

Ab

Revista de Abogacía

ISSN 2545-8485

AÑO VII
MAYO
DE 2023

NÚMERO

12

Nuevo número, mismos desafíos

Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho.
Un aporte para su construcción

Nuevas tecnologías, viejos derechos

Derechos animales en clave crítica. Algunos elementos para (re)pensar la
cuestión animal en el derecho

El acceso a los servicios públicos como derecho humano.
Su recepción en el derecho comparado en las regulaciones de
Bolivia, Brasil, Colombia, Chile y Uruguay

Crítica feminista al derecho. El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de
violencia

El derecho al buen vivir como herramienta de poder y dominación.
Que Gilead no(s) sea una fantasía

Aumento, disminución y prórroga en el Régimen de Contrataciones
de la Administración Nacional

Ab-Revista de Abogacía

Año VII | N° 12 | mayo de 2023

© 2023, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

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

© 2023 EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN: 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

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

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

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

Coordinación editorial: **Paula Belén D´Amico**

Corrección de estilo: **Nora Ricaud**

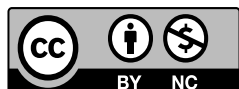
staff

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-REVISTA DE ABOGACÍA
AÑO VII | N° 12 | MAYO DE 2023

Índice

PRESENTACIÓN

Nuevo número, mismos desafíos **5**
Martín Cormick

ARTÍCULOS

Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho. Un aporte para su construcción **7**
Juan Pablo Caputo

Nuevas tecnologías, viejos derechos **21**
Manuel F. Carboni

Derechos animales en clave crítica. Algunos elementos para (re)pensar la cuestión animal en el derecho **37**
Gonzalo L. Corti

El acceso a los servicios públicos como derecho humano. Su recepción en el derecho comparado en las regulaciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Chile y Uruguay **47**
Gabriela Díaz

Crítica feminista al derecho. El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia **59**
Yamil Carlos Jalil Montiel

El derecho al buen vivir como herramienta de poder y dominación. Que Gilead no(s) sea una fantasía **71**
Fabiana Passini

Aumento, disminución y prórroga en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional **81**
Sandra Romina Schwoerer

Nuevo número, mismos desafíos



Martín Cormick

Todavía recuerdo hoy las primeras reuniones que tuvimos con Diego Duquelsky y Walter Viegas sobre la *Revista Ab* que hoy cumple doce números: soñábamos con una revista que aporte nuevas visiones sobre el derecho, que incluso permita nutrir programas de estudio, que fortalezca la actividad de nuestros/as docentes, que, en el mejor sentido, “haga lío” como diría Francisco.

Y creo que el sueño se cumplió. Hoy, con Gonzalo Semería empujando fuerte para que así sea. Como diría alguna vez, entre otros, el tenor José Carreras: “llegar cuesta muchísimo, pero mantenerse aún cuesta más”. Y, la verdad, tiene razón. Cada número lleva un esfuerzo de búsqueda de autores, conversaciones con los/as autores sobre los temas, correcciones posteriores y, finalmente, publicaciones. Acá el aporte de la editorial universitaria EDUNPAZ y la contribución de equipo de trabajadoras/es en la edición final de la revista se vuelven fundamentales. Pero, ¿saben qué?, es un esfuerzo que regresa con creces. Verlo plasmado nos llena de alegría y orgullo en dosis semejantes. Ver artículos comprometidos con sus ideas, ver propuestas de análisis nuevos sobre viejos temas siempre reconforta.

En suma, sean bienvenidos/as a este nuevo número de una revista que tanto nos gusta hacer.

Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho

Un aporte para su construcción¹



Juan Pablo Caputo

Introducción

Los objetivos generales de las presentes líneas serán enumerar de forma enunciativa y desarrollar los presupuestos epistemológicos que los/as exponentes² de las corrientes críticas del derecho (en adelante CCD) de Argentina han elaborado y receptado en sus textos, ensayos, libros o artículos.

En términos metodológicos, el problema planteado será si las CCD de nuestro país presentan rasgos comunes, por lo que mi hipótesis es que sus exponentes han postulado presupuestos epistemológicos que permiten la conformación de una escuela de pensamiento iusfilosófica autónoma.

Dada la dificultad de puntualizar la totalidad de los puntos nodales sobre los que se despliegan las elaboraciones de una teoría crítica del derecho, la motivación de esta realización ha sido sistematizar ciertos aportes que han realizado sus exponentes³ para que los/as operadores/as jurídicos/as en general, y aquellos/as que tengan una vocación emancipatoria en particular, cuenten con herramientas que les

1 Este trabajo tomó como punto de partida un artículo de mi autoría llamado "Epistemología y el rol de los/as operadores/as jurídicos/as: aportes para la construcción de las corrientes críticas del derecho desde el Sur", el cual fue publicado en la revista *FILOCAM*, septiembre 2022, volumen XXV.

2 Si bien considero que las CCD en nuestro país poseen más exponentes que han realizado aportes indispensables a la presente temática, me circunscribiré a algunos trabajos de los/as autores/as Carlos María Cárcova, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Diego Duquelsky.

3 Es pertinente destacar que la intención de este trabajo es trazar las líneas comunes entre los representantes de las CCD, por fuera de los matices que puedan existir entre las elaboraciones académicas de estos/as.

resulten de utilidad al momento de crear, interpretar y/o modificar cualquier elemento emanado del discurso jurídico.

En tal orden, hay dos cuestiones que resultan ser pasos imprescindibles en el desarrollo del pensamiento crítico sobre el derecho: 1) la construcción de una teoría suficientemente explicativa sobre los fenómenos del poder en una formación social; y 2) la presentación de las formas operativas de los mitos y las ficciones jurídicas que expliquen de manera global el discurso jurídico y la discusión de sus condiciones de funcionamiento y su despliega general en la sociedad (Entelman, 2006: 210).

Pues bien, es necesario encuadrar a las CCD en las denominadas “epistemologías del Sur” (en adelante ES), las cuales fueron definidas por Boaventura de Sousa Santos como “la validación de conocimientos científicos basados en las experiencias de resistencia de todos los grupos sociales que han sido sistemáticamente víctimas de la injusticia, la opresión y la destrucción causadas por el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado” (2019: 21).

En ese sentido, este autor prescribió que el objetivo de las ES ha sido “permitir que los grupos sociales oprimidos representen el mundo como suyo y en sus propios términos, pues solo de ese modo serán capaces de transformarlo de acuerdo con sus propias aspiraciones” (De Sousa Santos, 2019: 21).

Tomando en cuenta que las CCD se encuentran en proceso de construcción, intentaré cumplir con los objetivos más arriba esbozados. Cabe aclarar que algunos presupuestos epistemológicos que identificaré encuentran una pertenencia inescindible respecto de otros presupuestos presentes en estas líneas.

Entonces, los presupuestos epistemológicos que he identificado son: a) la sospecha como punto de partida; b) el agotamiento de los paradigmas propuestos por el iusnaturalismo y por el iuspositivismo; c) el uso del método dialéctico-comprensivo; d) un enfoque multi/transdisciplinario para abordar el fenómeno jurídico; e) el derecho como práctica social de naturaleza discursiva; f) la dependencia del discurso jurídico de otros discursos no jurídicos, tales como la ideología, la historia, la política y el poder; g) la función paradójica del derecho; h) la opacidad del derecho; i) la relación derecho-complejidad; j) las CCD y la función judicial; entre otros.⁴

La sospecha como punto de partida

Las CCD toman como punto de partida la sospecha. Esta figura aparece por primera vez con la categorización realizada por Paul Ricoeur en 1965 sobre los “maestros de la sospecha” para referirse a la tríada de pensadores integrada por Karl Marx, Friedrich Nietzsche y Sigmund Freud.

⁴ Al tomar de punto de partida que las CCD son un proceso en construcción, y que el autor no pretende presentar ninguna verdad absoluta a los/as lectores/as, acudo a la presente fórmula, dado que estamos en presencia de una categoría abierta.

El autor francés mencionado había aseverado que estos pensadores introdujeron la “invención de un arte de interpretar”, cuya premisa central era la siguiente: buscar el sentido no es deletrear la conciencia del sentido, sino descifrar sus expresiones.

En otras palabras, Paul Ricoeur sostuvo que

la interpretación no es develar un sentido oculto, como si fuera una verdad absoluta que hay que mostrar, sino que lo que hay que manifestar es el carácter de simulación que un sentido tiene: quitar los disfraces del sentido, como si hubiera un trabajo inconsciente de cifrado, que cada uno atribuye al ser social, a la voluntad de poder y al psiquismo inconsciente (Vignale, 2021: 104).

Estos autores consideraban que la conciencia en su conjunto es una conciencia falsa. Cuestionan al sujeto, a su autonomía y a su racionalidad. Creen en: a) la relación entre el poder y el saber; b) la importancia del concepto de “ideología”; y c) la importancia de la noción de “inconsciente” (Duquelsky, 2019-2020: 956).

El caso es que Vignale (2021: 104) relata que la conciencia se enmascara: a) según Marx, por intereses económicos; b) según Nietzsche, por cómo se le presentan los valores en relación con la voluntad de poder; y c) según Freud, por la represión del inconsciente.

Desde este orden de ideas, las CCD manifiestan su desconfianza en el derecho a causa de que el discurso jurídico ha cumplido un papel conservador en América Latina. Esto ha sido gracias al accionar de vastos sectores del poder judicial que, desde una visión formalista y acrítica, se han anclado en estructuras tendientes a reproducir formas dominantes de control social, como también a las manifestaciones de la hegemonía existente en el mundo académico-jurídico (Duquelsky, 2019-2020: 967-968).

El agotamiento de los paradigmas propuestos por el iusnaturalismo y por el iuspositivismo

En segunda medida, las CCD exhiben los límites de las concepciones aceptadas en términos hegemónicos, es decir, de las premisas postuladas tanto por el iusnaturalismo como también por el positivismo jurídico.

En el prólogo a la primera edición de la obra *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Cárcova señala que la presente línea de pensamiento pone en tensión la pretendida pureza metódica que busca construir un objeto vaciado de componentes socio-históricos para alcanzar una conceptualización con aparente neutralidad.

Ahora bien, ¿qué postulan las corrientes tradicionales? Veamos.

En primer lugar, Atienza (2018: 56) sostuvo que los autores iusnaturalistas se han puesto de acuerdo en torno a estas premisas: a) por encima del derecho positivo (ley humana), existe un derecho natural, esto es un conjunto de normas y/o principios válidos para todos los tiempos lugares; y b) el derecho positivo será derecho si, y solo si, concuerda con el derecho natural.

Por su parte, este autor también afirmó que los iuspositivistas comparten que: a) el derecho es solo el derecho positivo, entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente; y b) la calificación de algo como derecho es independiente de su posible justicia o injusticia.

Las CCD realizan una crítica de la teoría al postular el agotamiento de los reduccionismos ontologista⁵ y normativista. En este sentido, se afirma que no existe un mundo de valores inmutables, eternos universales que definen cuándo una norma es jurídica, como tampoco existe una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez.

A este respecto, Carlos Cárcova (2009a: 22) consideró que tales reduccionismos no permiten dar cuenta de la complejidad de la época de lo social y, de forma consiguiente, de la complejidad del derecho. Según el presente autor, ambas corrientes iusfilosóficas resultaban insuficientes para entender su complejidad y diversidad debido a su atención exclusiva y excluyente en alguna de las dimensiones de un fenómeno multívoco.⁶

El uso del método dialéctico-comprensivo

Sobre la dialéctica,⁷ las CCD consideran que la ciencia del derecho interviene en la producción de su objeto, es decir que lo construye en tanto lo explica a través de categorías y conceptos. De esta manera, Alicia Ruiz (2009a: 11) dirá que esta participa en la realización de las funciones sociales que le atribuye y fundamenta las ficciones que lo estructuran.

En concordancia con lo referido por Cárcova (2009a: 30), ello va en línea con la segunda acepción de lo que se entiende por teoría crítica. Además de realizar una crítica de la teoría, esto es describir un determinado campo objetivo, las CCD postulan un conocimiento interviniente que contribuya a la transformación teórica.

Acerca de la comprensión como método, la presente línea de pensamiento se asienta sobre la tradición iniciada por Dilthey, y continuada por Max Weber, Alfred Schütz, Peter Winch, Ludwig Wittgenstein, Hans-Georg Gadamer, Paul Ricoeur y Donald Davidson.

5 Refiere a la ontología, es decir, al estudio del ser y sus propiedades.

6 En cuanto al iuspositivismo, un ejemplo clarificador es la figura de la *Grundnorm* dentro de la *Teoría pura del derecho*, de Hans Kelsen.

7 Si bien considero que la categoría aquí planteada merece un desarrollo más extenso y profundo, la intención de quien redacta estas líneas es brindar una primera aproximación a algunas nociones postuladas por las CCD.

Cabe decir que el punto de partida del comprensivismo surge frente a una serie de interrogantes tales como si existe un único método para toda la actividad humana llamada ciencia, si el hecho de que algo se llame ciencia obliga a una unidad metodológica rígida, como también si es posible pensar que hay diversidades metodológicas en distintos campos. En pocas palabras, estamos en presencia de la disputa entre monismo y pluralismo metodológico.

Al tener claro que lo aquí presentado no deja de ser una simplificación, cabe señalar que, como camino epistemológico, la comprensión intenta reconstruir los estados mentales de los sujetos.

Para ello, la corriente comprensivista: a) usa la empatía, es decir que se propone que el investigador social se ponga en el lugar de los sujetos involucrados con la finalidad de entender el motivo de sus acciones; b) acude a los tipos ideales weberianos; c) desde la óptica de Alfred Schutz, entiende la importancia de los procesos de socialización, al entender que para conocer la conciencia, resulta necesario tomar en consideración que esta se construye socialmente; d) en línea con Peter Winch, asume que el lenguaje es vital para comprender al otro, al pensar que para ello es necesario estudiar cómo se manifiesta; e) de acuerdo con Gadamer y Ricoeur, considera a la interpretación como un acuerdo entre la objetividad del texto y la subjetividad del intérprete; y f) en sintonía con lo planteado por Donald Davidson, sostiene que el foco debe estar puesto en la dimensión pública que es la que permite comunicarnos (Schuster, 1995: 15-20).

Un enfoque multi/transdisciplinario para abordar el fenómeno jurídico

Para comprender el fenómeno de la juridicidad, las CCD sostienen que es necesario tener como objetivo acudir a la mayor cantidad de disciplinas que se ocupen de estudiar la interacción humana. Por ello, se procura no acudir solo al “universo propio”, sin que se pierda su especificidad.

Cárcova (2009a: 21) ha dicho que comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta de una parte de la interacción humana que, para tornarse más entendible de manera progresiva, exige tener presente al resto de la interacción humana. Por tal motivo, al dar cuenta de que de ello se ocupan otras disciplinas tales como la sociología, la antropología, la economía, la ética, etc., el camino a recorrer debe ser el de la multi y transdisciplinariedad.

El derecho como práctica social de naturaleza discursiva

Continuando con el siguiente presupuesto epistemológico, es pertinente plantear cómo las CCD definen al derecho. Se postula que es una práctica social específica de naturaleza discursiva, la cual expresa y condensa los niveles de acuerdo y de conflicto propios de una formación histórico-social determinada.

En razón de ello, se sostiene que: a) es práctica, porque se trata de una acción repetitiva, estabilizada en el tiempo y estilizada; b) es social, porque solo es requerida cuando media interacción entre los individuos; c) es específica, porque produce sentidos propios y diferentes a los de otros discursos; y d) es de naturaleza discursiva, en cuanto se materializa como proceso social de producción de sentido (Cárcova, 2009c: 162).

Dado lo antedicho, las CCD reconocen tres niveles hacia dentro del discurso jurídico.

En tal sentido, Ricardo Entelman (2006: 217) dirá que el primero de niveles, el cual se desarrolla de manera autosuficiente tanto en su producción como en su reproducción, está constituido por

el discurso producido por los órganos sociales, por los representantes de las instituciones, es decir, por aquellos a los que el mismo discurso autoriza a decir ciertas cosas bajo la aplicación de ciertas reglas precisas y específicas de formación del discurso.

En otros términos, este nivel refiere a las normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias, y contratos. Cabe decir que las presentes disposiciones reglamentan las relaciones de quienes se constituyen como sujetos de derecho, consagran las ficciones, solemnizan los mitos, como también producen los desvíos de sentido para generar las referencias de lo implícito y los desplazamientos.

De forma consiguiente, Entelman (2006: 218) afirmó que el segundo nivel del discurso jurídico estará integrado por las teorías, doctrinas, discusiones; en definitiva, por el producto de la práctica teórica de los juristas y por las alusiones de uso y manipulación del primer nivel o sea por el producto de la práctica profesional de los abogados, escribanos, tenedores de libros, asistentes sociales, liquidadores de impuestos y seguros, y todo el amplio conjunto de operadores del primer nivel del discurso.

A todo esto, el autor prescribió que este nivel presenta una doble funcionalidad. Por un lado, consagra y resguarda las doctrinas, como también viabiliza y transmite las teorías para reubicar los mitos, las ficciones, las producciones y los resguardos ideológicos desde el primer nivel del discurso hacia sus destinatarios en la sociedad. Por otra parte, busca asegurar la efectividad práctica del discurso jurídico con el objetivo de sostener la apariencia de su vinculación con la realidad en el resultado de las prácticas profesionales.

Por último, el tercer nivel es donde se juega el imaginario de una formación social. Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios, los desconocedores absolutos, presumidos de conocer el contenido de los otros dos niveles, en un juego de creencias, desplazamientos y ficciones.

Pues bien, Entelman (2006: 218-219) refiere que en este nivel del discurso se localiza

lo que dicen y lo que creen los personajes de carne y hueso en cada ficción, los adoradores de los dioses de cada mito, las víctimas del fetichismo de los desplazamientos de lo táctico de la violencia, pero también los victimarios de las subordinaciones, las dependencias, los beneficiarios de las producciones y ocultamiento del poder operadores en los otros dos niveles.

En palabras de Cárcova (2019b: 119-120), el derecho resulta ser lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican, como también lo que entre los súbditos opera como sistema de representaciones.

Como corolario de este apartado, los 3 niveles aquí exhibidos constituyen una totalidad de sentido en un proceso de intertextualidad en donde cada nivel dialoga y se intercepta con los niveles restantes en una dinámica de reconstrucción permanente (Cárcova 2009a: 32).

En línea con ello, se puntualiza que, si bien

esos niveles eran distinguibles sólo analíticamente, en la práctica se articulaban y rearticulaban recíprocamente, en un juego incesante de circulación de sentido que coagulaba, precipitaba, circunstancialmente, en un producto legislativo o en una decisión judicial, para pasar de inmediato a formar parte nuevamente del proceso (Cárcova, 2019b: 109).

Otro asunto relevante a considerar es la noción de derecho como discurso constituyente, en tanto asigna significados a hechos y palabras, más allá de las intenciones de quienes los ejecutan o las pronuncian. El caso es que este discurso legitima las relaciones de poder existentes (Ruiz, 2001b: 30), por lo que erige órganos, consagra prerrogativas y constituye a los sujetos, sacraliza y reconduce el poder (Cárcova, 2009a: 34).

Alicia Ruiz sostuvo (2001a: 164) que este carácter constituyente proviene de su relación con el poder. En tal orden, se afirma que

el derecho instituye, dota de autoridad, faculta a decir y a hacer, y el sentido que define estas prácticas está determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas sociales en pugna en un tiempo y en un lugar determinados.

Un ejemplo interesante que sirve para graficar el punto recién referido es la categoría “sujeto de derecho”. Las CCD descreen de que esta figura sea preexistente al discurso que la alude, sino que con-

sideran que esta es una categoría histórica propia de una forma peculiar de lo social y de la política, de una cierta organización de lo simbólico y de un imaginario social específico (Cárcova, 2009a: 33).

Desde una posición deconstructivista,⁸ Duquelsky (2019-2020: 959) afirmó que

no sólo el sujeto no es preexistente a la sociedad, al sistema político y particularmente al discurso jurídico, sino que será ese mismo discurso el que constituya su propia autoconcepción. Al mismo tiempo, la adopción de un pensamiento crítico implica el reconocimiento de subjetividades e identidades colectivas.

La dependencia del discurso jurídico de otros discursos no jurídicos

Como siguiente presupuesto epistemológico corresponde enfatizar la dependencia del discurso jurídico de otros discursos no jurídicos, de formaciones no discursivas, de instituciones, de acontecimientos políticos y de formas de distribución del poder social (Ruiz, 2009b: 116).

Las CCD afirman que su modo de constitución, descomposición y recomposición implica un proceso no continuo que se caracteriza por la inexistencia de uniformidad semántica (Cárcova, 2009a: 30). Ello es consistente con la premisa que postula la indeterminación del derecho, lo que permite desterrar la idea de integridad o coherencia del orden jurídico y contribuye a tomar conciencia de que el discurso jurídico siempre se construye en forma parcial, fragmentada, seleccionada (Duquelsky, 2019-2020: 963-965).

En cuanto a lo aquí señalado, Diego Duquelsky afirmó que una tarea central del pensamiento jurídico crítico consiste en mostrar los vínculos entre derecho e ideología, entre derecho e historia, entre derecho y política, como también entre derecho y poder (Duquelsky, 2019-2020: 957).

Desde esta perspectiva, un punto vital en la construcción de los presupuestos epistemológicos de las CCD es el nexo entre el discurso jurídico e ideología.

Cárcova (2009a: 25) prescribió que la noción de ideología refiere al “conjunto de representaciones sociales que son producto de las relaciones de poder establecidas y con frecuencia funcional para su histórica reproducción”. A través del presente fenómeno, los hombres no expresan su relación con sus condiciones de existencia, sino la forma en que viven su relación con dichas condiciones de existencia. Ello implica la existencia de dos tipos de relaciones: a) una real; y b) una de carácter imaginario (Ruiz, 2001c: 100).

En línea con ello, las CCD afirman que el derecho es un discurso ideológico porque: 1) produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás; y 2) oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social.

⁸ Con este término, me refiero a “buscar lo oculto”.

Por su parte, puede afirmarse que este discurso elude, pero también alude. Oculta, pero deja al mismo tiempo un espacio de confrontación. Por ello, Cárcova sostuvo que, cuando el derecho “promueve la igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo por la igualdad” (Cárcova, 2009a: 34). Más adelante profundizaré sobre este punto.

El vínculo entre ideología y derecho permite la construcción de una ilusión. Ruiz (2001a: 167) destaca que, gracias a ello, se presenta

un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen como si fuese real. Actuamos como si fuésemos libres iguales, como si estuviésemos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro, como si el derecho fuera conocido por todos, como si la realidad fuera lo que el discurso jurídico dice que es.

Existe un debate de fondo en torno al lugar que tiene la noción de ideología en el marco de la filosofía del derecho. Pues bien, las CCD postulan que el tratamiento de las ideologías jurídicas implica hablar del capitalismo, del colonialismo y del patriarcado, en el sentido del desenmascaramiento de sus intereses en el ámbito de las doctrinas jurídicas, tanto científicas como filosóficas (Cárcova, 2019a: 159).

Tal como he referido, el vínculo entre derecho e historia es un punto a tomar en consideración. Desde un análisis funcional,⁹ cabe preguntarse si será válida la intención de identificar notas que sean comunes a cualquier sistema jurídico sin considerar las características de la formación económico-social respectivas.

La definición de derecho que las CCD construyeron refiere a la expresión histórica de los conflictos y tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada. En tal sentido, las funciones del derecho solo pueden identificarse de forma acertada en la medida en que se lo situé en tiempo y espacio.

