Revista N°41
Parte I
Disponible en spes.com.ar

Noviembre 2023
Jornada XX

Spes

La certidumbre de vivir en un paradigma de DDHH.

INDICE

4) EDITORIAL

07) EL FENÓMENO DEL DESAJUSTE ENTRE LOS PARADIGMAS NORMATIVOS E INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO. EL CASO DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA. LA CUESTIÓN DEL TRABAJO Y LOS PROBLEMAS PROCESALES. Diana Cañal. (S)

27) OBSERVACIONES Y EVIDENCIAS SOBRE EL TRABAJO FORMAL E INFORMAL EN ARGENTINA. Luis Raffaghelli.

92) SÍNDROME CORONARIO AGUDO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL ÁMBITO LABORAL DE ARGENTINA 2010-2020. Dina Jullier; César Claudio Benvenuto Y Esteban Ignacio Viñas.

121) LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA DESDE LA PRÁCTICA JURÍDICA. Agustina D. Palencia. (S)

129) MIGRACIÓN, REFUGIO Y DERECHOS HUMANOS. EL TRABAJO DE LA COMISIÓN ARGENTINA PARA MIGRANTES Y REFUGIADOS (CAREF). Lucia Galoppo Y Nicolás Martinelli.

135) PENA DE PRISIÓN Y LA PENA NATURAL – UN CONCEPTO DIFERENTE -Victor Darío Novick.(S)

144)EL DECLIVE DE LA CIUDADANÍA CLÁSICA: CONSTRUYENDO UNA CIUDADANÍA FEMINISTA A PARTIR DE LA TEORÍA DE CAROLE PATEMAN Y MARY WOLLSTONECRAFT. Brenda D. Espiñeira.

157) LA REALIDAD, LA MORAL Y EL DERECHO EN EL ACOSO SEXUAL CALLEJERO. Greta Galvaño Ter-Akopian.

173) PERSPECTIVAS INTERSECCIONALES Y DISCRIMINACIONES MULTIPLES. CUANDO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO NO ALCANZA. Romina Monteleone.

197) DERECHO A LA PROTECCIÓN Y MEDIDAS DE INJERENCIA PREVENTIVAS CONTRA LAS VIOLENCIAS DE GÉNERO. REFLEXIONES DESDE LA FILOSOFÍA. Sandra Verónica Guagnino.

214) EL ORDEN SOCIAL Y EL DERECHO. ¿UN DERECHO DE IDEALES MORALES O DE NORMAS JURÍDICAS? Marco Gomboso.

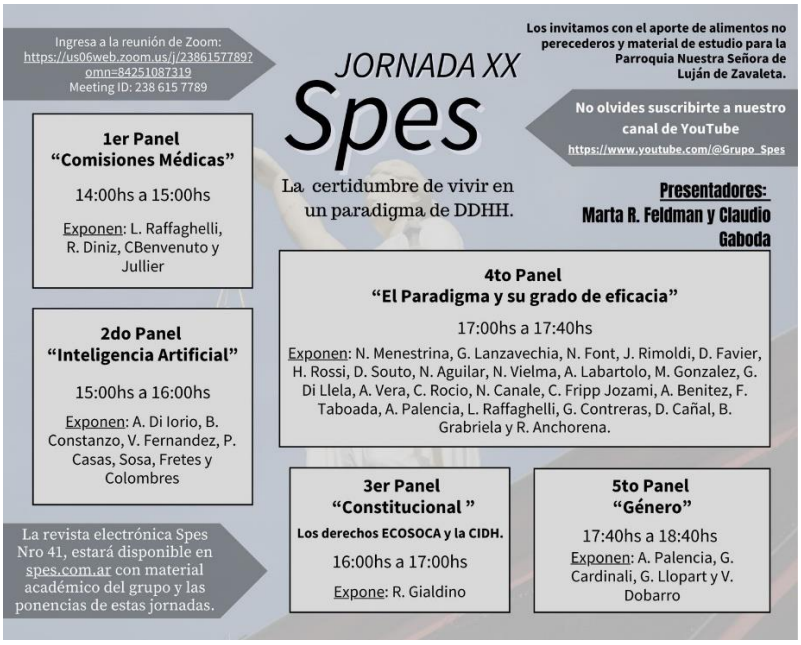
224) INCOSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD DE LAS DELEGACIONES MÉDICAS RESOLUCIÓN 65/2018 SRT. Horacio Rossi. (S)

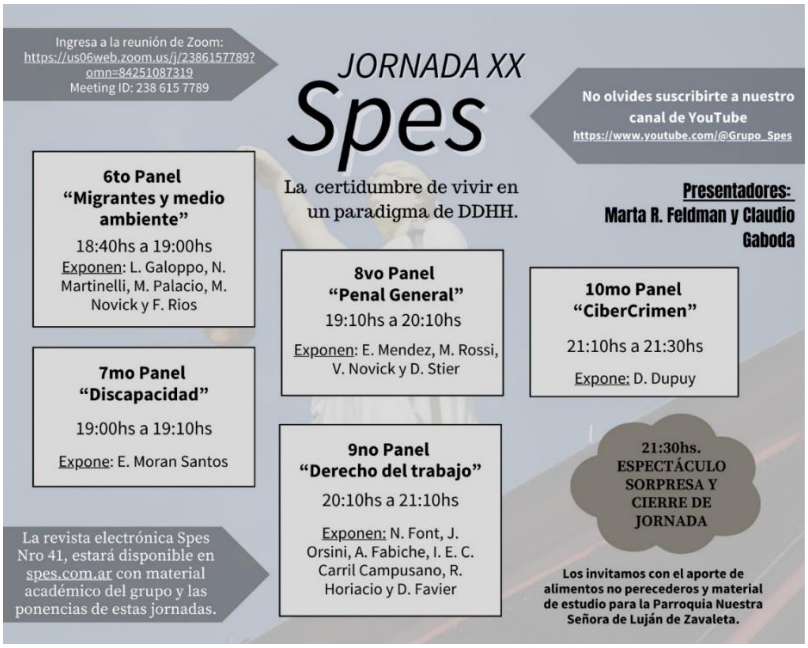
239) REFLEXIONES SOBRE DOS HECHOS QUE INFLUYEN EN EL CULTIVO DEL OLIVO Y SU PRODUCTIVIDAD. Julio Bastos. (S)

248) CUANDO LLEGABA ENERO. Cecilia Gionvudis. (S)

250) EQUIPO SPES

INDICE





A PRINCIPIO DE ENERO PUBLICAREMOS LA PARTE II DE LA REVISTA Y TENTATIVAMENTE EN MARZO/ABRIL 2024, EN EL INSTITUTO AMBROSIO GIOJA CONTAREMOS CON LAS RESTANTES DISERTANTES QUE ESTABAN ANUNCIADAS PARA LA JORNADA Y NO ALCANZARON A EXPONER.

ASIMISMO, SUBIREMOS AL CANAL DE YOUTUBE (@Grupo_Spes) LA GRABACIÓN DE LA JORNADA Y ENTREVISTAS EN EL MARCO DE LA MISMA.

EDITORIAL

EL CURIOSO FENÓMENO

La humanidad vive muy de tanto en tanto, experiencias transformadoras. Donde algún hecho, a veces insignificante en apariencia, provoca un desajuste "paradigmático", que todo lo cambia[1].Es muy linda la repetida imagen de la piedra que cae en el espejo de agua: comienza a generar ondas, hasta que toda la superficie vibra.

Más rápida, más lenta, esa transformación puede ser letal o vital. Entonces, las fuerzas sociales y económicas se reagruparán para contrarrestar o avivar el efecto, según sus intereses.

Y si esa alteración del *status quo*, encuentra una vía rápida (no el arroyito calmo que surca la pampa, sino el bravo que baja de la montaña con el deshielo), todo se sacudirá. En el pasaje del geo al helio, lo que aceleró el proceso fue la imprenta[2], explicándose así por qué hasta ese momento transcurrieron tantos siglos: no había llegado la vía rápida, y las fuerzas opositoras eran muy poderosas secular y temporalmente hablando: el papado y los emperadores en la misma liga.

Pero con la imprenta, como en el juego del dominó las fichas fueron cayendo, la guerra de las investiduras, Calvino, Lutero, con la consecuente pérdida de poder de Roma.

Porque la interpretación que hacía la Iglesia hasta entonces del sistema (quién giraba en torno de quién), ya no aparecía como una verdad revelada (absoluta), lo cual le restaba poder también en otros órdenes, en particular en la unción del emperador, supuestamente inspirada por Dios.

---

[1] Kuhn, Thomas; "La Estructura de las Revoluciones Científicas", 1962, editorial University of Chicago Press.

[2] Ver "El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. la cuestión del trabajo y los problemas procesales" a partir de la página 7 de esta edición.

EDITORIAL

Es decir que la imprenta, como instrumento de divulgación, permitía poner en tela de juicio "la verdad" y quien la sustentaba. **Es decir, un desafío que habilitaba el pensamiento independiente.**

Tras la pandemia que nos encerró, nos angustió y nos enfrentó a la muerte, advertimos que hemos cruzado otra oportunidad de transformación global. Muchísimas cosas cambiaron.

Entre las que pueden aparecer como poco relevantes, cuando no lo son, está que valoramos más la vida en compañía de animales, los jardines, el tiempo libre, como fuentes de paz y alegría. Nos vestimos mucho más cómodos, usamos mochilas, andamos en zapatillas. No queremos estar sentados en una oficina un montón de horas, preferimos trabajar más sueltos y nos comunicamos por redes de una manera que nunca hicimos.

Si bien la revolución tecnológica estaba instaladísima desde antes del 2020, recordemos solo como ejemplo que en las últimas jornadas presenciales de Spes de 2019 sobre Educación, teníamos la página, la revista electrónica y no mucho más. En las jornadas de hoy contamos con canal Youtube, Zooms, Meets, varios códigos QR para inscripción, para trasladar preguntas a los expositores, chats de todo tipo, etc. Todo más veloz, y etéreo.

Un cambio exponencial, solo en este pequeño sector del planeta, en tres años, a contar desde el momento en que fue declarada la pandemia.

La tecnología facilitó las redes y…. con ellas aceleró la velocidad del arroyo, que lleva en su lecho de todo: prevenciones oportunas de riesgos; fake news; publicidad por algoritmos que justo justo, te muestran lo que buscás; opiniones fundadas/infundadas, odio, amor, etc. y por si esto fuera poco, muchísimos canales hablando al mismo tiempo en sentidos opuestos no solo distintos, enloqueciendo al que busca la verdad, y dopando al que solo quiere descargar adrenalina, hasta no saber porqué, para qué dice lo que

EDITORIAL

dice, y cómo fue que adhiere a lo que adhiere. Extraño, nos desembarazamos de límites en lo físico, y caímos en cárceles hechas de pulsos electrónicos, solo bites.

Con lo cual es paradojal que lejos de incrementarse al infinito el pensamiento independiente logrado con el pasaje hacia el helio impulsado velozmente por la imprenta, hoy las redes puedan confundir y direccionar, hasta poder caer sin advertirlo oportunamente en un **pensamiento dependiente.**

Esto nos lleva de regreso a las jornadas del 2018, cuando nos preguntábamos ¿Qué tienen los países nórdicos que nos pueda servir?, la respuesta fue “educación”, y por eso dedicamos las jornadas del 2019 a ese tema: “Educación: el amanecer del futuro”.

Hoy, con todo lo sucedido, en casa y en el mundo, resulta evidente que el rumbo es el adecuado, es necesaria la educación, pero no para imponer sino para permitir discernir, y no ser un mero repetidor de conceptos, impulsados solo por pasiones encarnadas en algoritmos que ganan velocidad y capacidad de expansión, y no de reflexiones que nos permitan usar las redes para otros propósitos.

Hasta el propio Geoffrey Hinton, lo está advirtiendo[3].

La Redacción.

[3] Godfather of AI" Geoffrey Hinto. El propio creador del algoritmo moderno advierte sobre estos peligros. Una herramienta creada para el bien de la humanidad puede provocar su desaparición.

EL FENÓMENO DEL DESAJUSTE ENTRE LOS PARADIGMAS NORMATIVOS E INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO. EL CASO DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA. LA CUESTIÓN DEL TRABAJO Y LOS PROBLEMAS PROCESALES[1].

POR DIANA CAÑAL[2] (S)

Introducción y noción de Paradigma

El eje de esta ponencia es el rol del concepto de Paradigma en el tema que hoy nos convoca: los derechos humanos, el derecho del trabajo y el derecho procesal laboral, en el marco de la globalización. Exprofeso hemos escogido formular los temas de la convocatoria en el orden precedente: por un lado, toda la cuestión jurídica, y por el otro la política. Dentro de la jurídica, los derechos humanos como concepto general, y el derecho laboral como particular, en sus dos vertientes, el sustantivo y el adjetivo (procesal).

Ello, para brindar claridad a la finalidad que guía esta ponencia, sin olvidar por supuesto, que el derecho es hijo de la política, o más claro aún, de las fuerzas socio económicas, he ahí la globalización.

Clarificada la base de sustentación de esta presentación, cabe pasar al segundo punto, que es la clave sobre la cual se trabajará: el concepto de paradigma. Para eso, corresponde responder la pregunta de qué es un paradigma.

---

[1] Ponencia de la Dra. Diana Cañal en el I Seminário Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho: Dilemas da "Globalização, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Acesso à Justiça. Año 2015

[2] Dra. por la UBA en Teoría General y Filosofía del Derecho. Dra. por la Universidad San Carlos de Guatemala en Derecho del Trabajo y Derechos Humanos. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala III. Ex Juez de Primera Instancia del Trabajo, Juzgado Nro.74. Directora de la Maestría en Litigios de las Relaciones Laborales de la UNPAZ. Docente universitaria de Doctorado, Posgrado y Grado en Filosofía del Derecho y Derecho del Trabajo. Publicista e investigadora. Directora del Grupo Spes.

Primera y sencilla respuesta: los paradigmas no están en ningún otro lugar que no sea nuestra mente. Es una manera de modelizar, de esquematizar la realidad, en cualquiera de sus órdenes. Pero hay algo que distingue al paradigma del mero modelo, y es su capacidad de viralización (para usar un concepto muy de moda, que desde mucho antes empleamos sin saberlo para explicar el efecto de *Spes* entre las personas), de migración interpretativa hacia otras áreas del conocimiento, y del hacer humanos.

Nos preguntamos entonces, ¿la manera en la que se explica algún fenómeno, por ejemplo, astronómico, puede incidir en otros aspectos de la vida, como la economía o la política?

En efecto, puede hacerlo y, si tiene esa capacidad expansiva, entonces no es un mero modelo, estaremos ante un paradigma.

El ejemplo archiconocido nos lo brinda Thomas Kuhn[3], cuando nos explica por qué decimos a veces que una nueva forma de entender una cuestión (cualquiera), constituye "un giro copernicano". Paso a explicar.

Como dato del plano de la realidad, contamos con fenómenos físicos más o menos observables por la humanidad, como la propia tierra, la luna, el sol, venus, marte, etc., y sus movimientos. De modo inmemorial esto nos ha inquietado, preguntándonos ante la evidencia de ese último dato (el movimiento), cómo se producía y cuál era la relación entre los distintos elementos (la estrella y los planetas).

