de adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho, facilitando que la persona mayor tenga acceso a servicios sociosanitarios integrados.

Teniendo presente la obligación del Estado en promover políticas públicas que promuevan el acceso a los derechos por parte de grupos vulnerables, el Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat aprobó el Programa Casa Propia - Construir Futuro, el cual posteriormente aprobó, en conjunto con el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), el Subprograma Casa Propia - Casa Activa, cuyo objetivo es la promoción y el financiamiento de proyectos con la finalidad de construir complejos habitacionales, equipamiento de espacios comunes y centros de día para personas mayores de 60 años, de forma conjunta con los gobiernos provinciales y municipales.

Es importante destacar que el INSSJP es la obra social más grande de Latinoamérica, abarcando en nuestro país a alrededor de cinco millones de afiliados y afiliadas mayores de 60 años.²

Esta articulación, entre las distintas instancias gubernamentales en el marco de la normativa habitacional vigente en la materia, establece nuevos mecanismos de abordaje que conlleven acciones organizadas tendientes a brindar una solución habitacional equitativa, a través de la implementación de modalidades de gestión destinadas a la disminución de la vulnerabilidad social, en articulación con otros actores territoriales.

Este programa contempla en su desarrollo las herramientas necesarias que persigan el efectivo goce del derecho a la vivienda por parte de las personas mayores.

En tal sentido, prevé que las personas mayores que se encuentren en condición de vulnerabilidad tengan prioridad para el goce del derecho en cuestión, con un vínculo contractual de comodato que permita brindar una seguridad jurídica que permita el efectivo goce. Dicho comodato se encuentra en consonancia con la realidad económica, estableciéndose que los gastos que la persona mayor deba realizar, se encuentren siempre en relación con sus ingresos.

Los complejos se encontrarán en espacios que cuenten con servicios y un entorno amigable, con servicios de salud y centros de día que permitan a la persona mayor realizar actividades en un ambiente seguro.

Las políticas inclusivas que lleva adelante la Administración Pública deben encontrarse encuadradas y respetando los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, avanzando en esa dirección.

Del análisis del programa mencionado, se observa que es una política pública de vanguardia, incorporando acciones progresivas al conjunto de medidas que se vienen tomando en este contexto sociosanitario, y teniendo en preponderancia a las personas mayores.

La concreción de nuevas políticas públicas en este período de retorno a la nueva normalidad, destinadas a personas mayores vulnerables sin acceso a la vivienda, resultan relevantes en las acciones que lleva adelante el Estado, en este caso en conjunto con el INSSJP, y permiten la inclusión de mayor cantidad de personas que efectivamente puedan gozar del derecho a la vivienda digna e inclusiva.

En esta línea de políticas públicas inclusivas que garanticen los derechos de los y las más vulnerables, considero importante destacar, que en el año 2020, el INSSJP desarrolló la política pública destinada a adultos mayores que es el Vademécum de Medicamentos Esenciales (VME). A través de este instrumento, el INSSJP aprobó un listado de medicamentos esenciales para el cuidado de la salud de las personas mayores, los cuales se pueden adquirir sin costo para los afiliados y afiliadas del Instituto. Dicha medida permite el efectivo goce y ejercicio del derecho a la salud por parte de los destinatarios de la medida, así como el ahorro del valor de los medicamentos por parte de las personas mayores al poder obtenerlos de forma gratuita.

² Para ampliar la información, ver: <https://www.pami.org.ar/historia>

La pandemia y el derecho de acceso a la vivienda



Diego Fidel Doat y Carlos Fidel***

Introducción

A lo largo del presente artículo se abordará la problemática del “acceso y derecho a la vivienda” como una cuestión cruzada por varias dimensiones concretas y simbólicas. Por ello se intentará presentar los principales aspectos materiales, económicos, sociales y jurídicos que inciden en la problemática estudiada.

La exposición se sitúa temporalmente en tiempos recientes, en ese contexto analizamos los principales semblantes que se manifestaron a principios del 2020, cuando se desató a nivel global el COVID-19, enfocando sus consecuencias en la Argentina y su articulación con la problemática de la vivienda. Señalando que el tópico de la vivienda tiene varios pliegues que se extienden desde los determinantes económicos hasta los jurídicos; todas esas dimensiones están vinculadas e interactúan en permanente mutación que dependen del momento histórico analizado, pero que configuran una situación que tiende a agravarse con el transcurso del tiempo.

El trabajo se enfoca en las funciones del Estado e instala el eje en la búsqueda de formas de solucionar la cuestión de la vivienda, en directa relación con los segmentos más pobres. Dicha población es la que más padece las consecuencias de carecer de una vivienda digna y ambientalmente habitable.

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires

** Docente investigador consulto de la Universidad Nacional de Quilmes.

Pandemia en contexto

A principios del 2020, desde un sitio incierto, brotó un inédito padecimiento a nivel mundial denominado COVID-19. Si bien los numerosos desacuerdos en relación con las causas y efectos continúan, pareciera haber cierto consenso generalizado de que se trata de un virus altamente contagioso y potente. Utilizando los aviones como principal medio de transporte,¹ se expandió rápidamente por todo el mundo, provocando muertes y padecimientos de diversas intensidades, dependiendo de la región y del alcance del registro de la situación *inmunológica* local.

La aparición de la pandemia puso a prueba distintas piezas y actores de la reproducción social y material. Uno de los desafíos iniciales fue la capacidad de respuesta de los sistemas sanitarios instalados en cada país.

Las reacciones estatales en materia sanitaria en general estuvieron orientadas a intentar ampliar la capacidad de atención en los hospitales y centros médicos, reorientar las prioridades de asistencia de los enfermos e intentar fortalecer la fuerza de trabajo especializada en distintas ramas de la atención médica. Por su lado, los grandes laboratorios fueron generando, de manera acelerada, nuevas vacunas.

Mientras se forjaron esos dispositivos, una de las primeras y principales estrategias gubernamentales fue la interrupción o disminución de los flujos de personas, bienes y servicios que circulaban entre y al interior de los países; medida que se adoptó para tender al aislamiento y distanciamiento social, con el objetivo de evitar los contactos humanos contagiosos.

A priori, cerrar fronteras pareciera ser una *medida antigua* pero de alta eficacia para evitar la propagación si se logra sostener en el tiempo.

Dichas disposiciones estatales tuvieron fuertes derivaciones en la dimensión económica, social e individual. En el plano de las relaciones económicas, se podría sostener que difunde y acentúa los efectos recesivos en la reproducción global material, fenómeno que ya se registraba en momentos prepandemia. La contracción productiva y de consumo viene asociada al incremento del desempleo. En muchos casos, la pandemia ocasionó múltiples penurias en las condiciones materiales de vida. Se podría sostener al analizar diversos indicadores, por ejemplo, la segmentación social, la localización territorial, las condiciones del hábitat y la vivienda, que perjudicó a la población de manera desigual, con especial intensidad en los segmentos sociales de menores ingresos y/o marginados del mercado formal. En los sectores productivos y/o de servicios algunos sufrieron mayor impacto recesivo que otros. Conmocionó especialmente las actividades menos esenciales y con posibilidades de sustituir, como las de turismo y recreación. Además, a la mayoría de las ramas que vendían presencialmente bienes y servicios se les contrajo las ventas, lo que implicó que muchos comercios tuvieran que cerrar su negocio. Otras actividades se expandieron en tiempos de pandemia, especialmente las produccio-

¹ Tal vez resultaría interesante analizar el efecto de la primera pandemia en épocas de hiperconectividad y redes sociales, en particular sobre el efecto de la circulación de información falsa o maliciosa y su posible consecuencia en la dificultad de la aplicación de políticas públicas orientadas a contener la situación sanitaria.

nes primarias y las de soporte digital. La actividad económica mundial en 2020 se desplomó en un 4,3%, lo que representa unas 2,5 veces más que durante la depresión económica global de 2009. Para 2021 se prevé una recuperación del 4,7%. En 2020 el PIB regional de los países de América Latina y el Caribe se contrajo en un 8% (CEPAL, 2021). Los datos precedentes se reflejaron en la vida cotidiana y adicionaron magnas sombras de incertidumbre sobre el presente y el futuro; las que se sumaron a las pertenecientes al funcionamiento desregulado del mercado global que transita por senderos que atraviesan situaciones de crisis recurrentes (<https://www.workers.org/2012/08/3608/>).

La combinación de las consecuencias perjudiciales en la salud, sumado a los efectos recesivos en los modos de producción, circulación y consumo materiales y simbólicos, se completó con ráfagas de desasosiego existencial que cruzaron a todos los géneros, etnias y segmentos sociales; especialmente perjudicó a las poblaciones desposeídas asentadas en las zonas configuradas de múltiples insuficiencias de condiciones de hábitat y vivienda urbanas.

Acceso a la vivienda

Las ciudades latinoamericanas están marcadas por fuerte fragmentación que se expresa en un extremo con zonas hiperurbanizadas, en muchos casos construidas recientemente, con viviendas amplias, diseños modernos y espacios verdes que cuentan con todos los servicios y accesos urbanos de última generación tecnológica. En el otro polo se localizan extensas zonas urbanas donde se asientan pobladores desposeídos que habitan en viviendas sobreutilizadas, construidas con deficientes materiales, carentes de vías y medios de transporte llegada/salida y de circulación interna a las zonas, faltando buena parte de los servicios urbanos y áreas verdes. Uno de los bienes que más faltó en tiempos de la pandemia fue la conexión de cañerías con abastecimiento de agua potable (ver cuadro 1), que es una de las sustancias esenciales no solo para la vida, sino también para mantener la higiene necesaria para atenuar los efectos del COVID-19. Entre esos dos vértices de la desigualdad urbana se encuentran zonas habitadas por personas de ingresos medios y bajos, que dependiendo de la ciudad, cuentan con viviendas de relativa buena calidad y espacios verdes, dotadas de conexiones, equipamientos y servicios en buen estado de conservación.

El mapa urbano está cruzado por franjas de segregación y discriminación de origen material que derivan de la condición social y patrimonial, combinada con las que se originan por razones culturales, tales como cuestiones de género, religiosas y étnicas.

En esa compleja y contradictoria trama urbana opera el capital inmobiliario e interviene el Estado local, dos actores que suelen coincidir en la dinámica del diseño, construcción de renovación o de nuevos de marcos construidos en zonas intraurbanas. La dinámica de intervención hegemónica por el capital inmobiliario, en general asociado al capital financiero, establece una modalidad de operación y un itinerario guiado por la búsqueda de ganancias “extraordinarias” basadas en los factores diferenciales del territorio urbano.

Uno de los factores diferenciales puede emerger de la “intervención pública”, habilitando excepciones para construir y/o edificando equipamiento e infraestructura urbana, intervenciones públicas que valorizan el uso de la tierra urbana. Las operaciones del capital inmobiliario/financiero se dirigen a captar la demanda habitacional de los fragmentos medios y de mayores ingresos, en tanto los segmentos de población pobre cohabitan en las peores zonas carentes de viviendas dignas y servicios apropiados al mundo actual; en general, están desatendidos por los Estados locales y nacionales, especialmente cuando los gobiernos son de corte neoliberal.

Una aproximación a las dimensiones del problema de la vivienda

En 2020, cuando comenzó la pandemia global de COVID, en la Argentina, como en otros países, se adoptó la consigna gubernamental de “Aislamiento” y luego “Distanciamiento Social Obligatorio” y su derivado “Quedarse en Casa”.

Estas indicaciones implicaron para mucha gente mantener el vínculo laboral mediante el teletrabajo, a través de la teleducación dar clases o estudiar en la vivienda, abastecerse por telecompras, entreteñerse con el telecine, telegimnasia y otros, realizar contactos médicos a distancia por teleconsultas, telepsicoanálisis y otros. La instalación de los contactos de manera no presencial implicó cambiar los horarios y los usos del espacio de la vivienda. Además, significó tener equipamiento apropiado. La amalgama del tamaño y estado de la vivienda con el número de miembros de la familia y/o personas de una casa, la edad, el género, la educación, la condición de salud, fueron factores que en la mayoría de los casos no estaban preparados para la situación de “quedarse en casa”. Afloraron situaciones nuevas, tensiones y relaciones humanas inéditas.

Para la fuerza de trabajo que siguió realizando trabajos presenciales el viaje de la vivienda al lugar de trabajo se convirtió en una fuente de angustia, por tener que viajar en vehículos colectivos donde aumentaba la posibilidad de contagiarse.

Por los párrafos anteriores se evidencia que pasaron a tener otra centralidad las condiciones de habitabilidad de la vivienda, el hábitat, los medios de transporte y la conectividad virtual. Una forma de acercarnos a la problemática es enfocar el acceso a la vivienda, para lo cual se requiere tener una idea cuantitativa y cualitativa de la cuestión. En la Argentina no hay datos exactos de la situación de las viviendas, mucho menos de las localizadas al interior de todos los centros urbanos.

Presentaremos en base a datos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH), elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), una aproximación a las insuficiencias habitacionales que padece una significativa porción de la población urbana.

Por cuestiones metodológicas del relevamiento realizado, los siguientes datos son una aproximación disminuida de la problemática (Fidel, Di Tomaso y Farías, 2021).

Cuadro 1.

PROBLEMAS DE VIVIENDA Y HÁBITAT	HOGARES	PERSONAS
Calidad de los materiales insuficientes	640.000	2.518.000
Calidad de los materiales parcialmente insuficientes	1.184.000	4.105.000
Con hacinamiento crítico	227.000	1.315.000
Saneamiento inadecuado	1.213.000	4.336.000
Falta de descarga de agua en el inodoro	551.000	2.124.000
Disponibilidad de agua fuera de la vivienda	245.000	848.000
Sin acceso al agua corriente de red	940.000	3.221.000
Sin acceso a la red de gas natural	2.827.000	10.017.000
Sin acceso a cloacas	2.731.000	9.413.000
Habitantes cerca de basurales	594.000	2.144.000
Habitantes en zonas inundables	1.027.000	3.615.000
Propietarios solamente de la vivienda	601.000	1.991.000
Inquilino	1.730.000	4.400.000
Ocupante	874.000	2.784.000
Fuente: EPH, primer semestre de 2019.		

Hay 14.200.000 personas, que viven en 4.168.000 hogares, que no acceden al menos a uno de los tres servicios básicos (agua de red, gas natural, cloacas).

Considerando que los especialistas prevén la aparición de cepas y/o virus pandémicos nuevos, que pueden modificar las relaciones del mercado de trabajo, las formas de educación, atención de la salud y las condiciones de recreación, que pueden transformar el uso de las viviendas, el hábitat, los soportes de la comunicación y los transportes, la problemática se torna central en términos de derechos y necesidades. Constituyen un conjunto de factores que potencian y resignifican la relevancia del tópico que estamos abordando.

Derecho a la vivienda. Marco normativo

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional de la República Argentina dispone que una ley establecerá el acceso a una vivienda digna. El alcance del derecho se podría analizar en inteligencia con normativas tanto del derecho privado como de la propia Constitución Nacional. Moscariello sostiene que conforme la técnica legislativa utilizada en el artículo 14 bis,

el constituyente nacional ha vinculado el acceso a la vivienda con la dignidad de la persona humana, adjuntando el calificativo de “digna”. Al respecto, con la constitucionalización del derecho privado, la dignidad del hombre, constituye la fuente de los derechos humanos y según cierta doctrina más moderna un principio de jerarquía constitucional, encuentra su regulación en el nuevo Código Civil y Comercial (artículos 51, 52 y ss. y concs.). Vinculado con el derecho de acceso a una vivienda digna, se encuentran las acciones positivas

que debe adoptar el Congreso Nacional (art. 75 inciso 23) a los fines de legislar y promover medidas de ese tipo “que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato” (Moscariello, 2018).

En el mismo sentido, Gelli expresa que el alcance del derecho a la vivienda debe ser interpretado en concordancia con el artículo 75, inciso 19 (nueva cláusula del progreso), el cual establece como competencia del Congreso Nacional proveer lo conducente al desarrollo humano, así como “promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”, por lo que pone en cabeza del Estado el deber de diseñar políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna, materializado a través de acciones positivas (Gelli, 2008).

Asimismo, el derecho a la vivienda cuenta con reconocimiento normativo en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que a partir de la reforma del año 1994 gozan de jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la CN. Entre ellos es posible destacar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 11 dispone que

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

La Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 27, inciso 3 que

Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

El derecho a la vivienda se encuentra receptado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (art. 11), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. e). La Convención de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (Ley 23.197), reconoce en el artículo 14, inciso 2, apartado h el derecho de gozar de condiciones de vida adecuadas, en particular en la esfera de la vivienda.

En el plano del derecho internacional, el alcance del derecho a la vivienda ha sido analizado por la mayoría de los órganos, organismos y tribunales internacionales con competencia para ello. Atento a que no es nuestra intención realizar un desarrollo exhaustivo del alcance en el plano del derecho inter-

nacional, dado que podría ser un eje de investigación en sí mismo, tomamos como referencia general la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC-CDESC), titulada “El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del art. 11 del Pacto)”.

En relación con el alcance del derecho a la vivienda, el Comité DESC-CDESC sostuvo que

En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de *vivienda adecuada*. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de ‘vivienda adecuada’... *significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea*, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable” (párrafo 7, los destacados nos pertenecen).

Consideramos que en el marco de la línea de análisis que venimos desarrollando en el presente artículo, el alcance del derecho de acceso a una vivienda adecuada expresado por el Comité DESC-CDESC adquiere incluso mayor relevancia que la que tenía cuando se expidió hace más de veinte años.