Cárcova (2009b: 136) ha dicho que la presente perspectiva supone “recusar la utilidad de identificar notas generales y abstractas referidas a las funciones que el derecho cumpliría en cualquier tiempo, en cualquier espacio, en cualquier cultura”. A su vez, Ruiz (2009b: 116) sostuvo que, “como hay historia en el derecho, el derecho moderno lleva las marcas del tiempo en que surgió y también metaboliza, modificándolas, las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura”.

Por su parte, al hablar de derecho y política, las CCD buscan restaurar el vínculo entre ambos, sin renunciar a producir teóricamente en el campo del conocimiento (Ruiz, 2009a: 14). Se dirá que el desvelamiento de las ficciones, la tentativa de redefinir las nociones de libertad, igualdad, derecho, justicia o democracia, la deconstrucción de categorías cristalizadas, como también la reasignación de sentidos a través de los cuales el derecho opera en el conjunto de la vida social, conlleva una intervención política desde la especificidad de lo jurídico (Ruiz, 2009a: 10).

⁹ Me refiero a un análisis sobre los fines que cumple el derecho.

Desde esta perspectiva, Duquelsky (2019-2020: 964) señala que un ejemplo de ello es el convencimiento de pensar que detrás del discurso judicial no se desarrolla la búsqueda del ideal democrático de la sociedad, sino que detrás de ello hay fuertes componentes político-ideológicos.

Sobre el nexo entre derecho y poder, las CCD propone una lectura des-crítica del discurso jurídico, lo que implica la búsqueda de la genealogía del poder resultante de las prácticas sociales en una sociedad determinada. Tan es así que Entelman propone fijar los puntos de arranque y las conexiones imprescindibles para alcanzar una mayor fuerza explicativa sobre la transacción entre el discurso jurídico y la violencia efectiva para ocultar el poder (Entelman, 2006: 217).

Desde este orden de ideas, Cárcova sostuvo que “el discurso del derecho es el discurso del poder. A través de él, se instituyen órganos, se consagran prerrogativas, se constituye a los sujetos. A través de ese discurso se consagra, se sacraliza y se reconduce el poder” (2009b: 139).

No obstante, este autor no presenta una visión instrumental sobre el presente asunto. Se presenta al poder como una situación estratégica en una sociedad determinada. A partir de la premisa que sostiene que “donde hay poder, hay resistencia”, se apunta a que la resistencia no es exterior sino interior a la relación de poder.

En pocas palabras, las CCD consideran que “no hay poder sin dominador, pero tampoco hay poder sin dominado y esta relación es cambiante, mutable, dialéctica, histórica” (Cárcova, 2009b: 140). Ello demuestra que el discurso jurídico es producto de la relación de fuerzas en pugna en un momento y lugar determinado.

La función paradójal del derecho

La visión marxista tradicional del derecho postulaba que este solo oficiaba de elemento superestructural de las relaciones de dominación (Duquelsky, 2022: 13). Además de ello, y como propuesta de superación, las CCD consideran que el derecho también organiza y consagra reales derechos de las clases dominadas (Cárcova, 2009b: 140).

Dicho de otra forma, la presente práctica social cumple una función conservadora y reformadora a la vez: a) formaliza y reproduce de las relaciones sociales establecidas; y b) remueve y transforma tales relaciones. Ello quiere decir que se reproducen las condiciones de existencia de un sistema social, por un lado, como también existe la posibilidad de transformación progresiva por el otro (Cárcova, 2019a: 175).

Desde este orden de ideas, se acuñó el concepto “función paradójal del derecho”, el cual postula que

el papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social (Cárcova, 2009a: 33-35).

La opacidad del derecho

Por su parte, este fenómeno refiere al extrañamiento popular de los procesos de toma de decisiones en el mundo del derecho. Pues bien, el derecho no es conocido o no es comprendido por los actores de la escena, lo que implica que este fenómeno implique un mecanismo de manipulación, ocultamiento y monopolización deliberada del saber para hacer efectiva una estrategia de reproducción del poder (Cárcova, 2019a: 200).

Resulta necesario enfatizar que la opacidad no es un accidente, sino que es una demanda objetiva del funcionamiento del sistema (Cárcova, 2019a: 173). El presente mecanismo se asienta en el conocimiento del modo de operar del derecho por medio del desconocimiento generalizado. Tan es así que la preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto de desconocimiento –léase, opacidad– (Cárcova, 2019a: 178).

En otras palabras, la no comprensión del derecho es una constante generalizada. Su desconocimiento tiene que ver

con la profusión normativa, con las complejidades técnicas de los institutos, con factores socio-estructurales, con mecanismos de manipulación y ocultamiento que juegan un papel en la constitución y reproducción de las hegemonías sociales, con los contenidos ficcionales del derecho, con la variedad y cruce de pautas culturales que constituyen las visiones sociales fragmentadas de nuestras grandes urbes de fin de siglo (Cárcova, 2019a: 31).

No obstante, las CCD no solo consideran que esto es susceptible de ser modificado democráticamente, sino que vale la pena hacerlo.

La relación derecho-complejidad

La complejidad es la forma en que se relacionan los elementos de un sistema. Cuando estos aumentan, se presenta la imposibilidad de relación entre ellos en un mismo momento, generando de manera consiguiente una situación de complejidad. Dicho de otra manera, un hecho es complejo si consiste en tantos elementos que estos pueden coexistir de forma recíproca, aunque de manera selectiva.

Desde esta perspectiva, la complejidad es un “exceso de posibilidades en el mundo” (Cárcova, 2009d: 261), lo que conlleva la necesidad de reducción que determina un modelo de selección de las relaciones. Ello genera la exclusión temporal de otras posibilidades de conexión con otros elementos.

Cárcova encontró una relación entre el derecho y la noción de complejidad, al ser la toma de decisión el centro de gravedad de ambos. En ese sentido, la complejidad en el derecho se expresa en el número

de decisiones, en su diversidad, en su interdependencia interna cuando se concreta el proceso de toma de decisiones, a su grado de generalización, y a la velocidad de cambios a que están sometidas.

Este autor aseveró que “el incremento de complejidad se da por la mayor diferenciación del sistema jurídico, de la viabilidad en aumento de sus posibilidades internas, de la especialización constante de sus prestaciones, y de la singularización permanente de sus comunicaciones” (Cárcova, 2009d: 267).

Las CCD y la función judicial

Cómo entienden las CCD a la función judicial merece un capítulo aparte. Hay ciertos tópicos a considerar tales como el contenido de la labor judicial, la identificación con el modelo de juez “Hermes”, la noción de “activismo indispensable”, como también la diferencia entre vigencia y validez, entre otros.¹⁰

Sobre el primer punto, al reconocer al derecho como a una práctica social de naturaleza discursiva, la labor judicial debe: a) rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; b) rescatar la autoproducción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; y c) incorporar las dimensiones de la socialidad, es decir la ideología, el poder, y hasta lo atinente a la legitimidad, ello sin abandonar la especificidad teórica que le es propia (Cárcova, 2009c: 165).

Respecto del segundo punto mencionado, la identificación del juez Hermes con las CCD tiene como eje central la figura del discurso, el cual puede ser definido como “acontecimiento comunicacional, interacción verbal o proceso social de producción de sentido” (Cárcova, 2019b: 108).

Bajo este modelo de juez, Ost (1993: 183) afirma que el derecho se configura de forma inacabada, siempre en suspenso y relanzado, indefinidamente retomado en la mediación del cambio. En razón de ello, este autor considera que,

Antes de ser regla e institución, el Derecho es logos, discurso, significado en suspenso. Se articula entre las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia (Ost, 1993: 187).

Por ello, se propone una teoría lúdica del derecho para dar cuenta de la complejidad del fenómeno, cuya idea de juego presenta cinco rasgos: 1) el juego tiene su propio movimiento, el cual dibuja su propio espacio en cuyo seno se despliega su creatividad endógena; 2) se acepta un número indefinido de jugadores cuyos roles y réplicas no están enteramente programados; 3) se presenta una naturaleza mixta del juego que combina, en proporción variable, la regla y el azar, la convención y la invención,

¹⁰ Considero que, en futuros trabajos, pueden diversificarse y profundizarse los nexos entre las CCD y la función judicial.

la apertura y el cierre; 4) se articula la distinción y las relaciones entre un polo simbólico, el del juego como representación, y un polo utilitarista, el del juego como estrategia; y 5) tomando en cuenta que las fronteras del derecho son móviles y paradójicas, se intenta situar la distinción del límite del juego y del “fuera de juego” (Ost, 1993: 187-189).

En tercera medida, al comprender al discurso jurídico como un campo de disputa en términos ideológico-jurídico, Duquelsky (2019-2020: 967) dirá que el “activismo indispensable” o “activismo garantista” implica la inexcusabilidad de los jueces a los efectos de adoptar “una actitud creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales”.

Sobre el último punto, se destaca que la vigencia hace referencia a la forma de los actos normativos, y que ello depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación, mientras que la validez tiene una vinculación con los aspectos sustanciales de la formación, significado o contenido de las normas (Duquelsky, 2015: 142).

Cierre

A lo largo de estas páginas, he intentado demostrar cómo los y las exponentes de las CCD de Argentina aquí tratados exhiben presupuestos epistemológicos comunes que les permite instituirse como una escuela de pensamiento autónoma respecto de las escuelas de pensamiento iusfilosóficas tradicionales.

Lo que he buscado ha sido que nuevos/as operadores/as jurídicos/as, en especial aquellos/aquellas que tengan una vocación emancipatoria, conozcan lo que las CCD plantean con el objetivo de que puedan usar dichas herramientas en el marco de su labor cotidiana.

Desde ya que no pretendo cerrar círculo alguno, sino que mi pretensión es que este trabajo oficie de invitación a todos/as aquellos/as que quieran incurrir en la elaboración de aportes que contribuyan a la constitución de una corriente de pensamiento alternativo a la racionalidad jurídica hegemónica.

En definitiva, ello debe ser una tarea colectiva.

Bibliografía

Atienza, M. (2018). *Introducción al derecho*. Lima: Zela.

Cárcova, C. (2019a). *La opacidad del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

---- (2019b). ¿Hay una traducción correcta de las normas? En *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad. Escritos selectos*. Santiago de Chile: Olejnik.

---- (2009a). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

- (2009b). Análisis funcional del derecho. En *Las teorías jurídicas post positivistas* (pp. 127-138). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2009c). ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? En *Las teorías jurídicas post positivistas*. (pp. 155-166). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2009d). *Derecho y complejidad*. En *Las teorías jurídicas post positivistas*. (pp. 253-261). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- De Sousa Santos, B. (2019). *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*. Madrid: Trotta.
- Duquelsky, D. (2022). Carlos María Cárcova. *FILOCAM. Revista digital del instituto de filosofía del derecho del colegio de abogados de Morón*, 27, 7-23.
- (2019-2020). Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano. *Revista Derechos en Acción*, 5(14), 949-970.
- (2015). El rol del juez en una sociedad democrática. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 16(2), 121-148.
- Entelman, R. (2006). Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra. En E. Enrique y C. Cárcova (comps.), *Materiales para una teoría crítica del derecho* (pp. 209-220). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Ost, F. (1993). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, 14, (pp. 169-194).
- Ruiz, A. (2009a). Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- (2009b). Cuestiones acerca de mujeres y derecho. En R. Santamaría, J. Salgado y L. Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- (2001a). La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas. *Crítica Jurídica Nueva Época*, (4), 161-168.
- (2001b). Del imposible acto de juzgar. En *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho* (pp. 29-36). Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- (2001c). En torno a la ideología. En E. Enrique y C. Cárcova (comps.), *Materiales para una teoría crítica del derecho* (pp. 99-109). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Schuster, F. (1995). Exposición. Hermenéutica y ciencias sociales. En AA.VV., *El oficio del investigador* (pp. 11-51). Serie de Estudios Sociales, Instituto de Investigación en Ciencias de la Educación, Facultad de Filosofía y Letras, UBA (pp. 11-51). Rosario: Homo Sapiens Ediciones.
- Vignale, S. (2021). Pensadores de la sospecha: Marx, Nietzsche y Freud. En S. Vignale, M. H. Maure y D. Rossi, *Filosofía: un ejercicio crítico del pensamiento*. Mendoza: Universidad del Aconcagua.

Nuevas tecnologías, viejos derechos



Manuel F. Carboni

Introducción

La autoincriminación forzada es para nuestro sistema legal un acto terminantemente prohibido. Así lo estipula nuestra Constitución Nacional en su artículo 18, como también las constituciones provinciales y todos los códigos de procedimiento penal vigentes en el país.¹ Al verse involucrada en esta prohibición una garantía fundamental del hombre, este precepto no puede ni debe interpretarse de manera restrictiva.

Su interpretación debe ser amplia, y sus alcances deben abarcar –y compatibilizarse con– una gama infinita de hipótesis novedosas en una realidad siempre cambiante, a riesgo de caer en letra muerta y de que su protección se vuelva ilusoria.

Por otra parte, puede decirse con cierto grado de verdad que las garantías constitucionales no pueden erigirse como escollos infranqueables para la eficacia investigativa, dado que la capacidad que presenta el sistema penal para dar respuesta a los conflictos es la fuente última de su legitimidad frente a la sociedad.

¹ Por citar solo algunos, art. 18 CN; 296 CPPN; 13 incs. 4to y 5to CCABA; 29 inc. 3 y 175 CPPCABA; 29 CPBA y 310 CPPPBA.

Esto cobra especial relevancia con el desarrollo de las nuevas tecnologías, en concreto, si atendemos a la capacidad que puede tener un equipo de telefonía celular para resguardar la información contenida hasta el extremo en que esta se vuelve totalmente inaccesible para cualquiera que no sea su titular.

Sentado esto, podemos preguntarnos: ¿hasta qué punto el derecho a la no autoincriminación protege los datos que se encuentran contenidos en un dispositivo de telefonía celular, o más bien, el derecho de su titular a no poner estos datos a disposición de una investigación penal? Por otra parte, ¿qué facultades dispone un magistrado para asegurarse esta colaboración por medios coercitivos?

La doctrina y la jurisprudencia local aún no han abordado el tema de manera profunda ni abundante. Por otra parte, desde la producción jurídica norteamericana, las respuestas a estos interrogantes son numerosas cuando no contradictorias y han dado lugar a la elaboración de hipótesis muy variadas que ofrecen respuestas diversas según el tipo de encriptación aplicable al equipo, o si se trata de un dispositivo de telefonía celular u otro tipo de dispositivo electrónico, tal como una PC o una tablet. Veamos.

El problema en los Estados Unidos de América

Diversas respuestas frente a contenidos encriptados en un dispositivo

Resulta particularmente interesante el desarrollo de este debate en el país del Norte, no solo porque adelanta las problemáticas que luego se ven reflejadas en nuestra práctica judicial, sino porque, además, nuestro esquema constitucional se basa directamente en el sistema allí elaborado. En concreto, y en lo que incumbe al presente trabajo, el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional replica –con particularidades propias– algunas de las garantías que se encuentran contenidas en la cuarta y quinta² enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Y como se ha señalado en la introducción, se trata de un debate vigente, que aún no ha sido saldado y respecto del cual la Corte Suprema de Justicia de ese país aún no se ha expedido. En cambio, existen un sinnúmero de pronunciamientos de parte de tribunales inferiores que alcanzan conclusiones diversas y hasta contradictorias.³

Este debate tiene su correlato en la doctrina, y a este respecto se puede citar la obra del profesor Orin S. Kerr (2019: 767, 768 y 771), quien simplifica la problemática al considerar que un teléfono celular

2 “Ninguna persona podrá ser detenida para responder por un delito capital o infamante, a menos que sea acusada por un Gran Jurado, excepto en los casos ocurridos en las fuerzas militares terrestres o navales, o en el servicio militar, o al servicio de las fuerzas armadas en tiempos de guerra o peligro público; ni tampoco será sometida a proceso por el mismo hecho de modo tal que sea puesto en doble riesgo su vida o su integridad física; *ni se la obligará en ningún caso penal a testificar contra sí misma*, ni se la privará de su vida, su libertad, o su propiedad, sin un debido proceso legal; ni se tomará su propiedad privada, sin una compensación justa”.

3 V. gr., *United States v. Apple MacPro Comput.*, 2017, 3er Circ. Fed. Penn.; *United States v. Spencer*, 2018, Cám. Fed. D.N. Cal.; *Commonwealth v. Gelfgatt*, 2014, CS Mass.; *State v. Diamond*, 2018, CS Minn., y en sentido contrario, *Seo v. State*, 2020, CS Ind.

no es más que una caja fuerte, cuyo contenido se asimila a los papeles privados, y que, de obligarse a alguien mediante orden judicial al titular a desbloquear el equipo, no se está haciendo más que compeler a su propietario a que entregue la llave de esa caja fuerte.

Por lo demás, el contenido de esa “caja fuerte” no gozaría de ningún privilegio ni protección especial, por cuanto la autoridad, a priori, no tiene certeza alguna de que dicho contenido sea de naturaleza incriminatoria, y el hallazgo de elementos constitutivos de algún ilícito es una tarea que atañe al investigador y no al propio defendido.⁴ Este razonamiento parecer suficiente para aplacar cualquier duda en torno a los derechos contenidos en la cuarta enmienda.

Ahora bien, cuando esta contraseña se trata de una frase o código memorizado por el propietario del equipo, entonces se reconoce que podría verse involucrada la garantía de la quinta enmienda, pues un tribunal estaría forzando a una persona a revelar mediante una declaración asertiva aquello que se encuentra guardado en su íntimo conocimiento, y esta declaración podría tener consecuencias autoincriminatorias.

Fueron diversas las soluciones propuestas por las diversas cortes norteamericanas para dar tratamiento a este dilema. Por poner un ejemplo, en el año 2018 la Corte Federal de Apelaciones del distrito del norte de California consideró en *United States v. Spencer*⁵ que en tanto el acusado no se vea obligado a revelar la contraseña a la autoridad, tan solo a desbloquear el equipo y ponerlo a su disposición, entonces se ve resguardada la garantía de la quinta enmienda, ya que para ello no media declaración alguna por parte del acusado.

Más aún, en el mismo año, la Corte Suprema del Estado de Minnesota entendió en *State v. Diamond*⁶ que una contraseña en sí no constituye ningún tipo de testimonio protegido por la quinta enmienda y que, por lo tanto, no hay afectación alguna a esta garantía. En consecuencia, un juez puede ordenar a un defendido a revelar el código de acceso de su celular.

Finalmente, en el otro extremo de la discusión, la Corte Suprema del Estado de Indiana en el año 2020 comprendió en *Seo v. State*⁷ que no es admisible el desbloqueo compulsivo de celulares bajo ningún aspecto, ni aun en los casos en los que se trate de un patrón de desbloqueo o un *dispositivo de reconocimiento datos biométricos*, si este procedimiento no se ajusta a los estándares contenidos en la quinta enmienda, con una sola excepción.⁸

4 “Cuando a un sospechoso se le ordena presentar un dispositivo electrónico desbloqueado, el acto compulsivo, normalmente, será sólo desbloquear el dispositivo. La pesquisa sobre su contenido atañe al estado, y la autoridad no necesariamente conoce lo que va a encontrar cuando comienza su pesquisa” (Kerr, ob. cit.: 787.

5 *United States v. Spencer*, No. 17-cr-00259-CRB-1, 2018 WL 1964588, at *2 (N.D. Cal. Apr. 26, 2018).

6 *State v. Diamond*, 905 N.W. 2d 870, 875-78 (Minn. 2018).

7 *Seo v. State*, 109 N.E.3d 418, 431 (Ind. Ct. App. 2018), vacated, 119 N.E.3d 90 (Ind. 2018).

8 La doctrina de la *Foregone Conclusion*, o “hallazgo inevitable”, según la cual, si la evidencia obtenida por la medida compulsiva no agrega elementos sustanciales con los que el investigador no contara de antemano, o que hubieran sido obtenidos inevitablemente por otros medios, entonces no hay afectación al privilegio de la quinta enmienda.

La utilización compulsiva de datos biométricos

Para comenzar, vale aclarar que cuando hablamos de la utilización de datos biométricos, nos referimos a la utilización de huellas dactilares, de patrones faciales o el reconocimiento ocular para la operación del mecanismo de desbloqueo de un dispositivo de telefonía móvil.

En estos supuestos, la problemática adquiere una nueva dimensión: un sector importante de la doctrina considera que la utilización compulsiva de estos datos no implica por sí misma ningún tipo de declaración ni testimonio por parte del acusado,⁹ y que, por ende, no puede verse alcanzada por el privilegio de la quinta enmienda. Se agrega que, en numerosas ocasiones, una persona se ve obligada a aportar su huella dactilar para numerosos actos de la vida cotidiana, sin que ello suscite discusión alguna en torno a su derecho a no testificar en su propia contra.

Para sumar peso al argumento, se ha dicho que la práctica tribunalicia ha admitido medidas aún más invasivas sobre el cuerpo de las personas, tales como la extracción compulsiva de sangre y de orina, y que la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió en varios pronunciamientos que las mismas son válidas siempre y cuando se ajusten o sean proporcionales a la gravedad del hecho que se investiga.¹⁰

En conclusión, desde tal punto de vista, no puede suscitarse polémica por una medida menos invasiva, tal como aquella que imponga a un imputado la obligación de desbloquear su celular mediante la aplicación compulsiva de su huella digital o del reconocimiento de sus rasgos faciales.

La concreta afectación a la quinta enmienda

Sin embargo, esta visión tampoco es ajena a la polémica. Y más allá de que sea cierto que en la práctica se admitan medidas probatorias sumamente invasivas sobre el cuerpo sin que ello suscite reproche, esto no brinda respuesta al problema de fondo. Esto es, la afectación de la quinta enmienda —o el derecho a no autoincriminarse— que se puede ver involucrada en una práctica de esta naturaleza.

En el año 2020, en el caso *Seo v. State*, la Corte Suprema de Indiana entendió que

Otorgar a la autoridad un smartphone desbloqueado es una forma de admitir frente al Estado, como mínimo, que (1) el sospechoso conoce la clave de desbloqueo; (2) que los archivos existen; y (3) que el sospechoso posee esos archivos. El amplio espectro de esta declaración merece la protección de la quinta

9 “Una huella digital no es una declaración: el estado puede obligar a un sospechoso a que apoye su pulgar en un lector de huellas dactilares sin que ello suscite la protección de la garantía” (Kerr, ob. cit.: 796).

10 V.gr. *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 763–66 (1985); *South Dakota v. Neville*, 459 U.S. 553, 563 (1983); *Birchfield v. North Dakota*, 136 S. Ct. 2160, 2178 (2016) o *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 173 (1952), por citar algunos pronunciamientos.

enmienda, a menos que el Estado logre demostrar que toda esta información ya era conocida con anterioridad (traducción del autor).¹¹

Tal como señala Laurent Sacharoff (2019: 69), en sintonía con lo resuelto por el máximo tribunal de Indiana:

si puede abrir el dispositivo [el imputado], es probable –pero no seguro– que sea suyo. Si es suyo, los archivos contenidos en el mismo son probablemente suyos y, por ende, es también probable que los posea con conocimiento e intención de poseerlos (traducción del autor).

En otras palabras, el desbloqueo de un celular por parte de un imputado, por más que no implique una declaración verbal o escrita asertiva de su parte, tampoco es, como se pretende en la visión de Kerr, un mero acto físico mediante el cual se pone a disposición de la autoridad documentación resguardada en el domicilio. Se trata, ya en un ámbito simbólico, del *reconocimiento* de una serie de circunstancias que rodean al acto, que implícitamente tiene un carácter *declarativo y potencialmente incriminatorio*.