La primera explicación de la que tenemos más noticia (porque hay otras, menos publicitadas), es la de que la tierra es el centro del sistema, que todos los elementos rotan sobre sí mismos, trasladándose el sol y el resto de los planetas en una elipse en torno de la

[3] Kuhn, Thomas; "La Estructura de las Revoluciones Científicas", 1962, editorial University of Chicago Press

tierra (Ptolomeo y Aristóteles, entre otros).

Nos encontramos entonces ante una teoría, que no responde solo a curiosidad, dado que tiene por intención otorgarle a nuestro pensamiento un grado de predictibilidad a los fines prácticos, que nos permita organizar nuestro futuro en conjunto, socialmente. Modelizar para predecir, para organizar nuestros pasos.

Así fue que se comenzaron a realizar las cartas de navegación, formulándose cálculos en función de esta teoría geocéntrica, que permitían anticipar cuándo se produciría el próximo eclipse. Cosa muy útil, si uno es un navegante en el Egeo, un piélago rocoso y plagado de islas.

Pero… la teoría no siempre funcionaba, y el armador quería matar a su cartógrafo, quien no había logrado predecir que, en plena navegación nocturna, se le haría la obscuridad más absoluta, perdiendo carga y vidas (formulado, lamentablemente, en ese orden de intereses).

He aquí un factor económico movilizando la necesidad de cambiar la forma en que se explica algún aspecto de la naturaleza. En el caso, la relación de nuestro planeta con los más cercanos, y con su estrella.

El cartógrafo desesperado, hacía retoques en las cartas, pero los conflictos (enigmas para Kuhn), se seguían produciendo, viéndose el desdichado en la necesidad de agregar hipótesis *ad hoc*, ajenas a toda observación, en el intento de salvar, emparchando, la teoría.

Por supuesto que algunos comenzaron a pensar en la necesidad de **suponer** algo más que hipótesis *ad hoc* y a afirmar que el centro pudiese ser el sol.

Y decimos que se trata de una **suposición**, porque ahora el sujeto deberá desatender el dato experimental de “ver” al sol saliendo y poniéndose en el horizonte, que era lo que nos llevaba intuitivamente a afirmar que el centro del sistema era la tierra, como una verdad absoluta, y aceptar que lo que hace es imaginar soluciones posibles,

verdades relativas, que le resultan útiles a los fines prácticos.

Ciertamente, el heliocentrismo dio mejores resultados que el geocentrismo y era posible llegar a destino sin sorpresivos eclipses.

Sin embargo, hubo que esperar desde el siglo IV antes de Cristo hasta el siglo XII después de Cristo, con varias víctimas de por medio (Copérnico, Giordano Bruno, Galileo), para que el heliocentrismo fuese aceptado.

¿Por qué?, si el comercio necesitaba el cambio. Sí, pero factores también económicos, aunque de un orden muy superior, requerían que se siguiese **interpretando** (concepto que habrá de jugar como llave maestra en esta ponencia) como se hacía desde tantos siglos atrás.

He aquí el tema: ¿quién era el intérprete de la obra "*divina*" ?, y ¿cuál la fuente? La Iglesia y la Biblia, respectivamente. Y, ¿quién ungía al emperador? La Iglesia.

Obviamente, esta última no podía darse el lujo de aceptar, o bien que la Biblia estaba equivoca, con lo cual no era fiel reflejo de la palabra de Dios (o algo mucho peor), o que sus propios miembros (el Papa, sus cardenales) no la habían interpretado correctamente. Porque con carácter transitivo, si los ministros de la Iglesia fallaban al interpretar la Biblia, también podían hacerlo al coronar al emperador.

Tengamos presente, que este era un tema álgido para la época, habiéndose iniciado un cuestionamiento contra la facultad de aprobación y legitimación del papado en la elección del emperador.

He aquí el trasfondo económico-político, sustentado en planteos de verdad absoluta **a cualquier costo**, fundado en argumentos de autoridad, que no obstante la evidencia de la mayor utilidad (nótese, que no decimos "*verdad*") de una teoría por sobre la otra, obligaba a sostener la anterior.

Es más, tengamos presente a Santo Tomás, quien al redescubrirse los manuscritos de Aristóteles (recordemos, uno de los sostenedores

del geocentrismo), consideró que su teoría física y metafísica, no hacía más que corroborar anticipadamente la verdad del cristianismo. De ahí la corriente aristotélico tomista.

Luego de semejantes fundamentaciones teóricas, y de intereses del mayor orden económico, poco importaba si nuestros heliocentristas tenían razón o no. Su teoría era inaceptable, porque no se había quedado en el ámbito astronómico: terminaba contaminando el orden religioso, político y finalmente el económico (en definitiva, el más importante para el momento histórico). He aquí un paradigma.

Se trató de un modelo teórico, explicativo de un aspecto (en este caso de la naturaleza, pero también podría serlo de la moral, entre muchísimos otros), que, por la centralidad de su planteo, implicaba modificar la manera de pensar y actuar consecuentemente, en otras áreas.

De hecho, que era cuestión de tiempo, dado que a poco de morir Copérnico (quien para 1543 había publicado *De Revolutionibus Orbium Coelestium*), con el advenimiento de la imprenta, y la primera edición de la Biblia por este medio en 1455, hicieron su aparición el Luteranismo (1555, Paz de Aubsburg) y el Calvinismo (1648), quedando en jaque el rol del intérprete único de las Sagradas Escrituras, debilitándose cada vez más el papel de la Iglesia.

Si observamos en sincronía todo lo expuesto, advertiremos que mientras tanto por goteo, se iba produciendo un adelgazamiento del poder temporal de la iglesia en materia de elección y validación de candidatos imperiales, el que tiene un hito con la Declaración de Rhens de 1338, por la que dejara de ser obligatoria la intervención papal en la elección del emperador, no obstante, una cierta permanencia posterior, cada vez menos relevante.

Se explica entonces la enorme resistencia al cambio de paradigma astronómico: terminaba implicando mucho más que eso. Es que, en el fondo, el cambio de teoría puso en jaque los fundamentos mismos de cómo conocemos, y el valor de los argumentos

de autoridad, dado que la gran conmoción fue epistemológica.

Así lo considera el propio Kant, quien al continuar las líneas de pensamiento derivadas de todos estos fenómenos, y tratar de determinar el rol del objeto y el del sujeto, en el tema de la verdad, califica la transformación gnoseológica como un giro copernicano. Así lo dice en el Prólogo de la segunda edición, en el año de 1787[4] a la Crítica de la razón pura.

Nos atrevemos a afirmar, que esta labor se vio complementada años después con Popper[5](el texto citado es de lectura prácticamente obligatoria para cualquier investigador) quien abrevando en las herramientas brindadas por Kant y sus predecesores (Abelardo, Descartes, Spinoza y Hume, entre otros), nos permite vislumbrar que carecemos de las herramientas suficientes para saber si lo que afirmamos sobre el mundo natural es una verdad absoluta o si por el contrario, se trata de teorías tan mudables, y tan inductivamente comprobables, como tengamos la necesidad (el interés) y la habilidad de formularlas.

Nada de esto nos permite afirmar la inexistencia de una verdad absoluta, pero sí de su incomprobabilidad, en el estado actual de nuestros conocimientos. De hecho, que esta "*libertad*" interpretativa, flexibilizó tanto nuestro pensamiento, que hoy podemos formular teorías como la de la física cuántica, que merced al principio de incertidumbre de Heizemberg[6] (sin olvidar los aportes de Einstein y Bohr, mal que le pesara la indeterminación al primero), permitiría dudar del tercero excluido, tan caro a la lógica tradicional.

Con lo cual, debería quedar claro que un modelo se transforma en paradigma, cuando el efecto explicativo no solo se dilata en el tiempo, y es masivo, sino

[4] Kant Königsberg; 23.04.1787.
[5] Popper, Karl; "La lógica de la investigación científica", ISBN-3-16-148410-xOCLC, 62448100 y 2547789".
[6] Hawking, S.W.; "Historia del Tiempo".

porque además afecta otros órdenes del obrar humano.

También debe quedar asentado, que, como obra teórica al servicio de intereses mudables, el paradigma sufre transformaciones, en la medida que no logra servir a dichos intereses.

Lo que aún no hemos dicho, pero puede inferirse de la batalla entre poderes seculares y temporales, es que el pasaje de un paradigma a otro no es ni instantáneo ni tranquilo. De hecho, que Kuhn lo califica como revolución científica, puesto que los paradigmas son "inconmensurables", incomparables, inencastrables. Se refieren a lo mismo, pero de manera diferente.

El geocentrismo y el heliocentrismo son ejemplos al respecto. Ambos hablan de los mismos elementos: la estrella, los planetas y el movimiento. Los dos interpretan a este último como epicéntrico, pero qué es lo que gira alrededor de qué, es lo que varía. Corrijo: la **interpretación**, es lo que varía. Y como toda interpretación responde a intereses de algún sujeto, si esta contagia a una mayoría o a una minoría con poder bastante, no será pacífico el traspaso de un paradigma a otro.

Es hora de pasar al próximo punto.

Paradigmas constitucionales.

Nada diferente sucede con los modelos constitucionales, que se insertan en un paradigma que deriva de una modificación en las bases fácticas del poder, que como lo viéramos, implica una determinada cosmovisión.

Así, para lograr un modelo de dominación absoluta, el esquema epistemológico no debe ser opinable. Las verdades serán igualmente absolutas[7], y lo que el gobernante privilegie como lo importante habrá de serlo, bajo la férrea mano del poder. En

[7] La guerra de Irak es un ejemplo: fundamentalismos de un lado y del otro. De hecho, que en el caso de los EEUU, muchos de sus políticos y altísimos funcionarios, más allá del modelo constitucional efectivamente existente, pensaron y obraron bajo un paradigma de verdades absolutas.

estos esquemas políticos, ubicándonos en los albores de la organización social y el poder político, las constituciones son una norma más, y no la más importante, no sometiéndose el soberano al derecho.

En este punto, que denominaremos de derecho antiguo, no podemos hablar de un constitucionalismo. Recién cobra sentido el concepto con la revolución francesa (1789), en donde el feudalismo se apoya en las masas para llevar adelante los hechos revolucionarios, concediéndoles una serie de derechos organizados en un sistema jerárquico, constitucional, mediante la Constitución promulgada el 3 de setiembre de 1791, de claro corte liberal, al que debe someterse también el monarca. Pero no todos gozarán efectivamente de sus beneficios.

Ciertamente, la mayoría en algún momento de nuestras vidas, hemos tenido la mirada inocente de creer que los derechos consagrados fueron para todos los franceses, en particular los que pusieron sus vidas al servicio de la revolución (esos mismos que tiempo después Víctor Hugo representara en "*Los Miserables*"

Pero no fue así, al menos no del todo.

La consagración de la libertad, la igualdad, y la fraternidad, fue por cierto una de las dos grandes conquistas de la Revolución, al plasmarlas como derechos sustantivos. Pero no lo fue tanto desde la práctica, en donde por cierto no todos estaban en condiciones de hacer realidad estos derechos. En cambio, los representantes del capital serían quienes en definitiva tomarían las decisiones trascendentales para la República, y quienes podrían defender de manera efectiva sus derechos.

Sin embargo, hay también otra conquista, fundamental para la idea de paradigmas constitucionales: la de la **jerarquía** normativa. No todo es igual, ni está en el mismo nivel: las normas tienen diferentes rangos, y los valores contenidos en las mismas también. Es más, el privilegio moral que le otorga el poder constituyente a unos valores por sobre otros, es el que plasma la forma final de esa jerarquía.

Por primera vez, podemos observar al derecho como un sistema organizado, en el cual la norma más importante y rectora del juego todo es la Constitución. A la usanza kelseniana[8], podemos pensar en una pirámide, en donde la constitución es la primera norma positiva del sistema, la más general de todas, que a su vez pauta cuál deberá ser el contenido y la forma de creación de las demás normas del sistema (validez sustantiva y formal), hasta llegar a la base en donde por su particularidad encontramos las sentencias dictadas por los jueces, y la costumbre de los habitantes y ciudadanos.

Esta jerarquía de valores, que luce plasmada en la Constitución, es lo que permite darle el nombre de Constitucionalismo Clásico o Liberal, porque la lucha de clases en la realidad llevó a que prevalecieran los intereses (valores) de una sobre las otras, el acuerdo de dos de ellas, y en algún punto el desplazamiento de la clase trabajadora.

La que, por cierto, de acceder a la educación, recibiría una formación que le dificultase llegar a dudar en algún momento, que lo que el derecho plasmaba como valores consagrados, no fuese lo que debía ser, ontológicamente hablando. “Dios, Patria, Hogar”, como rezan los frontispicios de muchas escuelas argentinas hijas de la década de 1880, como claras directrices de lo que se debe pensar, creer y hacer[9],ponía una vez más en jaque las verdades absolutas de corte religioso, iniciando un camino que cien años después perfeccionaría Popper.

No es un tema menor, e incide en el cambio de paradigma jurídico, constitucional, que ahora queda huérfano de fundamentaciones autoritarias, y debe escuchar los intereses de una masa desprotegida, y sistemáticamente abusada.

[8]Kelsen; Hans; “Teoria Pura del Derecho”, Editorial Porrúa, Mexico. Vernengo, Roberto J.Traductor.ISBN 968-58-0032-4

[9] Editorial: Alianza Editorial. ISBN: 9788420656076.

Esto vuelve a suceder, cuando tras la evidencia de las dos guerras mundiales, los penosos episodios de la guerra fría, los genocidios, y los fracasos en las negociaciones por la paz mundial, llevan al dictado de la "Declaración universal de los Derechos Humanos", el 10 de Diciembre de 1948, y a la instalación del paradigma de los derechos humanos fundamentales (Constitución italiana de 1947, Argentinas de 1949 y 1994, brasileña de 1988, etc.).

Había quedado claro para entonces, que todo podía quedar solo en palabras, si se consagraban derechos sociales, pero no se aseguraba su efectividad. Para ello, se necesitaba a nivel interno, no solo la adhesión a los tratados de Derechos Humanos, sino también a la obligatoriedad de un control de convencionalidad, con un final sometimiento a organismos internacionales.

Al respecto, las respectivas intervenciones ante la Corte Interamericana de Justicia dieron por resultado celebérrimos fallos en los que se declarara la responsabilidad internacional de los Estados, los que debieron acondicionar su normativa y tomar medidas en consecuencia. Algunos de ellos son los casos "*María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. 16/4/01*", "*Campo Algodonero*" (Caso González y otras vs. México"), del 16/11/09 y "*Forneron e hija vs. Argentina, 27/4/12."*

Es que estas constituciones comienzan lentamente a responder al esquema propio de una sociedad globalizada, en donde lo sucedido en un Estado repercute necesariamente en el otro, por los efectos migratorios a nivel laboral, de tercerización empresarial que a su vez implican trabajadores de un mismo conjunto económico en distintos países, de asimetrías normativas, económicas, dumping social, económico, deterioro a nivel global del medio ambiente, narcotráfico, etc. Vivimos en una suerte de holograma, donde la variación en cualquier punto del mismo afecta al conjunto.