En este sentido, más de dos décadas antes de que como sociedad pudiésemos imaginar la posibilidad de una pandemia mundial como la ocasionada por el COVID-19,² el Comité DESC-CDESC sostuvo que

A pesar de que la comunidad internacional ha reafirmado con frecuencia la importancia del pleno respeto del derecho a una vivienda adecuada, sigue existiendo un abismo preocupante entre las normas fijadas en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y la situación reinante en muchas regiones del mundo. Aunque esos problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo que enfrentan limitaciones graves de recursos y de otra índole, *el Comité observa que existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente*. Las Naciones Unidas calculan que hay más de 100 millones de personas sin hogar y más de 1.000 millones alojadas en viviendas inadecuadas en todo el mundo. *No existe indicación de que estén disminuyendo esas cifras. Parece evidente que ningún Estado Parte está libre de problemas importantes de una clase u otra en relación con el derecho a la vivienda* (párrafo 4, los destacados nos pertenecen).

2 Comité DESC-CDESC (1991) Observación General N° 4. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>. Aunque está claro que no se trata de la primera pandemia de la historia de la humanidad (seguramente tampoco sea la última).

Tal afirmación en materia habitacional y de derecho de acceso a una vivienda resultaba contundente y el devenir de la historia contemporánea no hizo más que darle carácter de certeza. Así las cosas, la pandemia generada por el COVID-19 pareciera que no hizo más que profundizar la tendencia que se transitaba a nivel mundial en materia habitacional.

El Comité DESC-CDESC desarrolla los aspectos que deben tenerse en cuenta en relación con el alcance del derecho a la vivienda digna, entre los que destacan la seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; asequibilidad; lugar; adecuación cultural; y habitabilidad. Destacamos particularmente lo desarrollado en el párrafo 8.d:

Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de *vectores de enfermedad*. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. *El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas* (los destacados nos pertenecen).

Por otro lado, resulta interesante tomar lo expuesto por el Comité DESC-CDESC en el párrafo 12 como un punto de partida para intentar analizar y contextualizar la intervención estatal en materia habitacional:

Si bien los medios más apropiados para lograr la plena realización del derecho a la vivienda adecuada variarán inevitablemente de un Estado Parte a otro, el Pacto claramente requiere que cada Estado Parte tome todas las medidas que sean necesarias con ese fin. Esto *requerirá casi invariablemente la adopción de una estrategia nacional de vivienda* que, como lo afirma la Estrategia Mundial de Vivienda en su párrafo 32, “define los objetivos para el desarrollo de condiciones de vivienda, determina los recursos disponibles para lograr dichos objetivos y busca la forma más efectiva de utilizar dichos recursos, en función del costo, además de lo cual establece las responsabilidades y el calendario para la ejecución de las medidas necesarias” (el destacado nos pertenece).

En el mismo sentido, sostiene que

las medidas destinadas a satisfacer las obligaciones del Estado Parte con respecto al derecho a una vivienda adecuada pueden consistir en una mezcla de medidas del sector público y privado que consideren

apropiadas. Si bien en algunos Estados la financiación pública de la vivienda puede ser utilizada más útilmente en la construcción directa de nuevas viviendas, en la mayoría de los casos la experiencia ha demostrado la incapacidad de los gobiernos de satisfacer plenamente los déficits de la vivienda con la vivienda construida públicamente. La promoción por los Estados Partes de “estrategias capaces”, combinada con un compromiso pleno a las obligaciones relativas al derecho a una vivienda adecuada, debe así alentarse. *En esencia, la obligación consiste en demostrar que, en conjunto, las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles* (el destacado nos pertenece).

Análisis normativo nacional en materia habitacional en contexto de pandemia

En el marco de la estructura administrativa del Estado nacional, hasta el 9 de diciembre de 2019 el órgano encargado de llevar adelante la política nacional de vivienda tenía rango de Secretaría de Estado. La Administración que asumió el 10 de diciembre de 2019 (incluso unos meses antes de la propagación de la pandemia), entre otras modificaciones del organigrama administrativo, dispuso la creación del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat y la restauración del Ministerio de Salud.

Tan solo tres meses más tarde, mediante el Decreto PEN N° 260/20, se declaró la emergencia sanitaria y, a través del Decreto PEN N° 297/20, se dispuso el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO).

En ese marco de emergencia, mediante el Decreto PEN N° 319/20, entre otras medidas, se congeló el valor de las cuotas de los créditos hipotecarios de los inmuebles destinados a vivienda única que se encontraran ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedieran a título singular o universal. La cuota no podía superar el importe correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo de 2021. Por su parte, se suspendieron las ejecuciones hipotecarias judiciales y extrajudiciales. Dicha medida se estableció hasta el 30 de septiembre de 2020, luego prorrogada hasta el 31 de enero por el Decreto PEN N° 767/20.

Por otro lado, a través del Decreto PEN N° 320/20 se dispuso la suspensión de desalojos en todo el territorio nacional, hasta el día 30 de septiembre de ese año (prorrogado por el Decreto PEN N° 766/20 hasta el 31 de enero de 2021) y la suspensión de la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles de los individualizados en el artículo 9³ del mencionado decreto.⁴

3 “ARTÍCULO 9°.- CONTRATOS ALCANZADOS: Las medidas dispuestas en el presente decreto se aplicarán respecto de los siguientes contratos de locación:

1. De inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural. 2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares. 3. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias. 4. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias. 5. De inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de Monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 6. De inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión. 7. De inmuebles alquilados por Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES) conforme lo dispuesto en la Ley N° 24.467 y modificatorias, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 8. De inmuebles alquilados por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el INSTITUTO NACIONAL DE ASOCIATIVISMO Y ECONOMÍA SOCIAL (INAES)”.

4 Siempre que el litigio se haya promovido por el incumplimiento de la obligación de pago en un contrato

Asimismo, prorrogó hasta la misma fecha la vigencia de los contratos de locación de los inmuebles individualizados en el artículo 9 y de los contratos alcanzados por el artículo 1218 del Código Civil.⁵ En el mismo sentido, el artículo 12 suspendió por el plazo de un año la aplicación del artículo 6 de la Ley N° 26589,⁶ para los procesos de ejecución y desalojos regulados en el decreto en análisis.

Por otra parte, el artículo 4 dispuso el congelamiento del precio de las locaciones de los contratos de locación de inmuebles mencionados en el párrafo anterior y estableció que durante la vigencia de la medida se debía abonar el precio de la locación correspondiente al mes de marzo de 2020. Pero el artículo 6 estableció que la diferencia que resultase entre el monto pactado contractualmente y el que correspondiese pagar por la aplicación del artículo 4 debía ser abonada por la parte locataria en, al menos 3 cuotas y como máximo 6, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento la primera de ellas en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente correspondiese al mes de octubre de 2020.

En el mismo sentido, el artículo 7 estableció que las deudas que pudiesen generarse desde la fecha de entrada en vigencia del decreto y hasta el 30 de septiembre de 2020 (luego prorrogado por el Decreto PEN N° 766/20), originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados o en pagos parciales, debían abonarse en, al menos, 3 cuotas y como máximo 6, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente correspondiese al mes de octubre de 2020 (luego prorrogado hasta el mes de febrero de 2021 por el Decreto PEN N° 766/20).

Por otra parte, el artículo 10 dispuso que quedaban excluidos de lo dispuesto en el artículo 4 del decreto los contratos de locación cuya parte locadora dependiese del canon convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos.

Más allá de poder establecer el impacto y alcance de la política pública establecida por los decretos en análisis, es posible afirmar que se encuentra orientada al mercado formalizado. De esta manera, resultó casi imposible garantizar su cumplimiento en aquellas operatorias que carecían de formalidad, como los alquileres en barrios populares.

En este sentido, resulta interesante tener presente la intervención de la Secretaría de Integración Socio Urbana,⁷ entre cuyos objetivos se encuentran entender en el diseño y la implementación de políticas

de locación y la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras –en los términos del artículo 1190 del Código Civil y Comercial de la Nación–, sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o una sublocataria, si hubiere.

5 “ARTÍCULO 1218.- Continuación de la locación concluida. Si vence el plazo convenido o el plazo mínimo legal en ausencia de convención, y el locatario continúa en la tenencia de la cosa, no hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación en los mismos términos contratados, hasta que cualquiera de las partes dé por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente. La recepción de pagos durante la continuación de la locación no altera lo dispuesto en el primer párrafo”.

6 “ARTICULO 6º. - Aplicación optativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. En los casos de ejecución y desalojos el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria será optativo para el reclamante sin que el requerido pueda cuestionar la vía”.

7 El Decreto N° 804 del 14 de octubre de 2020 transfirió la Secretaría de Integración Socio Urbana y su dependiente Subsecretaría de Gestión de Tierras y Servicios Barriales del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat al ámbito del Ministerio de Desarrollo Social.

de rehabilitación, integración sociourbana y desarrollo territorial, entender en la transformación social y urbana de barrios y áreas vulnerables, mediante un abordaje integral que favorezca su integración y el desarrollo humano de sus comunidades; entender en el fortalecimiento de la organización comunitaria y en el diseño de mecanismos de participación de los actores locales en el desarrollo e implementación de los proyectos de integración sociourbana; participar en el diseño y la ejecución de proyectos de infraestructura urbana y mejoramiento del hábitat, tendientes a la integración de barrios y áreas urbanas vulnerables; participar en el diseño e implementación de políticas de acceso al crédito y la vivienda, y de estrategias de regularización dominial para promover soluciones habitacionales en las comunidades abordadas en los proyectos de integración sociourbana y entender en la administración y gestión del Registro Nacional de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana (RENABAP),⁸ y realizar su evaluación y seguimiento.

Dentro de los objetivos concretos de la Secretaría de Integración Socio Urbana se encuentran garantizar el acceso a la red de agua, cloacas y electricidad, así como regularizar la tenencia de la tierra en favor de los vecinos y vecinas de los más de 4.400 barrios populares del país.⁹

Por su parte el Ministerio de Desarrollo Territorial creó programas específicos tales como por ejemplo Habitar la Emergencia,¹⁰ creado en el marco del Programa Federal Argentina Construye y cuyas líneas de acción estratégica están orientadas a equipamientos comunitarios, completamientos barriales, conexiones domiciliarias y núcleos sanitarios.

Situación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)

La Constitución de la CABA dispone en su artículo 31 que

la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

Sin embargo, conforme informa la Defensoría del Pueblo de la CABA, se estima que el déficit total de la CABA se encuentra en el 15% de la población, lo que alcanza a cerca de medio millón de personas (Defensoría del Pueblo, 2015).

⁸ Creado por el Decreto PEN N° 358/2017.

⁹ Para ampliar esta información, ver: <https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/integracionsociourbana>

¹⁰ Creado por RESOL-2020-16-APN-SH#MDTYH.

Las políticas públicas en materia habitacional en el ámbito de la CABA no resultaron abundantes, independientemente de la continuidad de los procesos de reurbanización de barrios populares que se encontraban en curso.¹¹

El eje central de la política pública local en materia habitacional se materializó a través del programa Atención para Familias en Situación de Calle,¹² el cual prevé un subsidio habitacional que se actualiza cada cierto tiempo pero que pareciera ser insuficiente tanto en los montos como en la real efectividad como solución concreta en materia habitacional.

Se podría pensar si, tal como desarrollamos en el presente artículo, las políticas públicas (especialmente en el ámbito de la CABA) cumplen con los estándares establecidos por la normativa presentada junto con la interpretación del Comité DESC-CDESC y la jurisprudencia internacional en general, acerca de la exigencia de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos disponibles.

En sentido contrario, resultaría posible observar una falta de creatividad en las políticas públicas en materia habitacional en el ámbito de la CABA, en tanto se tradujo en la implementación del mismo programa de subsidio habitacional (actualizando los montos) creado en un contexto de crecimiento socioeconómico como el que atravesaba la Argentina en el año 2006, situación totalmente contraria a la que nos ha tocado transitar en contexto de pandemia.

Conclusiones

La exposición de este trabajo es una indagación en el alcance de la problemática del acceso y derecho a la vivienda en el contexto de la pandemia global originada por el COVID-19 y sus consecuencias a nivel socioeconómico tanto mundial como local, en particular en materia habitacional. La pandemia nos obliga a repensar el alcance de la cuestión del acceso y del derecho a la vivienda y, en ese marco, resulta imperioso la aplicación de políticas públicas creativas que tiendan a satisfacer una necesidad tan básica y su efecto colateral en relación con la dimensión de derechos que son imposibles de garantizar en aquellos casos en que la situación habitacional no se encuentra resuelta.

A lo largo del texto, con relación a la vivienda se analizaron los nuevos dilemas y desafíos emergentes como efecto de la pandemia que se sumaron a los que existían previamente, especialmente nos orientamos a examinar las carencias materiales y los derechos que atañen a los segmentos más desposeídos y excluidos de la sociedad Argentina.

Las demandas vitales insatisfechas y necesarias de vivienda y hábitat para una vida socialmente justa y ambientalmente apropiada son de una enorme magnitud, las mismas se vienen acrecentando con

11 Barrio Rodrigo Bueno, Playón de Chacarita, Barrio Padre Mugica y Villa 20 sin dudas son los procesos de reurbanización de barrios populares más importantes de las últimas décadas en el ámbito de la CABA.

12 Creado por el Decreto GCBA N° 690/06 y modificatorias.

los gobiernos *neoliberales en las ciudades* de las últimas décadas y con las nuevas de las necesidades que generó la pandemia y sus efectos en las condiciones de vida.

En el trabajo se analizan los principales problemas y las medidas adoptadas tendientes a garantizar derecho a la vivienda tanto por el Poder Ejecutivo Nacional como por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los ejes de las políticas públicas nacionales en materia habitacional en contexto de pandemia parecieran ser indicadores de un intento genuino de gestionar la política pública en materia de hábitat, aunque claro está que, dada la gravedad del contexto socioeconómico desarrollado en el presente artículo, siempre parecieran ser insuficientes.

Resulta necesario resaltar la falta de una política sistémica y eficiente en materia habitacional por parte del Poder Ejecutivo de la CABA. La falta de medidas concretas y efectivas en un contexto de notorio deterioro socioeconómico y fundamentalmente habitacional tiene un impacto altamente negativo en las condiciones de vida de los habitantes de una de las ciudades más ricas del país.

En términos generales, la política de vivienda y habitacional debería ser versátil, participativa, ágil y actualizada, apropiadas a cada región; ajustando a un *fuerte fondo* permanente y renovable de financiamiento público para adquirir suelo y vivienda popular, subsidiado de forma segmentada a la población según sus necesidades y posibilidades de ingreso. La que debería transitar por los siguientes *ejes articulados*:

- Estructura de *derechos* apropiada y efectiva, en especial aquella dimensión de derechos aparejada al derecho a la vivienda: acceso a los servicios públicos, transporte, educación, salud, conectividad, etc.
- *Consulta real* de modo directo a los usuarios en la localización y diseño de los bienes finales.
- Evitar toda posibilidad presente y futura de *hacinamiento* de los usuarios en las construcciones producidas.
- Hábitat y viviendas *conectadas* física y virtualmente a redes urbanas concretas y digitales.
- Manteniendo *Espacialidad sustentable* de los productos finales.
- Hábitat y viviendas *dotadas* de todos los servicios y equipamientos públicos.
- Convocar y fomentar la constitución de *equipos de cooperativas populares* provenientes de la economía social para la construcción y mantenimiento de los bienes producidos.
- Crear y mantener una *reserva* de suelo urbano.
- Vincular la política de hábitat y vivienda con *el desarrollo de las fuerzas productivas*, diseñando políticas públicas que transiten un sendero sustentable, con una distribución equitativa de los derechos y el acceso a los excedentes materiales y simbólicos.

Sin lugar a dudas uno de los grandes desafíos que tenemos como sociedad para la etapa posterior a la pandemia es cómo lograr materializar de forma concreta y efectiva el carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente el derecho a la vivienda.

Bibliografía

- CEPAL (2021). Comunicado de prensa: “En América Latina y el Caribe: el nuevo informe de la ONU advierte sobre una recuperación económica frágil e irregular”. Recuperado de <https://www.cepal.org/es/comunicados/america-latina-caribe-nuevo-informe-la-onu-advierte-recuperacion-economica-fragil>
- Defensoría del Pueblo (abril de 2020). El derecho a una vivienda adecuada. Medidas adoptadas en el marco de la pandemia de COVID-19. Recuperado de <https://defensoria.org.ar/noticias/el-derecho-a-una-vivienda-adeuada-medidas-adoptadas-en-el-marco-de-la-pandemia-covid-19/>
- (julio de 2015). La situación habitacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Recuperado de <https://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2015/09/SituacionHabitacional-1.pdf>
- Fidel, C. (2021). Ciudades con apremios socioeconómicos y sanitarios en tiempos de transformación tecnológica. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/tags/51975-unidades-urbanas-de-trabajo-y-produccion>
- . (2021) Vínculos: Pandemia, Inflación y Excedente Económico Transferido en la Argentina. Recuperado de <https://www.clacso.org/vinculos-pandemia-inflacion-y-excedente-economico-transferido-en-la-argentina/> y de <https://www.pagina12.com.ar/353532-pandemia-inflacion-y-excedente-economico>
- Fidel, C.; Di Tomaso, R. y Farías, C. (2021). Apogeo y ocaso del modelo extractivista urbano en la Argentina (2015-2019). En trámite de publicación en *Revista de Ciencias Sociales. Segunda Época*, UNQ.
- Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Tomo I*, cuarta edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: La Ley.
- Moscariello, A. R. (2018) Derecho de acceso a la tierra y a la vivienda: su cuidado desde una perspectiva del derecho y las políticas públicas. Recuperado de <http://www.mndabogados.com.ar/files/MOSCARIELLO-ACCESO-A-LA-TIERRA.pdf>

El valor del cuidado materno



*Macarena Marra Giménez**

Ha de tenerse siempre presente que la Corte Suprema de Justicia ha advertido que no resulta posible soslayar los casos en los cuales el derecho involucrado atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, colectivos todos que merecen especial protección y respecto de los cuales se evidencia un fuerte interés estatal, entendido como el de toda la sociedad en su conjunto (art. 75, inc. 23 de la CN).¹

A ello se agregan los lineamientos de la Acordada N° 5/2009 de la CSJN que adhirió a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, cuyos destinatarios resultan los actores del sistema de justicia² en tanto se ha asumido el compromiso de un modelo de

* Docente Adjunta de la materia Amparo y Acción Declarativa, de la Universidad Nacional de José C. Paz. Jueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12.