Como oportunamente se ha mencionado, aún la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos no se pronunció sobre el fondo de esta cuestión particular, pero ya en el pasado otorgó la protección de la quinta enmienda a actos que por analogía podrían aplicarse a la materia bajo estudio. Esto es, a actos compulsivos que a primera vista no revisten las características de una declaración verbal asertiva, pero que implícitamente pueden constituir testimonio.

En ese sentido, vale mencionar el caso de *Fisher v. United States*,¹² de 1976. En este caso, la IRS –el equivalente a la AFIP en nuestro país– ordenó a una serie de contribuyentes la presentación de cierta documentación pertinente para su labor fiscalizadora, que estaba en poder de diversos abogados y contadores. Sin embargo, uno de estos abogados se negó a acatar dicha orden de presentación alegando que obedecer este mandamiento implicaría para su cliente –el titular de dicha documentación– una violación del derecho de no autoincriminarse consagrado en la quinta enmienda.

Fue en este caso que la Corte Suprema de los EE. UU. elaboró la denominada doctrina de los *actos de presentación*, mediante la cual se entiende que la presentación compulsiva de documentación por orden de la autoridad puede representar un acto declarativo o testimonial si mediante dicho acto se admite implícitamente la existencia, la posesión y/o la autenticidad de dichos documentos.

11 “Giving law enforcement an unlocked smartphone communicates to the State, at a minimum, that (1) the suspect knows the password; (2) the files on the device exist; and (3) the suspect possesses those files. This broad spectrum of communication is entitled to Fifth Amendment protection unless the State can show that it already knows this information, making it a foregone conclusion”, Corte Suprema del Estado de Indiana, *Seo v State*, Caso No. 18S-CR-595, 23/6/2020.

12 *Fisher v. United States*, Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 425 U.S. 391 (1976).

Entonces, al tratarse de un acto de naturaleza declarativa o testimonial, puede verse comprendido por la garantía contenida en la quinta enmienda, y que a tales efectos *resulta irrelevante* que nos encontremos o no ante una declaración asertiva por parte del imputado. Es una declaración implícita.

Este criterio fue reiterado en otros pronunciamientos¹³ de la Corte desde entonces, y bien puede resultar aplicable a la materia bajo discusión, tal como se hizo en *Seo v. State*, lo que deslizaría ya el eje del debate. No estaríamos discutiendo, entonces, si se trata de una medida invasiva, sino, más bien, *en qué grado esta medida implica para el imputado una declaración*, aunque sea implícita, y si por lo tanto se hace merecedora de la protección constitucional.

En vista de este irresuelto panorama, y hasta tanto no se alcance algún grado de certeza, el debate continuará, y el nivel de incertidumbre manejado en torno al tema gravitará en nuestro propio debate jurídico.

Situación en la Argentina

Diferencias sustanciales

Como se ha apuntado en el capítulo precedente, el derecho comparado –en concreto, la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas– no terminan de brindar una respuesta única al interrogante que motiva este trabajo. Y si bien el rico debate brevemente resumido puede servir de guía para nuestra discusión, no debe perderse de vista que, a pesar de sus similitudes, nuestro sistema de protección tiene particularidades que lo diferencian del estadounidense.

Para empezar, con la reforma de la Constitución de 1994, el Estado argentino dio jerarquía constitucional a los tratados internacionales de DD.HH. enumerados en su artículo 75 inciso 22.¹⁴ Los EE.UU., por su parte, no han firmado ni ratificado los mismos tratados que nuestro país, y esta distinción incide directamente sobre la forma en que cada Gobierno a través de sus distintos poderes se ve obligado a interpretar las garantías contenidas en su constitución.

En efecto, y como se ha observado en el pasado, nuestro país se ha visto expuesto a responsabilidad internacional¹⁵ por la inobservancia de cláusulas contenidas en la normativa internacional suscripta, y

13 *United States v. Doe*, 465 U.S. 605 (1984) y *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000).

14 Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho [...] a las siguientes garantías mínimas: [...] g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Asimismo, el art. 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948 establece que “nadie será sometido a tortura ni a [...] tratos crueles, inhumanos o degradantes”, estableciéndose en su art. 10 que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y un juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa”. Además, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “se presume que todo acusado es inocente, hasta que no se pruebe que es culpable”.

15 Por ejemplo, el caso *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, o el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia del 29 de noviembre de 2011, ambas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

dichos precedentes no pueden pasarse por alto a la hora de garantizar ciertos estándares mínimos de respeto a los derechos humanos en el orden interno.

Además, la tradición jurídica norteamericana, a lo largo de su historia, fue interpretando el derecho a no declarar contra uno mismo de manera más restrictiva que la tradición doctrinaria local. Por ejemplo, allí *se admite la declaración del imputado en el marco de un interrogatorio policial*, atribución que nuestros diversos ordenamientos procesales solo reservan al juez o al fiscal, dependiendo del sistema adoptado en cada jurisdicción.

Por último, basta una somera lectura de los derechos enunciados en la denominada *Advertencia Miranda*¹⁶ para comprobar que nuestro ordenamiento procesal¹⁷ ofrece al imputado un marco de protección más amplio sobre el contenido de su declaración. Por caso, el artículo 296 del CPPN prevé que “En ningún caso se le requerirá [al imputado] juramento o promesa de decir verdad”, protección que no goza un acusado en el proceso penal norteamericano.

El alcance de la prohibición de la autoincriminación forzada

En este orden de ideas, se vuelve incuestionable que nuestro sistema puede y debe otorgar a esta garantía un alcance distinto y más amplio que el otorgado por la Constitución norteamericana. ¿Cómo interpreta, entonces, la doctrina local este precepto?

Bidart Campos (2003: 324) afirma que la inmunidad que acuerda el artículo 18 debe interpretarse como proscripción de todo método y de toda técnica que, antes o durante el proceso, ante cualquier autoridad –sea administrativa o judicial– tienda a obtener por coacción física, psíquica o moral, una declaración o confesión, o a indagar su conciencia a través de drogas o procedimientos científicos de cualquier tipo. Los demás sistemas que, sin usar la fuerza física, disminuyen biológica o psíquicamente la capacidad del hombre o penetran en su intimidad personal para descubrir hechos que el hombre no está obligado a declarar agravan por igual a su dignidad y deben considerarse prohibidos por la misma constitución.

Por otra parte, se ha considerado que “porque durante el proceso el imputado goza de un estado jurídico de inocencia y nada debe probar, es que *nadie puede intentar obligarlo a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye* (art. 18, CN)”. También que

aquél [el imputado] no podrá ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir pruebas en contra de su voluntad (exclusión de la coacción de cualquier naturaleza, art. 8.2.g, CADH)

16 “La persona detenida debe, previo al interrogatorio, ser claramente informada de que tiene derecho a guardar silencio, y de que cualquier cosa que diga será usada en su contra en un juicio; debe ser informado con claridad de que tiene derecho a consultar con un abogado y a que el abogado esté presente durante la interrogación, y que si es indigente, un abogado será designado para representarlo”, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, in re *Miranda v. Arizona*, 13/6/1966, CS EE. UU.

17 Ver nota 1.

pues el sistema constitucional así lo garantiza. Ello implica la exclusión de la coacción directa [...] Consecuentemente, la declaración del imputado debe ser considerada *medio para su defensa y no un medio de prueba*. Como derivación de la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, se proscribe igualmente imponerle su intervención activa como órgano de prueba (v. gr., en una reconstrucción del hecho, en un careo, etc.) (Cafferata Nores, 2011: 100).

Este último autor distingue, de modo muy interesante, que aquello que se encuentra prohibido es la “intervención activa” de un imputado como “órgano de prueba”. Queda preguntarse, entonces: ¿hasta qué punto hay intervención activa cuando la única conducta que se le exige a la persona investigada es que preste su cuerpo para desbloquear un celular?

Sobre esto, algún sector de la doctrina¹⁸ entiende que, en algunas circunstancias, el defendido no interviene como sujeto de la relación procesal, sino apenas como un objeto de prueba en ese proceso y que, por lo tanto, no se encontrarían vulnerados sus derechos constitucionales al somerérselo compulsivamente a una medida de esta naturaleza.

La clave de esta distinción recae sobre el posible vicio en la voluntad de la persona. Si se trata de un acto en el que no se pretende la voluntad activa del sujeto, sino apenas que este tolere pasivamente una intervención compulsiva sobre su cuerpo, entonces no podríamos hablar nunca de una voluntad viciada y, por lo tanto, no habría reproche constitucional alguno sobre esa medida de prueba.

Nuestra jurisprudencia aún no ha abordado la cuestión de este estudio en profundidad, pero respecto de lo elaborado en los párrafos anteriores, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹⁹ entendió en el año 2019 que

dicha salvaguarda, de raigambre constitucional, conforme a la cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 CN y 184 CPPN), debe ser entendida como la ‘proscripción de todo método o técnica que, antes o durante el proceso, y ante cualquier autoridad –sea administrativa o judicial–, tienda a obtener por coacción física, psíquica o moral una *declaración o confesión* de un habitante de la Nación Argentina’ (CFCP; Sala III; “Gastaldi”, causa n° 1394; rta. 23/6/1998).

Por otra parte, tiene dicho la Corte Suprema que aquello prohibido por nuestra Constitución es “compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que

18 “la producción de prueba, como la pericial que pueda decretar el órgano jurisdiccional, no puede ser eludida por el imputado, que está obligado a someterse a su realización (deber de tolerancia), porque en tal caso su actuación no será en calidad de sujeto de la relación procesal sino como objeto de prueba en el proceso”. Más aún se considera que “no se viola la garantía constitucional de prohibición de la autoincriminación forzada, pues no se busca un hacer del imputado (como podría ocurrir frente a su forzamiento para la realización de un cuerpo de escritura) ni un acto que nazca de su voluntad viciada, de la que directamente se prescinde, sino solo un tolerar, sometido a reglas de razonabilidad y proporcionalidad de la prueba en función de su objetivo” (Navarro y Daray, 2018: 226 y ss.).

19 CNCyC, Sala de Feria A, rto. el 23/7/2019, en “G.R., M.F.”, M-CCC 11728/2019.

debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad” (*Fallos*: 318:2518), y que “la cláusula que proscribe la auto-incriminación no requiere la exclusión de la presencia física del acusado como prueba de su identidad, como no impide la obtención y el uso de las impresiones digitales” (CSJN *Fallos*: 255:18).

Resulta cierto también que, en numerosas oportunidades, nuestro máximo tribunal admitió la extracción compulsiva de sangre como medida de prueba, en pronunciamientos tales como *Cincotta*; *Guarino*; *Prieto I* y *Prieto II*, solo por mencionar algunos, resguardándose siempre los estrictos lineamientos de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, incorporados posteriormente al CPPN en el artículo 218 *bis*,²⁰ mediante la sanción de la Ley N° 25549 del 27/11/2009.

Pareciera, entonces, que nuestro ordenamiento jurídico no puede excluir la medida de aporte compulsivo de datos biométricos para el desbloqueo de un equipo de telefonía celular, o al menos dentro de los márgenes del derecho a la no autoincriminación, ya que la misma

no implica que el imputado manifieste algo que lo perjudique sino, más bien, se utiliza su cuerpo como llave de acceso a la evidencia que, eventualmente, podría ser utilizada. Esto último, a luz del principio de proporcionalidad, resulta válido y hasta menos intrusiva que otras medidas de igual naturaleza como, por ejemplo, la extracción compulsiva de sangre (Portillo y Matteo, 2019: 11).

Una manifestación asertiva

¿Qué pasa, luego, cuando el sistema de protección de datos de un equipo celular consiste en el ingreso de una clave personal de acceso alfanumérica, o de un patrón de puntos? Como se ha mencionado en acápite anteriores, esta distinción ya adquirió relevancia para la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas.

Es que en una hipótesis tal, y de exigírsele a un imputado que brinde su clave de acceso, no estamos ante una situación en la que un individuo es apenas un objeto pasivo de una medida de prueba. Al contrario, se le está exigiendo a una persona que participe activamente en la recolección de evidencia, mediante una declaración asertiva en la que se afirma o se manifiesta información que el sujeto tiene guardada en la privacidad de su memoria. Además, en dicho acto se vería forzado a ser veraz en sus dichos o a sufrir una consecuencia sancionatoria por faltar a la verdad.

²⁰ Art. 218 bis CPPN - Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Una actividad tal ya implica un acto intelectual pretensamente voluntario y como tal debe verse sin lugar a duda protegido por las previsiones del artículo 18 de la CN ya que, según tiene dicho la CSJN,

la declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad.²¹

En esta misma tónica, entiende Polansky que

La única alternativa posible para acceder a la información contenida en ellos es a través de la exigencia de la clave del dueño. Pero, si este resulta ser el imputado de un delito, las posibilidades de llevar a cabo tal exigencia, a la luz del art. 18 de nuestra CN, no parecen ser muy alentadoras (Polansky, 2020: 75).

Una distinción irrazonable

Sentadas estas premisas, podemos decir que, a la hora de enfrentar una orden judicial para desbloquear su celular, una persona que tiene un celular con clave alfanumérica puede negarse a obedecerla, invocando la protección del artículo 18 de la CN, y una persona que tiene un sistema de reconocimiento de huella dactilar se ve obligado a obedecerla, o enfrentar algún tipo de sanción.

Entonces, cabe preguntarse: ¿hasta dónde resulta razonable que nuestro ordenamiento jurídico garantice una protección distinta a los derechos de una persona, dependiendo del sistema que eligió para bloquear el contenido de su teléfono celular? Un sujeto que optó por un sistema de reconocimiento facial, ¿tiene menos derecho a defenderse en un proceso penal que alguien que aplicó una clave alfanumérica?

Se puede intuir que quien decide bloquear su celular por cualquier mecanismo está eligiendo activamente resguardar su contenido de toda injerencia exterior. Lo hace, además, a sabiendas de que el ordenamiento penal protege su decisión mediante las sanciones previstas por el artículo 153 bis del CP, contando no solo con una barrera material sino también con una barrera jurídica que no hace distinciones sobre el método de validación del equipo.

Por otra parte, la revelación de lo que allí se contiene implica por sí sola una exteriorización o manifestación de aquello que la persona prefiere reservar en el fuero de su intimidad. En otras palabras, su sola revelación, ya sea compulsiva o voluntaria, por medios verbales o con el simple desbloqueo mecánico

²¹ CSJN, rto. el 11/10/1864, *Mendoza, Fallos*, 1:350.

de un aparato electrónico, implica una declaración. Tanto su resguardo como su revelación –voluntaria o compulsiva– involucran siempre un acto de la voluntad que no puede ser suplida por la fuerza.

En el campo de la seguridad informática, los medios de identificación biométrica son considerados, generalmente, más seguros que las claves de acceso convencionales, porque son más fáciles de conservar, más difíciles de falsear y es menos probable que se pierdan. Por ende, su utilización debe interpretarse como una manifestación más enfática del deseo de privacidad.

En el plano jurídico, en cambio, lo opuesto pareciera cierto: los datos biométricos podrían ser captados y utilizados para fines sancionatorios. Bajo este entendimiento, una choza de paja se vería protegida del ingreso policial, y una casa de ladrillos no (Choi, 2019: 77).

A colación de este ejemplo, al garantizar la inviolabilidad del domicilio, nuestra Constitución no distingue si se trata de una casa de material, de una carpa, de una caja de cartón, o si la puerta se encuentra cerrada o abierta. Lo importante es ceñirse al concepto moral de morada o a la voluntad del ocupante de sentirse a resguardo en ella, y en esos términos la inviolabilidad del domicilio es absoluta. Las excepciones previstas por el ordenamiento jurídico a este principio, y que habilitan su allanamiento con o sin orden judicial, no se ciernen sobre circunstancias tales como la calidad de la cerradura de la puerta de ingreso.

Dijo la Corte Suprema en *Fiorentino* que

la íntima conexión existente entre la inviolabilidad del domicilio, y especialmente de la morada, con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad, *imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías*, pues al hallarse aquéllas entrañablemente vinculadas, se las debe defender con igual celo, porque *ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil*, aunque aquélla no sea reductible a éste. Por consiguiente, cuando se trata del derecho a la inviolabilidad de la morada, *al igual que de otros de mismo rango*, resulta inapropiada la latitud con la cual admiten restricciones reglamentarias.²²

Tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como así también el derecho a no declarar contra uno mismo, se encuentran contenidos en el mismo artículo de la Constitución, y se ven receptados por igual en los mismos instrumentos internacionales de DD.HH. No cabe duda en cuanto a que ambos derechos se encuentran dentro de la misma categoría y que gozan del mismo rango jerárquico.

Por lo tanto, y conforme a la doctrina de nuestra corte, se debe ser sumamente estricto a la hora de admitir restricciones reglamentarias y/o excepciones al goce pleno de un derecho de tal magnitud, ya sea que se trate de la inviolabilidad del domicilio o su equivalente jerárquico, el derecho a la no

²² CSJN, rto. el 27/11/1984, *Fiorentino*, Diego E.

autoincriminación. ¿Por qué, entonces, deberíamos admitir sobre el ejercicio de uno, distinciones que no podrían ser admitidas sobre el ejercicio del otro?

En los hechos, ya sea mediante el desbloqueo de un celular con el aporte forzado de sus datos biométricos, o mediante el aporte compulsivo de su clave de acceso, una persona está haciendo lo mismo. Esto es, suministrando *contra su voluntad* un contenido que decidió resguardar en su fuero íntimo, y que luego podrá ser utilizado por el investigador para desvirtuar su presunción de inocencia. Por lo tanto, ambos supuestos merecen por igual la protección del artículo 18 de la CN, ya que este no nos protege de que nos obliguen a emitir un sonido con la voz, nos protege de las consecuencias jurídico-penales que ese sonido puede traer aparejado.

Es que, en el marco de un proceso penal, esta cláusula debe ser entendida como una disposición que sostiene el derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo. Esta prohibición es una de las manifestaciones más claras del derecho a la presunción de inocencia, la cual sitúa en la acusación la carga de la prueba, que no puede desplazarse hacia el imputado haciendo recaer en él la obligación de aportar evidencias que conduzcan a reforzar su responsabilidad.

Es decir que el imputado de un delito no puede ser obligado a proporcionar pruebas que lo incriminen, aun cuando, a consecuencia de ello, se corra el riesgo de que el delito quede impune (Maier, 2004). *¿Con qué lógica, entonces, admitiríamos que se otorgue semejante protección constitucional solo a quien utilice una clave alfanumérica en el celular y, por el otro lado, se la negemos a quien optó por el uso de sus patrones biométricos?*

La respuesta a este interrogante no puede ser una que restrinja el goce de este derecho o que se lo niegue a todos por igual, teniendo siempre en cuenta que, en materia de derechos y garantías, la solución nunca consiste en bajar la vara.

Una alternativa posible

En miras de sortear esta distinción irrazonable, y con afán de no restringir el derecho a no declarar contra uno mismo previsto en nuestra Constitución, debemos buscar un nuevo enfoque conceptual.

Por ejemplo, a modo de ensayo teórico, podríamos adoptar una visión similar a aquella que adoptó la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el citado fallo *Fisher v. United States* (Sacharoff, 2019), y que luego fuera aplicado por analogía al caso de *Seo v. State of Indiana*²³ de la Corte de dicho Estado.

En esa inteligencia, ya sea con la protección de un patrón de datos biométricos, o mediante un sistema de clave alfanumérica, el contenido de un equipo de telefonía celular podría asimilarse a documentación o a papeles privados, comprendiendo que el contenido en estos equipos goza de similar natu-

23 Ver nota 11.

raleza. Este carácter se ve signado por la expectativa de privacidad de su titular, quien eligió ponerlo a resguardo mediante un sistema más o menos eficaz de bloqueo contra el acceso de terceros (entre ellos, la autoridad).

Entonces, para acceder a este contenido, un juez puede ordenar una medida tal como aquella que se encuentra prevista por el artículo 232²⁴ del Código Ritual Federal, que tiene como ventaja que a) ya se encuentra plenamente regulada y b) para su materialización, es irrelevante la existencia o no una declaración verbal por parte del imputado. El objeto de la manda legal consiste en que el defendido ponga a disposición del tribunal dicho contenido. De esta manera, ya no estaríamos evaluando la procedencia de la garantía contenida en el artículo 18 según qué tipo de celular tiene el imputado. Esta se aplicaría para todos los casos por igual, sin distinciones irrazonables, y solo sobre la base del contenido que se pretende revelar.

Ahora bien, resulta de sumo interés un pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal del año 2016, que dijo:

el requerimiento de presentación regulado en el art. 232 del ordenamiento adjetivo veda, expresamente, dirigir la medida a aquellas personas que puedan o deban abstenerse de declarar como testigos, en consonancia con lo normado en los arts. 242, 243 y 244 de dicho cuerpo legal. Va de suyo lógicamente, que tampoco puede, en ningún caso, dirigirse al imputado, tal como ocurrió en el caso. Un requerimiento de ese tenor implica obligar al imputado a descubrir prueba que lo involucra, lo que resulta inadmisibles, pues atenta contra la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación forzada (art. 18 de la C.N.).

En esa línea, continuó:

En este sentido, cabe apuntar que el imputado no puede ser obligado a aportar prueba y que la garantía constitucional contemplada por el artículo 18 de la Constitución Nacional privilegia la libertad de declarar o de abstenerse a hacerlo. Así, la intimación a W. J. C. para que presente la documentación que lo compromete, bajo apercibimiento de procederse al allanamiento del domicilio donde funcionaba su estudio jurídico, claramente equivale a compeler al encausado a producir prueba autoincriminatoria, esto es, a obligarlo a declarar contra sí mismo, lo que se encuentra vedado por nuestra Carta Magna. Cabe señalar que cualquier forma de coacción dirigida a obtener una declaración en contra de los deseos del encausado resulta violatoria de la Constitución Nacional (ver Carrió, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 6ª ed., Edit. Hammurabi, Bs. As., 2014, pág. 547, y D’Albora, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación...”, 9ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 425).

24 Art. 232 CPPN – “En lugar de disponer el secuestro el Juez podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los sujetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que puedan o deban abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, secreto profesional o Estado”.

Finalmente, citó precedentes de la Corte Suprema de Justicia, tanto local como norteamericana, en cuanto se dijo que

Sobre ello, la producción compulsiva del documento, que era buscado para ser secuestrado, constituye obligar al imputado a declarar contra sus intereses, en forma coactiva, y a ser testigo en su contra. Lesiona el acto el derecho a no sufrir una incriminación forzada (ver, en este aspecto, la doctrina de la C.S.J.N. en los fallos “Mendoza” (1:350) y “Charles Hnos.” (46:36), como así también de la Corte Suprema de EE.UU. en el fallo “Boyd vs. United States”, 116 U.S. 616 (1886)).²⁵

Desde una óptica semejante, resultaría siempre inconstitucional una orden que, por medios coercitivos, obligue a una persona a desbloquear su celular y poner su contenido a disposición del tribunal, por cuanto de hallarse en él evidencia incriminatoria, se estaría entonces obligando a un defendido –sobre quien subsiste la presunción de inocencia– a producir prueba que luego podrá ser utilizada en su contra.

Y en esos términos siempre nos encontraremos ante una violación de la garantía que prohíbe todo tipo de autoincriminación, ya que el acto mismo de facilitar verbal o mecánicamente un contenido personal que se eligió resguardar, y hacerlo bajo coacción, es a la vez una declaración y un acto potencialmente autoincriminatorio. En opinión de quien escribe, y hasta tanto no obtengamos un pronunciamiento claro por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia, encontramos en esta propuesta un satisfactorio marco de interpretación para la problemática tratada.