Justamente la realidad que sirviera de sustento a "*Campo Algodonero*", excede el ámbito penal, y supone trata de

mujeres, sometimiento, trabajo esclavo, tercerización, narcotráfico, etc., mostrando con toda crudeza cómo los más débiles de nuestras comunidades, quedan presos en el cruce de esta globalización, que impacta fuertemente en el mundo del trabajo, perdiendo inclusive sus vidas[10].

De modo que, hasta aquí, podemos observar cuatro períodos: I) Derecho antiguo, sin jerarquía alguna, donde la constitución es una norma más, y quien detenta el poder no queda ni siquiera formalmente sometido a ella; II) Constitucionalismo Liberal o Clásico, iniciando la serie jerárquica de los constitucionalismos, en donde la Constitución es la norma más importante del sistema, que consagra una jerarquía de valores. En su caso, son los del liberalismo; III) Constitucionalismo social, donde estos valores modifican su ubicación en esa jerarquía, otorgándole preeminencia a los derechos sociales, y IV) Constitucionalismo de los Derechos Humanos Fundamentales, en donde se consagra netamente la protección de los más débiles en nuestras sociedades, poniendo énfasis en la internacionalización de los derechos y la eficacia de los mismos, asegurada también por cortes internacionales que declaren la responsabilidad de los Estados particulares.

Claro está, y en esto hemos sido insistentes, que nada de esto habría sucedido, si previamente no se hubiesen modificado los mapas mentales, de cómo interpretar la vida en sociedad y de cuáles intereses deben ser particularmente protegidos. En síntesis, si no hubiese mediado un cambio fáctico y gnoseológico.

Normas de fondo (o sustantivas) y normas de forma (o adjetivas). O "res non verba".

¿Porqué titulamos de este modo este acápite?. Porque si reflexionamos en lo

[10] Cañal, Diana Regina; "Trabajo Precario, Informal y Forzoso…….una conclusión forzosa", Observatorio del Trabajo Precario, Informal y Forzoso, 2015,CGT/OIT//observatorio.com.ar/archivo/obs.9.1.pdf

dicho precedentemente, queda claro que a medida que pasan los paradigmas, se pone cada vez más el acento en la norma adjetiva, entendiéndose por tal la que nos dice cómo se hace para hacer realidad ese derecho sustantivo o de fondo, que ha sido consagrado.

Es algo así como superar la falacia naturalista, que nos coloca ante el problema del abismo entre la teoría y la práctica.

En el caso del derecho, esto es particularmente grave, porque podemos tener hermosas constituciones, con derechos en los que todos estemos completamente de acuerdo que deben ser consagrados, pero que nunca logran su articulación efectiva en la realidad.

De esta, precisamente, se encargan las normas de forma o adjetivas, tanto en las propias constituciones cuando nos dicen que esos derechos sustantivos o de fondo en ellas consagrados, se harán realidad a través de una organización federal moderada o extrema; en un modelo presidencialista o parlamentarista; con elecciones obligatorias o no; con un modelo de justicia continental o de *common law*, etc., cuanto en las propias leyes que articulan los mandatos constitucionales (de migración, de trabajo, de libertad de prensa, etc.), en las reglamentaciones de estas leyes, y en los códigos de procedimientos cuando la cuestión es llevada finalmente a la justicia.

Como vemos, el aspecto reglamentario o adjetivo, está diseminado en distintos niveles de la organización política: el constituyente, el legislativo y el ejecutivo. Resultando su gran intérprete el judicial. **He aquí el problema que nos ocupa.**

Prácticamente todas las constituciones, y los tratados de Derechos Humanos en General, tienen cláusulas vinculadas con el tema. En ambos casos, veremos normas que afirmen que nunca podrá dictarse una norma adjetiva que altere el sentido de la sustantiva. Y en el caso de los tratados, se suma la obligación de los Estados firmantes, de asegurar el dictado de normas adjetivas en el mismo sentido de la sustantiva, de

modo de lograr la eficacia de los derechos.

Esto se debe a que, en la práctica, la relación entre las normas de fondo y de forma, suele ser de tres tipos. La forma articula al fondo en su mismo sentido (1), en sentido contrario (2), o no existe norma de forma alguna (3).

En estos dos últimos casos, el efecto es la negación del derecho sustantivo, porque si la norma adjetiva me obliga a transitar un camino que me aleja del derecho que quiero efectivizar, nunca lo lograré, como tampoco será posible hacerlo, si ese derecho es solo "*verba*". Una *flatus vocis*[11] ,que no representa nada en la realidad práctica.

Probablemente porque estamos en un fin de ciclo social y ambiental[12] , estas cuestiones se están tornando cada vez más claras e intolerables. Y la clave de la reacción ha sido la norma adjetiva, con el acceso gratuito a la justicia, con las *affirmative actions*, con la cautelaridad, con autosatisfactivas, entre muchas otras, resultando así la normativa adjetiva la encargada de achicar la brecha entre la pura teoría y la realidad.

De hecho, que si prestamos atención a cuál es la columna vertebral de los tres fallos escogidos de la CIDH, en donde se declarara la responsabilidad de Brasil, México y Argentina, se trata ni más ni menos que del aspecto adjetivo, por la falta de eficacia del derecho sustantivo.

En Brasil, porque ante los hechos de violencia doméstica (como en la mayoría de los países), si la víctima retiraba la denuncia, el Estado no la continuaba de oficio. Hoy no es más así por recomendación de la Corte Interamericana, contando con plena vigencia la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "*Convención de Belem do Pará*" (9/6/94).

Con relación a "Campo Algodonero", tuvimos oportunidad en el Grupo Spes,

[11] Nominalismo vs. Realismo", Recomendamos la lectura de "El nombre de la rosa" de Umberto Eco.

[12] Cañal, Diana Regina; "El Derecho del Trabajo. Una visión de nuestro tiempo", pub en Doctrina Laboral y Previsional, Nº 350, editorial Errepar, octubre de 2014.

en nuestras Jornadas de los años 2010 y 2011 en UBA dedicadas al problema de la drogadicción y el narcotráfico, de verificar con la presencia en la segunda de ellas del Licenciado Armendariz de la Comisión Interamericana de DDHH en Ciudad Juárez, el efecto que produjo el fallo en México, al modificarse la partida presupuestaria para la justicia. La cual, hasta el dictado de ese fallo, se encontraba sumida en una anomia, ante el tsunami de casos.

Y, por último, en el caso Argentino, en donde a raíz de la trata de niños, un padre luchó doce años para recuperar a su hija, oponiéndosele siempre cuestiones adjetivas interpretadas a la luz de un paradigma no vigente, que le impedían la realización de sus derechos sustantivos.

La CIDH en "*Fornerón*", terminó responsabilizando al Estado Argentino, recomendándole que todos los magistrados y funcionarios del caso en Argentina realizasen un curso sobre Derechos Humanos Fundamentales. Mandato que se cumplió en UBA.

Claramente el mal manejo de la cuestión adjetiva, por un problema de interpretación en un paradigma distinto del vigente, llevaba a la frustración de los Derechos Humanos Fundamentales.

Resulta fundamental tener la plena consciencia de esto, porque de otro modo estaremos ante la letra chica de los contratos de consumidores, en donde, por ejemplo, silentemente, terminamos resignando nada menos que la discusión ante los tribunales de nuestros derechos. Más claro: renunciando al derecho de defensa en juicio, en pleno siglo XXI.

Y esto le puede pasar a un trabajador, como fue el caso para el 2005 de Jamie Leigh Jones, una trabajadora administrativa de una empresa de la construcción, quien, enviada a Irak en tiempos de su reconstrucción, resultó violada, drogada y herida por sus compañeros. Al salir de ese horror, vio que no podía hacerle juicio a la empresa, que además no había cumplido con lo pactado para su instalación en Irak, porque había supuestamente prestado su "*libre*"

consentimiento a cláusulas obligatorias de arbitraje.

Esto puede verse en el documental de HBO, "*Hot Coffee*", en donde queda claro desde diversos temas, que cuando se afectan intereses de grupos poderosos, la solución es la alteración desde lo adjetivo, de lo sustantivo. Aunque se trate de derechos fundamentales, de trabajadoras abusadas.

Esas renuncias a los derechos, inválidas para los suscriptores de los Tratados Internacionales, sin embargo, también se instalan silentemente en la normativa dictada por nuestros días a nivel de nuestros países[13] , en contradicción con el paradigma. Pero esto, puede suceder de más de una manera. Veámoslo.

Desajuste a nivel interpretativo de los paradigmas normativo e interpretativo.

Acabamos de sostener que el problema que nos preocupa para esta ponencia (porque son muchos más), es el del intérprete judicial del paradigma. Es decir, los jueces. ¿Por qué?

Porque del mismo modo que la plataforma de cada paradigma constitucional (lo que llamaríamos la racionalidad del sistema o derecho vigente), ha sido una modificación en la realidad social, sustentada por una cosmovisión del mundo y la vida, es decir un paradigma epistemológico, insuflado a través de la educación, los jueces también son formados por ella, dependiendo de la misma que puedan reconocer la vigencia del paradigma normativo y sostenerlo al tiempo de interpretar también en el plano adjetivo.

Los jueces son educados por una universidad, una academia, una biblioteca, atada en gran medida al constitucionalismo clásico. Lo cual poco tiene que ver genio maligno alguno escondido detrás de los designios docentes, o el capricho de los

[13] CNAT, Sala III, S.I. del 25.9.14; en autos "Acevedo, Juan Bartolomé c/ Estancia la República Argentina SA y otros s/ accidente-accion civil".

educandos, y sí mucho con la conocida resistencia al cambio de paradigma.

Se los termina formando, y a su vez calificando al competir por los diferentes estrados judiciales y académicos (retroalimentándose, de tal suerte), epistemológicamente de tal modo, que se genera una suerte de disociación.

Así, hoy por hoy no tendrán duda de que el derecho vigente en cuanto a los aspectos sustantivos es el de los Derechos Humanos Fundamentales, sin embargo, al interpretar las normas procesales, lo harán desde la óptica de un paradigma de varios siglos atrás: el del derecho clásico.

De este modo, se dificulta otorgar una cautela, o admitir la competencia de las cuestiones laborales; se fijan inúmeros requisitos para convocar testigos, en olvido de que difícilmente podrá proveerlos un trabajador (no es el mismo el caso del Derecho del Trabajo, y del Derecho del Consumidor, que el del Derecho Civil, las partes no son iguales, etc.).

Al servicio de esto (aquí sí, deliberada e interesadamente), se encuentran muchas publicaciones especializadas, que anatematizan decisiones judiciales en las que se privilegia el acceso a la justicia habilitando la competencia, morigerando o dejando sin efecto las costas para el reclamante, cuando de cuestiones de salud se trata (máxime si media una efectiva incapacidad), etc.

En estas publicaciones al servicio del *establishment* y de los intereses económicos, se hace tabla rasa de los principios propios de la disciplina, cuando de normas adjetivas se trata, cuando dichos principios no son ni más ni menos que la consagración de los valores preferidos por el paradigma de los DDHHFF, que precisamente, reclama **eficacia.**

Las referidas publicaciones, funcionan como verdaderas formadoras de opinión, como doctrina, que habrá de incidir en la interpretación judicial, en los capacitadores de los jueces, en los cuadros universitarios y los electores de unos y otros. Cerrándose así el círculo

vicioso, que asegure la interpretación de lo adjetivo de la manera "*correcta*".

En el Constitucionalismo de los DDHHFF el trabajador es un sujeto especialmente protegido, sin embargo, en materia sustantiva se emplea un paradigma, y en cuestiones procesales otro, pero por vía interpretativa. Con lo cual se modifica la escala jerárquica de la interpretación a voluntad del intérprete. En verdad, de quien ha incidido silente y persistentemente desde lo epistemológico en él, para que no advierta este corrimiento.

Directamente, hay quienes todavía sostienen públicamente que no existen diferentes jerarquías de valores, pretendiendo que todos los derechos consagrados en nuestras constituciones se encuentran en un mismo nivel. Luego, me pregunto, si no fuese precisamente por esa transformación de jerarquías, ¿cómo podríamos estar hablando de "distintos" paradigmas constitucionales?

Si tuviesen razón los que esto sostienen, estaríamos en la posición del Derecho Antiguo, sin jerarquías, donde el más fuerte se queda afuera, sin someterse a regla alguna.

Y si el intérprete queda atrapado en este juego, el efecto será finalmente el de *Hot Coffee*. En la práctica, los derechos sustantivos no se realizan, solo se declaran (*verba non res*). Justamente, en plena redacción de esta ponencia, desde un programa de TV, Eduardo Galeano[14] nos decía que el problema de Latinoamérica era tener hermosas normas, que nunca se hacían realidad. Justamente, lo destacaba como un problema a superar.

Sin ir más lejos, esto sucede con algunos temas laborales en la justicia argentina. Uno de los ejemplos más paradigmáticos (valga la redundancia), es el de las extensiones en etapa de ejecución, cuando el condenado se insolventa a fin de no cumplir con la sentencia.

[14] Este querido uruguayo, que hace pocos meses comparte la vida desde otro plano.

El juez de ese mismo caso, que al dictar la sentencia definitiva ha hecho aplicación de los tratados, dirá que la cuestión debe debatirse en una causa autónoma, y lo fundamenta en el derecho de defensa.

La pregunta, es ¿el derecho de defensa de quién?, al parecer solo del "*tercero*" que aparentemente detenta el capital esfumado, y no del trabajador que defiende el derecho que ese mismo juez le acaba de reconocer.

Ciertamente ambos tienen el derecho a defenderse, debiendo probar lo que afirman, uno y otro, en el mismo proceso, con todas las garantías, sin dilación alguna[15]. Sin embargo, mayoritariamente –no unánimemente, lo destacamos- eso no es así.

¿Por mala voluntad? No, por cierto. Simplemente se está leyendo la norma adjetiva (en el caso, los códigos de procedimientos), desde un paradigma distinto: desde el clásico. Parece extraña esta afirmación, y que además pueda pasar inadvertida para el intérprete. Sin embargo, es así.

Ningún interés tiene el juez, ni el fiscal que avala con su dictamen cuando se corre la vista, en perjudicar al trabajador. Realmente cree que se violenta el derecho del pseudo o real "*tercero*", si se hace un incidente en el proceso principal, en plena etapa de ejecución.

[15] CNAT, Sala III, S.I. del 25.9.14, en autos "Verastegui, Basurto Bagner Daniel y otro c/ Porta Romero, Judith s/ despido", entre muchas otras; Sala VII, S.I 37.128 del 22.5.15, en autos "Gomez, David Adrián y otros c/ Szwarc, Alberto León y otros s/ Extensión de responsabilidad solidaria".
Ver en http://www.cidh.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accesodesci-ii.sp.htm,lo que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos nos informa en su Resumen Ejecutivo, sobre los criterios de la Corte Interamericana en relación con el proceso y la etapa de ejecución. Entre otros standares refiere que " el Tribunal ha considerado que para hablar de "recursos judiciales efectivos" no alcanza con que en los procesos se dicten resoluciones definitivas en las que se decida el resguardo de los derechos en juego ya que la etapa de ejecución de tales decisiones también debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. ", y que " la demora en la ejecución de la sentencia, no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la protección judicial efectiva".