1 Conf. "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo" del 10/02/2015.

2 Regla (24) Serán destinatarios del contenido de las presentes reglas: a) los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país; c) los abogados y otros profesionales del derecho, así como los colegios y agrupaciones de abogados; d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman. E) policías y servicios penitenciarios, f) y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

justicia integrador, es decir, “abierto a todos los sectores de la sociedad y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables”,³ entre quienes se encuentran –entre otros– las mujeres.

En punto al “género”, se destaca la Regla N° 17 que dispone “La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”. Y la Regla N° 18 en cuanto determina que la discriminación contra la mujer importa toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentalmente en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Temática de género

Es preciso comenzar por recordar que cuando se alude a la temática de género o más precisamente a las “cuestiones de género” se hace referencia “al conjunto de características, actitudes y roles sociales, que de forma cultural e histórica fueron asignadas a las personas en virtud de su sexo, cuyo resultado ha sido colocar en una situación de desigualdad estructural e histórica a las mujeres y también a otros sujetos también afectados por desigualdades en virtud del género”.⁴

La ley de Protección Integral a las Mujeres N° 26485, de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

La mencionada ley nacional de protección integral tiene por objeto promover y garantizar (art. 3°): a) la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; b) el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; c) las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbito; d) el desarrollo de políticas socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; e) la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad y las relaciones de poder sobre las mujeres; f) el acceso a la justicia de mujeres que padecen violencia; g) la asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

Entre sus principios rectores del obrar que involucra a los tres poderes del Estado, enumerados en el artículo 7°, resultan ilustrativos –a estos fines– aquellos que propenden a la adopción de “medidas

³ Declaración de Brasilia, puntos 12 y 13.

⁴ Conf. Definición aportada por Marcelo López Alfonsín y Luciana Salerno en ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad de Género?, en la obra colectiva *Igualdad y Género*, Buenos Aires: La ley, pág. 19.

tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de violencia contra las mujeres” (inc. b) y el “principio de transversalidad”, que debe estar presente en todas las medidas tendientes a la ejecución de las disposiciones normativas (inc. d).

Dicha “transversalización” –tal como lo define Claudia Caputi– importa un concepto que procura explicar que la perspectiva o el enfoque de género “se plasma en una suerte de corte transversal a las disciplinas jurídicas, que las deja remozadas, replanteadas o resignificadas”⁵ y “traduce una meta que debe ser abordada con respecto a todas las materias jurídicas”.⁶

En este sentido, debe tenerse presente que el Estado nacional se ha comprometido, mediante la suscripción de distintos acuerdos internacionales como la CEDAW a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en aquella (art. 24), obligación que se encuentra en cabeza de los tres poderes del Estado.

Se ha destacado que, desde una perspectiva general, la CEDAW define a la discriminación contra la mujer como

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Por su parte, en el ámbito interamericano, la Convención de Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.⁷

En este marco legal y convencional, se ha definido a la “perspectiva de género” o “análisis de género” en el derecho

al enfoque teórico de análisis que facilita repensar las construcciones sociales y culturales de la distribución de poder entre mujeres y hombres y que afectan de manera directa e indirecta las formas de relacionarse de las personas en todos los ámbitos, que han derivado en discriminación, falta de equidad, poco acceso a oportunidades y al desarrollo, así como poco conocimiento de sus derechos”.⁸

5 Claudia Caputi Instituciones del Derecho Administrativo al Servicio de los Derechos de las Niñas, Mujeres y Ancianas, publicado en *Cuestiones Estructurales del Derecho Administrativo* - Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, págs. 271 y ss. Buenos Aires: RAP.

6 Claudia Caputi, pág. 274, op. cit.

7 Cultura de discriminación respecto de mujeres-*Cuadernillo de CIDH* N° 4, punto. 1.2. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, sentencia del 16/11/2009.

8 Instituto Interamericano De Derechos Humanos, Herramientas básicas para integrar la perspectiva de gé-

Al hombre la vida pública y a la mujer la privada. La asignación social de roles

Apunta Claudia Caputi que

las ideas fundantes de la sociedad radicaban en presuponer la inferioridad biológica e intelectual de las mujeres, a quienes, además de dicha inferioridad, se nos consideraba afectadas por una “falla moral” [...] Estas concepciones, implícitas a toda otra construcción intelectual, política y social, fueron largamente consolidadas, y por conducto de ellas se legitimaba el control y “la protección masculina”, que relegó a las mujeres exclusivamente al ámbito privado de la familia y el parentesco, elaborándose un sistema jurídico que perpetua dicho esquema de relacionamiento.⁹

Así, se ha afirmado que el rol de género¹⁰ refiere al conjunto de normas sociales y comportamentales generalmente percibidas como apropiadas para los hombres y las mujeres en un grupo o sistema social dado en función de la construcción social que se tiene de la masculinidad y la femineidad. Este da forma a la expresión de género,¹¹ que es la expresión pública de la identidad de género, y “se forma con el conjunto de normas, prescripciones y representaciones culturales que dicta la sociedad sobre el comportamiento” esperables para un sexo determinado. Al implicar el género una discriminación social entre hombres y mujeres, asignando distintos roles a cada uno, el género es un factor que crea inequidades “por sí solo y que puede agravar las que son producto de la situación socioeconómica, la edad, la etnia, la discapacidad, la orientación sexual, etc.”¹²

Durante muchísimos años, los hombres han sido considerados los principales sustentadores en las familias: su trabajo se basaba principalmente en la caza de animales para la alimentación, el cultivo de alimentos o ganar dinero, mientras que las mujeres se han encargado del cuidado de los niños, preparar la comida, limpiar la casa, y de tejer y arreglar la ropa. En las sociedades urbanas, en la mayoría de

nero en organizaciones que trabajan derechos humanos, San José, Costa Rica, 2008, pág. 11, según citas de Marcelo López Alfonsín y Luciana Salerno en ¿De qué hablamos cuándo hablamos de igualdad de género, obra colectiva *Igualdad y Género*. Buenos Aires: La Ley, pág. 27.

9 Claudia Caputi El Derecho Administrativo frente a los desafíos de la igualdad de género en la obra colectiva *Igualdad y género* dirigida por Mirian M. Ivanega. Buenos Aires: La Ley, pág. 77.

10 Del inglés “gender role”.

11 El “género” ha sido definido como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos, tratándose de un producto ideológico y cultural, aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas e influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, con más el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Se ha indicado que “pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos”. Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, 1999 *Mundialización, género y trabajo*, Nueva York, Naciones Unidas, pág. 8 según consta en la Recomendación General N° 25 de la CEDAW.

12 Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Rol_de_g%C3%A9nero

las familias donde había un esposo y una esposa, la norma social dictaba que el trabajo del marido era ganar dinero y el trabajo de la mujer ser “ama de casa”.

Ser una “ama de casa”, cuyo término hace referencia a quien tiene como ocupación principal el cuidado del hogar, dedicándose a tareas domésticas como el cuidado de los hijos, la limpieza de la casa y de la indumentaria, la compra y la preparación de los alimentos, la administración del tiempo familiar y el acompañamiento escolar, con un largo etcétera, el cual se extiende al cuidado de las relaciones familiares hasta el cuidado de los adultos mayores de la familia, ha sido siempre considerado como el trabajo de una mujer. En dicho contexto social, las mujeres a menudo estaban muy orgullosas de ser una buena ama de casa y tener su casa y los niños correctamente atendidos.

En el siglo XX, durante las dos guerras mundiales,¹³ mientras los hombres estaban en el frente de batalla, sus esposas se pusieron a trabajar fuera del hogar. Así fue que las mujeres, que también eran amas de casa, comenzaron a emplearse en fábricas, empresas y granjas. Al final de las dos guerras, muchos hombres habían muerto y otros habían regresado lisiados, y aunque algunos volvieron a sus posiciones laborales, se verificó como resultado una mayor empleabilidad. Como consecuencia, las mujeres siguieron haciendo muchos de los trabajos que habían empezado a hacer durante las guerras.

Con posterioridad, en la década de 1960 en los países occidentales, era cada vez más aceptado el hecho de que una mujer podía trabajar y ser una “chica de carrera” hasta contraer matrimonio, cuando debería dejar de trabajar y ser un “ama de casa”. La enseñanza solo era desempeñada por las mujeres solteras. A partir de la década de 1970, se comenzó a percibir la desigualdad de oportunidades y a acrecentar la idea de que las mujeres podían realizar otros trabajos. Así fue que las mujeres comenzaron a estar cada vez más instruidas. A finales del siglo XX, se hizo más difícil para una familia que pudiera vivir con un solo salario y, en consecuencia, se exigió a muchas mujeres volver al trabajo tras el nacimiento de sus hijos. Sin embargo, a menudo siguen a cargo del papel de “ama de casa” dentro de la familia.

En los tiempos actuales, en los que los roles de género están cambiando, muchos más hombres aceptan asumir una parte de las tareas que tradicionalmente solo eran desempeñados por las mujeres, y las labores cotidianas del hogar muchas veces son repartidas entre la pareja –sobre todo en las más jóvenes–, cierto es que todavía el porcentaje no resulta significativo como para modificar el estereotipo comentado.

En Occidente, cada vez es más habitual que el marido y la mujer estén empleados en trabajos remunerados y ambos compartan las tareas domésticas y el cuidado de los niños. En otras familias, todavía existe la idea tradicional de que el trabajo doméstico es solo trabajo de la mujer.

Se ha destacado que resulta una realidad de nuestro continente que presenta una división de tarea que asigna, principalmente, a las mujeres el trabajo no remunerado.¹⁴

13 La Primera Guerra Mundial tuvo lugar durante los años 1914-1918, y la Segunda Guerra Mundial, 1939-1945.

14 Conf. Bárcena, Alicia Mercado laboral, la llave para igualdad de las mujeres en América Latina y el Caribe”, en www.cepal.org/es/articulos/2017-mercado-laboral-la-llave-igualdad-mujeres-america-latina”, según citas en fallo Sala II de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal en los autos “Aybar Castro, Hilda Corina s/solicitud de carta de ciudadanía” (Expte. N° 7751/2017), sentencia del 3/04/2019.

Las amas de casa trabajan muchas horas a la semana sin que estas se computen, mientras que dependen del sueldo de su marido o de su pareja. Ciertamente es que ellas quedan clasificadas dentro de la variable “población económicamente inactiva”.

Recuerda Claudia Caputi que “en nuestro país nacen aproximadamente unos 700.000 bebés cada año, lo cual da una visión de la magnitud del problema”, y añade que dicha situación “influye sobre la desigual proporción de horas dedicadas a tareas de cuidado en el hogar, que implica un trabajo no remunerado y puede impactar negativamente sobre la salida laboral de las mujeres al mercado laboral remunerado”.¹⁵

A ello se agrega que –respecto del rol que asume la mujer en nuestra sociedad– el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en las “Observaciones finales” manifestó su preocupación por nuestro país “por la baja tasa de participación laboral de las mujeres, quienes asumen el trabajo no remunerado de cuidado de la familia en el Estado Parte”.¹⁶ Así, recomendó a la Argentina –entre otras cosas– a: “Adoptar e implementar medidas efectivas, incluso, temporales, contra los estereotipos sociales contra las mujeres a nivel nacional, provincial y municipal”.

Se ha considerado que, si bien la participación de las mujeres en el mercado ha ido incrementándose con el correr de los años, se corrobora una fuerte desigualdad respecto de la participación y las condiciones de trabajo de sus pares varones. Y que las mayores dificultades que enfrentan las mujeres para insertarse en el marco de trabajo registrado poseen una relación directa con la división sexual del trabajo, que asigna roles de género a las diferentes actividades y que históricamente ha delegado a las mujeres el trabajo reproductivo y las tareas indispensables para garantizar el cuidado, bienestar y supervivencia de las personas del hogar, mientras que el trabajo productivo (remunerado) aparece asociado a los varones.¹⁷

En este sentido, el Comité de la CEDAW, mediante la Recomendación General N° 17, hizo hincapié respecto a la importancia de la medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento, al indicar “que la medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer [...] contribuye al desarrollo de cada país, ayudará a poner de manifiesto la función económica que desempeña de hecho la mujer”.

Por último, cabe precisar que la pandemia generada por el COVID-19 y el aislamiento, preventivo y obligatorio dispuesto por el gobierno nacional en el contexto de emergencia sanitaria mundial ha evidenciado aún más la importancia social del cuidado familiar y el esfuerzo que demandan las tareas domésticas y de cuidado, “haciendo más visibles que nunca las profundas inequidades generadas por la desigual división de tareas, con especial afectación a las mujeres”.¹⁸

15 Conf. Instituciones del derecho Administrativo al servicio de los derechos de las niñas, mujeres y ancianas, obra conjunta *Cuestiones estructurales de derecho Administrativo-Instituciones, buena administración y derechos individuales*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho”. Buenos Aires: RAP, págs. 280-281.

16 E/C.12/ARG/CO/4 Naciones Unidas - Consejo Económico y Social - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones Finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, del 1ro. de noviembre de 2018.

17 Conf. Considerandos del Decreto N° 475/2021 DECNU-2021-475-APN-PTE-ley 24.242. Modificación.

18 Conf. Considerandos del Decreto N° 475/2021 (B.O. 19/07/2021).

Valorar el trabajo del cuidado. Proyecciones económicas

La valoración del cuidado materno ha merecido la atención de algunos autores y de la jurisprudencia de distintos fueros con variadas aristas que resultan todas ellas interesantes, a los fines de valorar económicamente las tareas de cuidado materno y el tiempo que ellas demandan, como así también las consecuencias negativas en el caso de verificarse su merma o pérdida.

Así, Iribarne¹⁹ lo ha considerado vinculándolo con la pérdida del aporte femenino a la economía familiar, especialmente en el caso de fallecimiento de la madre y su repercusión en dicho ámbito.

En este punto, cabe recordar la doctrina de la CSJN en el sentido de que todo perjudicado por la muerte de una persona tiene derecho a obtener la reparación por el daño sufrido (art. 1079 C.C., temperamento receptado en los arts. 1716 y 1739 del Código Civil y Comercial) y para ello resulta necesario acreditar la procedencia de la reparación pretendida (Fallos: 332:2842).

En tal contexto, la Corte Suprema ha entendido que:

la vida humana no tiene valor económico *per se* sino en consideración a lo que produce o puede producir [...] lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente como la valoración de una vida humana, no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios en todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue.²⁰

Sin embargo, resulta propicio destacar que se ha reconocido el deber de indemnizar la interrupción del cuidado materno a temprana edad, al que resulta susceptible de otorgarse una “valoración económica”, teniendo en cuenta las consecuencias que la ausencia de la atención materna implica en la organización de la vida familiar.²¹

A los fines de examinar esta temática, se han considerado los lineamientos que surgen del voto de la Dra. Claudia Caputi, vocal de la Sala II de la CNACAF en los autos “Furman Jacobo”²² en el sentido de que

19 Conf. Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil en los autos “Ponce, Gladys Leonarda c/Seguí Rubén Darío y otro s/daños y perjuicios” (Expte. 5268/2012), sentencia del 4/05/2017 y sus citas.

20 CSJN, “Gatica, Susana Mercedes”, Fallos: 332:2842; y, en igual sentido, Sala IV, “Farías, Gabriela Liliana c/ Edesur SA s/ daños y perjuicios”, 19.04.2012, con cita de CSJN, Fallos: 317:1921; 322:1393; 326:1299; 329:3403 y 4944; entre otros.

21 Conf. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, A. R. H. Y OTRO c/ EN-M\$ SEGURIDAD-PFA Y OTROS s/daños y perjuicios (Expte.Nº 50029/2011) del 11/07/2017.

22 Conf. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos “Furman Jacobo y otro c/En s/daños y perjuicios” del 1/03/2016.

la persona no es susceptible de ser vista sólo como una fuente de recursos típicos de la economía de mercado, y la traducción económica de un valor frente a su desaparición impone, bajo una concepción moderna y consecuente con los postulados y la axiología de base convencional, el reconocimiento pleno de la significación de las tareas de cuidado y atención familiar.

También sobre este tema, la Sala III de la CNACAF, en el precedente “Toer, Ariel Esteban”,²³ apreció que la circunstancia de ser una de las víctimas –la madre– ama de casa debía ser valorado por los magistrados, con fundamento en que

la realización de las tareas del hogar por la víctima fallecida debe ser evaluada económicamente, ya que quien reclama sufre la privación de tal ayuda y debe ahora efectuar dichas tareas personalmente –quitándole tiempo a sus labores habituales– o recurrir a una tercera persona, con el costo que ello significa.

Bajo tales premisas, la Sala consideró que el *quantum* reconocido en la sentencia resultaba insuficiente y elevó los montos otorgados en concepto de indemnización.

En cuanto al “valor vida” de los rubros indemnizatorios, Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “Ávila, Patricia Luján c/Zarate”,²⁴ ha afirmado que

Aunque no se tenga una remuneración económica concreta por las labores del hogar en su carácter de ama de casa, reemplazar tales tareas por una persona remunerada, evidentemente sí tiene un costo económico. El daño material provocado por la muerte del ama de casa es susceptible de apreciación pecuniaria, ya que el trabajo domiciliario de la mujer posee un valor económico propio que no se frustra por la falta de un salario pagado por un tercero. A los fines de cuantificar el daño material derivado de la muerte del ama de casa debe tenerse en cuenta, además de las condiciones familiares y personales de la víctima y de su grupo familiar, el lapso de vida útil atendiendo también que se presume que el período de mayor dedicación lo insume el lapso en que los hijos convivan en el hogar del matrimonio.