La misma se funda sobre una conceptualización más que válida que encuentra su asidero en el derecho comparado,²⁶ y que además se sostiene sobre precedentes jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema de Justicia (a saber, Mendoza y Charles Hnos.). Pero, sobre todo, hace extensiva la protección constitucional contenida en el artículo 18 a todos por igual, sorteando las distinciones irrazonables que fueron desarrolladas en el anterior acápite, y que representan una verdadera afectación al derecho de defensa en juicio.

Conclusión

El derecho siempre corre detrás de los hechos. No hay previsión posible para las novedades que pueda llegar a ofrecer la tecnología. Por eso, la tarea del operador jurídico implica una constante discusión respecto de cómo interpretamos las garantías constitucionales a la luz de las infinitas posibilidades –y dificultades– que se presentan con cada nuevo avance tecnológico.

²⁵ CNCyC, Sala V, rta. el 4/3/2016, en “C., W. J. s/ procesamiento y embargo”, CCC 46083/2015/CA1.

²⁶ La Corte Suprema del Estado de Indiana, en el precedente *Seo v. State of Indiana*, ha dicho que “Primero, ingresar un password para desbloquear un dispositivo es análogo al acto de físicamente entregar documentación. [...] Y segundo, los archivos contenidos en un smartphone son análogos a los documentos finalmente presentados”. Luego continuó “...los aspectos declarativos de una presentación de documentos se ven comprendidos por la protección de la Quinta Enmienda. De lo contrario, los actos compulsivos de un sospechoso revelarían al Estado información que previamente no conocía –precisamente aquello que la garantía contra la autoincriminación ha sido diseñada para prevenir”.

Nuestro constituyente en el siglo XIX jamás pudo imaginar que apenas un siglo y medio después, cada habitante de la nación iba a portar consigo un dispositivo electrónico que fuera capaz de abarcar, en tan poco espacio, tanta información sobre la vida privada. Tampoco su contemporáneo, Julio Verne, logró predecir la existencia de un ámbito tan dinámico para la interacción humana como lo es la *world wide web*, un espacio en el que toda expectativa de privacidad se torna relativa.

Entonces, desde el humilde lugar que nos toca como estudiantes del derecho, es nuestra obligación reinterpretar nuestro texto constitucional y buscar en la medida de lo posible compatibilizar aquellas garantías fundamentales sobre las que se funda nuestro Estado de derecho con los nuevos desafíos que enfrentan las agencias de seguridad para la prevención y la investigación de hechos ilícitos.

Pero en esta empresa no debe perderse nunca de vista que estas garantías no fueron meros caprichos de nuestro constituyente. Las mismas son el producto de una evolución histórica, y en el acto de reinterpretarlas no podemos reducirlas hasta tornarlas ilusorias en afán de metas como la eficacia de la investigación penal.

Y mucho menos suspenderlas a la espera de que la ciencia y la tecnología logren superar las dificultades enfrentadas en la recolección de evidencia.

Bibliografía

- Bidart Campos, G. (2003). *Manual de la Constitución reformada* (Tomo I) Buenos Aires: Ediar.
- Cafferata Nores, J. I. (2011). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Choi, B. H. (2019). The Privilege Against Cellphone Incrimination. *97 Texas Law Review Online*, 73. Recuperado de <https://texaslawreview.org/the-privilege-against-cellphone-incrimination/>
- Kerr, O. S. (2019). Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination. *97 Texas Law Review Online*. Recuperado de <https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2019/03/Kerr.V97.4.pdf>
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal: Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Navarro, G. R. y Daray, R. R. (2018). *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. (Tomo 2). Buenos Aires: Hammurabi.
- Polansky, J. A. (2020). *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Portillo, V. H. y Matteo, J. M. (2019). Autoincriminación y nuevas tecnologías. En M. A. Riquert y C. C. Sueiro (coords.), *Sistema penal e informática*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sacharoff, L. (2019). What Am I Really Saying When I Open My Smartphone? A Response to Orin S. Kerr. *97 Texas Law Review* Recuperado de <https://texaslawreview.org/what-am-i-really-saying-when-i-open-my-smartphone-a-response-to-orin-s-kerr/>

Derechos animales en clave crítica

Algunos elementos para (re)pensar la cuestión animal en el derecho



Gonzalo L. Corti

Introducción

Desde hace algunas décadas, el movimiento por los derechos animales viene ganando fuerza y expandiéndose por casi todos los rincones del mundo occidental. Tanto es así que en la actualidad ya se puede encontrar un corpus más o menos consolidado de obras, conceptos y terminologías que cuentan con un amplio consenso tanto dentro del ámbito académico como dentro del activismo animalista.

La propuesta del presente trabajo consiste, entonces, en sacudir esa relativa tranquilidad doctrinaria, aunque sea en algunos aspectos mínimos. Nada mejor para tales intenciones que tamizar el terreno animalista con el casi siempre incómodo filtro crítico.

Concretamente, y en esta búsqueda de problematizar acerca de lo normalizado, se intentará, por un lado, conflictivizar uno de los temas más recurrentes de los derechos animales, como es la noción de subjetividad jurídica y su anhelada aplicación a los animales no humanos, a través de un vínculo interdisciplinar con el psicoanálisis.

Por otro lado, se buscará reconocer la conveniencia de trabajar los principales asuntos animalistas en interseccionalidad con las otras luchas que se erigen contra los modelos de dominación contemporáneos, en especial la de los feminismos.

Para lograr tales objetivos, la presente composición comenzará brindando una breve contextualización de los debates sobre los que se trabajará, trazando un mínimo recorrido histórico de las ideas en torno a los derechos animales y delimitando sucintamente su campo.

En segundo término, se pasará a analizar la noción de sujeto de derecho y su insistente aplicación dentro de los derechos animales, para luego revisar los desarrollos que el psicoanálisis viene realizando en la materia, principalmente a partir de Lacan, y los aportes que estos pueden ofrecer para aclarar el panorama dentro del propio animalismo.

Por último, se trabajará vinculando los horizontes de algunas luchas contra el modelo ético-cultural hegemónico con el generalmente aislado movimiento animalista. En especial, se argumentará sobre la pertinencia de la interseccionalidad con los feminismos, ofreciendo algunos ejemplos de cómo este entrecruzamiento académico e ideológico puede redundar en una superación de algunos puntos muertos existentes en el movimiento de los derechos animales.

Breve historia y delimitación del área de los derechos animales

Sin entrar en las generalmente estériles discusiones sobre la autonomía de determinada área del derecho, resulta importante destacar algunas particularidades del rubro que necesitamos tener en claro antes de abordar ciertos aspectos conflictivos de la cuestión animal en el derecho.

El abordaje normativo de la vida animal no es ni por cerca reciente, ya que los individuos del *Homo sapiens* nos hemos vinculado con otros animales de distintas maneras a lo largo de nuestra historia evolutiva y, como es de suponer, siempre han existido normas regulatorias de estos vínculos.

Sin embargo, y obviando las numerosas y dispersas manifestaciones jurídicas que se pueden encontrar en este sentido a lo largo de la historia, bien puede decirse que la preocupación por la cuestión animal tuvo su primer gran impulso en el mundo occidental a partir de fines del siglo XVIII con la obra de Jeremy Bentham. La principal novedad consistió en que la filosofía utilitarista de Bentham incluía en el proyecto común a los animales no humanos, ya que estos, al poder sentir dolor y placer, debían ser incorporados al cálculo utilitarista por el cual la acción más ética debía ser aquella que proporcionara mayor felicidad al mayor número de individuos posible, animales incluidos.

Con este marco ideológico, y en un contexto de auge asociativista, durante el siglo XIX se forjó un movimiento conocido como proteccionismo animal. Gestado dentro del Imperio británico, en 1824 se funda en Londres la Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA), la primera asociación proteccionista de animales del mundo, la cual incluso se mantiene hasta el día de hoy en funcionamiento. La creación de la protectora británica no tardó en servir de ejemplo e influencia para que se comenzaran a fundar instituciones similares a lo largo del mundo occidental, dentro de las cuales podemos destacar como las primeras de América Latina las que fueron fundadas en Buenos Aires y Rosario a fines de siglo XIX (Piazzi y Corti, 2021).

El paradigma proteccionista tuvo un primordial interés en que se sancionaran normas que protegieran a los animales (o a algunos de ellos), bajo la premisa de que la compasión hacia ellos era un signo civilizatorio, opuesto a la barbarie de la que había que diferenciarse como sociedad. Así, proteger a los animales era digno de un pueblo civilizado (blanco y eurocéntrico), mientras que lo opuesto era propio de comunidades bárbaras (indígenas, afrodescendientes, e incluso parte de la herencia colonial española) (Corti, 2020). Este modelo tuvo una enorme aceptación en todo el mundo occidental y se expandió rápidamente, consolidándose globalmente ya para mediados del siglo XX.

Sin embargo, a partir de la década del setenta del siglo pasado y fuertemente vinculado con los debates ambientalistas, la cuestión animal comenzó a sufrir un cambio de rumbo. A partir de esta época comienza a hablarse más de animalismo y menos de proteccionismo. Si bien estos son modelos ideales que conviven en mayor o menor medida en la actualidad, podemos diferenciarlos bajo la idea de que, mientras el proteccionismo busca normas que protejan a los animales como síntoma de una compasión que refleja una correcta humanidad, el animalismo en cambio sostiene el valor intrínseco de los propios animales, el cual amerita el reconocimiento de determinados derechos en su favor.

Mucho se viene escribiendo en estos últimos cincuenta años sobre derecho animal (ahora sí en esos términos), pero sirva como resumen que se sostiene como tesis principal la idea de que los animales no humanos poseen una dignidad propia que debe ser respetada por la humanidad y sus respectivas legislaciones. Los fundamentos de esta dignidad varían de obra en obra, pero suele ser dominante la idea de que se basa en la capacidad que tienen los animales de sentir placer y dolor (Singer, 2018), denominada generalmente como “sintiencia”, aunque hay quienes sostienen un fundamento más de tipo neokantiano, considerando que los animales no humanos son un fin en sí mismo por ser “sujetos de una vida” (Regan, 2016), entre otros fundamentos que circulan por los debates animalistas.

A su vez, los alcances de los derechos animales van desde su consideración como sujetos de derecho hasta la eliminación de la propiedad privada sobre ellos (Francione, 2010), pasando por su inclusión en los derechos de la ciudadanía y la extranjería (Donaldson y Kymlicka, 2018), junto con otras variantes que no viene al caso mencionar en este trabajo.

Brevemente delimitado el campo del derecho animal, resulta pertinente aclarar algunas diferencias que posee con el derecho ambiental, las cuales muchas veces se pasan por alto. Si bien ya se aclaró que ambos debates compartieron espacios en la década de 1970 y subsiguientes, existen algunas diferencias que las desvinculan en gran parte de sus idearios, más allá de las numerosas semejanzas que se pueden trazar. El principal desacuerdo tiene que ver con que, mientras que el derecho ambiental trabaja con lógicas de tipo holísticas, considerando entidades complejas en su totalidad, compuestas de numerosos seres, los derechos animales, por su parte, centran sus análisis en una ética de tipo individual, considerando uno por uno los intereses de cada ser sintiente, sin que el bienestar global pueda imponerse por encima de ciertos derechos inalienables, en términos similares a los que se manejan en el ámbito de los derechos humanos. Es fundamentalmente sobre esta base que dentro del animalismo se prefiere hablar de derechos animales en lugar de derecho animal.

Un aporte lacaniano a la subjetividad jurídica animal

Uno de los principales estandartes del movimiento animalista lleva bordada la idea de la subjetividad jurídica animal. Si bien, como ya se advirtió, existen numerosas y diversas posturas dentro del animalismo, la gran mayoría coincide en sostener que la forma más adecuada para mejorar la vida animal consiste en reconocerles a los animales no humanos el carácter de sujetos de derecho.

Esta idea suele ir acompañada de los mismos fundamentos mediante los cuales se justifica la propia dignidad animal, en especial la ya mencionada sintiencia, que muchas veces es resumida en una famosa frase de Bentham (como se citó en Singer, 2018: 23): “no debemos preguntarnos ¿pueden razonar?, ni tampoco ¿pueden hablar?, sino ¿pueden sufrir?”. De esta manera, y resumiendo toneladas de tinta vertidas, el animalismo busca en ciertos elementos de la realidad el fundamento para sostener la necesidad de reconocer la subjetividad jurídica animal.

Pero digamos ahora algunas palabras sobre la noción de sujeto de derecho. Con sus orígenes más remotos en el “*hypokeimenon*” de Aristóteles, la noción de sujeto tuvo su probable adaptación romana en el concepto de “*subiectum*”, pero siempre ligado a las reflexiones de tipo filosóficas. La ciencia jurídica, por su parte, tardó muchos siglos en conectar la idea de *subiectum* con la de *iuris* y unos cuantos más en darle el alcance sistemático y conceptual que tiene en la actualidad (Guzmán Brito, 2002).

Más allá de los debates que subyacen a este concepto (como a la mayoría dentro del mundo del derecho), sirva resaltar algunos elementos sobre los que impera un cierto consenso en cuanto a la definición de sujeto de derecho. En efecto, poco se discute acerca de que el sujeto de derecho implica claramente un posicionamiento dentro de la relación jurídica y, sobre todo, que existen grandes similitudes con la idea de persona, la cual proviene de las antiguas representaciones teatrales griegas (Rabbi Baldi, 2009) y consistía en la máscara utilizada por los actores, idea que fue moviéndose hasta llegar a la idea de persona actual, que hoy entendemos como la máscara que utilizamos para cumplir determinados roles de la vida jurídica.

Ahora, tomando el aprendizaje de las corrientes críticas del derecho y su insistente propuesta de terminar con la endogamia del debate jurídico y enriquecerse de los aportes de otras ciencias sociales, creo que el psicoanálisis puede ser convocado a estas páginas para buscar avances en el tema en cuestión.

En los inicios del psicoanálisis no encontramos desarrollos particulares sobre la idea de sujeto (Barroso, 2012), principalmente por el hecho de que Sigmund Freud poseía una clara formación médica, por lo que se refería a sujeto casi como sinónimo de persona, individuo o paciente.

Sin embargo, a partir de Jacques Lacan el psicoanálisis comenzará a hacer hincapié en la noción de sujeto, aunque el autor francés va a sostener que esto lo realizaba mediante un retorno a Freud, entendiendo que en la propia teoría freudiana se encuentran los elementos necesarios para la reformulación del concepto de sujeto. No se podría, ni por la extensión de este trabajo ni por la formación de quien lo escribe, agotar un análisis sobre el sujeto lacaniano. De cualquier manera, lo que sí resulta pertinente es destacar un par de elementos sobre el tema que pueden ser enriquecedores para la teoría de los derechos animales.

Para Lacan, el sujeto no es ni el *hypokeimenon* ni el *subiectum*. No es el sujeto del ordenamiento jurídico, ni la persona, ni el individuo, ni el paciente. En efecto, “el sujeto postulado por Lacan no precede, no está dado, no es un dato inicial, sino que lo produce el analista con su acto” (Kohan y Rodríguez, 2013: 328). Veamos una explicación apenas más extensa:

Si el orden significante es la causa del sujeto y éste no es el individuo biológico afectado por el lenguaje, consecuentemente, el sujeto de Lacan no puede ser producido, en el sentido de haber sido hecho con materias primas sustanciales que estaban antes, como un cuerpo biológico (teoría evolucionista), sino que es creado (teoría creacionista), es decir: existe a partir de la nada (Eidelsztein, 2012: 11).

Ahora, ¿qué podemos tomar de esta noción de sujeto contenida en el psicoanálisis? En la mayoría de las definiciones sobre sujeto de derecho que se pueden revisar, se encuentra un fuerte componente cartesiano en tanto que la subjetividad precede a todo, incluso a la propia norma. El *cogito* cartesiano impregna así una modernidad que en el mundo del derecho todavía ni se piensa en superar. Y es en este aspecto en el que me parece que el psicoanálisis puede alumbrar la teoría de los derechos animales.

Si entendemos, como Lacan, que el sujeto no es una entidad preexistente, fácilmente podemos trasladar esta idea para comprender que el sujeto de derecho tampoco precede, no está dado, sino que lo produce el legislador con su norma. Y esta puede ser la enseñanza de Lacan para el animalismo. El sujeto de derecho no tiene por qué estar atado ni a la máscara de la persona ni, sobre todo, al sujeto cartesiano que es previo a todo. No hay realidad prediscursiva ni, por lo tanto, sujetos prediscursivos.

La idea recién desarrollada no pretende tirar por borda los fundamentos sobre los que desde hace décadas viene trabajando el animalismo, sino que se apunta a que resulta importante que desde dentro del movimiento se entienda que la sensibilidad, el parentesco genético, la conciencia o cuanta otra característica destaquemos de los animales no humanos bien pueden enriquecer el fundamento de una lucha, pero no deberían pensarse como la piedra angular de los derechos animales ni creer que es la explicación definitiva de por qué los animales “son” sujetos de derecho, sino que tal vez convenga entender que la norma y su lenguaje pueden sin mucho esfuerzo crear cuantos sujetos queramos, sin la carga de una realidad preexistente. “No hay ninguna realidad prediscursiva. Cada realidad se funda y se define con un discurso” (Lacan, 1981: 43).

Las interseccionalidades como componente crítico y los posibles aprendizajes que ofrecen los feminismos

Así como mencionamos la centralidad de la subjetividad jurídica animal entre las propuestas animalistas, también existe otro concepto muy recurrente dentro de los debates en torno a los derechos animales, como es el “especismo”. Este término fue acuñado por Richard Ryder y popularizado por

Peter Singer y, básicamente, consiste en “el desprecio moral a las especies ajenas y la restricción de la consideración moral y la compasión a la especie propia (la humana)” (Mosterín, 2015: 53).

El término es tomado de algunas definiciones de otros tipos de segregación, como ser racismo, sexismo, capacitismo, etc., de los cuales no solo toma el sufijo, sino que traza un paralelismo emparejando la idéntica ilegitimidad de todas esas conductas discriminatorias. Sin embargo, la comparación no avanza mucho más a partir de ahí. Los discursos predominantes dentro del animalismo se limitan a señalar que el especismo es una forma de discriminación tan injusta como el racismo o el sexismo y que por eso debe ser combatida, pero no se busca una integración común entre ellas, casi como que fueran asuntos separados.

Es entonces que deviene fundamental la noción de interseccionalidad. Este concepto es relativamente reciente en su uso, correspondiendo situarlo en el contexto de la denominada segunda ola del feminismo en la década de los sesenta del siglo pasado, y tiene que ver con ciertas reivindicaciones dentro de los propios feminismos, principalmente a partir de los reclamos de activistas afrodescendientes en los Estados Unidos. A ellas se les reconoce haber puesto sobre la mesa la idea de que en la opresión patriarcal no había un solo componente al cual reducirlo todo. De esta forma, denunciaron y propusieron el debate en torno a que las cuestiones raciales y de clase y tantas otras formas de opresión y discriminación tenían que ver y eran parte del mismo problema, el cual no se podía abordar solo tratando la cuestión de género. Así, sexismo, clasismo y racismo representan todas formas de opresión que surgen de una misma fuente, de un núcleo común de opresión.

Una propuesta crítica sugiere que el especismo, más allá de algunas objeciones que se le pueden plantear al término, debería integrarse a estas luchas en contra del sometimiento común. La diferencia no es menor. No es lo mismo anotar al especismo dentro de la lista de formas de discriminación existentes (como gran parte del animalismo hace), que sostener que el especismo es una manifestación más del esquema global de dominación del humano blanco, varón, clase media/alta y heterosexual. “Es una constante de la historia política: las clases dominantes buscan desplazar los antagonismos que podrían derrocarlos alentando a los diferentes grupos dominados a enfrentarse entre sí” (Preciado, 2019: 80).

Las corrientes críticas del derecho han señalado reiteradamente la transversalidad de los principales conflictos globales, los cuales no pueden ser abordados desde compartimentos estancos, ya sea que nos refiramos al ámbito académico como al estrictamente ligado a las luchas sociales. Por eso, una perspectiva crítica de los derechos animales requiere necesariamente echar mano de las interseccionalidades, sobre todo en ámbitos que han avanzado mucho en sus planteos y conquistas, como es el caso de los feminismos.

Afortunadamente, comienzan a aparecer voces que denuncian las “similitudes estructurales entre sexismo y especismo, en particular respecto a la discriminación, la desigualdad, la opresión y el papel de todas ellas en la construcción de la masculinidad cisheteropatriarcal” (Faria, 2016: 18). Una vez aceptada esta idea, considero que una buena alternativa consiste en replicar algunos debates más o menos

resueltos dentro de los feminismos pero que parecen demorados dentro del animalismo. Propongo dos ejemplos de tantos que se pueden ir descubriendo.

Hace tiempo ya que los feminismos han conseguido alertarnos acerca de que la violencia de género no constituye una desviación de la conducta de algún perturbado varón machista, sino que se configura como una práctica estructural de nuestra sociedad. Así, detrás de un acto de violencia de género, no debemos ver solamente un individuo de conductas desviadas, sino la manifestación viva de algún componente de la opresión patriarcal presente en nuestra sociedad (más allá de las responsabilidades penales y/o civiles que le pudieran corresponder al culpable, por supuesto).

Dentro del animalismo esta idea permanece aún relegada. Las distintas formas de maltrato animal son vistas generalmente como actos individuales de personas que no han abrazado aún la causa animalista. No resulta muy difícil imaginar la cantidad de problemas que un pensamiento de este tipo puede originar. En primer lugar, porque destierra la posibilidad autocrítica dentro del propio animalismo, pero también porque empobrece la propuesta política del movimiento. Una clara expresión de esto se puede observar en la cantidad de energía volcada hacia un excesivo punitivismo en detrimento de otras propuestas legislativas que busquen la modificación cultural de nuestros patrones de conducta especistas. La propuesta es criminalizar al que suponemos desviado, no corregir nuestros posibles defectos como cuerpo social.

Claro que no se debería obviar el sesgo clasista que marca gran parte de este punitivismo animalista. Es notoria la selectividad penal que se aplica en la criminalización por maltrato animal, siendo los sectores económicamente vulnerables los destinatarios predilectos de la criminalización animalista. El principal exponente de este fenómeno tal vez lo constituya el caso de los recolectores informales de residuos y la denominada tracción a sangre (Carman, 2015).

En definitiva, y más allá de los múltiples análisis que se habilitan en este tema, la interseccionalidad con el feminismo puede brindarle al animalismo un avance en el entendimiento de que, así como la violencia de género no es producto de algunos machistas, sino que es un componente estructural de nuestras sociedades que tenemos que continuamente revisar para ir superando, así también el maltrato animal no constituye la desviación de un carrero maltratador o de un asesino de gatos, sino que es un componente cultural históricamente arraigado que necesitamos discutir y revisar colectivamente y en todos los ámbitos de nuestra sociedad.

A su vez, hablar de especismo y de maltrato animal nos lleva a tratar otro asunto mucho más demorado aún dentro del animalismo y para el cual los feminismos también nos pueden brindar un horizonte superador. Hablo ahora de la metonimia propia de la idea de derecho “animal”.