Lo extraordinario es que no ve tres cosas: 1) Que en nada perturbaría a nadie, abrir el incidente, brindando todas las garantías de defensa para que uno y otro prueben, 2) Que ninguna norma se opone a ello, como tampoco podría serlo a luz del paradigma efectivamente vigente; 3) Que, a nivel de la justicia nacional, el reclamo por vía autónoma le será sorteado al mismo juez, con lo cual lo único que se ha hecho es perder tiempo.

Muy por el contrario, en Brasil la extensión es por incidente en la causa principal, es de oficio, y si se descubre que la insolvencia es fraudulenta, el testaferro podrá ser incluido en un veraz, y no podrá competir por una licitación. En este punto, la lectura del derecho adjetivo que hace Brasil va en el mismo sentido del sustantivo: reconoce en la letra y en los hechos, el mismo paradigma.

Al cabo de todo lo expuesto, queda claro que, en lo técnico, en relación con la vigencia del derecho y el Constitucionalismo de los Derechos Humanos Fundamentales, en lo que al derecho del trabajo y la discusión en tribunales en Latinoamérica se refiere, el paradigma es dominante (en fase positiva). Pero en cuanto a su eficacia, no es homogénea la cosmovisión, dado que por vía interpretativa de la norma adjetiva (y a veces por vía legislativa en su producción, ver cita), la aplicación es regresiva[16].

Justamente, estamos de regreso epistemológicamente hablando, al largo proceso que dilató el pasaje del geo al helio, y por las mismas razones: económicas.

Al mercado no le convienen interpretaciones de empleador plural, cuando de tercerización se trata; de cumplimiento irrestricto de las obligaciones para con el trabajador a

[16] "Los Paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar", Revista Spes Nº 34, octubre 2012". Jornada Nº 12, 12º Jornadas SPES "Los cambios de paradigma y sus efectos. Su abordaje interdisciplinario". UBA.

cargo en forma solidaria de todos a los que aprovecha su trabajo; ni asumir el costo de condiciones de trabajo seguras, etc. Y mucho menos le conviene que, si se dictan sentencias, se tengan que hacer efectivas.

Se genera entonces la revolución de cambio de paradigma, como si se estuviese gestando uno nuevo, cuando lo que se hace es resistirlo. Se recurre a los medios masivos, y se descalifica técnicamente el empleo del paradigma de los DDHHFF (solo de modo aparente, porque no se dan razones), aplicando por cierto argumentos de autoridad. Se acaparan los lugares de formación, en especial de los actuales y futuros hacedores de justicia, para dilatar en lo posible la plena vigencia práctica del paradigma.

Pero insistimos, es solo cuestión de tiempo. Solo esperamos que no lleve quince siglos, otra vez[17].

Spes

[17] Cañal, Diana. "Decisiones Judiciales: la relación entre normas de fondo y de forma". Editorial: Quorum, Buenos Aires, Setiembre 2006.Editorial: Errepar, Buenos Aires, Diciembre 2011

Cañal, Diana "Una Visión Pragmática del Derecho". Prólogo: Dr. Tulio Ortiz.Editorial: Quorum, Buenos Aires, Noviembre 2003.Editorial: Errepar, Buenos Aires, Diciembre 2011.

"Filosofía del derecho: una propuesta interactiva" Editorial: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, Mayo 2001. Segunda edición,Editorial: Quorum, Buenos Aires, Octubre 2001. Tercera edición.Editorial: Errepar, Buenos Aires, Diciembre 2011

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

OBSERVACIONES Y EVIDENCIAS SOBRE EL TRABAJO FORMAL E INFORMAL EN ARGENTINA

Por LUIS RAFFAGHELLI[1]

Arte: Gastón González Revista Anfibia – UNSAM (18.07.2022)

1. Introducción.

El trabajo humano, en nuestra realidad continental presenta una diversidad de categorías, de salarios y de derechos, no ostensible en los países centrales de alto desarrollo económico y social. Los aportes de la doctrina europea son importantes, pero hay que pasarlos por el tamiz de nuestras particularidades laborales.

Alain Supiot,[2] en un trabajo pre pandemia identifica dos certezas:

[1] Abogado. Magister en Ciencias Sociales del Trabajo. Ex Juez del Trabajo de la PBA y de la CNAT.
[2] Alain Supiot «El trabajo no es una mercancía: contenido y sentido del trabajo en el siglo XXI» (edición original: Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du trail auva XXIème siècle, Paris, Éditions du Collège de France, 2019, 65 p., coll. Leçons de clôture).

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

La primera es que "*el impacto de la **revolución digital** en la organización y la división del trabajo es por lo menos tan considerable como el de la precedente **revolución industrial**, que dio lugar al Estado social*".

> El trabajo humano, en nuestra realidad continental presenta una diversidad de categorías, de salarios y de derechos, no ostensible en los países centrales de alto desarrollo económico y social

La segunda es que "*nos enfrentamos a una crisis **ecológica** sin precedentes, imputable en gran medida a nuestro modelo de desarrollo. Estas dos certezas nos obligan a reconsiderar nuestra concepción del trabajo, tanto desde el punto de vista técnico de nuestra relación con las máquinas, como desde el punto de vista ecológico de la sostenibilidad de **nuestros modos de producción***".

Comparto esas dos certezas, pero es necesario agregarle una tercera que se señala desde el umbral más postergado del trabajo en Argentina… "*el capitalismo ha entrado en una nueva etapa, una etapa en la cual el **trabajo asalariado** ha dejado de ser **la relación social predominante** del sistema socioeconómico*[3] *…*"

Por tanto, es necesario sumar los aportes de las ciencias sociales, del Derecho del Trabajo y documentos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo para un análisis preciso sobre las significaciones de la informalidad laboral.

En los años ochenta, aparece el concepto de flexibilización laboral como una respuesta del capital a la crisis de acumulación de la década anterior, con renovación tecnológica y maximización del desplazamiento de los factores de producción con la mayor rapidez posible.

[3] CTEP "Organización y economía popular: nuestra realidad" Emilio Miguel A. Pérsico y Juan Grabois. - 1°ed.Buenos Aires: CTEP - Asociación Civil de los Trabajadores de la Economía Popular, 2014.

Aportes de la teoría social advirtieron que las pautas flexibilizadoras del trabajo introdujeron cambios culturales sustanciales que terminaron por disolver las **solidaridades internas** de la clase trabajadora (Battistini y Montes Cattó, 1998).

Las formas atípicas de empleo, desde una mirada económica de corto plazo, tiene adeptos que destacan la *reducción de costos laborales económicos*, o por la alternativa de tener *planteles variables* según las fluctuaciones de demanda.

No hay que hacer un esfuerzo para advertir que ello no se confirma en *plazos más extensos* como se ha señalado (Topet, Villasmil y García Jiménez, 2019).

La crisis en Argentina sobre el trabajo-empleo precario, se inscribe en este contexto.

El presente trabajo tiene una perspectiva no solo jurídica, ya que acudo a fuentes de otras disciplinas de las ciencias sociales.

Empero, adhiero sin dudas a la utilización del **Derecho** como herramienta transformadora tal como lo señala Supiot: "*El derecho se presenta siempre como una de las posibles respuestas de la especie humana a los desafíos que le plantean sus condiciones de existencia*" (Supiot, 2019).

Y todo bajo el paradigma constitucional de los derechos humanos fundamentales y en el mundo del trabajo buscando la eficacia jurídica de las normas en su aplicación a la realidad como lo propone sistémicamente Spes (Cañal, 2022).

2. La informalidad laboral.

a) Marco teórico. Tránsito hacia la formalidad.

La informalidad, al menos desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, sigue siendo una *categoría polisémica y todavía no suficientemente acotada* (VILLASMIL, 2018).

El cambio terminológico se movió entre "*sector no estructurado*", "*sector informal", "economía informal*" a

"*informalidad/formalidad*", mientras la Recomendación 204-2015 de la OIT abandonó la categoría "*sector informal*".

Según el informe Villasmil a la OIT, en la economía informal conviven distintas relaciones jurídicas que suponen la prestación de servicios, bajo ajenidad o no.

Empleos formales que *viven en la economía informal* o también empleos informales que *provienen de la economía formal* y se vincula con la manera en que la economía informal termina por integrarse a la formal.

La nota de subordinación laboral sigue siendo el hecho que aún caracteriza a la relación de empleo.

Ello ha sido una valla para que los académicos del Derecho del Trabajo asuman que la categoría "sector informal y trabajadores informales" son derivación del empleo en crisis, lo que *obliga a repensar la subordinación mirando al sector informal*.

adhiero sin dudas a la utilización del Derecho como herramienta transformadora tal como lo señala Supiot

Se destaca como más acorde a nuestra realidad, el criterio de Alain TOURAINE[4] cuando en materia de política social postula volver a darle prioridad a los problemas del trabajo: "*…frente al ascenso de ideologías que ven en la flexibilidad del trabajo la condición principal del éxito económico debemos elaborar una política de trabajo que sea compatible con las nuevas condiciones de la vida económica, con la rapidez de los cambios tecnológicos y la apertura de las economías nacionales al mundo…*" se debe generar empleo en los dos extremos *"…los 'empleos Mc Donalds' y los 'empleos Microsoft'…"*

[4] TOURAINE, Alain, Cómo salir del liberalismo, Ediciones Paidós, traductor: PALACIO TAUSTE, Javier. Colección Estado y Sociedad, Buenos Aires, 29/7/1999, pág. 132 y ss.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

El Profesor Julio NEFFA describe las principales perspectivas teóricas sobre el trabajo informal en América Latina[5] que resumo teniendo en cuenta la extensión del presente.

> todo bajo el paradigma constitucional de los derechos humanos fundamentales y en el mundo del trabajo buscando la eficacia jurídica de las normas en su aplicación a la realidad como lo propone sistémicamente Spes (Cañal, 2022).

El mercado laboral argentino exhibe desde bastante tiempo antes al inicio de los años 2000 los rasgos de la informalidad, el trabajo-empleo precario, pero ello se intensificó exponencialmente y alcanzó sus porcentajes más altos durante la vigencia del régimen de convertibilidad y no se pudo desmontar hasta nuestros días.

En este sentido esos múltiples cambios produjeron indeterminaciones de las fronteras establecidas entre empleo, desempleo e inactividad, en el significativo gráfico de esas superposiciones que tan gráficamente estableció en 1989 Jacques FREYSSINET (ver cuadro anexo del presente).

Se ubican tres visiones teóricas sobre el tema (NEFFA, 2008), al comienzo del nuevo siglo:

* *El Programa Regional del Empleo para América Latina y el Caribe*[6] (PREALC/OIT) de los años setenta, enfatizaba que la muy concentrada distribución del ingreso en la región - más precisamente, de la distribución de las remuneraciones - respondía en parte a la marcada diferenciación de su estructura ocupacional, que, con diferente intensidad, reflejaba los

[5] NEFFA, Julio C. (Coordinador), La informalidad, la precariedad laboral y el empleo no registrado en la Provincia de Buenos Aires. Publicado por Ceil Siete Conicet y Ministerio de Trabajo Provincia de BA, prólogo del Dr. Oscar CUARTANGO (Buenos Aires, 2008).

[6] PREALC (1974), "La política de empleo en América Latina: lecciones de la experiencia de PREALC", en El Trimestre Económico, vol. 41, Nº 164(4), pp. 917-936.

niveles de subocupación que caracterizaban a esas economías.

* El enfoque *neo marxista* de Portes[7] Castells y Berton[8] que, desde la perspectiva de modernización con explotación, destaca la importancia de los cambios en el sistema de producción internacional para explicar la existencia del sector informal. Señala que la competencia y el crecimiento de la productividad determinaron la flexibilidad y descentralización del proceso productivo, con la subcontratación, la reducción de costos laborales y asalariados ocultos, en desmedro del sistema de protección social.

Este enfoque asimila la informalidad a una parte de las actividades no registradas y de empleos precarios, considerándola una nota *estructural y necesaria* del modo de producción capitalista para hacer posible la reducción de costos laborales y evitar la caída de las tasas de ganancias[9].

La visión de la CEPAL se puede ubicar en esta corriente, inspirada en las ideas de Alberto Prebisch en tanto sostenía que en los países de América Latina el desequilibrio entre creación de empleos y oferta de fuerza de trabajo sería causado por la insuficiencia dinámica del *capitalismo periférico* cuya baja capacidad de acumulación impediría absorber el excedente de fuerza de trabajo en el sector moderno…el sistema informal urbano -SIU- sintetiza NEFFA, era el resultado de la ineficacia social del capitalismo periférico latinoamericano[10].

* La mirada *liberal* de Hernando DE SOTO, que tuvo su auge hacia fines de los ochenta en América Latina, para

[7] CASTELLS, Manuel y PORTES, Alejandro (1989), The informal economy. Studies in advanced and less developed countries, Johns Hop-kins University Press, Baltimore.
[8] PORTES, Alejandro y BENTON, Lauren (1987), "Desarrollo industrial y absorción laboral: una reinterpretación", Estudios Sociológicos nº 13 Vol. V, enero-abril.
[9] CORTES, Fernando (2002), "La metamorfosis de los marginales: la polémica sobre el sector informal en A. Latina" en DE LA GARZA, Enrique, Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo, Fondo de Cultura Económica, México.
[10] NEFFA, Julio, obra citada supra en nota 5.

quien la *informalidad* era un sinónimo de *extra legalidad*.

> El mercado laboral argentino exhibe desde bastante tiempo antes al inicio de los años 2000 los rasgos de la informalidad, el trabajo-empleo precario, pero ello se intensificó exponencialmente y alcanzó sus porcentajes más altos durante la vigencia del régimen de convertibilidad

Sostenía que no son *informales* los *individuos sino sus hechos y actividades* y que la informalidad no es tampoco un sector preciso ni estático de la sociedad sino una *zona de penumbra que tiene una larga frontera con el mundo legal y donde los individuos se* ***refugian*** *cuando los costos de cumplir las leyes exceden sus beneficios*[11].

En otra producción, H. De Soto[12] llega al paroxismo de transformar vicios y defectos del sistema en virtudes, e insiste en la necesidad de reconocer en un *registro de la propiedad de los informales para que pueda ser utilizado en finalidades productivas permitiéndoles acceder al crédito, ofrecer garantías y emplearla como moneda de cambio*.

En síntesis, el enfoque de PREALC/OIT de los noventa, llamado de la economía "dual" sobre el **trabajo informal** en América Latina lo define como actividades productivas de pequeño tamaño, escasa o nula dotación de capital, tecnología débil e intensiva en trabajo con baja productividad y salarios, con mano de obra poco calificada. Este sector se estructuraba en el sector rural tradicional y urbano moderno.

El criterio *estructuralista* lo define como actividades generadoras de ingresos no reguladas por las instituciones en un medio social y legal en el que se reglamentan actividades similares,

[11] DE SOTO Hernando (1987), El otro sendero: la revolución informal, Ed. La Oveja Negra, Bogotá, Colombia.