Por su parte, se ha apreciado que, así como la pérdida de esa contribución materna puede redundar en perjuicio del entorno familiar, cuando la mujer es quien solicita la reparación, resulta razonable que la minusvalía quede comprendida dentro de la incapacidad sobreviniente. Se ha apuntado sobre el punto que

23 Conf. “Toer, Ariel Esteban c/EN y/o responsable s/daños y perjuicios” (Expte. 30.005/2007), sentencia del 29/11/2016.

24 Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “Ávila, Patricia Luján c/Zarate, María José y otros s/daños y perjuicios”, Expediente N° 103.167/2013, del 26/04/2018.

bajo dicho rótulo se indemniza la imposibilidad o mengua de la capacidad de ocuparse de los quehaceres domésticos que, obviamente, tiene un valor pecuniario y cobra significativa trascendencia en los núcleos humildes y con hijos menores, que se ven imposibilitados económicamente para sustituir el esencial aporte de la mujer.²⁵

Así, se ha afirmado que

La revalorización del rol de la mujer en el seno de la familia, esto es, en la administración del hogar y la conducción de los múltiples aspectos cotidianos de la vida de los hijos, tiene el valor de una verdadera empresa, aunque sus ventajas no se visualicen desde el punto de vista monetario.²⁶

Asimismo, la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil consideró que “El Código²⁷ reconoce de manera precisa que quien se queda a cargo del cuidado personal del hijo contribuye en especie al cumplimiento de la obligación alimentaria a su cargo”. Señaló que esta consideración se deriva de la obligada perspectiva de género, por la cual se defiende la idea de que el trabajo en el hogar tiene valor económico y que ello debe estar expresamente contemplado”.²⁸ En este sentido, destacó que la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) en el artículo 16 “ha consolidado la idea de que la dedicación al cuidado de los hijos tiene un valor económico y que ello debe ser tenido en cuenta al resolver los conflictos referidos a este tema, siendo uno de ello la obligación alimentaria”.

Desde otro ángulo, dicha valoración ha merecido adecuada recepción en la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal²⁹ al considerar que el impedimento para acceder a la carta de ciudadanía, consagrado en el artículo 3° del Decreto N° 3213/84,³⁰ no excluía la posibilidad de que la aspirante contara con otros medios de subsistencia que no surjan de su ocupación laboral (ama de casa), siempre que resulten lícitos. A tales fines, tuvo en consideración que la actividad no remunerada como la de ama de casa se trata de “un importante papel que desempeña en la supervivencia económica del núcleo familiar y si no se considera una ocupación o medio de vida honesto, se lo desvaloriza injustamente y para el caso, le impide acceder a la ciudadanía argentina”.

25 Zavala de González Matilde “Daños a las personas”, T2a, págs. 429 y sus citas.

26 Zavala de González, Matilde “Daños a las personas”, T2a, pág. 42 según citas de la Sala B en la causa citada ut supra.

27 Art. 660 del Código Civil y Comercial establece en punto a las “Tareas de cuidado personal”: “Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tiene un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”.

28 Expte. N° 54.963/13 “D., A.- c/DC., F.N. s/aumento de cuota alimentaria”, septiembre de 2015.

29 Expte. N° 7751/2017 “Aybar Castro, Hilda Corina s/solicitud de carta de ciudadanía” del 3/04/2019.

30 Art. 3° del Decreto N° 3213/84 al establecer que “son causas que impedirán el otorgamiento de la ciudadanía argentina por naturalización, las siguientes: a) no tener ocupación o medios de subsistencia honestos...”.

Medidas positivas para su valoración

Las acciones positivas que el constituyente del año 1994 incorporó en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional, entendidas –entre otras cosas– como técnicas de actividad estatal de injerencia e igualdad, se concretan –entre otras acciones de los distintos poderes del Estado– con “las diversas normas impactan en aquello que se ha dado en llamar “perspectiva de género” (y) tienen, en parte, por finalidad “elevar los niveles de protección y promoción de los derechos de aquellos sectores de la sociedad que por multiplicidad de factores aparecen en desigualdad de origen”.³¹

La Ley N° 27343, que creó la Oficina de Presupuesto del Congreso de la Nación, entre sus funciones encomienda la promoción de la incorporación “de la perspectiva de género en la asignación de recursos presupuestarios”.³²

Cabe tener presente que la denominada “Ley Brisa” estableció un “Régimen de Reparación Económica para Niñas, Niños y Adolescentes”,³³ destinado a niñas, niños y adolescentes cuyo progenitor y/o progenitor afín haya sido procesado y/o condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de su progenitora; o bien, que la acción penal seguida contra su progenitor y/o progenitor afín, en la causa penal donde se investigue el homicidio de su progenitora, se haya declarado extinguida por muerte; o que cualquiera de sus progenitores y/o progenitores afines haya fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género, apreciado –entre otros aspectos– las consecuencias negativas de la pérdida del cuidado materno.

Y, especialmente, en el marco del reconocimiento de tareas de cuidado y en lo relativo a los períodos de la gestación y nacimiento de las personas, así como los de excedencia, valorando que las tareas de crianza y cuidado demandan una enorme cantidad de horas y resultan indispensables para el desarrollo de las sociedades, aunque tradicionalmente invisibilizadas y asumidas como propias del género femenino, el Poder Ejecutivo Nacional a través del Decreto N° 475/2021 ha implementado la política en materia de seguridad social que habilita a reconocer períodos de servicio a las mujeres y/personas gestantes por las tareas de cuidado de sus hijos e hijas a lo largo de la vida. Ello, a los fines de garantizar que más mujeres puedan acceder a una jubilación. Así, la norma permite computar un año de servicio por cada hijo o hija que haya nacido con vida, dos años de servicio por adopción y un año de servicio adicional por cada hijo o hija con discapacidad.

En sus considerandos, hizo referencia –entre otras muchas– a las indicaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³⁴ en el sentido de que la seguridad social debe fomentar y basarse en los principios de igualdad de género, el cual implica no solo un trato igualitario para hombres y mujeres, sino también en medidas que logren garantizar de hecho para las mujeres,

31 Pablo A. Gutiérrez Colantuono Administraciones Heterogéneas: miradas inclusivas y con perspectiva, de la obra conjunta *Igualdad y Género*, bajo la dirección de Miriam M. Ivanega. Buenos Aires: La Ley, pág. 5.

32 Conf. art. 2° inc. 8.

33 Ley N° 27452 (B.O. 26/07/2018) y su Decreto reglamentario N° 871/2018.

34 OIT (2008). Seguridad Social: Un nuevo consenso.

ya que la sociedad obtiene un enorme beneficio del cuidado no remunerado que estas proporcionan, por lo que no deberán verse más tarde perjudicadas por el sistema por haber hecho esta contribución durante la edad en la que podían trabajar.

Se abre camino

La Recomendación General N° 25 de la CEDAW recordó que los Estados parte tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta³⁵ contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación –que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares–. La segunda obligación es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. La tercera obligación estatal es hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de los actos individuales, sino porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

Tanto la labor de los fallos judiciales que comentamos como las políticas públicas a las que hicimos referencia evidencian que, si bien aún falta recorrer mucho camino para lograr un adecuado reconocimiento del valor del cuidado materno y el aporte silencioso al desarrollo de nuestras familias y nuestra sociedad, resultan demostrativos de que la temática de género se está instalando en la agenda pública, lo que implica una esperanza en lograr un pleno reconocimiento de los derechos de este colectivo vulnerable llamado “mujer”.

³⁵ Se verifica discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios aparentemente neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. Y los que son neutros desde el punto de vista del género pueden, sin proponérselo, perpetuar las consecuencias de la discriminación pasada.

Jubilados/as amparados/as. Acceso efectivo a la Justicia

Jurisprudencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal



Lucía Martín

Introducción

Con motivo del fallo “García, María Isabel”¹ en el cual la CSJN declaró la inconstitucionalidad de los artículos 23, inciso c); 79, inciso c); 81 y 90 de la Ley N° 20628, texto según leyes 27346 y 27430 y ordenó que, hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de Impuesto a las Ganancias de la prestación previsional de la allí actora, así como el reintegro de los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas, comenzó un aluvión de demandas iniciadas por jubilados/as con la finalidad de alcanzar la aplicación de la doctrina sentada en dicho precedente.

El objeto de estos procesos radica en la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad del régimen del Impuesto a las Ganancias establecido por las citadas normas respecto de los haberes jubilatorios, a efectos de que se deje de descontar a futuro dicho tributo, y la consecuente devolución de los montos retenidos por tal concepto durante los períodos no prescriptos, con más sus intereses.

El dilema que se presenta es cuál es el tipo de proceso adecuado para garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos y pretensiones en juego, que abarcan, por un lado, el cese de los descuentos del impuesto y, por otro, la devolución en forma retroactiva de los montos ya abonados.

¹ Fallos: 342:411

El proceso ordinario constituye la vía típica a la cual se recurre, en ausencia de otra especial, para dirimir una determinada controversia y si bien aquel permite que se agote y se resuelva el conflicto en toda su extensión, como contrapartida aparece la onerosidad de su trámite, la extensión temporal y las diferentes cuestiones y planteamientos que pueden surgir a lo largo de su tramitación.

Ahora bien, para casos en los que se persigue el reconocimiento de un derecho constitucional, así como remediar con rapidez y eficacia un perjuicio sufrido frente a una violación y/o amenaza motivada a través de un acto manifiestamente arbitrario e ilegal, aparece en escena la acción de amparo establecida por el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Tal norma constitucional establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. También prevé que, en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Por otro lado, la acción declarativa de inconstitucionalidad que, por no tener un marco legal positivo en el derecho nacional para encuadrarla, se instrumenta mediante la figura de la acción meramente declarativa prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es un proceso a través del cual se ejerce el control de constitucionalidad en caso de configurarse una situación de hecho contraria al orden constitucional.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “García” –que tramitó como acción declarativa de inconstitucionalidad– y en pronunciamientos posteriores, así como la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, en sus sentencias sobre el asunto, han considerado que las acciones de amparo y declarativa de inconstitucionalidad resultan ser las vías aptas para tutelar los derechos invocados por los/as jubilados/as. Ello, en contrario a los argumentos vertidos por la Administración Federal de Ingresos Públicos-Dirección General Impositiva en las causas que tramitan bajo dichos procedimientos en cuanto a que estas vías resultan improcedentes para la pretensión de repetición del impuesto, que se encuentra específicamente regulada en el artículo 81 de la Ley N° 11683.

Fundamentos jurisprudenciales para la admisión de las acciones de amparo y/o declarativas de inconstitucionalidad como vías aptas para el reclamo

En primer lugar, y en lo que aquí interesa, cuadra apuntar expresamente lo destacado por el alto tribunal en el precedente “García, María Isabel” antes citado en cuanto a que

no pueden caber dudas sobre la naturaleza eminentemente social del reclamo efectuado por la parte actora, afirmación que encuentra amplísimo justificativo en el reconocimiento de los derechos de la ancianidad receptados por la Constitución Nacional y examinados por la jurisprudencia de esta Corte.

También hizo hincapié en el desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, y recordó que la reforma constitucional introducida en 1994 dio impulso a dicho principio estableciendo “medidas de acción positiva” –traducidas tanto en “discriminaciones inversas” cuanto en la asignación de “cuotas benignas”– en beneficio de ellas. Asimismo, destacó que el envejecimiento y la discapacidad –considerando a ellos como los motivos más comunes por las que se accedía al status de jubilado– eran causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obligaba a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.

En tal línea, el máximo tribunal sostuvo que

lo expuesto pone en evidencia que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja.

Asimismo, apuntó que

es deber de esta Corte, cabeza del Poder Judicial de la Nación, expedirse en el caso, recordando que mediante acordada 5/2009 este Tribunal ha adherido a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad, documento en el que se considera tales a quienes, por diversas razones, “encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (confr. regla 3).

Estos aspectos destacados por el alto tribunal, relativos a la naturaleza eminentemente social del reclamo, los derechos de la ancianidad y la tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, son indicativos de la necesidad de contar con una vía rápida de acceso a la justicia, franqueada de todo obstáculo de naturaleza procesal que pueda dificultar la defensa del derecho constitucional en juego, y que repare de modo urgente y eficaz la lesión que invoca el colectivo al que alude el fallo.

Así lo ha entendido la Sala II de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Daroux, José Hipólito c/ EN-AFIP s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 15 de octubre de 2020, al sostener que las circunstancias particulares que fueron acreditadas en esos autos y la índole de los derechos conculcados mediante la normativa impugnada ameritaban la vía expedita y rápida del amparo, como modo de resguardar eficazmente aquellos. Expresamente, se destacó que

el actor pertenece al colectivo de pasivos en su calidad de jubilado y pensionado, cuenta en la actualidad con noventa y un años de edad y padece de afecciones de salud, todo lo cual justifica brindar un mecanismo idóneo, expeditivo y eficaz para la protección de los derechos involucrados, a la luz de la doctrina del Alto Tribunal que emana de la causa “García, María Isabel”, y que ha sido reiterada en los posteriores fallos.

En el mismo sentido, se ha expedido la Sala I de dicho fuero señalando que

si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias y los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (conf. causa “Grossi Gallegos, Hugo Osvaldo José c/EN AFIP s/ amparo ley 16.986”, expte. N° 33.970/2019, sentencia del 30 de julio de 2020, y sus citas).

Allí también se hizo referencia al carácter netamente alimentario del objeto del litigio, y se tuvo en cuenta que se encontraba afectado uno de los grupos vulnerables definidos por nuestra Constitución Nacional como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75, inc. 23).

Continuando con ejemplos de casos donde se ha admitido la acción de amparo como vía idónea para la pretensión de los/as jubilados/as, la Sala III del mismo fuero ha señalado que

independientemente del modo en que corresponda decidir sobre el asunto planteado, éste no resulta incompatible, per se, con el reducido ámbito de conocimiento de esta acción de amparo, en tanto refiere a

cuestiones primordialmente de interpretación de normas jurídicas sin que se evidencie como imprescindible acudir a otras vías judiciales con mayor amplitud de prueba o debate. (conf. autos “Clement, María Josefina c/ EN-AFIP s/ amparo ley 16.986”, expte. N° 66.639/2019, sentencia del 24 de junio de 2020).

Asimismo, la Sala IV en la sentencia dictada en fecha 29 de septiembre de 2020 en la causa “Dotta, Juan Alberto c/ EN-AFIP s/ amparo ley 16.986” (Expte. N° 63.720/19), decidió que el amparo resultaba la vía idónea para plantear la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión, recordando que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligran la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva. Sostuvo además que cuando se intenta obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, basta acudir directamente a la instancia judicial sin pasar previamente por la instancia administrativa.

En otros casos, donde la vía utilizada fue la acción meramente declarativa prevista por el artículo 322 del CPCCN, se ha fundado su procedencia señalando que se cumplen los requisitos de dicha acción en tanto el fisco le efectúa retenciones en los haberes jubilatorios en concepto de Impuesto a las Ganancias y lo que se pretende es aventar la incertidumbre sobre la inconstitucionalidad de las normas que fundan dicha retención, teniendo en cuenta, asimismo, los pronunciamientos dictados por el alto tribunal y las salas del fuero sobre la cuestión (conf. CNCAF, Sala IV in re “Falanga Adela Angela c/ EN AFIP s/ proceso de conocimiento” (Expte. N° 30872/19, sentencia del 17/12/2020).

En resumen, siguiendo los lineamientos marcados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a prestar una especial atención a los sectores más desfavorecidos de la sociedad, como son el colectivo de los/las jubilados/as, la jurisprudencia del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal se ha ocupado de priorizar el acceso eficaz a la justicia permitiendo la tramitación de sus reclamos por vías rápidas y expeditas, como son el amparo y la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Es bien conocida la diferencia entre proclamar derechos –a la igualdad, a la dignidad, al respeto por la integridad física, psíquica y moral– y satisfacerlos efectivamente, en tiempo y forma, facilitando el acceso a la justicia de los grupos más vulnerables. Una remisión de estos reclamos a la vía de un proceso ordinario, con la consecuente demora y onerosidad, provocarían una dificultad para el acceso a la justicia de este colectivo de personas vulnerables que merece una protección especial.

Viene al caso recordar que el máximo tribunal en los autos “C, J C c/ En-M° Defensa -Ejército s/ daños y perjuicios”,² sentencia del 30 de abril de 2020 –donde se expidió en lo relativo a la no inclusión del crédito reconocido en la dicha causa bajo el régimen del artículo 22 de la Ley N° 23982– hizo hincapié en el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables –como

² Fallos: 343:264

son los/as ancianos/as y las personas con discapacidad–, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. Ponderó la especial situación del actor, por su avanzada edad y delicado estado de salud, circunstancias que –según sostuvo– cabía atender, para no incurrir en rigorismos formales que menoscabaran el ejercicio de la tutela judicial efectiva. Preciso que, en dicho contexto, sujetar a una persona con vulnerabilidad, que padece un grave y progresivo deterioro funcional, a un plazo de espera que, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, implicaría frustrar la sustancia de su derecho, puede encontrar sustento formal en la letra de la ley, pero jamás en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional.

A esta altura, se puede concluir que reparar en cuestiones formales para desestimar la procedencia de los reclamos de los/as jubilados/as con fundamento en la improcedencia de la vía elegida aparecería como una decisión de excesivo rigor formal, incompatible con la protección que requieren los derechos en juego y contraria a la tutela judicial efectiva.

Devolución de las sumas retenidas. Improcedencia del procedimiento previsto por el artículo 81 de la Ley N° 11683

Uno de los argumentos del fisco nacional para afirmar la improcedencia de las acciones que se vienen examinando se relaciona con que todas las demandas contienen, además del planteo de inconstitucionalidad del régimen de Impuesto a las Ganancias sobre los haberes jubilatorios, la pretensión de devolución de las sumas retenidas por dicho concepto por los períodos no prescriptos.