Una de las primeras consignas de los feminismos consistió en alertar acerca de la metonimia tan internalizada, y que ni por cerca ha sido desterrada todavía, que reside en la utilización de la palabra “hombre” para referirnos a la humanidad que incluye tanto varones como mujeres y diversidades. De similar forma, cuando se habla de derechos animales, se habla del derecho de una exclusiva minoría de animales, generalmente consistente en los animales domesticados (con excepción del ganado) y

algunos otros mamíferos, en especial los primates y los pertenecientes a especies amenazadas, pero siempre dejando afuera al 95% de las especies del reino animal que se agrupan bajo la denominación de invertebrados.

Es por esto que, siguiendo el ejemplo de la lucha feminista, esta metonimia debería ser revisada. Por supuesto que no faltarán las voces que denuncien lo excesiva de esta propuesta, después de todo ya contamos con la experiencia del “hombre”. Pero bien puede servir el recorrido hecho por los feminismos, y sobre todo los avances logrados, para encarar este debate dentro del propio animalismo. Tal vez convenga empezar a hablar de derechos de los vertebrados, o de los mamíferos o incluso de los tetrápodos; las variantes son muchas y tienen que ser discutidas. Y seguramente este debate redunde en una mejor delimitación de las consignas “animalistas”, ya que la teoría de los derechos animales sigue sin poder resolver la cuestión del límite de la consideración moral y legal de los animales, es decir, todavía no se ha logrado un consenso sobre qué especies animales deben ser incluidas y cuáles no dentro de los derechos animales (es por esto que la denominación “especismo” también merece una exhaustiva revisión).

Reflexiones finales

En las páginas que preceden se pudo trabajar sobre algunos elementos pacificados del área de los derechos animales, sacudiendo su tranquilidad con herramientas tomadas de las corrientes críticas del derecho.

Si bien se pueden encontrar en la actualidad varios espacios que trabajan a los derechos animales bajo una perspectiva crítica, es necesario aumentar los esfuerzos para evitar que la causa animalista se amuralle dentro de reductos reaccionarios. El trabajo que aquí concluye pretende ser una contribución en este sentido.

Sin pretender, ni por asomo, haber desarrollado una teoría integral sobre el tema (como si algo así existiera), considero que se pudo ofrecer una aproximación hacia algunos ejemplos de cómo la interdisciplinariedad y las interseccionalidades pueden configurar un prometedor horizonte crítico para los derechos animales. Mucho hay todavía por descubrir y explorar para quienes entendemos a la causa animalista como una arista más en la búsqueda de un mundo más justo.

Bibliografía

- Barroso, A. de F. (septiembre de 2012). Sobre la concepción de sujeto en Freud y Lacan. *Alternativas en Psicología*, 16(27), 115-123.
- Carman, M. (julio-diciembre de 2015). El caballito de Boedo y el cartonero sin nombre: un abordaje crítico de los derechos animales. *Theomai*, 32, 189-209.

- Corti, G. L. (2020). El proteccionismo rioplatense del siglo XIX a partir del caso de la Sociedad Argentina Protectora de Animales (1879–1898). *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, 7(2), 121-143.
- Donaldson, S. y Kymlicka, W. (2018). *Zoopolis, una revolución animalista*. Madrid: Errata Naturae.
- Eidelsztein, A. (2012). El origen del sujeto en psicoanálisis. Del Big Bang del lenguaje y el discurso en la causación del sujeto. *El Rey está desnudo. Revista para el psicoanálisis por venir*, 5.
- Faria, C. (2016). Lo personal es político: feminismo y antiespecismo. *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, 3(2), 18-38.
- Francione, G. (2010). *Introduction to animal rights: Your child or the dog?* Filadelfia: Temple University Press.
- Guzmán Brito, A. (2002). Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (24). Valparaíso.
- Kohan, A. y Rodríguez, P. M. (2013). *Entre Freud y Lacan: el sujeto*. V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires.
- Lacan, J. (1981). *El Seminario. Libro 20*. Barcelona: Paidós
- Mosterín, J. (2015). Los derechos de los animales. En B. Baltasar (coord.), *El Derecho de los animales* (pp. 47-65). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Piazzini, C. A. y Corti, G. L. (2021). Las primeras sociedades protectoras de animales en Argentina contra los espectáculos de la barbarie y la crueldad (Rosario y Buenos Aires en el último cuarto del siglo XIX). *Trashumante. Revista Americana de Historia Social*, 18, 100-123.
- Preciado, P. (2019). *Un apartamento en Urano. Crónicas del cruce*. Barcelona: Anagrama.
- Rabbi Baldi, R. (2009). *Teoría del derecho*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Regan, T. (2016). *En defensa de los derechos de los animales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Singer, P. (2018). *Liberación animal: el clásico definitivo del movimiento animalista*. Barcelona: Taurus.

El acceso a los servicios públicos como derecho humano

Su recepción en el derecho comparado en las regulaciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Chile y Uruguay¹



Gabriela Díaz

Introducción

En la actualidad, la regulación de los servicios públicos se inserta en un ordenamiento jurídico que ubica en el centro a la persona tanto física como jurídica. La persona es reconocida como sujeto de derechos y a la que el Estado está obligado a reconocer y garantizar el ejercicio de tales derechos para el desarrollo sostenible, la democracia y el Estado de derecho.²

Desde esta perspectiva, anclada con los derechos humanos, se propone el marco legal actual para entender los desafíos que enfrenta el derecho público frente a esta concepción.

Para ello, haremos una breve aproximación al tema a través de un breve relevamiento del sistema legal argentino, pasando por otros ordenamientos nacionales latinoamericanos para comprender cuál es la recepción del concepto de servicios públicos en esos sistemas jurídicos identificando los puntos sobresalientes de cada fuente normativa, que estimamos contribuyen a enriquecer nuestro trabajo y a la comprensión de la regulación argentina.

¹ Este trabajo se desprende de la tesis de grado de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV), que la autora defendió en julio de 2022, titulada: “Los servicios públicos como derecho humano, a partir del análisis de la Jurisprudencia del caso Centro de Estudio para la Promoción de la Igualdad y Solidaridad vs Ministerio de Energía y Minería (CEPIS) en el año 2016”, y que contó con la dirección de Dr. Martin Cormick.

² CIDH Resolución 1/2020, 20 de septiembre 2022. Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/SACRO1_COVID19/documentos/resolucion01-2020_ilustrada.pdf

El servicio público en el derecho argentino

Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 se produjo la internacionalización del ordenamiento jurídico argentino (González Moras, 2008) configurando un cambio de paradigma trascendental en el derecho administrativo, basado en el reconocimiento de derechos de las personas humanas.

Ante la ausencia de una legislación autónoma unilateral de la cual emane un concepto respecto de los servicios públicos que los definan y establezcan su alcance, González Moras –en sintonía con este cambio de paradigma– estimó que se tornaba necesario el examen de las normas que rigen a los servicios públicos y que conforman la base para la construcción conceptual desde la perspectiva de los derechos humanos.

Aunque en las normas constitucionales no aparece expreso el concepto “servicios públicos”, debe considerarse que se encuentran amparados directa e indirectamente, de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Nacional,³ conforme a los diversos instrumentos internacionales ingresados al *corpus iuris*, y en concordancia con la supremacía de las normas convencionales del artículo 75, inciso 22 CN.⁴

Los tratados internacionales

Dentro del conglomerado jurídico, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ que alude al reconocimiento de toda persona como ser humano, y que establece que deben ser respetados los derechos y garantías que les son reconocidas por ley, sin distinción alguna, comprometiéndolo a los Estados a llevar adelante medidas que tiendan a proteger el pleno ejercicio de tales derechos.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXXVI hace una referencia expresa vinculada al deber de pagar un impuesto estipulado por ley que entraña a toda persona para sustentar los servicios públicos.

En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 11, dispone que le asiste a toda persona el derecho a tener “un nivel de vida adecuado para sí y su familia”, insertando el principio de progresividad al contener la expresión “una mejora continua de las condiciones de existencia”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador- artículo 11.1 consagra expresamente

3 Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

4 Constitución Nacional art. 75, inc. 22 “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

5 Convención Americana sobre Derechos Humanos Ley N° 23054.

el derecho de toda persona “a contar con servicios públicos básicos” siendo respetuosa de los ordenamientos de cada Estado al no indicar taxativamente a cuáles refiere la norma.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó a través de las observaciones generales una precisión en los contenidos y alcance de los derechos humanos esenciales para el desarrollo y subsistencia de toda persona, mediante la Observación General N° 4 (OG 4), en la que se reconoce como derecho humano al acceso a la vivienda adecuada e indicando que debe contar con aquellos servicios indispensables para atender al desarrollo integral de las personas que lo habitan, puesto que para todos los beneficiarios del derecho “los gastos que entraña la vivienda, tanto personales como del hogar, deben ser soportables, es decir, de un nivel que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas” (p. 8. c).

La Observación General N°14 (OG 14), además, establece el concepto del “más alto nivel posible de salud”, dicha fórmula está íntimamente relacionada al ejercicio del “derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida” (p.3), por ende, deben ser concebido como elementos esenciales subyacentes para acceder a los servicios públicos, considerando las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona y a la vez que expresa que “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (p. 9).

Es de suma importancia la Observación General N°15 (OG 15), ya que amplifica la gama de derechos que consagra el Pacto en cuanto reconoce el derecho humano al agua en los artículos 11 y 12 del PIDESC, con lo cual aporta a la desmercantilización de este recurso al disponer que se trata de un bien social y cultural e impone el deber de ser sostenible en el tiempo para las sociedades presentes y venideras. Esto incluye, además, del acceso al agua potable, al saneamiento adecuado, dado que representa un sistema protectorio del recurso y de la dignidad humana.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos hace referencia a los servicios públicos al expresar el derecho de acceso a los “servicios sociales necesarios” para alcanzar el “nivel de vida adecuado” (art. 25).

También la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones (art. 14. p. 2. h); y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art 5, e. iv., y f). Además, encontramos a la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, por lo que exige al Estado “adoptar 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”. (art. 27. p. 3).

Por último, las Naciones Unidas en un contexto de actualidad entienden la importancia de los servicios públicos al propiciar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, para lo cual presentó una agenda de trabajo y un plan de acción con 17 objetivos centrales y 169 metas particulares estableciendo como objetivo primordial “poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo”; y tiene como meta principal para el año 2030 que “el acceso universal a servicios de energía, agua potable sean asequibles, confiables y modernos”.

Las leyes nacionales

A nivel nacional, y como se señalara con anterioridad, se advierte la ausencia de una legislación especial unívoca que defina y regule los servicios públicos, por lo que debe acudir a los marcos legales de los entes reguladores correspondientes a cada servicio, v. gr., el ente regulador de energía eléctrica; el ente que rige el servicio de gas en red; y el ente tripartito e interjurisdiccional correspondiente al agua y saneamiento, y otros tantos.

La Ley N° 24065 concibe a la electricidad como un servicio público, especialmente en el transporte y su distribución, más excluyendo del concepto a la generación de la electricidad. También refiere sobre la protección al usuario y consumidor de conformidad con el ejercicio de sus derechos dentro de los límites del ordenamiento jurídico y lo que incumbe a las cuestiones tarifarias entre otros aspectos a destacar.

Créase en el ámbito de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, el que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2° de esta ley. El Ente Nacional Regulador de la Electricidad deberá estar constituido y en condiciones de cumplir sus funciones dentro de los sesenta (60) días de la puesta en vigencia de la presente ley (art. 54°).

Con la Ley N° 24076, ocurre algo similar, pues regula en materia de gas (ENARGAS) respecto al transporte y distribución de este servicio:

Créase en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Ente Nacional Regulador del Gas que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2 de esta ley. A los efectos de una adecuada descentralización del mismo, en cada área de distribución deberá preverse una estructura mínima pero suficiente para tratar la relación entre las empresas distribuidoras y los usuarios de dicha área. Dicha delegación del Ente Nacional Regulador del Gas se constituirá con la participación de representantes de las provincias que correspondan al área en cuestión (art. 50°).

La Ley N° 26221, referida al Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), consagra servicios públicos a la provisión de agua potable y colección de desagüe cloacal con la misma lógica que en la electricidad y el gas natural:

Créase en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, el Ente Regulador de Agua y Saneamiento, el que tendrá a su cargo el control del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Concesionaria del servicio público de provisión de agua potable y colección de desagües cloacales, y que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir la misión enunciada en el Marco Regulatorio aprobado por esta ley (art. 4º).

El tratamiento de los servicios públicos en el derecho comparado

El concepto de servicios públicos ha sido replanteado a lo largo del tiempo, de conformidad con la coyuntura de cada época e impulsado por las demandas de la sociedad determinada. Ante el umbral del nuevo orden económico se llevaron adelante reformas sustanciales en los ordenamientos nacionales de la región, en diferentes momentos, transformando la matriz del derecho administrativo.

Bolivia

La reforma de la Constitución boliviana logró articular políticas públicas buscando superar las vetustas y estériles discrepancias que no conducían a la transformación para el desarrollo del país entre dos modelos antagónicos, logrando imponer un modelo inclusivo de toda la población y en especial “con la presencia concreta de la Pachamama y la comunidad como realidades políticas significativas y actuantes” (Schavelzon, 2012).

El ordenamiento jurídico boliviano en materia de servicios públicos es producto de la reforma de la Constitución Política del Estado en 2009,⁶ que identifica y establece a qué llama servicios públicos –a los cuales califica de servicios básicos– y estos son el servicio de agua potable, el alcantarillado, la electricidad, el gas domiciliario y las telecomunicaciones.

La prestación de los servicios básicos se realiza a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias, en tanto la electricidad y gas domiciliario podrán ser prestados mediante contratos con las empresas privadas. Por otra parte, el acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, expresa la manda constitucional, que no son objeto de concesión ni privatización alguna y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a las leyes.

6 Art. 20. I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.

Además, se prescribe que los servicios básicos deberán responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia y eficacia, con la particular mención que allí se realiza sobre “tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social”. Por ello, se entiende que distribuye la responsabilidad con la sociedad, haciéndola partícipe en forma activa del control de la prestación y dando visibilidad al entramado que opera en torno a los servicios públicos. Sin embargo, Alemán Zapata (2022) admite que estos caracteres son cuestionados por una parte de la doctrina.

Brasil

La Constitución federal de 1988 marcó un nuevo rumbo en el esquema legal de la administración pública y adquiere relevancia al insertar los derechos sociales. Sin embargo, resultó insuficiente ante la profunda crisis económica presente al momento de su sanción, razón por la cual se debieron continuar con las reformas necesarias para atender a las demandas colectivas. Araujo de Gusmão (2014) considera que con la Enmienda Constitucional N° 19, de 1998, se completa la última fase de reforma constitucional.

En la redacción de la norma constitucional brasileña se verifican diversos artículos que aluden a los servicios públicos; cabe señalar los siguientes: i) el capítulo II de Derechos Sociales. Art 6 y ss.; ii) en el Título III de la Organización del Estado; iii) capítulo II de la Unión y; viii) capítulo III de los Estados Federales.⁷

Otra de las referencias constitucionales brasileñas se sitúa dentro de las disposiciones generales que incumben a la Administración Pública, como es la protección del derecho de participación del usuario conforme a una ley, representa la posibilidad a iniciar reclamos respecto de la prestación de los servicios, garantizando el acceso a la información y a los registros, y en caso de abusos de parte del agente de la administración.⁸

En la actualidad, las empresas privadas son las encargadas de proveer los servicios públicos. La Agencia en materia de las telecomunicaciones, por ejemplo, es responsable respecto de licencias, autorizaciones y, además, supervisa comportamientos que obstaculicen la competencia e irregularidades en el sector. Dichas empresas estaban supeditadas a compromisos sociales más estrechos atravesadas por “políticas

7 TÍTULO III. De la organización del Estado. Art 21.XI. operar ya sea directamente o mediante autorización, concesión, licencia, servicios de telecomunicación, como provisto por una ley que mantenga los servicios de la organización, creación de una agencia regulatoria y otros aspectos institucionales; XII. operar ya sea directamente o mediante autorización, concesión o licencia: b. servicios e instalaciones de energía eléctrica y utilización hidroeléctrica de poder, en cooperación con los Estados donde se sitúen las potenciales hidroeléctricas; c d. servicios de transporte ferroviario y acuaviário entre los puertos brasileños y fronteras nacionales, o que traspasen los límites de un Estado o Territorio; e. los servicios de transporte interestatal e internacional por carretera; f. puertos marítimos, fluviales y lacustres; Art 22 La Unión tiene poder legislativo exclusivo con respecto a: IV. aguas, energía, informática, telecomunicaciones y radiodifusión.

8 Art 37. XXIII. 3. La ley debe regular las formas de participación del usuario, directas e indirectas de administración pública, específicamente regulando: Acciones administrativas ultra-vires I, quejas relacionadas a la provisión de servicios públicos en general, asegurando el mantenimiento de servicios para atender a usuarios y evaluaciones periódicas, externas e internas, de la calidad de los servicios.

de universalización de servicios, inclusión de programas de inversiones en áreas preestablecidas, y de expansión de la oferta de líneas y servicios por el país” (Araujo de Gusmão, 2014).

La agencia reguladora de las telecomunicaciones (ANATEL) fue ejemplo de organización de mercado y estaba integrada por más de mil servidores. La misma no asume cuestiones relacionadas con la competencia, solo se encarga de regular cuestiones técnicas y fiscalizar el cumplimiento de los contratos.

Respecto del recurso del agua, en el año 2020 se sancionó la Ley N° 14026 y le otorga a la Agencia Nacional de Agua y Saneamiento Básico (ANA) la facultad de sancionar leyes aplicables para la prestación de los servicios públicos de agua y saneamiento.

Por otra parte, la Ley N° 9433/97 cumple con las directivas emanadas de la Constitución federal contenida en los artículos 20, III, y 26, I, dl, que coloca su dominio tripartito (Unión, Estados y Distrito Federal) y veda a la propiedad privada sobre dicho bien.

En tanto los artículos 22 y 26, I y II, de la Constitución, con relación al agua, le confiere la potestad a la Unión para elaborar leyes nacionales, estableciendo que los Estados y el Distrito Federal tienen la facultad para legislar al respeto de la administración y gestión de los recursos hídricos que estén bajo su dominio, en armonía con el ordenamiento nacional.

Por medio de la Ley N° 9433/97 se crea y reglamenta el Programa Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), a cargo del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos -SNGRH-, (art. 21, XIX, CF) (Bonora Vidrih Ferreira y Bonora Vidrih Ferreira, 2011).

Por otra parte, en materia de energía, en el año 1996 se crea la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL) en la órbita del Ministerio de Minas y Energía; cumple las siguientes funciones:

- regula la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica;
- supervisa el otorgamiento de concesiones, licencias y servicios de energía eléctrica, ya sea directamente o a través de entes públicos;
- establece los precios de la electricidad;
- resuelve conflictos entre empresas y entre empresas y consumidores.

Además, tiene la tarea la promover actividades relacionadas con la concesión, licencia y autorización de proyectos de energía eléctrica y servicios que realiza el Gobierno Federal.

Colombia

En el derecho colombiano se observa que el concepto en materia legislativa con la promulgación de la Constitución política de 1991 los servicios públicos domiciliarios figuran como el vehículo para la finalidad que persigue el Estado, dentro del cual se encuentra la justicia social, dignidad humana y calidad de vida, respecto de los usuarios, en concurrencia con el principio de libertad económica,

en relación con los prestadores, bajo el esquema del Estado regulador. El Estado debe garantizar la prestación a todos a través de operadores públicos, privados o por las comunidades organizadas, manteniendo la potestad de regular, controlar y vigilar la prestación de los mismos.

En este sentido el artículo 365 de la Constitución política establece:

ART. 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. El Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de los mismos.

Si bien Colombia ha receptado un método legal de liberalización del sector de los servicios que habilitan la libre concurrencia de prestadores públicos y privados al mercado de los servicios, también señala que es el municipio quien debe prestar los servicios de agua potable, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía pública conforme a la Ley N° 142, que rige en materia de servicios públicos (art. 5.1). No obstante, es posible que particulares (empresas, departamentos o nación) presten el servicio (art. 6).

Por medio de la Ley N° 142 se crearon las comisiones de regulación: son unidades administrativas especiales (similares a los entes reguladores argentinos); por ello, el régimen de los servicios públicos en el presente y en el futuro estará edificado por regulaciones expedidas por las comisiones de regulación.

Chile

Al término del régimen militar, se sostuvo la idea de minimizar la intervención de Estado en materia de servicios públicos, con lo cual resultó un periodo de escasa regulación que incluso sufrió la fragmentación de cada tramo de la prestación, en tanto, la gestión, explotación y prestación del servicio pasaron a manos del sector privado (Fliman Déllano, 2019).

En virtud del texto constitucional, podemos decir que hace una referencia a los servicios públicos implícitamente en el artículo 19 de la Constitución política de la República y otras menciones de forma expresa al “derecho de las aguas” que concede a los privados (art. 19.24 de CPR).

Los entes reguladores a través de los cuales el Estado supervisa la prestación de los servicios son, por ejemplo, la Superintendencia de Servicios Sanitarios (art. 2° de la LGSS)⁹; La Superintendencia de Electricidad y Combustibles; y la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) es quien tiene la potestad reguladora establecida por La Ley General de Telecomunicaciones.

9 Decreto con Fuerza de Ley N° 382. Ley General de Servicios Sanitarios (1988).

La Ley de Servicios de Gas (Ley N° 20999) dispone que del control y vigilancia se encarga la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, función que realiza al tiempo de la construcción y explotación del servicio.

La Ley de Gestión de Servicios Eléctricos decreta que el servicio es provisto mediante concesión: por ejemplo, el establecimiento de centrales hidráulicas de generación, subestaciones eléctricas, líneas de transporte de energía y el establecimiento, operación y explotación del servicio público de distribución (art. 2 y 3) (Fliman Délano, 2019).

A diferencia de otros ordenamientos nacionales, la LGSS prevé que todas las actividades que regula como servicio público: producción y distribución de agua potable, y recolección y disposición de aguas, son prestadas por particulares mediante concesión (Fliman Délano, 2019). En suma, se evidencia que todos los servicios aludidos son prestados por particulares mediante concesión o autorización administrativa.

Fliman Délano (2019) cuestiona la idea de gestión privada como la única manera de proveer servicios esenciales para la vida, ya que el mercado no resuelve las fallas presentes en la lógica de mercado.

Uruguay

Cuando de servicios públicos se trata, la doctrina señala que en lo concerniente a la prestación se instala el debate acerca de si es necesario “un adecuado balance entre una mayor liberalización y una justa intervención del Estado”, en virtud de que tales servicios se vinculan a los monopolios naturales (Bergara, 1999). Bergara también destaca el componente ideológico presente en el debate.

La noción de servicios públicos en este ordenamiento está vinculada a la noción de servicio universal, y esto obedece, en primer lugar, al impedimento de ofrecer respuestas a las eventuales fallas en el mercado y, en segundo lugar, a la participación de tales servicios en el ámbito económico.

En efecto, el concepto de servicio universal se corresponde con los requerimientos de solidaridad y presume el deber de prestar un servicio de calidad a precios asequibles y con un amplio acceso extensivo a todo el país, cuestión no menos importante, en sintonía con lo que señala Cormick, en tanto, “Las necesidades esenciales han de ser satisfechas por los servicios de interés económico general se logra por lo menos con una prestación con las características que posee el servicio universal” (Cormick, 2012).

En materia legislativa referida a los servicios públicos, en primer lugar, consagra como derecho humano esencial el acceso al agua incorporado a la Constitución de la República luego de la reforma del año 2004, y cuya prestación del servicio está a cargo directa y exclusivamente por el Estado. Así, el artículo 47 establece que

El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto. 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

Los demás servicios públicos son prestados mediante empresas públicas. No obstante, la naturaleza de ente autónomo o servicio descentralizado es determinado por el grado de autonomía y descentralización con que actúan estas empresas, siendo que los segundos están sujetos a un control más exhaustivo por parte del Estado y su autonomía administrativa está limitada por ley.