[12] DE SOTO, Hernando (2000,) El misterio del capital, Editorial El Comercio, Lima, Perú.

mientras que la *liberal* culpa al sistema capitalista de sus excesivas trabas e intenta transformar su costado social más dramático en una virtud, que nunca pudo ser evidenciada como tal en la realidad.

Cualquier análisis del tránsito de la informalidad a la formalidad del trabajo y particularmente del empleo no puede prescindir de la noción esencial de justicia social validada como estructural por la doctrina de la Corte virtuosa (CSJN 2004/2013) específicamente en el caso "Álvarez"[13] (2010), uno de sus más notables pronunciamientos y obra jurídica contra la discriminación en el trabajo.

Dice SUPIOT[14] que la justicia social no se puede reducir a un "*zócalo mínimo de derechos fundamentales…que sería más o menos el derecho a no morir de frío y de hambre"* planteando tres dimensiones ignoradas o negadas por el Estado social:

- *la dimensión de la justicia del comercio internacional*, con el reequilibro de la negociación colectiva que hoy maneja el poder económico a escala global con límites territoriales estrictos para los sindicatos.

- *la justicia en los informes de lealtad económica*…la gobernanza por números no puede sustituir el imperio de la ley, a esta altura sometida a los cálculos de utilidad.

- *la de la justicia en la división del trabajo*...para lo cual una verdadera organización del trabajo se impone con respecto a las personas que trabajan y al medio ambiente.

Señala que el prototipo internacional no puede continuar fincado en la

[13] Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

[14] SUPIOT, Alain "Qué justicia social internacional en el siglo XXI", Cátedra: "Estado social y globalización: análisis jurídico de la solidaridad". Conferencia de apertura del XXI Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Ciudad del Cabo, 15-18 de septiembre de 2015). file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/UPL7069441684883113359_Supiot_CapeTown_September_2015_es.pdf

desregulación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El aumento del desempleo y la precariedad, la profundización vertiginosa de las desigualdades, los desastres ecológicos y las migraciones masivas provocadas por estos desajustes, obligarán a que tarde o temprano los Estados vuelvan a cuestionar los dogmas del neoliberalismo y a retirarse de la carrera por el menor coste social.

Diana Cañal[15] refleja la realidad cruda al señalar que "*existe todo un magma de trabajadores que ven precarizados sus derechos, mientras se levanta como un valor que deben estarlo aún más. A lo que se suma una gran masa de los que ni siquiera consiguen un trabajo, registrado o no…Justamente, en nuestro país de "periferia" en un sentido, este fenómeno se siente y se sentirá con mucha más fuerza. Trabajadores de plataforma, menudeo, manteros, cartoneros, etc. Desocupados, manifestantes casi permanentes... existe todo un magma de trabajadores que ven precarizados sus derechos, mientras se levanta como un valor que deben estarlo aún más. A lo que se suma una gran masa de los que ni siquiera consiguen un trabajo, registrado o no*".

el enfoque de PREALC/OIT de los noventa, llamado de la economía "dual" sobre el trabajo informal en América Latina lo define como actividades productivas de pequeño tamaño, escasa o nula dotación de capital, tecnología débil e intensiva en trabajo con baja productividad y salarios, con mano de obra poco calificada

Justamente, en nuestro país de "periferia" en un sentido, este fenómeno se siente y se sentirá con mucha más fuerza. Trabajadores de plataforma, menudeo, manteros,

[15] CAÑAL Diana R. "El imperio de la ley" Bs.As. 31/03/2023, reflexiones en un documento de trabajo SPES.

cartoneros, etc. Desocupados, manifestantes casi permanentes.

Para todos ellos, y también para quienes tienen trabajo, a quienes la fuerza de una situación social tan opresiva desalienta los reclamos, se genera una consecuencia muy grave: menor educación, menor cobertura social y menor justicia concreta, en definitiva.

b) La OIT y su tránsito al reconocimiento de la informalidad laboral.

En 1972, se comenzó a hablar de sector informal[16] de la economía.

La OIT y organismos de la ONU explican este sector como una consecuencia del *déficit estructural del desarrollo y del excedente de mano de obra mundial.*

Sin embargo, hay otra concepción alternativa y opuesta, que lo atribuye a la excesiva intervención estatal por la rigidez de las normas regulatorias, que obstaculiza la actividad económica, sobre todo la de pequeña escala.

El Banco Mundial ha presentado la informalidad como una posibilidad para amplios sectores sociales excluidos de la economía formal o un escape de sectores importantes de la producción o del trabajo frente a los costos de la formalidad[17].

Es la citada tesis de Hernando DE SOTO expuesta en su libro "El otro sendero. La revolución informal" asistido por Mario VARGAS LLOSA[18] , que no ve a la informalidad laboral como un problema sino como una solución para quien la sufre.

La Organización Internacional del Trabajo, cuatro años antes de su centenario, aprobó formalmente la Recomendación 204 sobre La transición

[16] OIT (1972). Employment incomes and equality: A strategy for increasing productive employment in Kenya. http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1972/72B09_608_engl.pdf.

[17] PERRY, Guillermo E. (et. al.) (2007), Informalidad, escape y exclusión. Washington, Banco Mundial (Res.Ejecutivo). http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/SP_lacf_Overview.pdf.

[18] Hernando DE SOTO, El otro sendero. La revolución informal, ob. cit.

de la economía informal a la economía formal, en 2015.

Aun en retardo, tal documento global debe ser un bienvenido aporte, teniendo en cuenta la situación de millones de trabajadores y trabajadoras que la OIT describe permanentemente.

> existe todo un magma de trabajadores que ven precarizados sus derechos, mientras se levanta como un valor que deben estarlo aún más. A lo que se suma una gran masa de los que ni siquiera consiguen un trabajo, registrado o no

Tuvo en cuenta sus principales instrumentos como la Declaración de Filadelfia, 1944, la Declaración de relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 1998, y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Asimismo, incluyó aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Reafirmó la pertinencia de sus *ocho convenios fundamentales*[19] , los de *gobernanza*[20], así como de otras normas internacionales del trabajo e instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas.

[19] Convenios fundamentales OIT: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930; Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182). La 110 Conferencia Internacional de la OIT incorporó a esta lista “un entorno de trabajo seguro y saludable” (2022).

[20] Convenios de Gobernanza OIT: Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81); Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129); Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

La Recomendación 204 reconoce como antecedente la resolución relativa al trabajo decente y la economía informal y las conclusiones sobre el trabajo decente y la economía informal adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 90ª reunión (2002).

Y también la Resolución 198 sobre la relación de trabajo de 2006 destinada a garantizar *una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.*

Propone luchar contra *las relaciones de trabajo encubiertas*, en el contexto de otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho.

Para ello, propicia la adopción de normas aplicables a *todas las formas de acuerdos contractuales*, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho, asegurando que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén.

La **R204** proporciona orientaciones a los Estados miembros para facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal, respetando sus derechos fundamentales y garantizando oportunidades de seguridad de los ingresos, medios de sustento y emprendimiento.

Señala que la expresión 'economía informal' hace referencia a *todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades*

económicas que -en la legislación o en la práctica- están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto comprendiendo a las unidades que emplean mano de obra; las que pertenecen a personas que trabajan por cuenta propia, ya sea en solitario o con la ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remunerados; las cooperativas y las unidades de la economía social y solidaria.

También incluye a los *trabajadores asalariados con empleos informales* que trabajan en empresas formales o en *unidades económicas de la economía informal*, o bien para ellas, incluyendo, entre otros, a los que están en *situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro*, o en hogares como *trabajadores domésticos remunerados y los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas*.

Por tanto, la mayoría absoluta de los trabajadores y trabajadores con notas de informalidad se encuentra contemplados por esta Recomendación de la OIT, y su aplicación no puede ser ajena a la labor de la Administración del Trabajo y Poder Judicial de los países miembros.

Establece asimismo el marco jurídico, las políticas de empleo, los derechos y la protección social, basado en los derechos fundamentales de los Convenios e instrumentos de la OIT.

Propicia que las personas ocupadas en la economía informal disfruten de la *libertad de asociación y la libertad sindical y ejerzan el derecho de negociación colectiva*, incluido el derecho de constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas, con sujeción a lo dispuesto en sus estatutos.

Entre la normativa aplicable señala que deben aplicarse los Instrumentos de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (y Ambientales hoy); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, 1966 y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990.

La aprobación por la Organización Internacional del Trabajo de la Recomendación 204 (2015) sobre la transición de la economía informal a la economía formal, es por tanto un hecho de extraordinaria relevancia en tema objeto de análisis en el presente.

Es necesario disminuir la brecha entre la misión universal de la OIT y su **impotencia jurídica** para colmarla.

3. Composición del empleo y del trabajo argentino.

***Resumen de evidencias y comprobaciones.**

El trabajo de las personas en Argentina se caracteriza en la actualidad por una gran diversidad. Según la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) del INDEC del 4°trimestre de 2021, el nivel de desocupación ascendía a un 7 % del total de la PEA y ha continuado en descenso, generándose pues-tos de trabajo de distinta calidad.

La aprobación por la Organización Internacional del Trabajo de la Recomendación 204 (2015) sobre la transición de la economía informal a la economía formal, es por tanto un hecho de extraordinaria relevancia

Del **93 %** ocupado, un **73%** trabaja a cambio de un salario - forma laboral predominante en la economía nacional, aunque dentro de ese número un tercio lo hace sin registración. A su vez, un **23%** trabaja por cuenta propia, fuera de la relación de dependencia. De este grupo, **uno de cada diez** es profesional, mientras que el resto se reparte casi por partes iguales entre monotributistas de diversos rubros y formas organizadas o

no organizadas de la economía popular, gran parte de ellos en la informalidad[21].

La población total de Argentina para 2023 estaba proyectada en 46.7 millones de personas, aunque se ha dado a conocer en noviembre de 2023 los resultados del censo poblacional que arroja la cantidad de 45.892.285 habitantes[22], superando el número de mujeres en más de 1,5 millones al de varones.

Resumo por tanto tales datos[23] necesarios para trabajar en políticas públicas virtuosas, fundadas en la justicia social, y que indican lo siguiente:

a) la tasa de actividad (TA) al 2°semestre de 2023 – que mide la población económicamente activa (**PEA**) sobre el total de la población – alcanzó el **47,6%** con un total de **14 millones** y una población inactiva (**PEI**) de **15,4 millones** de personas.

b) **la tasa de empleo** (TE) – que mide la proporción de personas ocupadas con relación a la población total – se ubicó en **44,6%;**

c) **la tasa de desocupación** (TD) – personas que no tienen ocupación, están disponibles para trabajar y buscan empleo activamente, como proporción de la PEA – fue de **6,2%.** Hay **9,7** millones de asalariados de los cuales **6,1** millones con descuento jubilatorio y **3,6** sin

[21] 3. Composición del empleo y del trabajo argentino.
*Resumen de evidencias y comprobaciones.
El trabajo de las personas en Argentina se caracteriza en la actualidad por una gran diversidad. Según la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) del INDEC del 4°trimestre de 2021, el nivel de desocupación ascendía a un 7 % del total de la PEA y ha continuado en descenso, generándose pues-tos de trabajo de distinta calidad.
Del 93 % ocupado, un 73% trabaja a cambio de un salario - forma laboral predominante en la economía nacional -, aunque dentro de ese número un tercio lo hace sin registración. A su vez, un 23% trabaja por cuenta propia, fuera de la relación de dependencia. De este grupo, uno de cada diez es profesional, mientras que el resto se reparte casi por partes iguales entre monotributistas de diversos rubros y formas organizadas o no organizadas de la economía popular, gran parte de ellos en la informalidad.

[22] Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022 NOVIEMBRE | 2023 Indicadores demográficos, por sexo y edad Resultado https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-41-165

[23] Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH) Resumen ejecutivo del segundo trimestre de 2023. Informes técnicos / Vol. 7, n°195. INDEC Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, República Argentina. www.indec.gob.ar

descuento jubilatorio. Hay además **3,4** millones de no asalariados.

d) **La tasa de subocupación** resultó del **10,6%** de la PEA, mientras que los otros ocupados demandantes y los otros ocupados no demandantes disponibles alcanzaron, en conjunto, el **11,0%** de la PEA. Consecuentemente, la presión sobre el mercado laboral, conformada por el universo de desocupados, sub/ocupados, ocupados demandantes y ocupados no demandantes disponibles, alcanzó el **27,9%** de la PEA.

En el 4° trimestre de 2022, del total de trabajadores/as registrados, con salario y descuento jubilatorio ascendió al **47,2%** de la PEA (6.6 millones).

Los trabajadores informales se dividen en asalariados no registrados que ascendían al **26%** mientras que los cuentapropistas no profesionales se contabilizan en el **21,6%,** y los profesionales autónomos el **1,8%.**

Respecto de los ingresos el observatorio[24] sobre la deuda social de la UCA revela que en 2022 el ingreso medio de los **trabajadores informales** fue del **48,9%** inferior al de los trabajadores del sector privado y un **39,3%** del sector privado.

Del total de nuevos empleos generados hasta fines de 2022 (2,6 millones) solo el **25,5%** fueron asalariados/as formales; el **44.9%** fueron cuentapropistas no profesionales de *baja calificación*; el **29.9%** asalariados no registrados completando el panorama de la composición del empleo.

4. La economía popular como nuevo espacio económico, social y cultural.

El universo nucleado en lo que se denomina la economía popular aborda como ningún otro sector político, social o académico de la posibilidad del acceso al trabajo de millones de compatriotas que trabajan en la informalidad careciendo de los derechos laborales

[24] ODSA Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina, Informe sobre "Trabajo, Empleo, inactividad forzada y exclusión social. Argentina urbana, 2010-2022.

básicos que otorga el empleo, en precariedad, con poco capital constante y tecnología.

A las tareas de recolección de residuos, de cartón, plástico, venta ambulante, se suman las de cuidados o incluso los que dan ingresos bajísimos, que los colocan en la línea de indigencia, como suele ocurrir en ramas como el trabajo agrícola, el empleo doméstico o las categorías más bajas del monotributo.

> El universo nucleado en lo que se denomina la economía popular aborda como ningún otro sector político, social o académico de la posibilidad del acceso al trabajo de millones de compatriotas que trabajan en la informalidad careciendo de los derechos laborales

Por ello desde distintas instancias del Estado, luego de la crisis del 2001, se diseñaron programas de planes sociales, como políticas públicas con finalidades de asistencia social, alimentaria, de apoyo al empleo, de sostén a la educación, entre otras, que tienen cierta similitud con el salario universal, que es una construcción global.

El plan "Potenciar Trabajo"[25] otorga un **salario social complementario** a integrantes de unidades productivas de la economía popular organizada.

Como consecuencia de la crisis económica profundizada en 2018, quienes requirieron la asistencia estatal fueron inscriptas en este programa, que no estaba pensado para ello.