En ese sentido el fisco aduce que la vía apta para la devolución resulta ser la demanda de repetición prevista por el artículo 81 de la Ley N° 11683. Este artículo establece –en lo que aquí interesa– que

Los contribuyentes y demás responsables tienen acción para repetir los tributos y sus accesorios que hubieren abonado de más, ya sea espontáneamente o a requerimiento de la Administración Federal de Ingresos Públicos. En el primer caso deberán interponer reclamo ante ella. Contra la resolución denegatoria y dentro de los quince (15) días de la notificación, podrá el contribuyente interponer el recurso de reconsideración previsto en el art. 76 u optar entre apelar ante el Tribunal Fiscal de la Nación o interponer demanda contenciosa ante la Justicia Nacional de Primera Instancia.

Ahora bien, sobre el tema se ha sostenido que el procedimiento previsto por el artículo 81 de la Ley N° 11683 al que alude el fisco nacional para afirmar que la existencia de esta vía ordinaria obsta a la procedencia del amparo no resulta idóneo a los efectos de dar adecuado tratamiento a la pretensión actoral de estos casos, desde que esta contiene una petición concreta de inconstitucionalidad de una norma legal, la que no puede ser tratada en la instancia administrativa (conf. CNCAF, Sala II in re “Daroux José Hipólito c/ EN AFIP s/ amparo ley 16.986”, Expte N° 63.875/19, sentencia del 15/10/20).

Es que la sola existencia de otros remedios procesales no es suficiente para descartar la vía del amparo, ya que, por ejemplo, en el caso no podría encauzarse el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma legal a través del procedimiento que prevé el artículo 81 de la Ley N° 11683, toda vez que dicho reclamo no puede ser tratado por la Administración.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido de modo firme y sin excepciones que el control de constitucionalidad les corresponde en forma exclusiva y excluyente a los/las magistrados/as integrantes del Poder Judicial de la Nación y de los poderes judiciales de las provincias, cada uno en el ámbito de su respectiva competencia, sin distinción de grado ni jerarquía.

En este sentido, en el precedente de la Sala II de la CNCAF “Teruel, María Cristina c/ EN-AFIP y otro s/ proceso de conocimiento, expte. N° 28.608/2019, sentencia del 29 de junio de 2020, se sostuvo que

teniendo en cuenta que el reintegro del impuesto perseguido en estos autos, se encuentra subordinado a la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley de impuesto a las ganancias, es decir, se trata de una pretensión que solo puede ser examinada una vez decidido el planteo formulado contra la validez de los dispositivos legales cuestionados en las actuaciones y siendo que la autoridad administrativa carece de competencia para examinar la legitimidad de la normativa en cuestión, cabe concluir que, no resulta exigible el agotamiento de la vía en sede de la AFIP, por comportar un ritualismo inútil.

También la Sala IV del mismo fuero ha considerado que resulta un ritualismo inútil exigir al beneficiario del haber de jubilación que siga de manera ineludible, y en extremo rigurosa en el orden formal, el procedimiento reglado por el artículo 81 de la Ley N° 11683; sobre todo si se considera que la cuestión no puede ser dirimida en sede administrativa, ya que es el Poder Judicial el habilitado para pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas (conf. precedente del 17/12/20 en los autos “Falanga Adela Angela c/ EN AFIP s/ proceso de conocimiento” Expte. N° 30.872/19). Allí se agregó que el criterio sentado respecto al ritualismo inútil que implicaría exigir que el actor acudiese previamente al procedimiento de repetición establecido en la Ley N° 11683, en los casos en los que el acceso a la jurisdicción involucra, previa declaración de inconstitucionalidad, pedidos de restitución de las sumas retenidas en concepto de Impuesto a las Ganancias sobre haberes jubilatorios, no puede ser desligado de la naturaleza del reclamo ni del tratamiento que debe dársele a los derechos de tan especial carácter como los aquí involucrados (criterio también adoptado por la Sala V en la causa N° 15.835/17 “Vanossi, Jorge Reinaldo Agustín c/ EN -AFIPDGI- y otro s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 18/7/2019).

Por otro lado, la Sala III ha concluido que corresponde prescindir de la exigencia del reclamo administrativo previo en supuestos justificados, como, por ejemplo, cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento (*Fallos*: 312:1306 y 2418), pues son inadmisibles las conclusiones que conducen a un injustificado rigor formal y que importan un ilógico dispendio administrativo y jurisdiccional (conf.

sentencia del 16/9/20 en la causa “Ramírez, Daniel Anibal c/ EN-AFIP s/proceso de conocimiento” Expte. N° 15.831/19, y sus citas).

De esta forma se han zanjado los planteos opositores a las vías elegidas efectuados por el fisco nacional, admitiéndose que una vez declarada la inconstitucionalidad del Régimen del Impuesto a las Ganancias sobre los haberes jubilatorios, estos procesos resultan viables también para tratar los reclamos por la devolución de las sumas que hubieren sido retenidas por dicho concepto –examinando en su caso, los plazos de prescripción–, sin que resulte necesario que los jubilados/as acudan a la vía de repetición prevista en la Ley N° 11683.

Períodos de devolución

En lo que hace a la devolución de los montos, hay un criterio mayoritario en cuanto a condenar a la AFIP-DGI al reintegro de las sumas retenidas en concepto de Impuesto a las Ganancias desde los cinco años anteriores a la interposición de las acciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de Ley N° 11683 y sus modificaciones, considerada de aplicación al caso por tratarse de la devolución de un tributo nacional (conf. CNCAF, Sala IV in re “Gómez del Río, Guillermo Ramón y otro c/ EN- Administración Federal De Ingresos Públicos (AFIP) s/proceso de conocimiento” Expte. N° 12828/2020, sentencia del 24/6/2021; Sala III in re “Valenzuela, Alejandro Amado y otros c/ EN-AFIP s/ dirección general impositiva” Expte. N° 10.471/20, sentencia del 23/6/2021; Sala II in re “Luna, Jorge Horacio c/EN-AFIP s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 14/5/2021; Sala I in re “Mingorance, Antonio y otros c/ EN-M Hacienda-AFIP s/amparo ley 16.986” Expte. N° 11.497/20, sentencia del 1/6/2021”).

Recuérdese que el artículo 56 de la Ley N° 11683 –en su parte pertinente– establece que “Prescribirán a los cinco (5) años las acciones para exigir, el recupero o devolución de impuestos. El término se contará a partir del 1 de enero del año siguiente a la fecha desde la cual sea procedente dicho reintegro” (Párrafo incorporado por art. 1º, punto XX de la Ley N° 25.795 B.O. 17/11/2003. Vigencia: a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial).

Asimismo, se ha destacado que no corresponde aplicar el Código Civil y Comercial, por cuanto el reconocimiento del plazo quinquenal se encuentra legalmente justificado por la norma especial que rige en esa materia, que no es otra que el artículo 56 de la Ley N° 11683, y dicha interpretación se muestra respetuosa de las particularidades del derecho tributario, en cuyo campo ha sido consagrada la primacía de los textos que le son propios, de su espíritu y de los principios de la legislación especial, y solo con carácter supletorio o secundario corresponde recurrir a los que pertenecen al derecho privado (conf. precedente “Valenzuela” de la Sala III antes citado).

Finalmente, para el cálculo de los intereses de las sumas cuya devolución se admite, se considera aplicable la tasa prevista por el artículo 179 de la Ley N° 11683 y las resoluciones reglamentarias pertinentes –Resoluciones N° 314/2004 (M°EyP) y 598/2019 (M°H), según la vigencia temporal de

dichas normas; artículos 4º, 5º, 8º y 9º, Resolución n° 598/2019 del Ministerio de Hacienda—, desde el inicio de las respectivas acciones (conf. CNCAF, Sala I “Grossi Gallegos, Hugo”, sent. del 30/7/20; Sala II “Luna, Jorge”, sent. del 14/5/2021; Sala III “Clement, María”, sent. del 24/6/20 y Sala IV “Dotta, Juan”, sent. del 29/9/20).

Conclusión

Del estudio efectuado se desprende que la jurisprudencia del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal ha tenido en cuenta el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el colectivo de personas que demanda en estas acciones, y ha logrado derribar los obstáculos de excesivo rigorismo formal con los que se pueden encontrar al momento de acceder a la justicia, priorizando los derechos fundamentales en juego protegidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales aplicables.

Esta vulnerabilidad ha sido determinada internacionalmente por las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”³ (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador), donde se ha destacado que

El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia, con pleno respeto a su dignidad (Sección 2º punto 2) (6)).

Así, el Poder Judicial debe entenderse como un instrumento especialmente accesible para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, resultando de poca utilidad que un Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema judicial para obtener la tutela de dicho derecho. Ello incluye no solo la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores/as y operadores/as del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

³ Cuyo objetivo es garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno reconocimiento y goce de los derechos humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales (Sección 1º-Finalidad).

El derecho a la salud en Argentina y el deber de garantía del Estado nacional



Milagros Marra

Introducción

El régimen jurídico administrativo argentino, entendido como una relación de equilibrio entre potestades públicas, por un lado, y deberes, derechos y garantías de las personas, por otro, encuentra en materia de salud una manifestación de concreción. Este trabajo, como lo refiere su título, tiene por objeto, desde la óptica del derecho público administrativo, visibilizar que el Estado nacional posee un deber de garantía respecto del derecho a la salud en nuestro país.

El tema me ha movido al estudio y la reflexión, consciente de la importancia que la problemática encierra, mi preocupación por ella y el propósito de profundizar su conocimiento, haciendo visibles las asimetrías existentes entre los postulados jurídico-formales que se reconocen y formulan y su concreción real en la vida de todos los días.

El Estado nacional como regulador y garante del derecho a la salud

Frente al derecho a la salud, el Estado nacional tiene dos grandes roles: se desempeña como regulador y como garante de ese derecho. Aun cuando podría afirmarse que ocurre de modo semejante que con

el resto de los derechos, el régimen jurídico aplicable al derecho a la salud pone en evidencia notas específicas que distinguen de modo especial ese desempeño.

El Estado nacional como regulador del derecho a la salud

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Nacional, el derecho a la salud, como ocurre con los demás derechos reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución, se ejerce “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”.

En ese sentido, como sucede con todos los demás, no es un derecho absoluto sino relativo, en tanto mediante la ley alcanza la delimitación de su reconocimiento y ejercicio. De ese modo, se verifica una doble perspectiva de análisis o, como afirma la doctrina, el estudio de los derechos constitucionales es doble: a partir de sí mismos y a partir de su reglamentación, ya que todo derecho es relativo (ninguno es absoluto) en el sentido de que siempre es potencialmente reglamentable.¹

Esa reglamentación del derecho a la salud, a su vez, cuenta con el límite previsto en el artículo 28 de la Constitución, en tanto las leyes que se dicten con esa finalidad no pueden alterar su contenido esencial, sino posibilitar su razonable y más pleno ejercicio.²

El Estado nacional como garante del derecho a la salud

Si bien el Estado nacional, podría decirse, es garante de la vigencia misma del Estado de derecho y, en tal sentido, no le es ajeno el reconocimiento y el resguardo de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y las leyes, puede afirmarse que lo es de un modo especial en relación con el derecho a la salud.

En efecto, y como se pondrá en evidencia en el capítulo III, en todo lo atinente a la salud pública y al derecho a la salud individual de las personas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido su especial tutela por estar comprometido el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.³

Así, en la Constitución original de 1853-1860, mediante los enunciados del Preámbulo y de la disposición del artículo 33, el régimen jurídico argentino ha contado con sustento suficiente para dar una

1 Quiroga Lavié, H; Benedetti, M. Á. y Cenicacelaya, María de las Nieves (2009). *Derecho Constitucional Argentino* (segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavié, Tomo I, p.134), Buenos Aires: Editorial Rubinzal - Culzoni.

2 Gelli, M. A. (2014). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, cuarta edición ampliada y actualizada, comentario al artículo 28 de la Constitución Nacional, Tomo I, Artículos 1 a 43. Buenos Aires: editorial La Ley. Ver comentario al artículo 28 de la Constitución Nacional; y Sampay, A. E., (1975). *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972), Recopilación, notas y estudio preliminar* (p. 344) Buenos Aires: EUDEBA.

3 *Fallos*: 302:1284; 310:112.

tutela preferida al derecho a la salud, como así también para concertar tratados internacionales que dieron un contenido específico renovado a esa garantía.

Con la reforma de 1994, el rol del Estado como garante del derecho a la salud se vio renovado y reafirmado. Ello se pone en evidencia con las nuevas normas incorporadas (arts. 41, 42, 43, 75, incs. 22 y 23), y mediante la jerarquía constitucional reconocida a distintos tratados de derechos humanos, que se refieren expresa o implícitamente al derecho a la salud, en sus distintas manifestaciones.

Desde una mirada más amplia, incluso, se ha entendido que una buena salud es el mejor recurso para el progreso personal, económico y social. Es así como la promoción de la salud se centra en alcanzar la equidad sanitaria. Su acción se dirige a reducir las diferencias en el estado actual de la salud y a asegurar la igualdad de oportunidades y proporcionar los medios que permitan a toda la población desarrollar al máximo su salud potencial. Esto implica una base firme en un medio que la apoye, acceso a la información y la posesión de las aptitudes y oportunidades que la lleven a hacer sus opciones en términos de salud. Las personas deben ser capaces de asumir el control de todo lo que determine su estado de salud. Esto se aplica igualmente a hombres y mujeres. El concepto exige igualmente la acción coordinada de todos los implicados: los gobiernos, los sectores sanitarios y otros sectores sociales y económicos, las organizaciones benéficas, las autoridades locales, la industria y los medios de comunicación.⁴

Es por ello que el Estado tiene un papel sumamente importante, pues se va a desempeñar como mediador entre los diferentes actores que interactúan en materia de salud.

Es así como las políticas sanitarias públicas, constituyen una de las medidas más significativas y relevantes para garantizar un acceso igualitario al derecho a la salud, y que mayor impacto producen en la eliminación progresiva de la pobreza estructural.⁵

Por último, de conformidad con lo expuesto, puede afirmarse que el deber de garantía asumido por el Estado frente al derecho a la salud acentúa y retroalimenta, a su vez, su rol como regulador.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno al deber de garantía del Estado nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en distintos pronunciamientos, ha reconocido el deber de garantía del derecho a la salud. Así, por ejemplo, consigna que:

a. el Estado nacional tiene el “deber de realizar prestaciones positivas” (*Fallos*: 323:1339, “Asociación Benghalensis”) y “es el responsable del cumplimiento de la ley ante terceros, sin perjuicio de la res-

⁴ Carranza Torres, L. R. (2020). *Actuación Profesional Amparos de Salud* (p. 11). Buenos Aires: Editorial dyd.

⁵ Mpolas Andreadis, A. (2020). Derecho a la salud, protección y acceso. Análisis y situación respecto de la Ley 27.552 (lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis). ADLA2020-10, 19 Cita Online: AR/DOC/3084/2020.

ponsabilidad que ante aquél, le cabe a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas - obras sociales o sistemas de medicina prepagos” (*Fallos*: 323:1339, “Asociación Benghalensis”);

b. existe una “obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas” (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”; *Fallos*: 324:754, “Hospital Británico de Buenos Aires”; *Fallos*: 324:3569, “Monteserin”; *Fallos*: 328:1708, “Orlando”; y *Fallos*: 330:4160, “Passero de Barreira”);

c. el interés superior del niño “debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales” (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”);

d. se reconoce “la función rectora que ejerce el Estado Nacional [...] para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios” (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”);

e. se configuraría un supuesto de “discriminación inversa” si se obstaculizara a una persona la atención sanitaria pública por el hecho de contar con obra social (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”);

f. “el Estado no puede desentenderse de sus deberes” (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”);

g. el Estado nacional tiene la condición de “garante primario del sistema de salud –inclusive en el orden internacional– sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga” (*Fallos*: 327:2127, “Martín”);

h. “Las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública” y que “la ley n° 22.431 obliga al Estado a garantizar a los menores discapacitados los tratamientos médicos en la medida en que no pudieren afrontarlos las personas de quienes dependan o los entes de obra social a que estén afiliados” (*Fallos*: 327:2127, “Martín”);

i. Estando de por medio la responsabilidad de jurisdicciones locales, estas últimas tienen el deber de “articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional -mediante el Ministerio de Salud, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista” (*Fallos*: 328:1708, “Orlando”);

j. “[N]o puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud por medio del Ministerio de Salud para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios” (*Fallos*: 328:1708, “Orlando”);

k. “El hospital público es, pues, una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado -en el caso, el provincial- la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano...” y que “corresponde a

la responsabilidad del estado provincial, y no sólo del nacional, asegurar la efectiva protección integral de la salud de sus habitantes” (*Fallos*: 329:2737, “Ledesma”);

l. La comuna debe suministrar el servicio, “sin perjuicio de que la administración del hospital pueda recuperar del respectivo servicio asistencial, como compensación económica, los gastos ocasionados por la atención del vecino” (*Fallos*: 321:1684, “Policlínica”).

El principio de subsidiaridad como catalizador del deber de garantía del Estado nacional en materia de derecho a la salud

La doctrina que surge de los pronunciamientos de la Corte Suprema, relevados en el capítulo precedente, pone en evidencia un variado espectro de decisiones en las que, controversia mediante, el máximo tribunal ha tenido oportunidad de fijar el alcance del deber de garantía del Estado nacional cuando se verificó comprometido el derecho a la salud.