Entre las principales empresas públicas que fueron creadas como entes autónomos se encuentran: a) La Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas (UTE) (es una empresa pública del sector energía que se encarga del desarrollo de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica; b) La Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP); c) La Administración de Ferrocarriles del Estado (AFE).

En tanto, se presentan como servicios descentralizados a La Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL); Obras Sanitarias del Estado (OSE); la Administración Nacional de Correos (ANC); y la Administración Nacional de Puertos (ANP) (Domingo, Ponce y Zipitría, 2016).

Es necesario señalar que para determinados servicios se crearon unidades reguladoras. En el año 2001 se creó mediante la Ley N° 17296 la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), artículo 70 y ss., estableciendo la competencia del organismo en materia de comunicaciones, tanto telecomunicaciones como postales. En el año 2002 se sancionó la Ley N° 17598 de Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA). Es importante destacar que ambas unidades son servicios descentralizados del Poder Ejecutivo en “régimen de desconcentración no privada” (Domingo, Ponce y Zipitría, 2016). Las mismas no cumplen la función arbitral y de acuerdo con la Constitución de la República (arts. 7, 10 y 36), sus potestades normativas son limitadas y porque la facultad reglamentaria está en cabeza del Poder Ejecutivo (artículo 168.4)¹⁰

Numerosas propuestas se han presentado sobre la necesidad de regular los mercados de servicios públicos en Uruguay. Dicha regulación va dirigida tanto a empresas del sector público/privado como a concesionarias, cuya regulación debe promover la inclusión de la competencia en los casos que sea posible (Bergara, 2001: 38).

¹⁰ Ver Constitución de la República Oriental del Uruguay <https://www.impco.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/168>

Consideraciones finales

En esta nueva etapa en la que se encuentra el derecho público y en especial el derecho administrativo, vemos el nuevo papel que asume el Estado frente a los particulares, por un lado, como garante de derechos en favor de los usuarios y también de los proveedores de servicios en defensa de la competencia, y por otro, como ente regulador para propender el equilibrio en la relación usuario-prestador y entre los prestadores de servicios.

Queda en evidencia que los marcos regulatorios de los países de la región son fiel reflejo de la permeabilidad de las teorías neoliberales en los albores de la globalización, pero que obtuvieron en la mayoría de los casos efectos positivos, pues, el cambio de paradigma supo ser la piedra angular para la reestructuración de la organización administrativa de cada Estado.

En este sentido, se advierte, además, una toma de “conciencia que es la fuente material de todo el Derecho” (Cançado Trindade, 2003) por parte de los Estados respecto al recurso del agua, calificada como bien público inembargable y no enajenable, convirtiéndose en esencial para la subsistencia que no puede ser reemplazado, concebido como un derecho humano fundamental para toda la humanidad. Aunque vale aclarar que la cristalización de esta concepción implica una transformación supeditada a cambios en el ámbito ideológico, jurídico, político, económico y social a nivel global y particularmente de cada Estado (Camargo, 2014).

A pesar del fortalecimiento de los cuerpos normativos que reflejan la “emancipación del ser humano como sujeto de derecho nacional como internacional” (Camargo, 2014), ello no es suficiente, pues aún los Estados mantienen una deuda pendiente en materia de servicios públicos: resulta necesario el diálogo interdisciplinario a nivel institucional, con la participación activa de la sociedad, para lograr mitigar los obstáculos que impiden el acceso a los derechos humanos fundamentales.

Bibliografía

- Alemán Zapata, R. (23 de septiembre de 2022) Servicios públicos. Servicios de telecomunicaciones en Bolivia. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-primaderecho-admin/article/download/1475/1376> 23 de septiembre 2022
- Araújo de Gusmão, H. C. (2014). Un análisis del diseño constitucional y de la evolución del sector público brasileño. *ReDCE*. Año 11(21), 15-43. Recuperado de https://www.ugr.es/~redce/REDCE21pdf/01_araujo.pdf
- Bergara, M. (2001). Introducción. En *La regulación de servicios públicos. Una nota introductoria*. Montevideo: Universidad de la República. Recuperado de <https://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/2019/09/La-Regulaci%C3%B3n-de-Servicios-P%C3%ABlicos.pdf>
- Bonora Vidrih Ferreira, N. y Bonora Vidrih Ferreira, G. L. (2011). Bases legales de gestión de las aguas en Brasil. *Medio Ambiente y Derecho*, 12. Recuperado de BASES LEGALES DE GESTIÓN DE LAS AGUAS EN BRASIL

- Cançado Trindade, A. A. (2003). El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional. San José de Costa Rica.
- Camargo, S. R. M. (2014). Los servicios públicos como derechos fundamentales. *Derecho y Realidad*, (24). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC.
- Cormick, D. (2012). Servicios públicos en la actualidad. Hacia políticas de utilización eficiente de los subsidios. *Revista Derecho Público*. Año I, (3), 231-247.
- Domingo, R.; Ponce, J. y Zipitría, L. (2016). Regulación económica para economías en desarrollo (cap. 6). Montevideo: Universidad de la República. Recuperado de <http://leandro-zipitria.com/libro-regulacion/ee-pp-uy.html#el-marco-regulatorio-en-am%C3%A9rica-latina>
- Fliman Délano, G. D. (2019) *La noción actual de servicio público en el derecho público chileno*. (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Luis Cordero Vega). Universidad de Chile. Santiago de Chile.
- González Moras, J. M. (2008). El régimen del servicio público en los ordenamientos públicos globales. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* año XXXi-361. XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones RAP, 395 y ss.
- Schavelzon, S. (2012). *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz: Plural/ CEJIS.

Crítica feminista al derecho

El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia



Yamil Carlos Jalil Montiel

Introducción

La concepción feminista del derecho esboza que el derecho constituye una de las principales manifestaciones de poder dentro de la sociedad, y que dicho poder no solo se observa en los parlamentos y en las leyes, en los tribunales y en los juicios, sino también en otras instancias que conforman el sistema jurídico.

Las observaciones feministas del derecho discuten los principios básicos del sistema jurídico y los postulados de la teoría jurídica, a partir de los cuales se plantea evaluar críticamente las leyes y las instituciones que constituyen el ordenamiento jurídico, así como mostrar alternativas al ordenamiento existente.

La concepción feminista del derecho cuestiona, además, los atributos del sujeto de derecho, la naturaleza de los derechos, la relación entre el derecho y la justicia, así como el significado mismo del derecho y de la justicia:

Es en el momento en que se alcanza plenamente (o casi) la emancipación, con el acceso a los derechos y la extensión y la multiplicación de los derechos mismos a todos/as, con la cancelación de normas discriminatorias y la promulgación de normas dirigidas a promover no sólo la paridad formal sino también la sustancial, cuando la pregunta radical acerca de la naturaleza misma del derecho y derechos modernos,

su lógica de funcionamiento, su utilidad para disminuir las injusticias y legitimar pretensiones nuevas adquiere mayor intensidad (Pitch, 2003: 22).

Crítica feminista al derecho

El debate feminista acerca del uso del derecho está íntimamente relacionado con las concepciones que se tengan del derecho y de los derechos, así como la forma en que cada una de estas perspectivas considera necesario y útil para garantizar la inclusión de las demandas de las “mujeres” y de otros sujetos de derecho. De esta manera, la cuestión acerca de la utilidad del derecho o de las estrategias para transformarlo en el sentido indicado asume diversas modalidades.

En primer lugar, se ha señalado que el “derecho representa la vertiente discursiva y procedimental de las relaciones de poder presentes en una sociedad, desempeñando un papel decisivo en la perpetuación de los esquemas patriarcales de dominación” (Ruiz, 2009: 11).

Por ello, las teorías críticas feministas se han formulado desenmascarar la ideología y la estructura patriarcal que se esconden detrás del texto de las normas jurídicas. La concepción feminista contradice la idea de una teoría jurídica neutral e indiferente ante los fenómenos sociales, por el contrario, tratan de demostrar las creencias e ideologías que consolidan el *statu quo* y que restringen la libertad de determinados grupos sociales.

Aquí el concepto de patriarcado se utiliza para hacer referencia al dominio masculino generalizado en la civilización occidental, a través de la adjudicación del poder en los ámbitos económico, político y familiar, con base en la distinción entre la esfera pública y la privada. Consecuencia de ello es la firme resistencia del ordenamiento jurídico a intervenir en el ámbito privado en aras de la intimidad familiar, y la disposición a invisibilizar los intereses de las mujeres en la esfera privada, contribuyendo de esta manera a consolidar la hegemonía masculina.

Pero junto a la dimensión crítica de las concepciones feministas, se destaca también su dimensión constructiva orientada a alterar el derecho, de manera que este recoja los intereses de las mujeres en un entorno pospatriarcal. El dilema está en determinar si, para erradicar la discriminación es suficiente con cambiar el contenido de las normas que regulan una situación determinada o si, por el contrario, se deben transformar los procedimientos que la cultura jurídica tiene como garantes de la objetividad, imparcialidad y neutralidad en la resolución de los conflictos jurídicos.

De ahí que las teorías feministas se esbozan el reto de cambiar cualitativamente el ordenamiento jurídico, al mantener que la voz de las mujeres sea tomada en cuenta en la sanción de las normas, la justificación de las instituciones jurídicas y la orientación de la práctica jurídica.

En segundo lugar, frente a los enfoques que idean al derecho como pura norma, el feminismo hace hincapié en su carácter de práctica discursiva social y específica, “que produce sentidos propios y dife-

rentes de los generados por otros discursos sociales, y que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto que operan en un contexto histórico-social determinado” (Ruiz, 2009: 12).

Siendo un discurso social a través del cual se consagra que alguna acción u omisión es como permitida o prohibida, lo que hace el derecho es otorgar sentido a las conductas de los seres humanos, convirtiéndolos en sujetos y asignándoles poder de forma diferenciada.

En esta línea, se centra la atención en cómo el derecho construye la relación entre sujetos y cuerpos, cuál es el sujeto que aparece como modelo y qué capacidades y poderes le son atribuidos. De acuerdo con este planteamiento, el derecho únicamente norma el cuerpo femenino. Las mujeres son presentadas como “el otro” del sujeto que sirve de modelo. El cuerpo masculino adulto y sano no está normado porque es el estándar de referencia.

Estas podrían no tener ningún efecto o incluso podrían reforzar las estructuras patriarcales. Como se puede observar, muchas leyes que se han promulgado para el supuesto mejoramiento de la condición jurídica de las mujeres con el tiempo han producido nuevas dinámicas de exclusión y discriminación hacia algunos o varios grupos de mujeres.

Una teoría crítica del derecho debería tener la capacidad de vincular el derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación; correr el velo de las relaciones de poder que oculta y ser capaz no solo de describir el derecho existente sino, primordialmente, de democratizarlo.

En este marco, una metodología para el análisis del fenómeno legal, desde una perspectiva de género, implica descubrir cuáles son las necesidades y experiencias que orientan la formulación de las leyes.

A través de esta metodología se puede revelar a la mujer que está presente en el discurso jurídico o reconocer a aquella que ha sido invisibilizada por él. Es decir, permite identificar a la mujer que ha sido contemplada como “el otro” del paradigma de ser humano y, desde ahí, analizar cuáles son los efectos de las normas en mujeres de diferentes clases sociales, etnias, creencias, orientaciones sexuales, edades, etcétera.

Además, posibilita establecer cuál es la mujer que aparece representando a todas las demás mujeres, ya que hay derechos que se otorgan a determinados colectivos de mujeres y que producen discriminaciones a otros. Se trata de un estudio de carácter contextual que analiza la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto y que institucionaliza la desigualdad.

Un análisis de género contextualizado considera qué variables como la etnia, la clase social, la edad, entre otras, atraviesan el género y lo modifican. El análisis de género, por otra parte, rompe con las formas dicotómicas de pensar el mundo y las relaciones sociales. Implica un examen más complejo y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas.

No obstante, como sostiene Butler,

los términos hombres y mujeres no muestran identidades homogéneas. Estas cualidades logran estabilidad y coherencia solamente en el contexto de la matriz heterosexual, que prescinde a quienes no cumplen las exigencias normativas tácitas del sujeto. En este sentido la identidad es un ideal normativo más que un aspecto descriptivo de la experiencia de las personas (Butler, 2007: 71-72).

Entonces, lo que se piensa como “natural” de hombres y mujeres es una construcción ficticia instituida a través del ordenamiento obligatorio de atributos de género. Por tanto, un análisis de género del fenómeno jurídico no puede seguir insistiendo en la coherencia y la unidad de estas categorías, porque al hacerlo estaría negando la multitud de intersecciones culturales, sociales y políticas en que estas se construyen y un efectivo acceso de las mujeres a la administración de justicia, confiriéndose a la mujer su calidad de sujeta de derecho.

Si bien es cierto que las mujeres conocemos menos nuestros derechos, y que, aun conociéndolos, no tenemos el mismo acceso a la administración de justicia, también lo es que las leyes en sí, son androcéntricas y por ende nunca han reflejado nuestras necesidades, potencialidades ni características (Facio, 2009).

Perspectiva de género en la administración de justicia

Las sociedades industriales actuales, sostenidas en el gobierno jurídico de los sujetos, han logrado convertir al derecho en un instrumento técnico de gestión. En ese marco, las teorías del *management* promueven el reinado de la gestión, una difusión incontrolada de la técnica, que busca un gobierno sin hombres: “la gestión mundializada tiene aires de dictadura sin dictador” (Legendre, 2008: 43).

En el centro mismo de este proceso histórico se halla el juridicismo, que reduce el derecho a mera información y organiza sus teorías y marcos de interpretación a partir de los postulados racionalistas, humanistas y conductistas que parten del supuesto del sujeto idéntico a sí mismo, el sujeto de la autoconciencia, del autoconocimiento y del autocontrol. Enfoques que, en definitiva, se resisten a reconocer la experiencia subjetiva de lo inconsciente, y de la repetición por estructura: “el inconsciente es dogmático; podría decir el inconsciente no comprende más que eso, el dogmatismo” (Legendre, 1982: 44).

El modelo de esta teoría jurídica decimonónica europea confía en un “juez inanimado” que se atiene a la ley para cada caso, y por consiguiente, su tarea era totalmente objetiva y aséptica en tanto se limitaba a identificar la norma legal en la que podía subsumir en su hipótesis fáctica el caso que debía resolver y deducir la respectiva consecuencia jurídica prevista en aquella.

En ese paradigma, las soluciones jurídicas las brindaba en exclusividad el legislador y a tenor de la presunción de un legislador plena y perfectamente racional la tarea judicial carecía de toda dimensión creadora y se reducía a transitar formalmente el camino del silogismo.

Siguiendo las ideas de ciertas perspectivas teóricas que han procurado, ya cerca del fin del siglo pasado, hincarle el diente a ese paradigma, podemos decir:

La declaración solemne de derechos y garantías de carácter universal se agota en el propio acto de enunciación: de los derechos sólo nos queda su promesa en el papel. Esto convertiría al derecho en un discurso vacío, hipócrita, que colabora en la representación distorsionada del mundo en la medida en que, por un lado, promete garantías y protecciones que en realidad niega, creando falsas ilusiones de universalidad, y, por otro lado, oculta el empleo provechoso del derecho por grupos sociales privilegiados y colabora en el mantenimiento de ese privilegio (Courtis, 2009: 377).

Este abordaje ha sido empleado, por ejemplo, por los estudios de derecho y sociedad, la criminología crítica, el feminismo y el movimiento por el acceso a la justicia en campos tales como el derecho social, el derecho penal, el derecho de familia y el derecho procesal.

En particular, el movimiento de acceso a la justicia plantea una perspectiva contextual del derecho, a partir del cual los problemas jurídicos dejan de ser solo problemas jurídicos y a pasan a ser también parte de, cuando no también causa y/o efecto (directo o indirecto) de otros problemas en los que se entremezclan otros factores sociales, económicos, políticos, culturales, etcétera (Heim, 2016: 35).

En muchos países de la región, ya no se pone en duda que la violencia contra las mujeres encarna una grave violación de los derechos humanos que les impide el pleno ejercicio de su autonomía.

Por lo tanto, habría que plantearse los siguientes interrogantes: ¿de qué manera influyen los procedimientos judiciales en las posibilidades efectivas de ejercer los derechos que consagran las leyes? ¿En qué medida la ausencia o limitaciones de políticas públicas con perspectiva de género dificultan el ejercicio de esa autonomía?

El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia

Frente a una situación de violencia de género, el ordenamiento procesal de la provincia de Rio Negro establece que la investigación que lleva adelante el Ministerio Público Fiscal tiene que observar, entre uno de sus deberes, el de brindar protección y contención a la víctima según el artículo 12 Código Procesal Penal, principalmente a la víctima en condiciones de vulnerabilidad conforme a las Reglas de Brasilia, como así también conteste a los principios fundados en el derecho internacional de derechos humanos enfocados a definir el campo de actuación dentro del deber de debida diligencia en los casos que involucran violencia de género, además representa un deber que requiere una doble exigencia y contiene alcances adicionales.

Se ha afirmado que, ante un hecho de violencia contra una mujer, la investigación debe ser profunda y efectiva y también se ha determinado que las autoridades a cargo de la investigación deben ser competentes e imparciales y deben asegurar que se inicie *ex officio* y sin demora una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra las mujeres.

Una investigación seria y objetiva implica un seguimiento y contacto continuo y fluido con la víctima, para informarla, para conocer sus necesidades y, fundamentalmente, para empoderarla, atendiendo siempre a sus circunstancias personales.

El órgano interdisciplinario y especializado al que se hace referencia en la recomendación 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, a los efectos de corroborar si en el caso la víctima se encuentra en condiciones de expresar su voluntad y sus deseos de manera libre, es la Oficina de Atención a la Víctima (Ofavi, art. 43 inc. A, Ley N° 4199).

El trabajo realizado por esta oficina, compuesta por psicopedagogos, psicólogas y asistentes sociales, consiste en llevar adelante un abordaje interdisciplinario como el requerido en estos casos, permitiendo que la tramitación de la denuncia resulte respetuosa de los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia.

En cuanto a la experiencia y el enfoque que requiere el tratamiento de estas situaciones, se pueden evidenciar algunas falencias en los informes realizados por estos organismos especializados, precisamente en lo que hace a la perspectiva de género. Por ejemplo, se suele preguntar a la mujer víctima “situación de la relación de la pareja” con relación al agresor: una cuestión básica desde esa perspectiva, dado que toda situación de violencia de género implica una relación asimétrica de poder y el consecuente sometimiento que ejerce el hombre sobre una mujer, con manifestaciones de diversa índole; y se suele informar que “están separados hace tiempo”, lo que dista largamente de responder a tales estándares y revela una formación insuficiente sobre la temática en cuestión.

La Instrucción General IG 01/2016/PG de la Procuración General del Ministerio Público, contiene en su Anexo III el formulario MPF-VG-200, de Evaluación en riesgo de violencia de género, estableciendo una encuesta estandarizada, en la cual sumando el resultado de las respuestas proyectan un rango de riesgo en el que se hallaría la víctima de violencia de género y dicha evaluación debe ser ejecutada por los profesionales de la Ofavi.

El formulario aludido cuenta con un cuestionario en el cual cada respuesta afirmativa suma un punto, dividiéndose cada pregunta en: datos personales de la víctima, situación de la relación de pareja, tipo de violencia, perfil del agresor y vulnerabilidad de la víctima.

Dicho formulario requiere la firma de la víctima al final del mismo, y como se encuentra expresado en la misma Instrucción, fue extraído del modelo que utiliza la provincia de Córdoba, habiendo agregado y modificado algunos ítems para adecuarlo a la problemática de la provincia de Río Negro. No se encuentran mayores aclaraciones al respecto, como, por ejemplo, quiénes fueron los que confeccionaron

el formulario original, si se llevó a cabo por un equipo de profesionales formados en la problemática de violencia de género.

La Instrucción General 02/18 PG, dictada por la Procuración General del Ministerio Público, modifica parcialmente la instrucción general 1/16, teniendo en cuenta la vigencia de la Ley N° 5020, alterando el número de artículos. Sin embargo, ratifica los criterios generales para la aplicación de criterios de oportunidad y los supuestos en los que no se aplica el instituto, según los términos de la IG 1/16/PG.

Además, contiene pautas en las que debe basarse el fiscal en el caso que haga uso del instituto: a) Si la solución adoptada resulta la más adecuada y reparadora del daño. b) La opinión de la víctima al respecto. c) La ponderación que efectúa sobre la libertad y el empoderamiento de la misma al momento de emitir dicha opinión. d) El mayor bienestar de la víctima y su grupo familiar. e) Existencia previa de planificación de la agresión o transgresión al orden por el acusado. f) La probabilidad de que el acusado vuelva a desarrollar una conducta ilícita. h) La probabilidad de que vuelva a constituir una amenaza para la seguridad de la víctima con el acusado. i) La historia de la relación. j) Toda consideración con perspectiva de género del contexto social y familiar notificando al fiscal general y a la Procuración.

Tales criterios deberían ser tenidos en cuenta al momento de orientar el actuar de operadores de la justicia, frente a la posible aplicación de la suspensión de juicio a prueba en aquellos delitos encuadrados en violencia de género, al tratarse también de un método alternativo de resolución del conflicto, tema que analizaré en el apartado siguiente.

Esta inobservancia de la problemática y los rasgos característicos de una situación de violencia de género contribuye a que se le otorgue un tratamiento que resulta inadecuado y conduce, por ese motivo, a la revictimización, y puede dar lugar a la exposición a violencia de índole institucional.

Además, no es posible interpretar que, aunque el informe refiera que la víctima de violencia “puede expresar su deseo de dar por finalizada determinada etapa del proceso”, ello no significa necesariamente un consentimiento acabadamente informado sobre en qué consiste y qué consecuencias jurídicas tiene, por ejemplo, una suspensión de juicio a prueba como alternativa a la prosecución del juicio. Ello es así porque para arribar a esa conformidad resulta necesario, haber transitado un proceso de acompañamiento integral que garantice, entre otras cosas, la inexistencia de cualquier presión o imposición al respecto, ya sea personal o institucional, principalmente tratándose de un conflicto que revela desde su origen una relación de desigualdad estructural.

Al respecto, cabría esperar que tanto los jueces como las partes procuren que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria). En todas las fases del procedimiento penal se debe proteger la integridad física y psicológica de la víctima.

En ese sentido, corresponde hacer referencia a las disposiciones de la Ley Nacional N° 26485 que, entre los derechos protegidos, contempla “un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización” (art. 3 inc. k).

A su vez, en el artículo 16 prescribe los derechos y garantías que se deben cumplir en cualquier procedimiento judicial o administrativo, entre los que encontramos el derecho a que la mujer obtenga una respuesta oportuna y efectiva; que sea oída personalmente por el juez o por la autoridad administrativa competente; que reciba protección judicial urgente y preventiva y un trato humanizado, evitando la revictimización; que se recurra a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, etcétera.

Por lo que cualquier procedimiento judicial debe cumplir con la obligación de obtener el consentimiento libre e informado de la afectada sobre las medidas a tomar y las posibles consecuencias; incluir el deber de información sobre derechos y recursos disponibles.