Se ha señalado que el salario universal sería una solución para reorganizar la política social del Estado argentino de

[25] El Programa Nacional de Inclusión Socio productiva y Desarrollo Local "Potenciar Trabajo", unifica a los programas "Hacemos Futuro" y "Salario Social Complementario". Persigue contribuir a mejorar el empleo y generar nuevas propuestas productivas a través del desarrollo de proyectos productivos, comunitarios, laborales y la terminalidad educativa, para la inclusión social. https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/potenciartrabajo

forma transparente y coherente (Hagman Itai, 2022).

Palumbo, en un interesante trabajo señala que "… *La experiencia de aglutinación y representación colectiva de los/as trabajadores/as de la economía popular resulta novedosa en la vida política de Argentina. La creación de la Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP), en el año 2011, marcó un hito en los procesos de trabajo en los movimientos populares que se venían organizando desde la resistencia al neoliberalismo, a finales de la década del noventa del siglo XX, en el marco del llamado movimiento piquetero*[26].

Esta Confederación de trabajadores creada en 2011 como respuesta a la necesidad de organizar gremialmente a los trabajadores/as en situación de informalidad laboral, confluye en términos sociales con las centrales sindicales de los trabajadores formales, pero no resulta asimilables al modelo estructurado por la Ley sindical 23551 hace 35 años, por ello en 2015 se les otorga la personería "social" y no la gremial del modelo sindical tradicional.

En el año 2016, en conjunto con una amplia gama de organizaciones, sumadas la CGT y las CTA lograron proponer con éxito la Ley de Emergencia Social que los reconoce como trabajadores de la economía popular, con derecho al salario social complementario

La CTEP desde sus inicios tuvo la voluntad social y política de representar a sectores populares urbanos, periurbanos y rurales identificándolos como trabajadores/as e inscribiéndolos en el ámbito sindical.

Reunió a cartoneros/as, productores/as rurales, vendedores/as callejeros, cuidacoches, liberados/as, trabajadores/as textiles y de la rama

[26] Palumbo, María Mercedes "La construcción de la subjetividad colectiva de los/as trabajadores/as de la economía popular en el discurso pedagógico de la CTEP" Editorial Universidad de los Lagos, 7/2022.

socio comunitaria, entre otros (Palumbo María M.2022).

La Unión de Trabajadores y Trabajadoras de la Economía Popular (UTEP), creada en diciembre del año 2019, se inscribe el marco de la CTEP como un sindicato de primer grado, adherido a esta Central.

Paula Abal Medina (2016) ha caracterizado a la CTEP como parte del "*otro movimiento obrero*" surgido *por fuera del movimiento obrero sindical*, pero sostiene la necesidad unitaria de ambos.

La sindicalización del sector representado por la CTEP y la UTEP significan la construcción de una nueva subjetividad colectiva que *tuvo implicancias identitarias hacia dentro y fuera de la organización* (Palumbo, 2022) resaltando que la Escuela Nacional de Organización Comunitaria y Economía Popular (ENOCEP), creada en el año 2014, conforma un dispositivo pedagógico central.

Agudamente Abal Medina señala que en los de setenta años transcurridos desde su investigación, "*el capitalismo creó transformaciones tan estructurales que puso en crisis la línea divisoria de la relación entre capital y trabajo.*"[27]

> La CTEP desde sus inicios tuvo la voluntad social y política de representar a sectores populares urbanos, periurbanos y rurales identificándolos como trabajadores/as e inscribiéndolos en el ámbito sindical.

Se creó un modelo de producción centrífugo que externaliza responsabilidades y desecha trabajado-res fuera del "castillo", arrojados del núcleo central de las grandes empresas

[27] Abal Medina Paula "La economía informal y el movimiento obrero" Cap. del Libro: El Atlas del Peronismo. Editorial: Capital Intelectual - El Diplo. Bs.As. año 2019.

transnacionales, condenando a millones de personas a trabajar sin derechos y a vivir en la miseria.

Eso explica cómo ha aceitado su funcionamiento el neoliberalismo y el origen de la economía popular "… *El poder de reclasificar a los asalariados como otros se acrecienta mientras el salario y los derechos laborales desaparecen*" … cierra su idea Abal Medina en la obra citada.

En sus cuadernos de formación[28] la CTEP explica a afiliados/as y trabajadores/as que la economía funciona en tres velocidades: en avión para las grandes corporaciones internacionales, en un tren que no siempre funciona para las PYMES y en chancletas para quienes les pelean a las urgencias diarias desde la economía popular.

Desde una perspectiva académica[29] el término "economía social y popular" es utilizado para referirse "*a la organización de grupos de trabajadores de actividades de muy baja productividad, muy vinculada a la idea de las transferencias de ingresos o recursos por parte del Estado*".

Las personas que aspiran a trabajar en los programas de la economía popular se registran en el Registro Nacional de Trabajadores y Trabajadoras de la Economía Popular (RENATEP), que se referencian en el apéndice de este trabajo.

El RENATEP[30] es un registro creado en 2020 por el Estado Nacional, con el objetivo de formalizar la economía popular y que sirve para "acceder a programas de trabajo, seguridad social y capacitación; participar de redes de

[28] CTEP Confederación de Trabajadores de la Economía Popular "Nuestra Realidad" (1°Cuaderno de formación para trabajadores, militantes, delegados y dirigentes de organizaciones populares). Libros CTEP. La Personería Social, Bs.As. 2014.

[29] Programa de Protección Social del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (Cippec), Rofman Rafael, Della Paolera Carola, Camisassa Juan, Lopez Méndez Emanuel, Políticas públicas para reducir la pobreza en la transición demográfica. Bs.As. abril 2023.

[30] RENATEP: registrados 3 millones de trabajadores. Sector privado formal excluyendo economía social: 29,7% - S. Público excluyendo economía social 12.2% - Economía social: 33,8% - S. micro-informal excluyendo economía social 24,3% Fuente: EDSA Agenda para la Equidad (2017/2025) ODSA, UCA.

comercialización y tener acceso a herramientas crediticias y de inclusión financiera", con el objetivo de salir de la economía popular de la informalidad.

Según los datos recopilados entre julio de 2020 y febrero de 2022 son 3.225.268 trabajadores los que están inscriptos en este registro. Empero de acuerdo con estimaciones del director Nacional de Economía Social del Ministerio de Desarrollo Social, Pablo Chena, el número podría ser incluso mayor, cerca de 8 millones de personas, en función de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) y el Ingre-so Familiar de Emergencia (IFE).

La mayor cantidad de inscriptos está en la Provincia de Buenos Aires (35,9%); siguen Tucumán (6,2%), Salta (5,9%), Chaco (5,8%) y Santiago del Estero (5,7%). El 40,5% restante están dispersos a lo largo del país y ninguna provincia alcanza el 5%.

En 9 provincias del país (Catamarca, Chaco, Formosa, Jujuy, La Rioja, Misiones, Salta, Santiago del Estero y Tucumán) las inscripciones al RENATEP superan a los trabajadores asalariados del sector privado registrados en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). La prevalencia de mayores inscriptos al Renatep sobre la cantidad de asalariados privados también se ve si se observa por grupos etarios: ocurre en el escalafón de 18 a 24 años (27,1% de inscripciones al Renatep versus 6,7% asalariados privados) y en el de 25 a 35 años (37,3% versus 32,1%).

> la CTEP explica a afiliados/as y trabajadores/as que la economía funciona en tres velocidades: en avión para las grandes corporaciones internacionales, en un tren que no siempre funciona para las PYMES y en chancletas para quienes les pelean a las urgencias diarias desde la economía popular

5. Otras respuestas hacia un trabajo digno.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Comparto las expresiones de Palmeiro y Olivari[31], respecto a que los trabajadores/as formales son fuente esencial del Derecho Laboral y sus principios pro homine, de progresividad y los que integran el bloque de Constitucionalidad Federal ubicados en el plexo normativo de los Derechos Humanos Internacionales en nuestra propia Constitución Nacional …

Pero al mismo tiempo señalan en su ponencia que hay un "afuera" de personas no integradas al mundo del trabajo formal, que no entran en el debate del laboralismo, que en lugar de ser sujeto de protección del Derecho Social, terminan siendo objeto de políticas asistenciales en el mejor de los casos, y en otros sacudidos por el Derecho Penal.

Advierten que ante los cambios en la integración del trabajo, es tiempo de ampliar la discusión para abarcar la protección del "trabajo en sus diversas formas" que garantiza nuestra Constitución, dan-do voz a millones de trabajadores atípicos que quedan fuera de la ciudadela tutelar del Derecho Laboral.

Con exactitud se señala desde la experiencia del trabajo en la función judicial que la normativa laboral en gran medida es discordante al tiempo de su reglamentación con los mandatos constitucionales, cuanto que gran parte de la interpretación de los jueces en sus fallos también lo es (Cañal, 2023), señalando otra discordancia entre derecho y realidad.

No es objetivo de este trabajo abordar el cumulo de derechos que la legislación laboral y las convenciones colectivas confieren a la relación laboral clásica, sino contraponerlos con las iniciativas surgidas de la informalidad laboral que pugnan por alcanzar umbrales mínimos para la vida de millones de familias en

[31] OLIVARI Mariela Paula y PALMEIRO Luis A. "Un mandato de los derechos humanos: repensar la protección ¿Quién les habla a ellxs?" 1°Congreso de Derecho del Trabajo organizado por la Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas de Rosario, Santa Fe "Vigencia y necesidad de avance del derecho protector de las personas que trabajan" noviembre de 2023.

condiciones de vulnerabilidad y desamparo.

Rodolfo Capón Filas y Helios Sarthou[32] en un imperdible dialogo rioplatense coincidían en la necesidad de antropocentrismo y hominización del trabajo humano, pero hasta que ello pueda realmente concretarse hablaban del mientras tanto, cuestión de urgencias temporales que vemos en este tema, por lo que ante la crisis del empleo, se destacan las respuestas surgidas de colectivos laborales como las empresas recuperadas, cooperativas de trabajo, la realidad de la economía popular, que confluyen todas en un común denominador: la búsqueda irrenunciable de un paraguas social protector.

En el acápite anterior se han trazado rasgos gruesos de la economía popular como espacio social, político y económico, valiosa como reacción a la informalidad laboral.

a**) Cooperativismo de trabajo y sus complejidades como herramienta organizativa.**

La cooperativa de trabajo como forma jurídica de organización es la más utilizada por sectores sociales expulsados del empleo, ya que por las urgencias sociales, no hay otra más sencilla y ágil para formalizar experiencias como la continuidad de empresas fallidas recuperadas por los trabajadores; también se la usa en los últimos años para realizar obras por grupos de trabajadores/as y otras iniciativas vinculadas con jóvenes en situación de riesgo social, como es el caso de los Hogares de Cristo, en el conurbano bonaerense.

Los valores básicos en que se basa el cooperativismo genuino son: ayuda mutua, democracia, igualdad, transparencia equidad, solidaridad, honestidad, responsabilidad social y preocupación por los otros.

[32] Luis Raffaghelli en prólogo a la 4°edición de la obra “El Nuevo Derecho Sindical Argentino” de Rodolfo Capón Filas. Librería y Editora Platense, 13/06/2013.

Si ellos no están presentes la figura se desnaturaliza y se convierte en fraudulenta, por tanto, desde el Instituto de Asociativismo y Economía Social (INAES) como de los propios operadores sociales y en caso de conflicto los tribunales del trabajo deben ser muy tenidos en cuenta para distinguir una organización válida de otras que aumentan la explotación del trabajo humano.

Transcribo en el apéndice un fallo judicial reciente de la justicia nacional del Trabajo que reivindica la experiencia de una empresa recuperada por sus trabajadores/as[33].

Las cooperativas de trabajo no pueden desempeñar –según la Resolución N° 1510/94 - tareas que se vinculen con: a. Limpieza. b. Seguridad. c. Agencia de colocaciones. d. Distribución de correspondencia. e. Servicios eventuales[34].

Es sabido que la relación entre del cooperativismo de trabajo y las instituciones del derecho laboral son conflictiva cuando la cooperativa es usada para otros fines y transita por debajo de los mínimos del orden público laboral.

La Cooperativa de Trabajo no puede en la relación con sus asociados estar por debajo del orden público laboral, legislativo como convencional colectivo de la actividad.

Cuando la Cooperativa se usa como figura de precarización y elusión de tales derechos no hay duda de que la solución es la nulidad y el cumplimiento de la normativa laboral.

Empero, en la realidad difícil de la empresa en crisis que continúan su propio personal, puede ocurrir en los primeros tiempos de su organización

[33] Ver fallo publicado en el apéndice del presente. Sala VI Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Exp.75986/2017 "ULLOQUE Graciela A. c/ Cooperativa de Trabajo Bs. As. S/ Despido" Buenos Aires, 14-7-2022.

[34] Cooperativas de Trabajo. Aspectos básicos. Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social. Argentina Unida https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/trabajo_aspectos_basicos_2020.pdf

que el cumplimiento de esos mínimos imperativos no pueda alcanzarse.

El pronunciamiento en el caso "Lago Castro"[35] de la CSJN tiene aspectos virtuosos en cuanto a validar la continuidad de una empresa fallida. Empero Cornaglia[36]es crítico de ese pronunciamiento sosteniendo que desactiva el art. 27 de la L.C.T. desamparando las relaciones laborales de los socios de cooperativas de la legislación social, vulnerando la protección constitucional del trabajo establecida en el art.14 bis de la CN.

Propicia una interpretación favorable a la pluridimensión normativa y la tesis de la concurrencia de (Cornaglia, 2010).

La Confederación Cooperativa de la República Argentina Ltda. Cooperar[37] a través de una de sus autoridades como el Licenciado C. Basañes sostiene que en el caso del cooperativismo de trabajo, una estrategia para resolver la situación de posible conflicto entre la figura cooperativa y el contrato de trabajo, es acordar en cada cooperativa un reglamento de condiciones de trabajo, aprobado por el INAES, e idealmente acompañado por el Ministerio de Trabajo, donde se establezca una criterio que cierre las puertas de la auto explotación, pero que también permita un grado de autonomía compatible con el carácter empresarial del trabajo asociado (que incluye los beneficios y los riesgos de la propiedad de la empresa).

b) Cooperativas de múltiples partes interesadas (MSC).

Este tipo de cooperativas permiten formalmente la gobernanza por parte de representantes de dos o más grupos de "partes interesadas" dentro de la misma organización, incluidos consumidores, productores, trabajadores, voluntarios o

[35] CSJN "Lago Castro, Andrés M. c/ COOPERATIVA Nueva Salvia Limitada y otros" Bs. As. 24-11-2009.

[36] Cornaglia, Ricardo J. "La Cooperativa de Trabajo y los derechos sociales" 'Publicado en La Ley,15-02-2010 Año LXXIV, No. 31, p- 8 y ss.

[37] Archivo Histórico del Cooperativismo Argentino. https://www.archivohistorico.coop

simpatizantes de la comunidad en general.

No se organizan con una sola clase de miembros como la mayoría de las cooperativas, ya que las de múltiples partes interesadas tienen una base de miembros heterogénea.

Las cooperativas de múltiples partes interesadas son el tipo de cooperativa de más rápido crecimiento en Quebec, Canadá, uno de los lugares de desarrollo cooperativo más productivos del mundo, que crecen también en varios países europeos y despiertan interés en los Estados Unidos también.