Según cada caso, la Corte Suprema reconoce el aludido deber de garantía con afirmaciones de distinta índole. Entre otras y solo para destacar algunas de las ya aludidas, consigna que: el Estado nacional tiene el “deber de realizar prestaciones positivas” (*Fallos*: 323:1339, “Asociación Benghalensis”) y “es el responsable del cumplimiento de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que ante aquél, le cabe a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas - obras sociales o sistemas de medicina prepagos” (*Fallos*: 323:1339, “Asociación Benghalensis”); existe una “obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas” (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”; *Fallos*: 324:754, “Hospital Británico de Buenos Aires”; *Fallos*: 324:3569, “Monteserin”; *Fallos*: 328:1708, “Orlando”; y *Fallos*: 330:4160, “Passero de Barreira”); el interés superior del niño “debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales” (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”); se reconoce “la función rectora que ejerce el Estado Nacional [...] para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios” (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”); se configuraría un supuesto de “discriminación inversa” si se obstaculizara a una persona la atención sanitaria pública por el hecho de contar con obra social (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”); “el Estado no puede desentenderse de sus deberes” (*Fallos*: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”); el Estado nacional tiene la condición de “garante primario del sistema de salud -inclusive en el orden internacional- sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga” (*Fallos*: 327:2127, “Martín”); “Las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública” y que “la ley n° 22.431 obliga al Estado a garantizar a los menores discapacitados los tratamientos médicos en la medida en que no pudieren afrontarlos las personas de quienes dependan o los entes de obra social a que estén afiliados” (*Fallos*: 327:2127, “Martín”).

En paralelo, estando también de por medio la responsabilidad de jurisdicciones locales, la Corte Suprema también reconoce que existe el deber de las autoridades locales de

articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional -mediante el Ministerio de Salud-, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista (*Fallos*: 328:1708, “Orlando”);

[N]o puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud por medio del Ministerio de Salud para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (*Fallos*: 328:1708, “Orlando”);

El hospital público es, pues, una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado -en el caso, el provincial- la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano...” y que “corresponde a la responsabilidad del estado provincial, y no sólo del nacional, asegurar la efectiva protección integral de la salud de sus habitantes (*Fallos*: 329:2737, “Ledesma”);

y que la comuna debe suministrar el servicio, “sin perjuicio de que la administración del hospital pueda recuperar del respectivo servicio asistencial, como compensación económica, los gastos ocasionados por la atención del vecino” (*Fallos*: 321:1684, “Policlínica”).

Ahora bien, frente a ello cabe formular la siguiente pregunta: ¿es posible encontrar un criterio jurídico que permita amalgamar los postulados jurisprudenciales de manera coherente y razonable teniendo en cuenta las distintas obligaciones y responsabilidades, facultades y derechos, que también recaen sobre provincias y municipios, y sobre las obras sociales y las empresas de medicina prepaga?

Ciertamente existe una variada y cada vez más compleja red de relaciones jurídicas que se presentan como producto del régimen federal, por un lado, y en la interrelación del sector público, privado y mixto del servicio de salud, por otro. Si bien su estudio excede el objeto de este trabajo, sí es posible afirmar que un camino cierto de respuesta al interrogante planteado habrá de encontrarse en la genuina aplicación del principio de “subsidiaridad”.

En efecto, como afirma el profesor Cassagne —con apoyo en otros autores—,

[e]n términos generales, el principio de subsidiaridad presenta dos facetas. Mientras su faz pasiva traduce la no injerencia estatal en actividades que pueden llevar a cabo personas privadas (o en el plano político, que las comunidades mayores no hagan lo que pueden llevar a cabo las menores) su faceta activa obliga

al Estado a actuar sobre todo en el ámbito económico, social [habría de incluirse aquí el de la salud] y educativo, frente a la insuficiencia de la actividad privada.⁶

De ese modo, no hay dudas que ante todo habrá de estarse a las competencias asignadas por el régimen jurídico aplicable al Estado nacional, las provincias y los municipios, como así también a los derechos y obligaciones que recaen sobre obras sociales y empresas de medicina prepaga, según cada caso. Sin embargo, en determinados supuestos, incluso habiendo concurrencia de uno o más de tales sujetos obligados, podría darse el caso de que sea de todos modos el Estado nacional quien deba observar el cumplimiento de la prestación requerida, sin perjuicio de la posibilidad de recuperar de quien corresponda los gastos en que incurriere.

El derecho a la salud en Argentina y el deber de garantía del Estado nacional, ¿realidad o ficción? Un interrogante que interpela gravemente a todos

Por último, a tenor de todo lo expuesto, el régimen jurídico argentino en materia de derecho a la salud y la jurisprudencia de la Corte Suprema referida a casos en que debió pronunciarse sobre el deber de garantía del Estado nacional no dejan lugar a dudas sobre el énfasis de su reconocimiento y su más plena postulación desde el plano jurídico-formal.

Sin embargo, la realidad indica que nuestro país se encuentra inmerso, desde hace décadas, en recurrentes crisis económicas y sociales, con cada vez más elevados índices de necesidades básicas insatisfechas. Todo ello, a modo de causa y efecto, deteriora aceleradamente al propio sector público como al sector privado, a la economía en su conjunto y todo el entramado social, produce pérdidas de fuentes de trabajo, baja calidad educativa, menor desarrollo y mayores índices de pobreza.⁷ Por ello, cabe el interrogante: el derecho a la salud y deber de garantía del Estado en la Argentina ¿es una realidad o una ficción?⁸

La pregunta, sin dudas, interpela gravemente a todos. En primer lugar, cuestiona al Estado nacional mismo que, como reconoce la jurisprudencia examinada, tiene la función “rectora” del todo el sistema de salud, a la vez que también lo hace con relación a los Estados provinciales y municipales, en la medida de sus propias potestades y competencias en materia de salud.

6 Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo* (p. 241). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley. El párrafo transcrito cuenta con una nota a pie de página, número 32, donde se consignan las siguientes fuentes: Barra, Rodolfo C. (1980). *Principios de Derecho Administrativo* (p. 35 y ss.). Buenos Aires: Abaco; Saqués, Néstor P. (s/f). Principio de subsidiaridad y principio de antiusubidiaridad, *Revista de Derecho Público*, (39/40), Santiago de Chile, ps. 59 y ss.; Massini, Carlos I. (s/f). Acerca del fundamento del principio de subsidiaridad, *Revista de Derecho Público*, (39/40), Santiago de Chile, ps. 51 y ss. Asimismo, la obra del profesor Cassagne fue publicada con el mismo título por la editorial REUS S.A., año 2016, Madrid.

7 La pandemia por COVID-19 ha venido a potenciar el estado crítico de situación.

8 La preocupación no es nueva. En el plano de la teoría jurídica no se controvierte que el derecho a la salud y a la consecuente tutela reviste una de las mayores jerarquías entre los bienes jurídicos de los que el hombre puede gozar, máxime cuando involucra especialmente la dignidad humana. Sin embargo, la realidad parece ocuparse demasiado frecuentemente de desmentir la efectiva operatividad de aquel principio. Cf. María Claudia Caputi (2005). *La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales*, La Ley 2005-B, 1460; LL AR/DOC/587/2005.

Sin dudas que, para que el derecho a la salud en nuestro país y el deber de garantía del Estado nacional sean una realidad y no una ficción, es preciso no solo mejorar los estándares institucionales en todos lo relativo a la salud propiamente dicha, sino también en todos los demás ámbitos de la vida institucional correspondientes a los tres poderes de gobierno (legislativo, ejecutivo y judicial), y en los tres niveles jurisdiccionales (nacional, provincial y municipal). Solo de ese modo, con adecuado diseño, ejecución y control de las políticas públicas, que resguarden el principio de juridicidad y contemplen criterios de eficiencia y equidad, podrán mejorarse finalmente los indicadores sociales y de la economía en general, de la educación, del trabajo y, consiguientemente, de la salud pública e individual.

Por lo demás, aquel interrogante también debe interpelar gravemente a todos los ciudadanos, quienes forman parte y finalmente son quienes dan sustento y motorizan mediante su participación en la vida social y en las instituciones republicanas a los poderes del Estado. En especial, claro está, ese cuestionamiento comprenderá a quienes por ejercer algún tipo de liderazgo, sea en el ámbito público o privado, cuentan con mayores posibilidades de incidir o colaborar más eficazmente en preservar, fortalecer y mejorar las condiciones de vida en la sociedad.

Conclusiones

En el ámbito del derecho público, el Estado nacional desempeña una doble función respecto del derecho a la salud, como regulador y como garante, esto último en razón de la especial vinculación con el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. Con la reforma de 1994, el rol del Estado como garante del derecho a la salud se ve renovado y reafirmado, lo que también acentúa y retroalimenta, a mi criterio, su rol de regulador.

La ley es, además del modo previsto en la Constitución Nacional para reglamentar los derechos, uno de los instrumentos más efectivos que tiene el Estado para introducir medidas de acción positiva, sin perjuicio de las demás normas de rango infralegal que pudiera el Poder Ejecutivo dictar para asegurar su aplicación y vigencia. Numerosas leyes se han dictado con esa finalidad. Tal función ha quedado reafirmada con la reforma constitucional de 1994, que en el artículo 75, inciso 23, establece que corresponde al Congreso de la Nación la promoción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en distintos pronunciamientos, ha reconocido el deber de garantía del derecho a la salud, pues es el Estado nacional quien tiene un deber de garantía específico en orden a posibilitar el acceso a la jurisdicción en materia de salud.

En definitiva, como una forma de amalgamar los postulados jurisprudenciales enumerados en el acápite III del presente trabajo, en el marco de las distintas obligaciones y responsabilidades, facultades y derechos que también recaen sobre provincias y municipios, y sobre las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, es adecuado hacer aplicación genuina del principio de “subsidiaridad”. De ese modo, ante

todo, se habrá de estar a las competencias asignadas por el régimen jurídico aplicable al Estado nacional, las provincias y los municipios, como así también a los derechos y obligaciones que recaen sobre obras sociales y empresas de medicina prepaga, según cada caso. Sin embargo, en determinados supuestos, incluso habiendo concurrencia de uno o más de tales sujetos obligados, podría darse el caso de que sea de todos modos el Estado nacional quien deba observar el cumplimiento de la prestación requerida, sin perjuicio de la posibilidad de recuperar de quien corresponda los gastos en que incurriere.

Finalmente, debe recalcar que para que el derecho a la salud en nuestro país y el deber de garantía del Estado nacional sean una realidad y no una ficción, por un lado, es preciso no solo mejorar los estándares institucionales en todo lo relativo a la salud propiamente dicha, sino también en todos los demás ámbitos de la vida institucional, correspondiente a los tres poderes de gobierno (legislativo, ejecutivo y judicial), y en los tres niveles jurisdiccionales (nacional, provincial y municipal). Por otro lado, aquello requiere el compromiso de todos los ciudadanos, a través de su participación en la vida social y en las instituciones republicanas, en especial, de quienes por ejercer algún tipo de liderazgo, sea en el ámbito público o privado, cuentan con mayores posibilidades de incidir o colaborar más eficazmente en preservar, fortalecer y mejorar las condiciones de vida en la sociedad.

Bibliografía

- Bazán, V. (2015). *Derecho a la Salud y Justicia Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Bonpland, V. y Bozzolo, A. (marzo de 2018). El sistema de salud argentino. *Temas de Derecho Administrativo*. Recuperado de <http://aajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2018/06/El-Sistema-de-Salud-Argentino.-Revista-Temas-de-Derecho-Administrativo-p.-135-marzo-2018.pdf>
- Bidart Campos G. J. (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Caputi, M. C. (2005). La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales. *La Ley* 2005-B, 1460; LL AR/DOC/587/2005, Buenos Aires.
- Carranza Torres, L. R. (2020). *Actuación Profesional Amparos de Salud*, Buenos Aires: Ediciones dyd.
- Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley. Madrid: REUS.
- Dalla Via, A. R. (2004). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- Gelli, M. A. (2014). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (cuarta edición ampliada y actualizada, Tomo I y Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
- Lazzarini, J. L. (2008). Los derechos humanos y sus garantías constitucionales. En S. V. Linares Quintana, C. S. Fayt y G. Badeni (directores), *Derecho constitucional. Doctrinas esenciales* (Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
- Lombardi, E. S. (28 de octubre de 2020). Deber de prevención del daño: El derecho al agua de los grupos vulnerables ante el COVID-19. *Jurisprudencia Argentina*/59899 SJA 28/10/2020, p. 8. Cita Online: AR/DOC/2665/2020kl.

Mpolás Andreadis, A. (2020). Derecho a la salud, protección y acceso. Análisis y situación respecto de la Ley 27.552 (lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis), publicado en: Anales de Legislación Argentina (ADLA) 2020-10, 19. Cita Online: AR/DOC/3084/2020.

Otero Barba, F. (2020). Servicios sanitarios en el marco de la emergencia. Situación actual y perspectivas. [EBOOK-TR 2020]. Cita Online: AR/DOC/2337/2020.

Quiroga Lavié, H.; Benedetti, M. Á.; Cenicacelaya, M. de las Nieves (2009). *Derecho Constitucional Argentino* (segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavié, Tomo I). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Sagües, N. P. (2004). *Constitución Nacional de la República Argentina, texto oficial de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, ordenado por la ley 24.430* (estudio comparativo con el articulado anterior, Tratados internacionales con jerarquía constitucional). Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Saguir y Dib, Claudia Graciela. s/autorización” (*Fallos*: 302:1284).

“Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social” (*Fallos*: 310:112).

“Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (*Fallos*: 321:1684).

“Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” (*Fallos*: 323:1339).

“Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (*Fallos*: 323:3229).

“Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social” (*Fallos*: 324:754).

“Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad” (*Fallos*: 324:3569).

“Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. Direc. Gral. Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo” (*Fallos*: 327:2127).

“Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo (*Fallos*: 328:1708).

“Florencig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H.L.E. c/ Estado Nacional s/ amparo” (*Fallos*: 329:2552).

“Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios” (*Fallos*: 329:2737).

“Passero de Barrera, Graciela Noemí c/ Estado Nacional s/ amparo” (*Fallos*: 330:4160).

La crisis económica como defensa frente a despidos discriminatorios

La peligrosa puerta que trajo el caso Fontana



*Demían Zayat**

Introducción

El 8 de abril de 2021 la Corte Suprema dictó sentencia en el caso “Fontana Edith Fabiana c/ Cibie Argentina s/ juicio sumarísimo” y dejó sin efecto la sentencia de la Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo, que –a su vez– había revocado la sentencia de primera instancia y había considerado acreditado el despido discriminatorio de la actora. Para llegar a dicha conclusión, la Corte Suprema entendió que la Cámara no había tomado en cuenta la defensa de la demandada, sobre que el despido se había producido en razón de la crisis económica que afrontaba la empresa y no por motivos discriminatorios. Para esto, la Corte entendió que era de aplicación el estándar de prueba de los casos “Pellicori”, “Sisnero” y “Varela” (es decir, de trato desigual) y que el demandado debía tener la oportunidad para probar un motivo no discriminatorio. Finalmente, luego de esta decisión de la Corte Suprema, ahora la Sala VII de la Cámara Nacional del Trabajo que intervino en el reenvío, entendió que estuvieron probadas las dificultades económicas y, por lo tanto, que el despido no fue discriminatorio.

Este caso nos muestra que aún no está claro cuál debe ser el estándar de prueba para los casos de discriminación, ya sea que se produzcan por trato desigual (“Pellicori”, “Sisnero”) como para los casos de impacto desproporcionado (“Castillo”), ni tampoco las defensas que pueden oponerse en cada caso ni

* Abogado UBA (2000), magíster en Derecho por la Universidad de Stanford (EE.UU.) (JSM, 2009). Profesor de Derecho Antidiscriminatorio en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo y profesor de Derecho Constitucional en la UBA. En la actualidad es director de Asistencia a la Víctima del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

su amplitud. En este comentario, seguiré los precedentes resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos al exponer estas doctrinas y veré las discusiones que tuvieron en dicho contexto, para analizar si pueden ser aplicados por nuestros tribunales.

La doctrina de la discriminación por trato desigual prohíbe que dos personas o grupos igualmente situados sean tratados –en los hechos– de forma distinta con base a características no relevantes desde el punto de vista moral, como podrían ser el género, la raza, la religión, etc.¹ En estos casos, según el estándar de prueba delineado jurisprudencialmente, el denunciante podrá acreditar su caso *prima facie* en tanto pertenezca a una minoría históricamente desaventajada o perseguida, y muestre indicios de que el hecho discriminatorio sucedió. Frente a ello, será la parte demandada quien deba *probar* que existió una razón objetiva y no discriminatoria para el trato desigual; frente a lo cual la actora podrá acreditar que la defensa es en realidad un pretexto para ocultar la discriminación.

Por su parte, la doctrina del impacto desproporcionado prohíbe las políticas empresarias o públicas, o las normas, que –aun siendo neutras en su texto– impacten de modo desproporcionado sobre grupos históricamente vulnerabilizados o desaventajados, o que gocen de una protección especial. En estos casos –según el desarrollo jurisprudencial– el demandante podrá acreditar su caso *prima facie* demostrando el impacto desigual que tuvo cierta política o decisión adoptada por el denunciado, sobre un grupo protegido al que pertenece. En ese caso, será el denunciado quien deba *probar* que esa decisión o política es una necesidad del negocio, o que la política está en relación con el puesto de trabajo. Frente a ello, el denunciante podrá demostrar que estaba disponible una alternativa menos discriminatoria que se podría haber adoptado, con un efecto menos perjudicial para el grupo protegido.

Estas doctrinas fueron desarrolladas por la Corte Suprema estadounidense durante la década de 1970, y fueron adoptadas luego por otros tribunales nacionales e internacionales. Nuestra Corte Suprema adoptó la doctrina de trato desigual en el precedente “Pellicori”,² de 2011, y la de impacto desproporcionado en “Castillo”,³ de 2017. Sin embargo, aún no se han terminado de receptar completamente los diversos estándares y sus respectivas defensas. La solución de “Fontana” parece confundir las defensas sobre “necesidad del negocio” de la doctrina del impacto desproporcionado y la aplicó en la doctrina del trato desigual. Sin embargo, tampoco está claro el alcance de la defensa de la “crisis económica” tampoco para el caso de impacto desigual.