En el mismo sentido, el artículo 36 de la Ley N° 26485, establece:

Obligaciones de los/as funcionarios/as. Los/as funcionarios/as policiales, judiciales, agentes sanitarios, y cualquier otro/a funcionario/a público/a a quien acudan las mujeres afectadas, tienen la obligación de informar sobre: a) Los derechos que la legislación le confiere a la mujer que padece violencia, y sobre los servicios gubernamentales disponibles para su atención; b) Cómo y dónde conducirse para ser asistida en el proceso; c) Cómo preservar las evidencias.

Entonces, las personas afectadas tienen derecho a obtener toda la información relacionada con el proceso (personas intervinientes, plazos, posibles resultados) y el derecho a acudir con una persona de su confianza a las entrevistas.

Es importante señalar que situaciones que involucren violencia de género no son susceptibles de mediación como mecanismo de resolución de conflictos, en razón de la asimetría existente entre las partes y la violación de derechos humanos fundamentales, lo cual nos lleva a analizar la influencia de la autonomía de voluntad de la mujer víctima dentro de los métodos alternativos que suplantán al proceso penal tradicional, en búsqueda de medidas de prevención, las cuales buscan ser más eficaces que la condena penal.

El rol de la autonomía de la voluntad en el proceso penal

Entre los métodos alternativos de resolución de conflictos, encontramos previsto el instituto de suspensión de juicio a prueba, contemplado en el artículo 76 del Código Penal y en el artículo 98 del Código Procesal Penal, siendo la intención del legislador para su creación: la función de llevar a juicio oral y público solo aquellos delitos considerados graves.

Pero hay que advertir que, en el año 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció el precedente “Góngora”, que se aplica cuando el delito investigado se encuentra enmarcado en violencia de género, no concediendo la aplicación de la suspensión de juicio a prueba. Todo ello, instituido en que

Argentina es Estado parte de la Convención de Belém do Pará, incorporada a nuestro ordenamiento legal en el año 1996, la cual impone que frente a estos tipos de delitos debe determinarse la responsabilidad de su autor, y al aplicar el aludido instituto se estaría evitando la realización del juicio oral, conforme al artículo 7 de la Convención, comprometiendo la responsabilidad internacional de nuestro país (Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092, 2013).

Cabe destacar que el Superior Tribunal Justicia de la provincia de Río Negro “ha sentado su postura en cuanto a que, verificado que se está ante el juzgamiento de hechos constitutivos de violencia de género y que existe dictamen negativo debidamente fundado, no resulta procedente la suspensión del juicio a prueba, con expresa cita del caso “Góngora” (“CH. C. S. C/F M. L. S/LESIONES”-IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA, 2020).

Hay que aclarar que la suspensión del juicio a prueba, tal y como está previsto en nuestro ordenamiento, no procede en todos los casos cometidos con violencia de género, sino en aquellos casos en que se cumplan con las condiciones previstas por el artículo 76 de Código Penal. Si nos circunscribimos solamente a la escala penal impuesta en los tipos penales, ello se verificaría, por ejemplo, en los delitos de amenazas, las lesiones, el abuso sexual simple, las desobediencias.

Al momento de decidir si es conveniente ir a un debate oral y público o la aplicación de una medida alternativa como la suspensión del juicio a prueba, deben ser valorados los elementos legales de procedencia del instituto, pero también se deben evaluar las características propias del caso concreto y, por supuesto, las necesidades y pretensiones de las víctimas. Pero, como advertiera anteriormente, los informes realizados por los órganos interdisciplinarios y especializados encargados de corroborar si en el caso la víctima se encuentra en condiciones de expresar su voluntad y sus deseos de manera libre demuestran falencias, imposibilitando lograr de la mujer víctima un consentimiento acabadamente informado sobre en qué consiste y cuáles son las consecuencias jurídicas de la aplicación de la suspensión.

Ahora bien, existe una posición doctrinaria que, en contra de lo resuelto en el fallo “Góngora”, entiende que es procedente la suspensión del juicio a prueba, haciendo hincapié en proteger el derecho penal de última ratio y las garantías de los imputados, tales como el principio de inocencia e igualdad ante la ley.

Esto representa, lo que podríamos nombrar como los polos extremos de la discusión. Sin embargo, existe una postura intermedia según la cual debe evitarse la adopción de criterios absolutos en estos casos problemáticos.

Esta postura intermedia sostiene que la suspensión del juicio a prueba puede devenir en un mecanismo adecuado a las necesidades de las víctimas, imponiendo reglas de conducta al imputado y que están destinadas a proteger a la víctima brindando soluciones ajustadas al caso concreto y que es perfectamente compatible con las normas internacionales. Quienes se expresan en este sentido suelen afirmar que deben “construirse soluciones a la medida. A la medida de las necesidades de la víctima, de la intensidad del conflicto de que se trate, de las posibilidades reales de trabajo con el imputado” (Lorenzo, 2018: 3).

A partir de esto, creo que es ineludible poner en discusión la supuesta contradicción insalvable entre las medidas alternativas al debate en juicio oral y las normas del derecho internacional de derechos humanos. Resulta necesario analizar la eficacia que pueden tener tales medidas al momento de solucionar las cuestiones vinculadas a la violencia de género e insistir en la necesidad de evitar la adopción de criterios absolutos.

En la actualidad existe una tendencia a disminuir el poder represivo estatal. En este sentido, el Código Penal, en su artículo 59, contempla la aplicación de criterios de oportunidad y de conciliación o reparación integral del perjuicio, como causales de extinción de la acción penal.

Ahora bien, ¿qué sucede con lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 26485, en el sentido de que, en los casos calificados como violencia contra la mujer quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación?

Los argumentos para prohibir las medidas conciliatorias en los casos de violencia de género son plausibles. La Guía para la Aplicación de la Convención de Belem do Pará, el MESECVI (2014) se ha manifestado en contra del uso de la conciliación para resolver delitos de violencia contra las mujeres, debido a que se asume que existe igualdad de condiciones en la negociación, lo cual no suele suceder en los casos de violencia de género.

Se concluye en la Guía que, dadas las condiciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, los métodos orientados a resolver extrajudicialmente los casos de violencia de género deben ser suprimidos, dado que concluyen perjudicando a las mujeres y dificultan su derecho de acceder a la justicia y a obtener una reparación del daño.

En este sentido, podríamos decir, con ciertas prevenciones, que la suspensión del juicio a prueba sería equiparable a la conciliación o mediación y, por lo tanto, se encontraría prohibida, lo que nos lleva a realizar otras precisiones.

Considero que lo que se prohíbe es la existencia de una negociación entre partes que, muchas veces, no están en igualdad de condiciones para hacerlo. Sin embargo, es un error suponer que la suspensión del proceso implique algún tipo de acuerdo entre partes, siendo indispensable un acompañamiento integral que garantice, entre otras cosas, la inexistencia de cualquier presión o imposición sobre la víctima, siendo un juez o una jueza quien decide, mediante resolución fundada y previo dictamen de un fiscal, su procedencia.

Advertimos que, con una apropiada gestión del conflicto por parte del sistema penal, es viable cumplir con las obligaciones de prevención que también son asumidas por el Estado y exigidas por el derecho protectorio internacional. “Para ello, no podemos perder de vista la casuística del caso concreto, las particularidades del imputado y la situación de vulnerabilidad de la víctima, sin dejar de oír la y conocer qué tipo de reparación espera” (Dottori, 2018: 7).

Por lo tanto, adoptar criterios absolutos de solución en estos casos significaría desconocer esta realidad, sometiendo a las mujeres a procesos penales que tal vez no quieren atravesar y desoírlos en

sus pretensiones, por considerarlas carentes de poder decisorio, como si el hecho de ser víctimas de violencia de género anulara su subjetividad.

Existen múltiples elementos que el órgano juzgador deberá valorar para dilucidar los motivos que llevan a las víctimas a solicitar la suspensión del juicio a prueba, para luego determinar la conveniencia de ello. Todos estos elementos implican la escucha real y apreciación de las pretensiones de la víctima, siendo importante la tarea del equipo interdisciplinario para obtener el consentimiento libre e informado de la víctima sobre las medidas a tomar y las posibles consecuencias e incluir el deber de información sobre derechos y recursos disponibles. Estos parámetros, justipreciados a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, pueden resultar sumamente útiles para determinar la validez del consentimiento otorgado por la víctima de violencia de género, con relación a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

Conclusión

El análisis de género rompe con las formas dicotómicas de pensar el mundo y las relaciones sociales. Implica un examen más complejo y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas. El análisis de género “desde la perspectiva de las mujeres”, es decir, desde el punto de vista que concibe a la mujer como un ser subordinado, que ocupa un lugar de menos poder y de menor privilegio que un hombre de su misma clase, etnia, opción sexual, edad, creencia, etcétera, y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres en general.

Los términos hombres y mujeres es una construcción ficticia instituida a través del ordenamiento obligatorio de atributos de género. Por tanto, un análisis de género del fenómeno jurídico no puede seguir insistiendo en la coherencia y la unidad de estas categorías, que generan discriminación e imposibilitan el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia. Podemos observar que la solución adoptada en “Góngora” no puede ser, bajo ninguna circunstancia, una solución aplicable de manera automática y antipáticamente en todos los casos de violencia contra la mujer. La postura que sostengo, busca desalentar la producción en serie de sentencias iguales para casos supuestamente análogos, dado que ninguna voluntad estatal puede determinar, de manera previa y generalizada, qué es lo mejor para un caso particular.

La intención es ampliar los márgenes para que las y los juzgadores puedan dar una solución adecuada al caso concreto, aplicando una perspectiva de género y haciendo uso de todas las herramientas disponibles, ya sean procesales, interdisciplinarias, normativas, doctrinarias, jurisprudenciales y fácticas. Solo así podemos devolverle a la mujer su calidad de sujeta de derecho, con un Estado que se ubique a su lado y no por encima de la víctima.

Bibliografía

- Butler, J. (2007). *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.
- “CH. C. S. C/F. M. L. S/LESIONES” – IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA, MPF-BA-05823-2018 (SECRETARÍA PENAL STJ N°2 11 de 12 de 2020).
- Courtis, C. (2009). Detrás de la ley. En C. Courtis, *Desde otra mirada* (pp. 343-396). Buenos Aires: Eudeba.
- Dottori, R. (2018). ¿Cómo abrir nuevas propuestas de abordajes para los delitos de género y conexos a la violencia contra las mujeres? ¿Pensamos en ellas? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3-15.
- Facio, A. (2009). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 181-224). Quito: V&M Gráficas.
- Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092., N° 14.092 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION 23 de abril de 2013).
- Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Legendre, P. (1982). Discurso jurídico y discurso psicoanalítico. En P. Legendre, R. Entelman, E. Kozicki, T. Abraham, E. Marí, E. Le Roy y H. Vezzetti, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, (p. 44). Buenos Aires: Hachette.
- Legendre, P. (2008). *Dominium mundi. El imperio del Management*. Buenos Aires: Amorroutu.
- Lorenzo, L. (31 de octubre de 2018). *Asociación Pensamiento Penal*. Recuperado de <https://www.pensamiento-penal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47098.pdf>
- Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- Ruiz, A. (2009). Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada* (pp. 9-17). Buenos Aires: Eudeba.

El derecho al buen vivir como herramienta de poder y dominación

Que Gilead no(s)
sea una fantasía



Fabiana Passini*

*Wakchakaspapas jatarinkum, uñunaykukuspa kallpayoc
kaspapa.*

*(Hasta los más pobres se ponen de pie, cuando se unen y se
dan fuerza).¹*

Introducción

En una sociedad donde encontramos enormes desigualdades sociales, la invitación a la acción real del buen vivir y la felicidad de las personas dentro de un espacio de sociabilización suena claramente utópico o inalcanzable; sin embargo, no son pocas las voces que hace ya un tiempo vienen pregonando esta posibilidad como forma social de organización, donde los derechos consagrados hace varias décadas en diferentes formatos de instrumentación internacional, o incluso

* Fabiana L. Passini, abogada de "la calle", UBA. Docente de grado de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional José C. Paz. Docente Posgrado Especialización de Familia, UNPAZ. Docente de grado de la Licenciatura del Servicio Penitenciario Federal, por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Directora del Instituto de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes del CALM. Profesora invitada en clases espejos para México (CIIJUS), Colombia (UNILIBRE - UNIVERSIDAD AUTÓNOMA - UNISANGIL - UNIPAMPLONA - UNIVERSIDAD COOPERATIVISTA) y Costa Rica (Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica) en las materias de Derecho de Familia, Niñez, Adolescencia; Violencia de Género y Diversidad Sexual. Especializada en Magistratura en la Escuela del Servicio de Justicia de la Universidad Nacional de La Matanza, conjuntamente con del Ministerio Público Fiscal. Especializada en Derechos Humanos y Justicia constitucional-derecho de Género, por la Universidad Di Bologna, Escuela Superior de Estudios Jurídicos; Italia.

¹ Rabinovich-Berkman, R. D. (2003). Matrimonio Incaico. Quito: Edit. Jurídica Cevallos, pág. 35.

dentro de marcos teóricos constitucionales, sean realmente transformados en acciones políticas concretas como forma de constituir aquel anhelado *sumak kawsay*, que en otros antiguos siglos supieron ser los postulados de las organizaciones originarias de los territorios que actualmente ocupamos. Las preguntas, en todo caso, se centrarán no en la posibilidad real de conquistar esta forma de ver la organización social, sino, una vez más, en cómo los poderes concentrados puedan utilizar dichos conceptos para consagrar nuevamente espectros de sometimiento social. Entonces, ¿es posible pensar en una alternativa social que no busque constituir su organización social en el derecho al buen vivir sin que ello implique una nueva forma de fomentar ejercicio de poder sobre ciertos grupos vulnerables? Como mujer “malditamente” escéptica, intentaré crear un lazo de intersección entre los postulados del Buen Vivir, las críticas desatadas en torno a este concepto a los fines de alcanzar la felicidad y la posibilidad de la utilización del poder real de estas formas conceptuales, para continuar, aunque transformado, el ejercicio de poder sobre ciertos cuerpos constantemente sometidos.

Que Gilead NO sea una fantasía

Hay algo en la idea del libro de Margaret Atwood² que me resulta COMPATIBLE con la idea del buen vivir. *El cuento de la criada* basa el nacimiento de una sociedad como la de Gilead luego que un grupo de políticos teócratas decidieran que ¡era suficiente!, que ya era imposible vivir bajo las normas del consumismo, del capitalismo. Que las supuestas libertades en las que la sociedad se amparaba a los fines de sostener esos sistemas se habían convertido en “libertinajes”, que en definitiva destruirían la humanidad y el planeta en su conjunto teniendo en cuenta el desequilibrio en el que se veía envuelta toda la especie viviente. El punto límite lo habría otorgado el problema de la infertilidad, dada en todo caso por los altos niveles de contaminación a los que habíamos sido sometidos y de este modo no solo se expusieron a la extinción diversas especies animales y vegetales, sino que ahora era el turno de la humanidad.

En esta nueva sociedad se consume lo necesario, se cultiva en colonias alimentos que más tarde son distribuidos a la sociedad, alimentos libres de tóxicos. Se intenta llevar adelante un proceso de limpieza para revertir los niveles de contaminación y lograr en todo caso comenzar a recuperar mares y tierras. ¡En esta sociedad todos, todas y todes cumplen un rol específico para lograr este proceso! Podríamos, entonces, argumentar que había razón suficiente para que esos grupos de políticos teócratas lucharan para lograr un cambio radical que revierta ese proceso. Simple supervivencia: “En el desierto, no hay ninguna señal que diga, no comerás piedras”.³

2 Escritora canadiense, nacida en Ottawa en 1939, que desarrolló esta obra en el año 1984, publicada un año más tarde y convertida en una serie televisiva exitosa en el año 2016.

3 Proverbio suffi.

Definiciones aclaratorias

Establecer de qué hablamos cuando dejamos escapar las palabras *sumak Kawsay* es prioritario para comprender su origen, sus usos, sus nuevos sentidos y resignificados si los hubiere. En ese camino, entonces, apelaré a tomar el siguiente concepto:

En Bolivia se utiliza el término “vivir bien” y en Ecuador “buen vivir” (suma qamaña en aymara y *sumak kawsay* en quechua), para designar el paradigma armonioso entre los humanos y la naturaleza [...] Lo que Álvaro García Linera llama “ritualismo dialogante con la naturaleza y metabolismo entre el ser humano y el medioambiente, no es más que una práctica del paradigma del “Buen Vivir” (Zaffaroni, 2012: 156-157).

Pareciera, entonces, a primera vista, que este concepto es producto de una relación equilibrada entre todos los seres vivos de nuestro planeta (al estilo de películas americanas, como *Avatar*) incluidos, claro, los seres humanos, en donde ese equilibrio represente entonces un modo equitativo de satisfacción de vida para lograr el pleno vivir de cada uno de sus integrantes. En estos nuevos significantes de este concepto ancestral de pueblos originarios, resulta necesario para el logro de ese equilibrio la intervención del Estado. Y allí vamos de nuevo, el Estado en sí mismo es generador de poder, por tanto, el peligro se encuentra latente. Si es necesario que se inmiscuya la figura y la concepción del Estado, entonces estaremos frente al comienzo de una de las manifestaciones del poder, ya que es este el que lo representa normalmente en su máxima expresión y no necesariamente implica un significado negativo. Alguien debe conformar ese poder para ordenar. Para pujar, para conquistar hegemonías y con ello, probablemente, manifestar opresión. Al parecer, poder y opresión son retroalimentantes.

Ingenuo sería de nuestra parte creer que en las comunidades originarias preexistentes y de donde tomamos estos conceptos, el poder no estuviera presente y afirmar que la relación equilibrada entre los diferentes seres vivos fuese completamente equitativa.

Todas, absolutamente todas las culturas que hasta ahora han poblado la faz de la Tierra, han tenido facetas bien diversas, que a juicio de posteriores estudiosos (juicios variables, a su vez) han constituido aspectos loables unas, y deplorables otras. Las civilizaciones indígenas en nada difieren ni escapan de esta regla general. No estaban en América los jardines del Edén, pero los infiernos tampoco (Rabinovich-Berkman, 2003: 22).

No vayan a pensar ustedes que soy una pesimista que solo ve “el lado oscuro de la fuerza”; pero el poder en cualquiera de sus circunstancias y momentos históricos ha evidenciado que lucha y puja entre las potestades entre el bien y el mal. Intento hacer apenas un pequeño análisis sobre este concepto en el cual no puedo dejar de obviar ni mencionar el sentido foucaultiano:

por poder hay que comprender, primero, la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o al contrario, los corrimientos, las contradicciones que aíslan a unas de otras; las estrategias, por último, que las tornan efectivas y cuyo dibujo general o cristalización institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales (Vacca y Coppolecchia, 2012: 61).

El meollo

De ese mismo modo se construyen sensaciones, pedagogías y al final del camino y según el momento histórico en que nos encontremos, siempre se construyen las hegemonías políticas, culturales e ideológicas que se expresan en la sociedad en un tiempo determinado: “Es preciso que nuestro cuerpo, que se va haciendo socialmente actuante, consciente, hablante, lector y ‘escritor’, se adueñe de manera crítica de su forma de ir siendo lo que es parte de su naturaleza, constituyéndose histórica y socialmente” (Freire, 2005: 55). De este modo indefectiblemente se construye el poder.

Todo esto se relaciona inmediata e irremediabilmente con cualquier tipo de estructura social que se quiera organizar e instalar y comienza el riesgo inevitable de cruzar el límite imperceptible hacia las fuerzas de opresión. El concepto gramsciano de “hegemonía” resulta crucial para poder entender, entonces, a dónde intento llegar, aunque más no sea con el planteamiento de la duda, casi como una obligada necesidad, si es que es cierto que soy una buena adherente de la teoría crítica del derecho.

Gramsci define la hegemonía como “dirección política, intelectual y moral” [...] Esta no es para nuestro pensador un sistema de ideas, ni se identifica con la falsa conciencia de los actores sociales, sino que constituye un todo orgánico y relacional encarnado en aparatos e instituciones, un cemento orgánico que unifica en torno a ciertos principios articuladores básicos un “bloque histórico” y las prácticas productoras de subjetividades en el proceso de transformación social. Para Gramsci, los hombres toman conciencia de sí y de sus tareas en el contexto (Giacaglia, 2002: 151-159).

Está claro que nadie en su sano juicio, suponiendo que exista un juicio insano, podría criticar un modo de vida que siente sus bases desde lo filosófico, ideológico, cultural y necesariamente práctico alrededor del concepto del buen vivir; podríamos incluso imaginar que dicha concepción encuentra conexión y sintonía con el derecho a la felicidad que todo ser viviente procura lograr y que, justamente, hace un par de décadas se intenta racionalizar para construir este concepto sumamente ligado a la necesidad de dejar de encontrar en ciertos tratados de derechos humanos meras buenas intenciones estampadas en un papel.

Entonces, uno comienza así a preguntarse si la posibilidad de coexistir según la lógica derivada del buen vivir indefectiblemente nos lleve a una estabilidad de la felicidad. Básicamente, lograr instaurar

comunidades que se organicen según este precepto resultaría entonces, y como conclusión, en un final de esta búsqueda. ¿La búsqueda de la felicidad dejaría de ser una búsqueda para lograr concretarse y ser una realidad cierta? ¡Al diablo entonces con la utopía!

No son pocas las voces que se alzan desde lo colectivo y lo individual a favor de estos preceptos y que no se limitan a lo teórico, sino que lo concretan en lo práctico. Desde pequeñas comunidades donde, por ejemplo, la agricultura familiar y/o comunitaria se vislumbra como un aporte a evitar grandes fumigaciones o la utilización de agroquímicos, hasta quienes alegan que aportan a esta construcción teórica a través de cuestiones relacionadas con las formas de alimentarse. Pero para mi sorpresa, en construcción teórica al menos, empresas como Monsanto también fundan sus campañas publicitarias en algunos aspectos de esta lógica de convivencia armónica sin que por ello dejen de manifestar que la producción en masa y rápida es la única forma de lograr que esa armonía alcance a todos. Es claro que no se puede dejar de esbozar una sonrisa irónica al respecto.

Es decir que, en materia de discurso, da la sensación de que tanto a los “buenos” como los “malos” les resulta atractivo apropiarse de al menos uno de los conceptos integrantes de esta teoría.

Las formas de convivencia actuales son cada vez más intolerables para todos los que habitamos el planeta y, aun así, es dable ver como se han ido transformando en acciones, aunque aún individuales, los cambios o modos no solo de coexistir, que se vinculan mucho más con las formas de vida de las culturas originarias donde en sus distintas variables asumían esta práctica para la comunidad, sino en cuanto a que, además, el daño al ambiente se encuentra sumamente cerca de lo irreversible. Sin embargo, pareciera que falta aún una verdadera conciencia colectiva donde se piense y se active dicha modificación, de modo que nos encuentre a las mayorías (por no decir a todos) inmersos en esa lógica de convivencia. En realidad, entiendo que lo que falta es una construcción social hegemónica respecto del buen vivir.

La lógica dominante es distinta a la nuestra. Somos conscientes de que la vida está en riesgo, seres humanos, plantas, animales, montes, cerros y agua son vidas que existen en el mundo, indispensables entre sí y se complementan... Cuando se deterioran los elementos de la vida, se desarmoniza la sabiduría (Francia y Tola, 2018: 42).

Y es que, en definitiva, no será nunca posible, al menos en lo inmediato, lograr construir y adoptar de una manera voluntaria dichas lógicas de convivencias sin construcción de organización, pedagogías, cultura y poder para establecer la hegemonía suficiente para lograr sostenerla en el tiempo. Esa construcción, como cualquier otra en cualquier tiempo y espacio, no podremos simplemente decir que resulta adoptada por cada uno de los individuos que constituimos las sociedades en forma abarcativa, lo que implica que siempre hay sectores a los que se les impone con mayor o menor grado de fuerza.