Siendo un fenómeno con reconocimiento legal en los últimos 20 años, fue Italia el primer país en adoptar un estatuto de múltiples partes interesadas en 1991 después de dos décadas de experimentación a nivel local. En Europa y Canadá, las cooperativas de múltiples partes interesadas generalmente se forman para perseguir principalmente objetivos sociales y son particularmente (aunque de ninguna manera exclusivamente) fuertes en las áreas de atención médica y servicios sociales. En los EE.UU.

Los sistemas alimentarios sostenibles han sido un área particular de interés para la actividad cooperativa de múltiples partes interesadas. Este tipo de empresa cooperativa de varios miembros también se puede encontrar *en cuidado infantil, atención médica y elaboración de cerveza*. La mayoría de las cooperativas de múltiples partes interesadas que se han formado en los Estados Unidos son bastante pequeñas, pero en Quebec algunas son empresas más grandes y en los Estados Unidos una corporación sin fines de lucro regida por el modelo de múltiples partes interesadas tiene ingresos de varios miles de millones de dólares. La simplicidad de la definición (miembros de dos o más partes que se unen para recorrer un camino común) desmiente la complejidad de la práctica.

Cuando se constituye una cooperativa de múltiples partes interesadas debe existir previamente un acuerdo entre las partes o carta fundacional donde establezcan un acuerdo en cuanto al

objeto, los aportes de capital, los aportes de trabajo, la gobernanza (como se integran Asamblea y Consejos de Administración), los controles (Sindicatura).

> Los sistemas alimentarios sostenibles han sido un área particular de interés para la actividad cooperativa de múltiples partes interesadas

En el apéndice se incorpora un modelo de estatuto social tipo que puede ser de utilidad para los casos de iniciativas tendientes a generar unidades productivas, comerciales o de servicios tendientes a generar trabajo y empleo[38].

La cooperativa de múltiples partes interesadas más grande del mundo, Eroski es la división de distribución de **Mondragón Cooperativa Corporación**, la red de cooperativas de propiedad de los trabajadores del país vasco de España, que comenzó modestamente en 1969, al reunirse diez cooperativas de consumidores para formar un gran supermercado cooperativo.

Eroski es ahora el segundo grupo de distribución minorista más grande de España, detrás de Carrefour, con más de 1.400 supermercados, incluidos 55 hipermercados, propios y franquiciados. La marca Eroski también incluye estaciones de servicio, perfumerías, agencias de viajes y tiendas de efectivo y transporte en España y Francia, y todavía se está expandiendo. Aunque comenzó como un consorcio de cooperativas de consumidores, Eroski ahora incluye una clase de miembros trabajadores. Ambas clases tienen la misma representación en la junta y pueden elegir 250 delegados para la asamblea general, que luego elige a seis trabajadores y seis consumidores para la junta directiva. En deferencia a sus

[38] Cooperativa de partes interesadas. Modelo completo del Estatuto en entrada publicada 13.11. 2023.Derechos Humanos, del Trabajo y de la Justicia. Http://luisraffaghelli.blogspot.com.

orígenes como organización de consumidores, los estatutos de Eroski establecen que el presidente de la junta siempre debe ser elegido del grupo de miembros consumidores. El medio millón de miembros consumidores de Eroski paga una tarifa de $ 75 al año para unirse, por lo que reciben un descuento del 5% en las compras.

Los miembros trabajadores aportan una participación accionaria mucho más sustancial de aproximadamente $ 6.500, que se deduce de la nómina durante un período de tres años, miembros que también reciben distribución regular del excedente de la empresa. La gran mayoría de los 30.000 empleados de Eroski optan por unirse a la cooperativa a medida que son elegibles.

Eroski dona el 10% de las ganancias a varios programas comunitarios de educación y capacitación, su éxito lo convierte en uno de los mayores contribuyentes de España a la caridad. Es líder del mercado en la venta de productos de comercio justo, así como productos orgánicos y locales.

Otras experiencias interesantes, de menor dimensión son la de BOISACO, Quebec, Canadá, surgida ante el desplome de la industria forestal en distintas recesiones seguidas de despidos en esa región, sumado al colapso de la vivienda en USA en 2006, por la que 26 mil madereros perdieron sus trabajos.

Weaver Street Market se fundó en Carrboro, Carolina del Norte en 1988, y se ha convertido en la mayor cooperativa minorista de tenedores de múltiples apuestas en los Estados Unidos, expandiéndose para incluir tres supermercados, un restaurante y una instalación de producción de alimentos.

En Francia, en el barrio parisino de Belleville se encuentra una imaginativa agencia fotográfica llamada Picturetank (http://picturetank.com) empresa cooperativa que ha crecido como un complejo modelo de múltiples partes interesadas que demuestra ser igualmente innovador.

En Argentina, particularmente en la Provincia de Buenos Aires en la localidad

coronel Pringles (oeste), el municipio y un conjunto de instituciones locales sin fines de lucro propusieron organizar una empresa de carácter social que promueva el desarrollo local a partir de gestionar emprendimientos productivos que creen puestos de trabajo, generen excedentes que puedan reinvertidos o donados a instituciones de bien público de interés de la comunidad. La propuesta es una cooperativa que sea herramienta de las instituciones locales para promover el desarrollo local sostenible, que eventualmente pueda también incorporar como asociados a usuarios, productores y/o trabajadores.

Es una iniciativa que sale de la pasividad frente a la crisis económica, del empleo y la falta de calidad del trabajo y merece ser analizada. Tal como lo señalan Bog Green y Heather Berthoud (2008) *"… Las cooperativas reflejan el triunfo y la lucha de la democracia… El desacuerdo y el conflicto son una parte tan importante de la democracia como el poder de la acción colectiva. Manejar el desacuerdo y resolver conflictos de manera productiva son parte de la elaboración de una democracia efectiva*".

c) Empresas en crisis recuperadas por sus trabajadores/as.

La norma del art.21 de la Ley 25589[39]fue un producto de escasa elaboración

[39] ARTICULO 21. Modificase el artículo 190 de la ley 24.522 que queda redactado de la siguiente manera: "En toda quiebra, aun las comprendidas en el artículo precedente, el síndico debe informar al juez dentro de los veinte (20) días corridos contados a partir de la aceptación del cargo, sobre la posibilidad excepcional de continuar con la explotación de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha. En la continuidad de la empresa se tomará en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo. El término de la continuidad de la empresa, cualquiera sea su causa, no hace nacer el derecho a nuevas indemnizaciones laborales. El informe del síndico debe expedirse concretamente sobre los siguientes aspectos: 1) La posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos; 2) La ventaja que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha; 3) La ventaja que pudiere resultar para terceros del mantenimiento de la actividad; 4) El plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado; 5) Los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse; 6) En su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación; 7) Los colaboradores que necesitará para la

doctrinaria y que su inserción en la norma del art.190 respondió a la necesidad del país real, aquel que estaba casi en llamas luego de las jornadas de diciembre de 2001 y que se enmarca claramente en la emergencia económica y social. Intentó ser una respuesta a la crisis[40].

> La propuesta es una cooperativa que sea herramienta de las instituciones locales para promover el desarrollo local sostenible, que eventualmente pueda también incorporar como asociados a usuarios, productores y/o trabajadores

Sin embargo, el debate sobre la posibilidad de continuidad de la empresa en crisis por los trabajadores a través de la figura cooperativa que consagró la norma permitió alumbrar una nueva reforma de signo prospectivo que promocionan este tipo de iniciativas.

Permite asimismo un protagonismo mayor del juez del concurso y la quiebra para habilitar la nueva empresa social, impensado en otro tempo para un magistrado comercial. Recoge distintas ideas surgidas del seno mismo de los colectivos de trabajadores y grupos de asesores.

El Juez del concurso y la quiebra tienen la oportunidad y obligación con estas nuevas disposiciones de seguir muy de cerca estas nuevas experiencias empresarias sin preconceptos y prejuicios académicos, con el auxilio del síndico sólo pensando en la posibilidad de contribuir a que una fuente de

administración de la explotación; 8) Explicar el modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente. El juez a los efectos del presente artículo y en el marco de las facultades del artículo 274, podrá de manera fundada extender los plazos que se prevén en la ley para la continuidad de la empresa, en la medida que ello fuere razonable para garantizar la liquidación de cada establecimiento como unidad de negocio y con la explotación en marcha.

[40] Raffaghelli Luis “Empresas en crisis y empresas recuperadas. aspectos conflictivos” Rev. IDELCOOP Bs.As. 2005 Vol.32 n°164.

trabajo permanezca abierta, que todo esfuerzo lo vale.

Resolver si entrega la administración de la empresa continuada al síndico o en administración a la cooperativa de trabajo, convocar a los trabajadores en actividad y a los acreedores laborales para constituir las mayorías sin litigios, otorgar la continuidad de la empresa a los trabajadores aún sin la cooperativa reconocida, escuchar a los acreedores del fallido y a éste mismo, verificar periódicamente a través del síndico la marcha de la empresa, controlar que la cooperativa sea genuina y no pantalla de fraudes al orden público, son tareas fundamentales, que el juez no puede resignar, introduciéndose por esta ventana de la realidad.

La experiencia histórica de aplicación de esta norma ha tenido vaivenes y desequilibrios que en su mayoría perjudicó al colectivo de trabajadores de la empresa fallida.

No solo el tortuoso trámite judicial sino también la etapa parlamentaria simultánea o posterior a aquella en la que se debe justificar la sanción de una ley especial que declare de utilidad pública y sujeto a expropiación el predio, instalaciones y maquinarias de la empresa que se plantea continuar o reactivar por los trabajadores, que encontró vallas a su implementación sobre todo en gestiones de gobiernos de tinte neoliberal.

La empresa recuperada y la cooperativa de trabajo es y debe ser derecho «de inclusión» en contraposición al «de exclusión» que desarticuló durante la década de los noventa el orden público y que ha tenido réplica posterior como se ha ilustrado en distintos análisis (Rezzónico, 2003; MARTÍNEZ Car-los; Nordvind, Adrián; Pizzi, Alejandro; Ruggeri, Andrés; Valverde, Sebastián.2005).

En Argentina existen más de 400 empresas recuperadas en todos los rubros de la economía. Esta experiencia, que ya cumplió más de 25 años en nuestro país, comprende alrededor de 18.000 puestos de trabajo que fortalecen el desarrollo local y generan

espacios de cultura, educación y cuidados abiertos a la comunidad.

El sector abarca una extensa gama de rubros, entre los que se destacan la industria, con fábricas que producen una amplia variedad de bienes, como autopartes, metalúrgica, textil, calzados, alimentos, cuero, madera, laboratorios, frigoríficos, láctea, yerba, etc., y la producción y venta de servicios, que incluye escuelas, bares, medios de comunicación, centros de salud, turismo y hotelería.

> La empresa recuperada y la cooperativa de trabajo es y debe ser derecho «de inclusión» en contraposición al «de exclusión»

Las Empresas Recuperadas - se sostiene desde el Registro Nacional de Empresas Recuperadas - son una expresión de la Economía Social, Solidaria y Popular, que en tanto sostienen fuentes de trabajo de forma autogestionada y generan espacios comunitarios de acceso a derechos, resultan sujetos de un especial acompañamiento en el que deben hacer parte Estado, Universidades, Bancos y demás instituciones de la comunidad en general[41].

Una gran parte de las investigaciones de los primeros años del nuevo siglo releva la cantidad y características de las experiencias de continuidad de empresas fallidas por sus trabajadores/as.

En otro estudio aborda tópicos no tan vistos como a) la inserción en las cadenas productivas, b) la posibilidad de innovación en los procesos de trabajo, y c) su capacidad de articulación de estrategias político-culturales. Y fundamentalmente las dificultades de las empresas recuperadas por el condicionamiento que significan las

[41] Empresas Recuperadas Argentina.gob.ar https://www.argentina.gob.ar › inaes › registro-nación.

ramas productivas en las que se desempeñan y por la “ambigüedad de las acciones estatales” (ROFFINELLI MAYA, Adriana G.; CIOLLI, Vanesa; PAPI, Sergio (2005).

Recientemente se anunció un importante acuerdo entre la fábrica recuperada Cotramel de Lavallol y Siderar-Techint, por el cual la cooperativa Cotramel (ex Canale) podrá comprar directamente los in-sumos metalúrgicos a Techint, lo que implica un descenso significativo en el costo de producción y una mejora en la competitividad.

La gestión se canalizó a través del Dirección de Empresas Recuperadas y abre la puerta a otros acuerdos con la principal productora de aluminio del país.

Cotramel se formó por trabajadores de la metalúrgica de la alimenticia Canale que recuperaron la fábrica tras su cierre en 2018 y produce envases de metal para la alimentación, entre otros rubros. El principal insumo para su producción es la chapa de hojalata, que siempre adquirieron a través de distribuidoras que a su vez le compraban a Techint. Es la 1ra: empresa recuperada a la que Techint toma como cliente.

El presidente del MNER Eduardo Murúa destacó el convenio señalando que esperan lograr un marco legal que iguale a las empresas recuperadas de Argentina con el resto de las pymes en el acceso al crédito y un reconocimiento igualitario para las y los trabajadores.

Reclamó la aprobación de la ley de Recuperación de Unidades Productivas, en tratamiento en la Cámara de Diputados de la Nación como proyecto, señalando que «hace falta una ley que acompañe la recuperación de las empresas, para que no sean procesos tan constrictivos, problemáticos y costosos para quienes recuperan una empresa. Y, además, que muchas más sean recuperadas. Hoy solo se recuperan las empresas donde los trabajadores han decidido la lucha, pero creemos que tendría que el Estado tener una política -que esperamos lograr con esta ley- para no permitir que se cierre un bien social como una empresa».

El proyecto citado[42] se nomina como de recuperación de unidades productivas, autoría del Diputado Nacional Leonardo Grosso y en su artículo 1° establece: Objeto. "*Toda unidad productiva que se encuentre en estado de cesación de pagos, cierre del establecimiento, abandono de sus titulares, desmantelamiento, vaciamiento por parte de las/os empleadores, disolución de la sociedad con causal de liquidación o de cierre por cualquier causa, y sin perjuicio de los procesos judiciales que pueda o no tener iniciados, podrá ser expropiada y cedida en favor de las/os trabajadores de la misma que se hallen conformados en cooperativas de trabajo o en trámite de constitución y que deseen continuar con la actividad productiva*".

6. Conclusiones

El trabajo humano, en nuestra realidad continental presenta una diversidad de categorías, de salarios y de derechos, no ostensible en los países centrales de alto desarrollo económico y social.

Es necesario sumar los aportes de las ciencias sociales, del Derecho del Trabajo y documentos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo para un análisis preciso sobre las significaciones de la informalidad laboral.

Cotramel se formó por trabajadores de la metalúrgica de la alimenticia Canale que recuperaron la fábrica tras su cierre en 2018 y produce envases de metal para la alimentación, entre otros rubros

La informalidad, al menos desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, sigue siendo una categoría no acotada.

[42] 2114 – D -2022 Proyecto de Ley – Diputados. https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/2114-D-2022.pdf

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Empleos formales que viven en la economía informal o también empleos informales que provienen de la economía formal y se vincula con la manera en que la economía informal termina por integrarse a la formal.