En este comentario voy a hacer un análisis más preciso de los diversos estándares y sus consecuencias, para ver si se podría utilizar esta defensa de las dificultades económicas dentro del derecho antidiscriminatorio. Para ello, en la próxima sección analizaré los hechos del caso “Fontana” y las decisiones judiciales que se adoptaron. Luego, analizaré las defensas que se podrían adoptar en los casos de trato desigual y en los casos de impacto desproporcionado, y cuáles podrían ser las consecuencias de aceptar los problemas

1 Realizó un desarrollo mayor de estas teorías en Zayat, D. (2014). El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado. En J. S. Elías, L. S. Grosman, S. Legarre y J. C. Rivera (comps.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

2 Fallos 334:1387. Luego tuvo un desarrollo más amplio en “Sisnero” (Fallos 337:611) de 2014.

3 Fallos 340:1795.

económicos como defensa frente a un supuesto hecho discriminatorio. Por último, cerraré con algunas conclusiones, en tanto entiendo que el estándar estuvo mal aplicado por la Corte Suprema.

El caso Fontana

Fabiana Fontana fue despedida de la empresa Cibié, ex Valeo, en octubre de 2014 junto con otros 35 compañeros de trabajo. La empresa –que produce ópticas para automotores y tenía aproximadamente 120 empleados en la planta que está ubicada en la provincia de Córdoba– ya venía con conflictos desde el año anterior. En el año 2013 decidió despedir a varios trabajadores –entre ellos a Fontana– y en razón de las medidas de fuerza realizadas por los trabajadores, y la intervención del Ministerio de Trabajo, tuvo que dejar sin efecto los despidos. Luego, en 2014, decidió suspender a trabajadores eventuales, propuso otras suspensiones de personal e inició un procedimiento preventivo de crisis de empresa (arts. 98 a 105 de la Ley N° 24013), y posteriormente despidió a 35 empleados en base a lo dispuesto por el artículo 247 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT). Finalmente, luego de varias negociaciones, completó la indemnización de estos trabajadores según la indemnización para el despido sin causa del artículo 245 de la LCT.

En su demanda, la actora alegó que los 35 despidos de 2014 coincidieron con quienes estuvieron más activos en las medidas de fuerza de 2013, y que a partir de dicho momento la empresa inició acciones de persecución y hostigamiento a la organización sindical. Es por ello que entendió que su despido fue discriminatorio y solicitó a la justicia la reinstalación en el cargo, de acuerdo al precedente “Álvarez”⁴ de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, la empresa alegó que la actora no era delegada sindical ni tenía protección especial, que existía representación sindical organizada, que todos los empleados de la empresa participaron en las medidas de fuerza de 2013, y que la despidieron debido a que, en razón a la crisis económica que estaban atravesando, decidieron despedir a los empleados con menor productividad y con baja contracción al trabajo. Que la actora fue despedida inicialmente en febrero de 2014 (y luego reinstalada) por su negativa a prestar servicios en normal cumplimiento del horario de trabajo, a pesar del apercibimiento formulado. Y que por ello finalmente fue despedida una vez cerrado el procedimiento preventivo de crisis. Alegó que no era una buena trabajadora.⁵

El juez de primera instancia rechazó la demanda por despido discriminatorio. Para llegar a dicha conclusión entendió que no existían elementos de prueba que permitieran acreditar el rol sindical protagónico alegado, en tanto en el establecimiento existía un cuerpo de delegados que cumplía esa función y que la mera participación en asambleas, en el marco de un conflicto colectivo, no alcanzaba para

4 *Fallos* 333:2306, 2010. En este precedente, la Corte Suprema se encontró dividida sobre si frente a un despido discriminatorio (en dicho caso, también por razones sindicales) correspondía una indemnización agravada (como la del art. 182 de la LCT, que era lo que sostuvo la minoría) o su reposición en el cargo, que es lo que terminó decidiendo la mayoría del tribunal.

5 Véase la contestación de demanda y el resto de las piezas procesales en el Expte. CNT N° 20925/2015.

calificar a un trabajador de activista sindical. Y con relación a la indemnización brindada, en tanto que se había completado la establecida en el artículo 245 de la LCT, no era necesario ingresar a analizar si correspondía una indemnización reducida en virtud de la crisis económica del artículo 247 (LCT).

Por su parte, la Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo (CNT) revocó la sentencia de primera instancia. Para llegar a tal conclusión, entendió que los elementos de prueba recolectados en la causa sí le permitían entender que la actora fue una asistente activa de las asambleas, y que en la práctica cumplía un rol de “correa de transmisión” entre los delegados y los trabajadores. Que ya había sido despedida en el año 2013, junto a otros 40 trabajadores, y que por ello tenía un papel activo en las medidas de fuerza colectivas. Por ello, concluyó que existían pruebas para sostener que el despido fue una conducta antisindical y un acto discriminatorio por su actividad gremial y tuvo por acreditado el caso *prima facie* del precedente “Pellicori”.

La Corte Suprema revocó esta sentencia. Para llegar a esa conclusión, la mayoría del tribunal (Rosenkrantz, Highton, Lorenzetti y Maqueda) entendió que la Cámara había tenido por acreditado el caso *prima facie* de trato desigual (doctrina de “Pellicori”, “Sisnero” y “Varela”),⁶ pero no tuvo en cuenta la defensa del demandado, sobre que el despido no tenía una causal discriminatoria. En este entendimiento,

la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente [...] configura *prima facie* una causa seria y objetiva ajena a toda discriminación...

El juez Maqueda formó parte de esta mayoría, pero escribió un voto propio porque no compartía la descripción de la defensa del demandado que realizaron los restantes jueces de la mayoría, frente a la acreditación del caso *prima facie*. Así, Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti describieron la defensa del siguiente modo:

corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. *Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere.* La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos (destacado propio).

Por su parte, Maqueda, en su voto, describió a la defensa del siguiente modo: “corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa *una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación*” (destacado propio).

6 Fallos 341:1106.

Por su parte, el Juez Rosatti, en disidencia, entendió que debía declararse inadmisibile el recurso puesto que se basaba en cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia extraordinaria, y que no había sido identificado adecuadamente qué defensas no habían sido tenidas en cuenta por la Cámara, en tanto los indicios tenidos en cuenta para acreditar el caso *prima facie* fueron correctamente referenciados.

Por último, en el reenvío efectuado a la Cámara del Trabajo para que analice la defensa efectuada por la demandada, el caso fue fallado por la Sala VII. Este tribunal analizó el informe pericial contable agregado en el expediente y entendió que en el año 2014 la empresa sufrió pérdidas netas del 50% con relación al 2013, lo que sí demuestra la verdadera existencia de dificultades económicas y financieras. En base a esto, la Sala VII entendió que el despido no obedeció a razones discriminatorias sino que fue consecuencia de las dificultades económicas por las que atravesaba la empresa.

Por supuesto, ninguno de los tribunales intervinientes tuvo en cuenta que pudo haber sido que en virtud de las dificultades económicas la empresa haya decidido despedir trabajadores, pero que los hubiera seleccionado por motivos discriminatorios. Por ello, habrá que entender cuál sería el alcance de esta defensa en el marco de un test por despido discriminatorio.

La doctrina del trato desigual

Cuando la discriminación se da en los hechos (y no en normas o políticas generales), en donde se establece un trato diferencial perjudicial hacia una persona por su pertenencia a un grupo históricamente vulnerabilizado, frente a otra que no pertenece a dicho grupo, podemos estar frente a la discriminación por trato desigual. Esta es una discriminación intencional (aunque no siempre consciente) en tanto la persona que discrimina, al momento de decidir, tiene en cuenta su pertenencia al grupo protegido, y en base a ello realiza su trato desigual.

El movimiento de derechos civiles de Estados Unidos ha realizado numerosos estudios empíricos y litigios para acreditar diferencia de trato entre blancos y afroamericanos ante los tribunales. Así se han desarrollado estándares en el contexto del empleo para acreditar la discriminación sutil y posiblemente inconsciente. Los demandantes que aleguen un trato desigual deberán probar que el demandado, de modo intencional, discriminó al miembro del grupo y que esto provocó un daño identificable.⁷ La intención en algunos casos puede ser inferida del mero hecho de la diferencia de trato, pero no alcanza únicamente con la prueba del resultado desigual, sino que la conducta del denunciado debe estar condicionada por la raza del demandante. En caso de motivos mixtos, el demandante debe probar que el motivo ilegal fue un factor determinante.⁸

7 Véase Ayres, I. (2013). Venta de Autos Justa: la discriminación de género y raza en las negociaciones de ventas de autos. En D. Zayat (ed.), *La discriminación en el mercado* (p. 81). Buenos Aires: Universidad de Palermo, Colección de Ciencias Jurídicas. Ayres refiere a *Price Waterhouse v. Hopkins*, 109 S.Ct 1775, 1790 (1989) y a *International Bhd. Of Teamsters v. United States*, 431 UD 325, 335 (1977).

8 Esto estuvo en discusión en *Price Waterhouse*, citado en la nota anterior. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Caminos Graciela c. Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despi-

El test paradigmático del trato desigual surgió en el precedente *McDonnell Douglas v. Green*⁹ de la Corte estadounidense del año 1973. En dicho caso, Green, un trabajador afroamericano activista por los derechos civiles, que había sido despedido en una reducción de personal, se presentó tiempo más tarde a una nueva convocatoria de personal que realizó la aeronáutica Mc. Donnell Douglas. Sin embargo, no fue contratado y siguieron buscando personal.

La Corte tuvo por probada la discriminación a través del siguiente test: i) Green pertenece a una minoría protegida; ii) estaba calificado y se postuló para un puesto; iii) no lo contrataron y siguieron buscando personal para dicho puesto. Con estos elementos tuvo por probado el caso *prima facie* de discriminación (A), y entonces correspondía a la demandada que otorgue una *justificación objetiva y no discriminatoria* para su accionar (B). En este caso, la empresa alegó que no lo contrató en tanto Green había participado en medidas de fuerza contra la empresa al protestar por prácticas de empleo que entendía racistas. Sin embargo, frente a ello, la Corte Suprema entendió que el denunciante debía tener la oportunidad de demostrar que esta justificación era un pretexto para ocultar el hecho discriminatorio (C). Green no tuvo esa oportunidad, y no pudo demostrar, por ejemplo, que otros empleados que también participaron de las medidas de fuerza no habían sido ni despedidos ni recontratados, y por ello la Corte Suprema anuló la sentencia y reenvió su estudio a las instancias inferiores.

Puede observarse que del precedente estadounidense el test para analizar el trato desigual discriminatorio tiene tres partes. En primer lugar, el demandante debe probar su caso *prima facie*. Para ello, alcanzará con demostrar que pertenece a un grupo protegido y que estaba capacitado para el cargo y que no fue elegido. Luego, en segundo lugar, la denunciada podrá acreditar que existió un *motivo objetivo y no discriminatorio* para su accionar. Y entonces, en tercer lugar, el denunciante podrá rebatir esta prueba acreditando que es un *mero pretexto* para ocultar la discriminación.

Esta doctrina llegó trunca a nuestro país. El primer caso donde la Corte Suprema recepta esta teoría fue en “Pellicori”. Sin embargo, allí no hizo referencia al precedente estadounidense ni explicitó los hechos del caso, y solo fijó el estándar del siguiente modo:

resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo [discriminatorio], con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica (cons. 11).

do”, Fallos 344:1336, señaló que si la discriminación obedeció a una combinación de motivos, hay que tener en cuenta si el motivo señalado como discriminatorio tuvo una incidencia determinante en la decisión (voto de Rosenkrantz).

9 USSC 411 US 792 (1973).

Solo se receptaron las dos primeras partes del test, y no quedó claro tampoco cómo acreditar el caso *prima facie*, ni si este es solo para grupos con especial protección o para todos los casos de discriminación que puedan surgir, aun cuando no fueran de grupos con especial protección.

Unos años más tarde, en el caso “Sisnero” –sobre la no contratación de mujeres para conducir colectivos urbanos– se hace mención al precedente *McDonnell Douglas*, pero el test sigue siendo muy similar a lo establecido en “Pellicori”:

para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (conf. Pellicori, cons. 11). En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.

En dicho caso, la demandante había probado su caso a través de la prueba de su calificación (registro profesional) y la prueba estadística sobre la cantidad de mujeres contratadas por la empresa de colectivos de Salta. Eso fue suficiente para acreditar el caso de discriminación *prima facie*. Frente a ello, la demandada debió haber brindado una justificación objetiva y no discriminatoria, pero falló en su cometido en tanto brindó argumentos estereotipados sobre el rol de la mujer en la sociedad salteña, y solo realizó una negativa de la intención discriminatoria. Así, la Corte Suprema entendió que la no contratación de Sisnero resultó discriminatoria en tanto la trataron de modo desigual en razón a su género.

En 2018, la Corte Suprema resolvió el caso “Varela”¹⁰ aplicando el mismo estándar. En el caso, el actor cuestionó su despido porque entendió que obedeció a un motivo discriminatorio. Así, lo despidió cuando propuso la designación de delegados sindicales ante el Ministerio de Trabajo. Si bien la empleadora había alegado que el despido se debía a supuestas impuntualidades, el actor sostuvo que fue el intento de avanzar con la organización sindical ante la inexistencia de representación lo que motivó el despido. La Corte aplicó el estándar de “Pellicori” y “Sisnero” y aclaró que dicho estándar

es aplicable en la presente causa, en la que se discute si ha existido un despido motivado por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o fundado en una opinión gremial en los términos de la ley 23.592 y adquiere contornos específicos en función de lo que estas leyes disponen.

¹⁰ “Varela, José Gilberto c/ Disco S. A. s/ amparo sindical”, citado en nota 6.

Al respecto, en relación con la prueba *prima facie* de su caso dijo que

Quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El artículo 47 de la referida ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales.

Con respecto a la Ley Antidiscriminatoria N° 23592 entendió que el test será

el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión.

Frente a dicha acreditación *prima facie* de un despido discriminatorio, la empleadora deberá probar que

el trato dispensado al trabajador en cuestión [despido sin causa] no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado.

Este precedente “Varela” es un supuesto de hecho similar al del caso “Fontana”. En ambos se cuestionó un despido por ser en razón de la opinión gremial, como una represalia frente a la organización sindical. En el caso “Varela” (de modo similar que en el precedente “Álvarez c/ Cencosud”)¹¹ el trabajador despedido había comenzado a realizar acciones para constituir una nueva organización sindical inexistente hasta ese momento. En “Fontana”, por el contrario, existía una representación sindical activa. Sin embargo, allí se alegó que se había violado el artículo 53, inciso e, de la Ley N° 23551, en tanto el despido fue una represalia por haber participado en medidas de fuerza establecidas.

De acuerdo al estándar instaurado, Fontana podría haber acreditado su caso *prima facie* a través de probar su participación en las asambleas y las medidas de fuerza y el consecuente despido. No resultaba tan contundente la prueba aportada ya que las medidas de fuerza fueron un año antes de los despidos. Sin embargo, dependía de la valoración del juez.

¹¹ Citado en la nota 4. El demandado es parte del mismo grupo económico en ambos casos.

Frente a ello –siguiendo con este estándar– la demandada podría, por un lado, haber cuestionado la acreditación *prima facie* del caso, alegando –por ejemplo, como efectivamente hizo– que todos los empleados de la planta habían participado de las medidas de fuerza, por lo que sería imposible pretender que esto fuera una sanción por esa participación, y debió haber tenido pruebas para tales fines (por ejemplo, listados de presentismo o fotografías del día en cuestión).

Por otro lado, siguiendo el criterio de “Varela”, debió haber acreditado que el despido sin causa correspondía a alguna razón no discriminatoria. En el expediente la denunciada alegó que Fontana tenía baja productividad, pero no se acompañó prueba al respecto tampoco.¹² Lo que sí adujo, y presentó prueba al respecto, es que el despido se debió a la crisis económica que atravesaba la empresa.

Según el estándar de *McDonnell Douglas* frente a la defensa, la actora debió tener una oportunidad de acreditar que esto había sido un mero pretexto para encubrir un despido discriminatorio. Si la actora hubiera acreditado que, por el contrario de lo señalado, solo despidieron a quienes participaron de las medidas de fuerza, o que aun con la crisis económica la eligieron a ella por motivos de sus opiniones gremiales, o por ejercer el derecho de reunión o protesta, la defensa de la demandada debería haberse caído.

Según el criterio de la Corte, podría pensarse que la mera defensa de la crisis económica se utilizaría como una carta blanca para despedir discriminatoriamente a quienes la empresa quisiera desvincular por las peores razones. Supongamos, por caso, que frente a una crisis económica, resulta que hay una reducción de personal, y se despiden a 35 personas y resulta que todas ellas son de religión judía, o que todas ellas son personas LGBT, etc. Lo mismo sucede si todos los empleados despedidos participaron en una medida de fuerza.

Que exista una crisis económica no permite despedir con base a un criterio protegido, sino que habrá que acreditar que no se siguió ninguna pauta prohibida al elegir a quienes serían despedidos, en virtud de una reducción de personal habilitada por una crisis económica.

Por ejemplo, en el caso que dio origen al Dictamen N° 328/2020 del INADI¹³ se discutía si los despidos sin causa realizados por la empresa concesionaria de gas de la provincia de Córdoba tenían motivos discriminatorios. Allí se pudo acreditar un trato desigual colectivo al mostrar un patrón o práctica discriminatoria en razón de la edad. Así, de los 11 despidos que se realizaron en el mismo acto, 9 eran sobre personas mayores de 45 años de edad (el 81% de los despedidos), mientras que en la planta, los mayores de esa edad eran tan solo el 36% de los empleados. Con prueba estadística, sumada a testimoniales, se pudo acreditar que la edad fue un factor tenido en cuenta para despedir a los trabajadores, y eso resultó discriminatorio.

Según la jurisprudencia comparada, en la doctrina del trato desigual también existe una defensa posible frente a la utilización de un criterio discriminatorio: que el cargo en cuestión requiera de

12 Esta prueba hubiera resultado esencial. Podría haber acompañado las evaluaciones periódicas de personal que se realizaron o se podrían haber realizado; o comunicaciones a la empleada corrigiendo o solicitándole mayor afección al trabajo, o por cualquier otro medio. No sería necesario acreditar sanciones al respecto, sino simplemente con directivas a tal fin se podría haber justificado que tenía una baja productividad.