A estas lógicas intenté referirme, al exponer la idea en el principio de este breve escrito. Puesto que, como expresara el Dr. Zaffaroni en *La Pachamama y el humano*, el narcisismo del ser humano que no se descarta innato, tiende a resistir o en su versión mimetizada a manipular en su favor estos postulados adoptando en parte las mismas para desfigurarlas al momento de la práctica.

En definitiva, la objeción contra el reconocimiento de la titularidad de derechos de la naturaleza en base a estas posibles perversiones discursivas no es más que la reiteración de la primaria reacción que a lo largo de la historia se ha registrado ante cualquier noticia que le advierte al humano que no es tan centro ni tan privilegiado como se ha creído: desde Copérnico hasta Darwin o Freud viene pasando lo mismo. El narcisismo humano tiende a radicalizar las posiciones supuestamente defensoras del humanismo hacia un antropocentrismo que raya en los límites del exabrupto cartesiano (Zaffaroni, 2012: 91).

Esta visión, que es histórica y permanente, también es posible encontrarla dentro de las organizaciones que establecemos como bases de comunidad. En mayor o menor medida existe, entonces, una porción de esta que no podría establecerse de otra manera que no fuera al menos con el imaginario de creer que nos encontramos de alguna forma en consonancia armoniosa con nuestro entorno.

Entiéndase esto desde lo más pequeño, es decir, incluso aquel que junta tapitas para el Garrahan y que considera, convencido, estar colaborando en forma conjunta con otro ser viviente y para con el planeta todo. Aunque esto último no se encuentra estipulado desde ninguna referencia normativa ni concepto legislativo de imposición o, aunque así fuera, probablemente resultaría realizado de igual modo, ya que opera por la mera subjetividad moral que cada individuo en particular detenta. Existe, entonces, en forma meramente individualista una conciencia moral que opera a favor de acciones que se corresponden con el concepto del buen vivir, pero claro no es suficiente, la mera acción individual no coadyuva a la conjunción armónica que el concepto requiere.

Por otra parte, también tenemos postulados legislativos varios, de diferentes compromisos, tanto entre Estados heterogéneos en su conformación de tales como normativas que hacen a las coincidencias básicas de los integrantes de esa comunidad. Es decir, la idea de un buen vivir, de uno u otro modo ya se encuentra instalada en nuestras propias conciencias de vida, en mayor o menor medida, con mayor o menor grado de expansión comunitaria. Podemos hablar, entonces, de tratados internacionales, compromisos entre Estados, normativas constitucionales, donde las de mayor resonancia son aquellas que consideran a sus comunidades argumentando la lógica de los pueblos originarios: Constitución de Ecuador, Bolivia, Colombia y, por qué no, la de 1949 en Argentina.

Tanto en la primera como en la segunda, la idea del buen vivir rescata no solo la armonía entre las diferentes especies que componemos el planeta, sino que subraya en la de Bolivia el reconocimiento de las diferentes culturas antepasadas y la memoria establecida en esos pueblos. Y en la de Ecuador le añade, para la conformación de un buen vivir, los aspectos relativos a los derechos sociales de los pactos internacionales. Es decir, el concepto del buen vivir pudo haber nacido con ciertos objetivos,

pero ha sido transformado en tiempo y espacio para adecuarlo a cada una de esas nuevas sociedades a las que se dirige:

El vivir bien resulta entonces ser una especie de meta-valor (al que otros valores más comunes deben supeditarse, como los de igualdad, inclusión y equidad social).

Incluso el sistema educativo y el nuevo modelo económico deben ser guiados por el principio del vivir bien (Barié, 2014).

De esta manera, también se incluyen en Colombia los conceptos relativos a las diversas culturas que conviven en esas tierras. Puede no verse con tanta claridad, pero siguiendo el lineamiento de lo que se establece respecto al modelo económico en cuanto a la necesidad de *aggiornarse* a las lógicas de un buen vivir, la Constitución peronista de 1949 no estuvo lejos de esta construcción conceptual. Y es claro que otras normativas internacionales y otros preámbulos varios de diferentes constituciones también han tomado esta idea de alguna u otra forma en sus postulados y valores.

Véase como estos preceptos receptados por estas legislaciones se establecen y se ratifican al menos desde el discurso, independientemente del signo o la ideología política que dirigen cada uno de esos países. Otra vez el imperativo moral para apaciguar la realidad.

Con todo esto, entonces, no podemos dejar de mencionar en tono de pregunta si debería haber sido suficiente el argumento jurídico para que se impregne en el pensamiento de las sociedades a las que van dirigidas y con ello lograr una vida de felicidad interesante –léase con cierta ironía–.

Retomo, nadie en su sano juicio podría negar que esta forma de vida es, en suma, la felicidad.

Pero tengo por ahí una persona que cada vez que me aproximo a su encuentro me susurra una frase que estimo borgiana: “la felicidad nunca es completa”. ¡Maldito realismo, maldito Borges!

Podría pensarse que el discurso de los derechos humanos tendría por función la de delimitar y formar una verdadera baranda que protegería una supuesta esencia humana contra la totalización comercial. Así, con frecuencia puede escucharse decir que los derechos humanos son los derechos de la parte frente al todo, de lo privado frente a lo público, del individuo frente a la sociedad. Pero en la sociedad comercial, todas estas categorías – Público, Privado, Individuo, Sociedad – están hechas con el mismo molde y están definidas por el valor del cambio (Benasayag y Charlton, 1989: 30).

Entonces, como todo concepto nacido de la moralidad, es probablemente una utopía, básicamente porque su concreción se *aggiorna* a conceptos que son capitalistas: “En nuestros días, decir que Stalin o Pol Pot podían representar en lo que fuere una utopía ‘realizada’ responde más a una pereza

intelectual que a un cuestionamiento cualquiera de la utopía, ‘no-lugar’, por definición inalcanzable” (Benasayag y Charlton, 1989: 29).

En fin, una utopía más dentro de tantas que nos envuelven por allí. Tanto la de la concreción de la convivencia armónica para una visión que siempre tiende a lo totalizante, tanto como para lograr conquistar de una maldita vez la felicidad. Estas discusiones resultan innovadoramente antiguas e indiscutiblemente necesarias para seguir formando alguna conciencia social, que contenga al menos un poco el desastre al que hemos llegado. Una nueva conciencia social y hegemónica que coincida con las necesidades que el momento histórico requiere y contemple las ideas esbozadas en tratados internacionales, pero que no apliquen nuevas subyugaciones.

¿Que Gilead SOLO sea una fantasía?

Hay algo en la idea del libro de Margaret Atwood que me resulta INCOMPATIBLE con la idea del “buen vivir”. La crisis ecológica ha alcanzado niveles extremos, el capitalismo y el consumismo está claro que no se corresponden con la equidad deseada y elaborada en conceptos jurídico-doctrinarios, ni mucho menos en las acciones políticas de quienes ejercen la función pública y ostentan el poder. Un golpe de Estado llevado adelante por un grupo de políticos que retoman ideas bíblicas con los objetivos de refundar la sociedad de manera que sea posible una coexistencia más agradable, más armónica. Para refundar esa nación y dado el problema de infertilidad causado por la contaminación atroz del planeta, la sociedad teocrática decide el uso de determinadas mujeres clasificadas como buenas gestantes, aunque no aptas para el ejercicio de maternidad. El uso específico de esas mujeres denominadas “criadas”, a través de la imposición de la fuerza en los primeros años y de la asunción del rol social con las generaciones venideras, es exclusivamente para las familias que han tomado el poder:⁴

— Comandante Fred: Vamos...me anima, presionándome ligeramente los hombros. Me interesa tu opinión. Eres inteligente, debes de tener una opinión.

— Deffred: ¿Sobre qué?, pregunto.

— Comandante: Sobre lo que hemos hecho, contesta. Sobre cómo han salido las cosas. [...] No se puede freír un huevo sin romperlo, sentencia. Pensábamos que haríamos que todo fuera mejor.

— Deffred: ¿Mejor?, repito en voz baja. ¿Cómo es posible que crea que esto es mejor?

— Comandante: Mejor nunca significa mejor para todos, comenta. Para algunos siempre es peor.

(Margaret Atwood, *El cuento de la criada*)

⁴ Ana Obregón es una conocida actriz española, que en 2020 perdió a su hijo por un cáncer a los 27 años. Antes de someterse al tratamiento, el joven guardó su esperma en un banco en Nueva York porque tenía el deseo de ser papá. Aless Lequio falleció y el consuelo que encontró la actriz fue cumplir la voluntad de su hijo, por lo que Ana viajó a Estados Unidos y, mediante un vientre subrogado, nació Ana Sandra.

Bibliografía

- Barié, C. G. (2014). Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador. *Revista de Estudios Latinoamericanos*, 59, 9-40.
- Benasayag, M. y Charlton, E. (1989). *Crítica de la felicidad*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Francia, T. y Tola, F. (2018). *Filosofía QOM. Teoría toba sobre la alteridad*. Buenos Aires: Las Cuarenta.
- Freire, P. (2010). *Cartas a quien pretende enseñar*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Giacaglia, M. (2002). Hegemonía. Concepto clave para pensar la política. *Tópicos*, 10, 151-159.
- Rabinovich-Berkman, R. D. (2003). *Matrimonio incaico. El derecho de familia del país de los incas en los últimos tiempos*. Buenos Aires: Cevallos Editora Jurídica.
- Vacca, L. y Coppolecchia, F. (2012). Una crítica feminista al derecho a partir de la noción de biopoder de Foucault. *Páginas de Filosofía*, 13(16), 60-75.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *La Pachamama y lo humano*. Buenos Aires: Ed. Madres de Plaza de Mayo, Colihue.

Aumento, disminución y prórroga en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional



Sandra Romina Schworer

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar, en el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN), el aumento, disminución y prórrogas en imperio del Decreto delegado N° 1023/01, que actualmente se encuentra reglamentado por el Decreto N° 1030/16 (RCAM).

En el campo de los contratos administrativos, una de las prerrogativas o potestades básicas que la Administración pública puede ejercer es la modificación unilateral de su contenido por razones de interés público, mediante acto administrativo debidamente fundado, regulado por el artículo 7 del Decreto-Ley N° 19549¹, y en el marco de las potestades modificatorias de la Administración del artículo 12 del Decreto N° 1023/01. Esta potestad, claro está, es para casos excepcionales, y funda su existencia en tanto la Administración estatal no puede estar atada a condiciones que ya no satisfacen el bien público.

Una de las discusiones que se da en torno a este tema es la relacionada a estas cláusulas que, como bien ha indicado CASSAGNE,

¹ Ley N° 19549 (Ley de Procedimiento Administrativo).

no existen las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas. Lo que sí existen son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general constitutivo del régimen administrativo” y esas prerrogativas “no dependen de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse a él (Cassagne, 2005: 19 y ss.).

Así, parafraseando a Marienhoff, entendemos que estos privilegios se derivan de la existencia de disposiciones exorbitantes en el derecho consuetudinario y se entiende que existen en derecho y en principio, aunque los documentos contractuales no los establezcan expresamente. Estos poderes son inviolables para el Estado y no son prerrogativas de la autoridad, entendida como los remanentes de los regímenes autoritarios, sino la potestad jurídica del Estado para lograr sus fines, se supone que sirve al propósito general según el resultado del contrato que la autoridad administrativa celebre (Marienhoff, 1998: 348).

Haciendo un poco de historia, fue la propia jurisprudencia de la Corte, en el voto del Dr. Fayt en el caso Dulcamara, que estableció como uno de los elementos distintivos de los contratos administrativos la presencia implícita o explícita de cláusulas exorbitantes del derecho privado, junto a la presencia del interés público y al sujeto estatal como la parte contratante.²

La jurisprudencia ha establecido que

en este marco, el Estado goza de diversas prerrogativas exorbitantes del derecho privado, entre las cuales cobra especial relevancia en el sub lite la facultad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato por razones de interés público —conocida tradicionalmente como *ius variandi*— con el único límite de no afectar su sustancia (Marienhoff, 1998: 401 y ss.).

En este sentido, el destino del contrato debe ser preservado, y la modificación no puede implicar un cambio de finalidad para su cumplimiento, puesto que de lo contrario esto puede afectar las garantías constitucionales del contratista por las modificaciones realizadas por la Administración (Cassagne, 2018).

La reforma también encuentra sus límites en la necesidad de mantener un adecuado equilibrio financiero y económico en la relación entre contratista y Administración. Cabe recordar que uno de los principios de los contratos administrativos incluye a la eficiencia en búsqueda del cumplimiento del interés público y en general en los actos administrativos, promoviendo el óptimo uso de los fondos públicos del Estado.

² Fallo DULCAMARA SA c/ ENTEL s/ cobro en pesos. Fallos 313:376. Considerando 8, voto del Dr. Fayt.

Aumento y disminución

Enfocándonos en lo que pretendemos analizar, el Decreto N° 1023/01 materializó esas mencionadas potestades, así es el artículo 12, inciso b del Decreto N° 1023/01 nos dice que la autoridad administrativa tiene “la facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos”.

De la letra del decreto surge que las prestaciones pueden ser modificadas cuantitativamente hasta un veinte por ciento (20%), donde el proveedor está obligado a aceptar el cambio siempre que el acto esté motivado y debidamente fundado. Por otro lado, en lo cualitativo, se establece que las condiciones y precios son los pactados en el contrato otorgado en primera instancia, considerando que la modificación realizada efectúa un aumento de los bienes requeridos originalmente, debiendo por ello abonarse el excedente conforme a los precios y condiciones establecidos.

Estas modificaciones pueden realizarse en cualquier momento del contrato, es decir, desde el momento de su adjudicación, durante el plazo de la vigencia del mismo y hasta tres (3) meses después de su finalización. Lo que se busca con ello es evitar la realización de una nueva licitación, evitando dichos costos (personal, procedimiento). Ello, argumentado en el principio de razonabilidad y eficiencia para cumplir el interés público, según lo dictado en el artículo 3 inciso a del Decreto N° 1023/01.

La ampliación no sería jurídicamente viable si presupone la realización de tareas distintas a las previstas en el Pliego de Bases y Condiciones, hecho que no podría encuadrarse dentro de la facultad de ampliación prevista en el artículo 100 del RCAM N° 1030/16 ya que se estaría frente a una nueva contratación. Así es que, la ONC dice que “la ampliación de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual, sino que debe considerarse parte del mismo, ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución”.³

La Ley N° 13064 de Obra Pública, por su parte, en su artículo 38, prevé una situación específica, que surge de la modificación por parte de la Administración de un punto que aumenta o disminuye en más de veinte por ciento (20%) de su valor. En este caso, ambos tienen derecho a fijar un nuevo precio para el punto modificado, en acuerdo de las dos partes.

En caso de disminución, la nueva tarifa se aplicará a la totalidad del trabajo realizado en el ítem, pero en caso de aumento, esta nueva tarifa solo se aplicará a las cargas de trabajo que excedan la tarifa acordada originalmente. Si no se llega a un acuerdo entre las partes contratantes, la Administración podrá disponer la ejecución de la obra del elemento aumentado o disminuido directamente por sí mismo o bajo un nuevo contrato, sin derecho a reclamo del empresario. Por el contrario, si la modificación implica la sustracción total de un punto, el contratista podrá optar por ejecutar el contrato en su nuevo estado o darlo como extinguido por culpa de la Administración.

³ Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/06, 205/13, 14/15 y 81/15, entre otros. Cfr. Dictamen ONC N° 176/2015. Dictamen ONC N° IF-2019-51190471-APN-ONC#JGM.

Curiosamente, y excediendo el artículo a reglamentar, el RCAM 1030/16, en su artículo 100, inciso 1, nos indica que puede ampliarse hasta un 35% el contrato, siempre y cuando el proveedor preste conforme consentimiento de ello. Consideramos, claro está, este artículo como un exceso de la potestad reglamentaria del Estado. Aun así, si el proveedor no presta conformidad a la solicitud de la Administración, este acto no generará ningún tipo de responsabilidad ni será pasible de sanciones o penalidades.

Las mencionadas prerrogativas de la Administración pueden afectar a una, algunas o todas las líneas de la solicitud o contrato, pero en ningún caso debe aumentar o disminuir el porcentaje anterior en cada ítem por separado. Cuando por la naturaleza del contrato no sea posible prorratear las unidades para la entrega de la cantidad solicitada, se podrá aceptar la entrega de más o menos cantidades, en la medida permitida por el proveedor, que es la cantidad mínima que se puede repartir. Estas diferencias aumentarán o disminuirán por el monto del pago correspondiente sin más reclamo. No se permite en modo alguno la concesión de aumentar o disminuir el monto total del contrato para ampliar los plazos de vigencia. Es decir que podemos ampliar el contrato ya sea que se trate de suministros o de prestación de servicios en su monto total bajo los límites reglados, con respecto a los bienes y/o servicios, pero no el tiempo de duración del contrato, el cual es objeto de prórroga.⁴

A la luz de todo esto, podemos ver que en el fallo Vicente Robles,⁵ los aumentos o disminuciones dictados por la Administración de forma unilateral, en facultad de sus prerrogativas modificatorias, podrían afectar el principio de igualdad de tratamiento para los posibles proveedores (oferentes) en cualquiera de las etapas contractuales que alteren el sentido propio y original del contrato o donde mediante cláusulas ambiguas e imprecisas quien posee la potestad de unilateralidad abuse de sus posibles modificaciones. Todo ello fue dispuesto previo a la sanción del actual Decreto N° 1023, el cual regula posibles desigualdades entre proveedores u oferentes y la Administración.

Interpretando con relación a nuestro tema el considerando 16 del mencionado fallo Robles, se entiende que los pliegos no deben contener términos específicos para que otras empresas no participen del mismo por no ser beneficioso presentarse, y que luego de que el único postor obtuviera el contrato, los términos se modificarán para que consiguiera una ventaja, ignorando así el principio de igualdad de ofertas.

Esta uniformidad parte del principio de igualdad ante la ley signado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el cual se interpreta en vistas de que no pueden existir preferencias o ventajas en ninguna etapa del proceso (antes, durante o al finalizar). Esto implica hacer llegar a todos los oferentes toda la información, sin dar determinados datos a uno y a otros no; y *a posteriori*, significa no hacer modificaciones que puedan perjudicar a los oferentes que hubieran ofrecido distinto o que no se hubiesen presentado al llamado por resultar poco viable.

4 Dictamen ONC N° IF-2020-73635334-APN-ONC#JMG.

5 Fallo Vicente Robles SAMCICIF. v. Estado Nacional /Servicio Nacional de Parques Nacionales s/ nulidad de resoluciones, Fallos 316:382.

Prórroga

Por su parte, el inciso g del mismo artículo 12 del Decreto N° 1023/01 nos indica que la prórroga es una extensión del tiempo de los contratos de servicios o de suministro de cumplimiento sucesivo, siempre y cuando figuren en el pliego de bases y condiciones particulares, y debe ser aceptada solamente cuando sea requerido por las particularidades o el interés público. Esta prerrogativa debe estar debidamente fundada, señalando cuál es el interés público comprometido en el contrato o la prestación que se prorrogue.

Solo puede ser aplicada esta prerrogativa en los contratos antes mencionados (servicios o suministro de cumplimiento sucesivo), y pueden ser ampliados por plazos iguales o menores al original, por una sola vez. En el caso de los contratos plurianuales, solo pueden hacerse por un (1) año más. Es preciso señalar que, si bien son válidas las prórrogas, no se admiten reducciones en el plazo de un contrato. Es decir, en su caso, deberá optarse por algún modo de finalización.

Esta prerrogativa en estos contratos se debe de realizar mientras el mismo esté vigente y no una vez que esté vencido, todo ello mediante acto administrativo debidamente fundado. Vencido el contrato, debe iniciarse un procedimiento para llegar a concertar uno nuevo.

En principio, se respetan los precios del pliego de bases y condiciones otorgado, pero debido a la fluctuante economía nacional, se considera que, si los precios del mercado varían, estos se pueden recomponer en este nuevo plazo, para no perjudicar al contratista. Sobre este punto, haciendo una interpretación amplia del artículo 96 del Decreto N° 1030/16, se puede renegociar los precios en las prórrogas de los contratos, siempre y cuando se justifique dicha modificación en los precios.

Tan es así, que, si la jurisdicción o el órgano de contratación decide ejercer la opción prórroga, debe evaluar antes de que expire el contrato original si se produjeron cambios en los precios de mercado. Esto requiere la elaboración de informes técnicos a los efectos de que en primera instancia se indiquen estas fluctuaciones antes de emitir una orden de compra diferida, permitiendo así la evaluación cuantitativa de los cambios de precios de mercado, con un resultado extraordinario que es ni más ni menos que un presupuesto alentador más adecuado de lo que busca el proveedor. Como parte del informe técnico mencionado anteriormente, se debe examinar el aumento en la estructura de costos de los proveedores y su impacto en la economía, así los contratos completados presentados de esta manera para la revisión de la propuesta final con la suficiencia de precios evitan distorsionar o discontinuar la ecuación de manera razonable en la que se espera que la condición económica y financiera del contrato se amplíe. A tales efectos, en caso de no existir acuerdo, la Administración no podrá utilizar la opción extendida y no podrá responder ante la negativa de la oferta, con la aplicación de una sanción a los contratistas.⁶

Para los casos en que no se llegue a un acuerdo entre la Administración y el proveedor, no se podrá hacer uso de esta prerrogativa, y por tal, no debe de aplicarse penalidades o sanciones al contratista.

⁶ Dictamen ONC N° IF-2019-94758746-APN-ONC#JGM.

Se debe tener en cuenta que no puede prorrogarse el contrato si previamente se aumentó el mismo hasta su límite en un treinta y cinco por ciento (35%). También, que esta prerrogativa no puede ser usada por la Administración para prorrogar el pliego, si el contratista o persona está sujeta a sanciones o penalidades contractuales por tener una insolvencia o incumplimiento en el marco del pliego al que estaría destinada la renovación.

En el análisis del Decreto N° 1030/16, vemos en el artículo 100 varios temas a tener especial consideración. En dicho artículo, en el inciso b.2, se establece el límite de no poder prorrogar cuando se aumentó el contrato en más de un veinte por ciento (20%). Entonces, o se aumenta o se prorroga. El inciso b.4 del mismo artículo 100 establece la no penalidad o sanción por la no aceptación del contratista a la prórroga, cuando no se pudieron poner de acuerdo en los nuevos precios. Y, por último, el inciso b.5 que establece la obligatoriedad de prorrogar durante la vigencia del contrato y nunca luego de finalizar. Ello, puesto que de permitirse esto último configuraría un nuevo contrato, debiendo efectuarse un nuevo llamado a licitación, en pos de no vulnerar los principios de legalidad, concurrencia e igualdad.

La prórroga, a diferencia de los aumentos o disminuciones contractuales, debe establecerse expresamente en el pliego de bases y condiciones particulares.

Conclusión

A modo de cierre, la prerrogativa de aumentar, disminuir o prorrogar es una herramienta necesaria para orientar el interés público según modificaciones que van ocurriendo durante el procedimiento de contratación administrativa. No debe dejar de reiterarse el exceso reglamentario del Decreto N° 1030/16 que extiende la facultad de aumentar o disminuir hasta un 35% los bienes del contrato.

Bibliografía

Cassagne, J. C. (2005). *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

---- (2018). Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: tendencias actuales sobre el “ius variandi”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1025-1034.

Marienhoff, M. S. (1998). *Tratado de derecho administrativo*. (Tomo III A). Buenos Aires: Abelardo Perrot.