13 Z. P. M. c/ Distribuidora de Gas del Centro S. A., Dictamen N° 328/2020, INADI, 27 de octubre de 2020. Recuperado de www.saij.gob.ar, bajo el Id SAIJ: DI200328.

buena fe de una calificación no neutral (doctrina de la Bona Fide Occupational Qualifications, BFOQ). Y esto podría darse tanto en casos donde se acredite que la calificación no neutral es necesaria para generar o mantener una “atmósfera genuina” o por cuestiones de “privacidad o intimidad”. Por ejemplo, un restaurante de comida china podría legítimamente alegar que solo contrata mozos chinos u orientales para darle un ambiente genuino a su local. O algo similar podría ocurrir con una escuela religiosa que solo contrata profesores creyentes para que enseñen religión (sin embargo, este requisito no podría ampliarse para quienes realicen tareas administrativas o de mantenimiento en el mismo establecimiento). Por otro lado, también se admitió la utilización de criterios no neutrales en relación con el género para limpieza de sanitarios, para asistencia de personas mayores o seguridad en las prisiones. En estos casos habrá que acreditar que la calificación no neutral se relaciona con la esencia o con la misión central del empleo.¹⁴

Sin embargo, cuesta pensar que las BFOQ puedan aplicarse a cuestiones relacionadas con opinión gremial o ejercicio de derechos de reunión o asociación. No fue tampoco la defensa utilizada por la demandada en el caso “Fontana”.

La doctrina del impacto desproporcionado

La otra gran doctrina dentro del derecho antidiscriminatorio es la del impacto desproporcionado, o también llamada de discriminación indirecta.¹⁵ Esto sucede cuando alguna norma o política empresarial, o pública, neutra en su redacción o formulación, será cuestionada desde el principio de igualdad si su impacto o sus efectos afectan desproporcionadamente a determinado grupo con especial protección.

Esta doctrina fue reconocida por la Corte Suprema estadounidense en 1971 en el precedente *Griggs v. Duke Power*.¹⁶ Allí se cuestionaba que la empresa eléctrica demandada, si bien había eliminado los requisitos raciales para sus contrataciones, establecía el requisito de poseer título secundario para promocionar a sus empleados. Este requisito, sin relación con el puesto de trabajo al que se aspiraba, tenía como efecto excluir a gran parte de los postulantes afroamericanos que, en términos generales, no tenían los diplomas requeridos. La Corte Suprema entendió que este requisito, aun si no tuviera la intención de discriminar, excluía desproporcionadamente a los afroamericanos y no podía mantenerse al no estar relacionado con el puesto de trabajo y no ser una necesidad del negocio.

14 Véase al respecto Lidge III, E. F. Financial Costs as a Defense to an Employment Discrimination Claim. *Arkansas Law Review*, 58(1), 10. Allí menciona varios casos con ejemplos de BFOQ y remite al trabajo de Lewis y Norman (2000). *Employment Discrimination Law & Practice*, párrafo 3.3, número 21.

15 Así la ha conceptualizado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18, numeral 103; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, No. 257, numeral 286, con referencia a lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

16 USSC, “*Griggs v. Duke Power Co*”, 401 U.S. 424 (1971).

Asimismo se estableció el siguiente estándar de prueba: en casos de impacto desproporcionado será la parte actora quien deberá demostrar su caso *prima facie* a través de la prueba de que determinada política, que debe ser neutral en su formulación, impactará desproporcionadamente en un grupo minoritario. Frente a esto, el demandado deberá demostrar que esa política es una necesidad del negocio o del Estado, o que está relacionada con el puesto de trabajo en cuestión. Si falla en esta justificación, la política o el requisito será contrario al principio de igualdad. Frente a esta demostración, la parte actora podrá acreditar que existía una alternativa menos discriminatoria o con menor impacto contra el grupo con especial protección.

Esta doctrina fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Castillo Carina Viviana c. Provincia de Salta”,¹⁷ donde se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 27 inciso ñ de la Constitución de la provincia en tanto establecía que la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”. Esta norma, neutral en su formulación, tenía un impacto desproporcionado contra las personas que profesaban una religión distinta a la católica o ninguna religión.

Allí, la Corte estableció que

21) en los casos en los cuales exista una norma neutral que *prima facie* genere un impacto desmedido en los miembros de un grupo, resultará necesario para analizar su constitucionalidad –ante el riesgo de una discriminación a ese grupo–, comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado. En otros términos, la disposición puesta en crisis por la existencia *prima facie* de discriminación justifica que el tribunal analice los efectos que su aplicación ha generado en la realidad. 22) Que una vez comprobado ese efecto de desigualdad, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso de que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación.

La defensa por excelencia para los casos de impacto desproporcionado es la necesidad del Estado o del negocio. Asimismo, para casos laborales, también podrá acreditarse que el requisito (neutral) está en relación con el puesto de trabajo.

La defensa de la necesidad del Estado / negocio tiene una amplitud que aún no ha sido fijada por nuestros tribunales. En el contexto estadounidense, esta amplitud fue el corazón del debate legislativo de 1990, que aprobó un texto que fue vetado por el presidente Bush. Finalmente en 1991 se aprobó otro texto de compromiso¹⁸ que definió que la política cuestionada no estará justificada si “el demandado falla en demostrar que la práctica está relacionada con el cargo en cuestión y es consistente con una necesidad del negocio”.

¹⁷ Fallos 340:1795, sentencia del 12 de diciembre de 2017.

¹⁸ Véase al respecto Ayres, I. (2013). Poder de Mercado y Desigualdad: un estándar de conducta competitiva para analizar si el impacto desproporcionado está justificado, publicado en español en D. Zayat (ed.), *op. cit.*

El punto central del debate es qué política no será una necesidad del negocio. ¿Pagar lo menos posible a un empleado será una necesidad del negocio? Así, ofrecer un salario muy bajo que solo lo aceptarán empleados que tienen un menor acceso al mercado, ¿podría ser aceptado aun si tiene un efecto desproporcionado sobre cierto grupo protegido? El profesor Ayres entiende que este estándar de la necesidad del negocio solo será aceptable cuando no sea una política anticompetitiva que se aproveche de la debilidad de cierto grupo en el mercado. Un empleador no podría aprovecharse de la menor capacidad de negociación de cierto grupo protegido (igual de productivo que otro) para pagarle menos.

Asimismo, la discusión central pasa por entender qué resulta ser “una necesidad”. Existe una diferencia en que algo sea útil a que algo sea necesario. La idea de necesidad parece más vinculada con decisiones que si no se adoptan llevan a la quiebra del negocio. Sin embargo, lo cierto es que no es claro aún el alcance que le darán nuestros tribunales.¹⁹

Por otro lado, el requisito de “en relación con el puesto de trabajo” está vinculado a los requisitos exigidos para realizar contrataciones o promociones. Así, debe existir una correlación estadísticamente significativa entre el requisito fijado o el éxito en el test que se exija y el éxito del desempeño en el trabajo.

Frente a las defensas de la necesidad del negocio / Estado o la relación con el puesto de trabajo, la parte actora aún podrá acreditar que existía y estaba disponible una alternativa menos discriminatoria. En ese caso, si la actora puede acreditar que esto estaba disponible y no fue adoptado, la política o norma con impacto desproporcionado caerá por discriminatoria. Muchas veces esta prueba es difícil para la actora, pero en algunos casos sí puede acreditarse.

Por ejemplo, en el caso que motivó el Dictamen N° 214/2020 del INADI,²⁰ el denunciante, una persona con discapacidad, manifestó que si bien cuenta con pase de libre estacionamiento en su automóvil, la Dirección General de Administración de Infracciones de la Ciudad de Buenos Aires le labra habitualmente infracciones por estacionamiento en lugar prohibido, y frente a esto, debe recurrir al controlador administrativo para que las deje sin efecto. Señaló que en los últimos años le realizaron 210 infracciones en la puerta de su domicilio, y tuvo que ir a dejarlas todas sin efecto ante el controlador, con los trastornos que ello le contrae. Aquí, el Instituto contra la Discriminación entendió que existía una norma neutra (la Ley de Tránsito) que tenía un impacto desproporcionado sobre un miembro de un grupo protegido. Aun cuando el denunciado podía alegar la necesidad del Estado en multar el mal estacionamiento, el denunciante acreditó que se podría realizar un análisis previo al envío de la multa en el Registro de Antecedentes de Tránsito (arts. 38 y 44 del Código de Faltas) y descartar estas multas sin necesidad de que tenga que presentarse la persona. Es decir, existía una alternativa menos discriminatoria que no fue utilizada por el Gobierno de la Ciudad.

19 La Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “New York City Transit Authority v. Beazer”, 440 US 568 (1979), señaló que el demandado no debía demostrar que la práctica cuestionada era “requerida”, sino que al menos la práctica atendía de modo significativo los objetivos del negocio. Véase Lidge, E. F., *op. cit.*

20 “H. V. c/ Directora General de Administración de Infracciones del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Dictamen N° 214/2020, INADI, 27 de agosto de 2020. Recuperado de www.sajj.gov.ar bajo el Id DI200214.

La defensa de la crisis económica frente al trato desigual

La defensa de la crisis económica que utilizó la Corte Suprema en “Fontana” parece tener una vinculación con esta idea de “necesidad del negocio” de la doctrina del impacto desproporcionado. Según lo que surge del fallo, la crisis económica sería una razón objetiva y ajena a la discriminación que hace que los despidos sean necesarios. En caso de no realizarlos, la empresa queda en riesgo de cerrar y por ello son necesarios para el negocio.

Sin embargo, para que esta defensa entre a jugar debemos estar analizando la doctrina del impacto desproporcionado, esto es, debe ser la respuesta frente a una norma o política neutra que tiene un impacto desproporcionado contra un grupo protegido. Podría haber sido el caso si la empresa hubiera decidido, por ejemplo, despedir a los últimos contratados, y generase un impacto desproporcionado contra mujeres o contra personas con discapacidad o personas trans, si hubiesen ingresado como respuesta a las acciones afirmativas para fomentar su empleo. En ese caso, una política neutra (“despedir a las últimas incorporaciones”) tuvo efectos desproporcionados contra un grupo protegido, y en esas circunstancias deberá acreditarse que es una necesidad del negocio (y luego se discutirá si existe una alternativa con menos efecto sobre el grupo).

Empero, en la doctrina del trato desigual esta defensa de la necesidad del negocio no debe jugar. Cuando lo que se está cuestionando es una decisión que discrimina de modo directo contra un grupo protegido, la denunciada podrá brindar una razón objetiva y no discriminatoria (“ajena a toda discriminación”), y la circunstancia de la crisis económica no podrá ser una razón objetiva para despedir un empleado bajo criterios discriminatorios. Como señalé anteriormente, la crisis económica no es razón para justificar el despido de los mayores de 45 años, o a las personas con discapacidad, o a los empleados LGBTIQ+, o como en este caso, a los activistas sindicales.

En la doctrina del trato desigual, esto es cuando se acreditó *prima facie* que se realizó una decisión laboral no neutra, sino por dicha razón, las defensas que se pueden atender no son tan amplias. Podría señalarse que es una de las ocupaciones BFOQ, en razón de generar un contexto de “autenticidad” o por razones de “privacidad”, o podrá acreditarse que es consecuencia de una razón objetiva y no discriminatoria (que no sea un pretexto para discriminar). Pero esta defensa para el trato desigual no puede ser tan amplia como lo entendió la mayoría de la Corte: “cualquier otro motivo de la naturaleza que fuere”. No podría ser una defensa de necesidad del negocio. Admitir una crisis económica para realizar decisiones laborales no neutras sencillamente desnaturaliza la doctrina del trato desigual.

Conclusión

El fallo “Fontana” y que los tribunales laborales admitan la defensa de la crisis económica²¹ para justificar despidos discriminatorios por trato desigual resulta sumamente peligroso. Esto incorpora una

21 Véase asimismo la preocupación de Pose, C. (07/06/2021). El delicado ojo de la tempestad o el caso “Fontana”. *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/1594/2021.

defensa ajena a la doctrina, pensada para los casos donde las normas o políticas son neutrales, y no de discriminación intencional.

Durante la década pasada, el derecho antidiscriminatorio en nuestro país tuvo un avance muy importante en los precedentes “Pellicori” (2011), “Sisnero” (2014) y “Castillo” (2017). Esto vino a completar la teoría de las categorías sospechosas de la década anterior, de “González de Delgado” (2000), “Hooft” (2004) y “Gottschau” (2006). Con “Castillo” se terminaron de delinear las diversas doctrinas posibles, con sus estándares de prueba propios. Así, la Corte pudo diferenciar las categorías sospechosas cuando la norma o política adoptaba criterios prohibidos de modo expreso, el trato desigual cuando en los hechos se discriminaba intencionalmente sobre criterios prohibidos, y la discriminación indirecta o impacto desproporcionado cuando una norma o política empresarial o pública neutra en su formulación tenía efectos desproporcionados sobre un grupo protegido.

Sin embargo, ya desde “Pellicori” el test adoptado resultaba incompleto. A diferencia de su origen con *McDonnell Douglas* de la Corte estadounidense, no se señaló la importancia de la posibilidad de rebatir las defensas del demandado. Ni “Pellicori” ni “Sisnero” ni “Varela” establecen la tercera parte del test, donde la actora puede demostrar que la defensa es un mero pretexto. Asimismo, en “Castillo” sobre impacto desproporcionado, no se menciona que se podrá alegar que existía una alternativa menos discriminatoria frente a una defensa de la necesidad del negocio / Estado, o que está en relación con el puesto de trabajo.

Empero, lo que es más preocupante es que tampoco se hizo suficiente hincapié en las posibles defensas dentro de estas doctrinas. Esto es lo que empieza a resolverse en el fallo “Fontana” y se lo hace del peor modo: confundiendo y estirando la defensa hasta desnaturalizar la doctrina.

La Corte debería volver sobre el tema de las defensas aceptables y comenzar a delinear con mayor rigurosidad el alcance de las defensas en ambas teorías. Así, debería establecer criterios sobre BFOQ y el alcance de la necesidad del Estado / negocio para los casos de impacto desproporcionado. Asimismo, podría avanzar en establecer criterios para probar un caso *prima facie* (si tan solo con acreditar pertenencia a un grupo protegido alcanza o si el motivo debe estar prohibido).²² Sin embargo no hizo esto en “Fontana”, sino que por el contrario trajo mayor confusión al mezclar defensas y doctrinas. Al mismo tiempo, junto con la confusión, abrió una puerta sumamente peligrosa para la supervivencia del derecho antidiscriminatorio en nuestro país.

22 Tampoco resultó del todo claro en precedente “Caminos, Graciela” del 10 de junio de 2021 (*Fallos* 344:1336), en tanto se aplicó “Sisnero” / “Pellicori” a una persona que no pertenecía a un grupo especialmente protegido. Allí se estableció que el estándar es aplicable en todos los casos de despidos discriminatorios, aun cuando la persona no pertenece a un grupo con especial protección, sin que quede claro –entonces– cómo acreditar el caso *prima facie*.

“El sentido de las empresas públicas es perseguir el interés general”

Conversaciones con Juan José Carbajales



Martín Cormick

Juan José Carbajales, coordinador del equipo que escribió el trabajado libro *Manual de empresas públicas en Argentina (1946-2020). De la centenaria YPF a las actuales SABIE*, editado por la Universidad, conversó con la revista por la celebrada aparición del libro.

Nos cuenta que el libro nace de una investigación que nació en 2017, buscando combinar lo histórico con lo actual. El equipo se compone de egresados de las carreras de Abogacía y Ciencia Política, lo que necesariamente impacta en el enfoque del libro. La investigación claramente mostró que detrás de ese trabajo había un libro en ciernes. Además, desarrolla un fenómeno muy poco estudiado y con poco material, más allá del enfoque económico, principalmente en la época de las privatizaciones. Al proyecto del libro se le sumaron alumnos/as de la UNPAZ, y, pandemia mediante, se fue puliendo el borrador final del libro. Y, luego de un ida y vuelta con la editorial de la Universidad, que con su profesionalismo le dio el toque final, llegó la publicación.

“Coordinar un equipo –nos comenta–, exige escuchar, tirar del carro, nutrirse de otras miradas, pero por suerte funcionó muy bien, dividiéndonos por ministerio las empresas, fijando criterios comunes, conceptualizando el régimen jurídico de cada organización, su historia”.

“Elegimos unos casos emblemáticos (YPF, AySA, entre otros nacionales, y algunos provinciales, INVAP, entre ellos), profundizando principalmente el estudio sobre YPF, por su historia, a punto de cumplir 100 años”. Y uno de los grandes descubrimientos del libro es que el derrotero jurídico de YPF

es tomado como modelo por otras organizaciones, resumido en la frase: “Lo que le pasa a YPF termina siendo tomado por las demás organizaciones”.

“Es curioso –nos comenta– este andarivel intermedio en donde se desenvuelven estas organizaciones, tensionadas por normas de derecho público y derecho privado, con gente interesada en volcarlas definitivamente para un lado o el otro, pero que, en definitiva, deben mantenerse en ese estadio intermedio. No dejan de ser organizaciones armadas con normas de derecho privado pero con interés público como objetivo, y no el lucro. Entonces, se les aplica para su desenvolvimiento diario el derecho privado –presentación de balances, asambleas, entre otros–, pero, al mismo tiempo, hay inversión pública ahí, hay plata del Estado –de todos– puesta, no puede no perseguir el interés general, fines públicos. Esto en la práctica implica que estas empresas, que están bajo un ministerio determinado, ejecutan las políticas públicas que ese ministerio establezca, como asesorar técnicamente o ser una empresa testigo del funcionamiento del mercado”.

En conclusión, las formas jurídicas del sector privado conviven con el Estado en tanto se desenvuelven con normas del sector privado, pero teniendo siempre en mira el fin público a perseguir. A leer el libro entonces.