> Es necesario sumar los aportes de las ciencias sociales, del Derecho del Trabajo y documentos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo para un análisis preciso sobre las significaciones de la informalidad laboral.

La nota de subordinación laboral sigue siendo el hecho que aún caracteriza a la relación de empleo.

La Organización Internacional del Trabajo, cuatro años antes de su centenario, aprobó formalmente la Recomendación 204 sobre La transición de la economía informal a la economía formal, en 2015.

El trabajo de las personas en Argentina se caracteriza en la actualidad por una gran diversidad.

El universo nucleado en lo que se denomina la economía popular aborda como ningún otro sector político, social o académico de la posibilidad del acceso al trabajo de millones de compatriotas que trabajan en la informalidad careciendo de los derechos laborales básicos que otorga el empleo, en precariedad, con poco capital constante y tecnología.

Los cambios en el mundo del trabajo, muestra por un lado el empleo en la formalidad que sigue siendo la fuente esencial de la investigación del Derecho del Trabajo y, por otro lado, el afuero inhóspito que exhibe a quien quiera mirar otra realidad que requiere ser alcanzada también por la amplia protección del art.14 bis de la Constitución Nacional.

Allí se encuentra el trabajo en sus diversas formas que se organiza en cooperativas, que continua la empresa formal en crisis a través de la figura de

las recuperadas y otras de la economía popular que requiere abrevar en experiencias nacionales, regionales y globales que significan respuestas de los trabajadores/as ante la crisis económica y social del capitalismo.

La Asamblea General de la ONU aprobó varios años la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (25-09-2015).

Trazó los objetivos para erradicar la pobreza relativos al trabajo decente y crecimiento Económico (n°8); la reducción de las desigualdades (n°10) y el logro de la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas (n°5).

La ciudadela mundial está llegando a los ocho mil millones de habitantes y en tres décadas llegará a los 10 mil millones…el paradigma actual del capitalismo de la información y de la vigilancia no tiene respuestas para albergarlos con mínimos de dignidad, ni tampoco lo busca o interesa a la luz de los hechos.

Durante el Feudalismo - uno de los modos de producción más crueles e injustos de la humanidad – se generó la peste negra que terminó con la muerte de un tercio de la población y se abrió paso el nuevo sistema capitalista.

Como lo reclama sin ser oído, el Papa Francisco; otro paradigma económico, social, cultural, también-tal centrado en la dignidad humana es necesario y urgente, que arribe a la verdadera comunidad humana, que nos da esperanza (Spes).

Por el contrario…la comunidad como mercancía es el fin de la comunidad[43]…

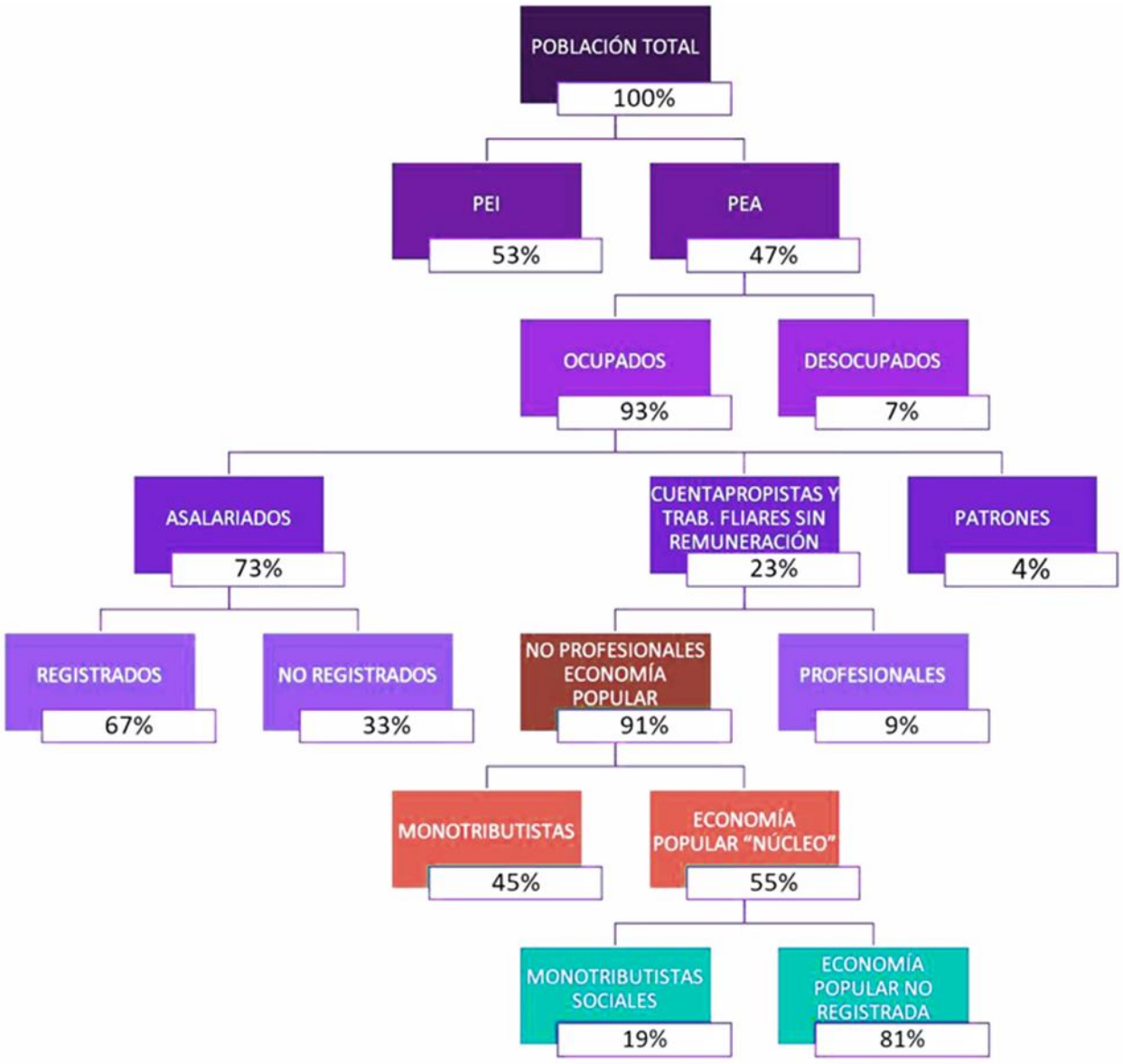
Luis Raffaghelli

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2023

[43] Byung-Chul Han “No Cosas” Quiebres del mundo de hoy. De la posesión a las experiencias. Pag.31 Ed. Taurus, Bs.As. 2022.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

APÉNDICES DEL TRABAJO



Fuente: Datos de OCEPP Observatorio de Coyuntura Económica y Políticas Públicas en base a EPH (4°trimestre 2021). Itai Hagman Arte: Gastón González "Salario Básico Universal - Una Red para evitar la Intemperie" Rev. Anfibia Bs.As. 18/07/2022.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Categorías del EMPLEO y TRABAJO registrado 2020/2023

1. Asalariado privado.

2. Asalariado público.

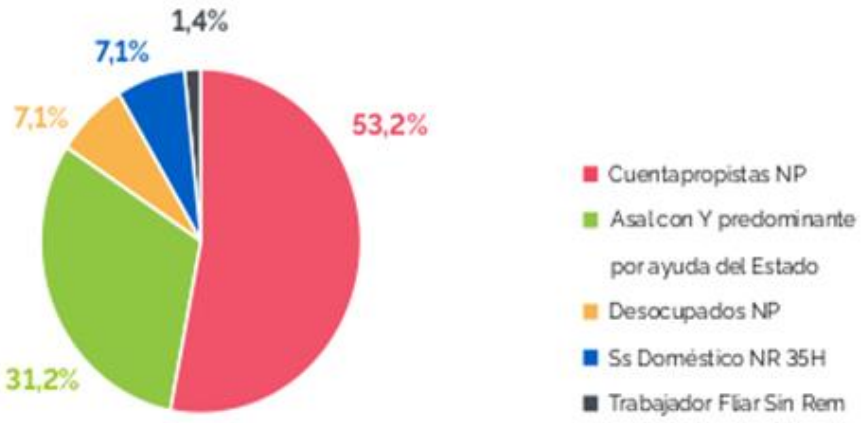
3.Independiente monotributo.

4. Independiente autónomo.

5. Asalariado de casas particulares.

6. Independiente monotributo social.

Gráfico 1. **Composición del Universo Amplio de la Economía Popular, por sub-población. Datos correspondientes al 4t-2020.**



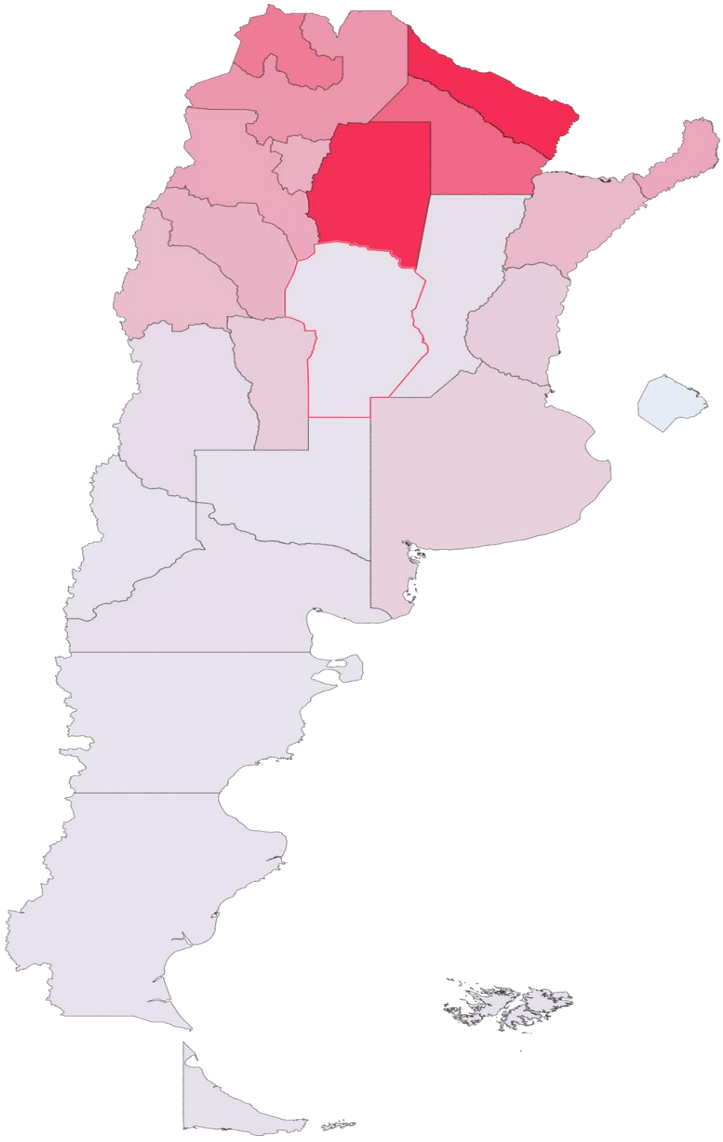
Fuente: Elaboración propia en base Encuesta Permanente de Hogares -INDEC.

Tabla 2. **Estimación Universos (amplio y restringido) de la economía popular, por sub-población. Datos correspondientes al 4t-2020.**

Sub-población	Personas
1a CUENTAPROPISTAS NP	2,277,902
1b CUENTAPROPISTAS NP SC	2,191,806
2 DESOCUP NP	305,029
3 SS DOM NR 35HS	302,022
4 ASAL Y MAY POR V5M	1,333,055
5 TRAB FLIAR SIN REM	60,743
Universo Amplio (1a+2+3+4+5)	4,278,751
Universo Restringido (1b+2+3+4+5)	4,192,655
Universo Amplio % PEA	33.1%
Universo Restringido % PEA	32.4%

Fuente: Elaboración propia en base Encuesta Permanente de Hogares -INDEC.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES



Inscriptos en el Registro Nacional de Trabajadores de la Economía Popular (RENATEP) como porcentaje (%) de los trabajadores registrados en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA

(7% al 348%), CABA: 7%, Bs.As:38%, Chaco:240%, Misiones:128%, T.d.Fuego:29%, Sgo. del Estero:341%, Corrientes:99%, Neuquen:22%, Catamarca:127%, La Pampa: 22%, Córdoba: 29%, Mendoza: 35%, Tucuman:114%, Jujuy:206%, Formosa:348%, Santa Fe:60%, E. Rios:99%, L. Rioja:106%, Salta:158%, San Luis:65%, Río Negro:29%, San Juan:92% y Chubut:22%.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Superposiciones empleo inactividad y desempleo Esquema histórico de Jacques Freysinet (1989) Fuente: NEFFA, Julio, DAMIGO, Demián T. y PÉREZ, Pablo E., "Actividad, Empleo y Desempleo" Concepto y Definiciones Asociación Trabajo y Sociedad Ceil Piette Conicet, Buenos Aires, 2/2000.

SALARIO INDIRECTO PROMEDIO EN TRANSPORTE, TARIFAS, EDUCACIÓN Y SALUD OCTUBRE 2023

TIPO DE HOGAR	CANASTA MENSUAL	SALARIO INDIRECTO	INCIDENCIA
HOGAR TIPO 1 "MEDIO CLASE MEDIA" 5 INTEGRANTES	$1.287.232	$1.030.109	80%
HOGAR TIPO 2 "CLASE MEDIA FRÁGIL" 5 INTEGRANTES	$568.012	$1.030.109	181%

FUENTE: ELABORACIÓN CEPA

El impacto del salario indirecto en el gasto familiar en la zona AMBA. Fuente: Datos octubre 2023 Centro de Economía Política Argentina - CEPA (Publ. 12-11-2023)

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Informe extraído del CHAT IA "BIG" (13 noviembre 2023).

Algunos datos recientes sobre el trabajo formal e informal en Argentina:

Según el informe más reciente del INDEC, al cuarto trimestre del 2022 había 16.646.000 trabajadores asalariados en el país, de los cuales 11.033.000 estaban en blanco y 5.613.000 (el 33,7%) en negro1. Este valor representa un empeoramiento de 2,1 puntos porcentuales respecto a la informalidad que existía un año atrás.

En enero de 2023 se contabilizan alrededor de 6.295.000 de trabajadores y trabajadoras con empleo formal2.

En el segundo trimestre de 2023, la tasa de actividad (TA) alcanzó el 47,6%; la tasa de empleo (TE) se ubicó en 44,6%; y la tasa de desocupación (TD) fue de 6,2%.

1. infobae.com2. argentina.gob.ar -indec.gob.ar. pagina12.com.ar5. 2.ilo.org

Según datos del INDEC, casi la mitad de las personas ocupadas en Argentina poseen empleos informales1.

(7 de cada 10 empleos generados en la pandemia son informales)

Los especialistas consultados sostienen que una de las causas de la informalidad son los costos laborales y las cargas impositivas, así como también la falta de mayores controles y de creación de regímenes especiales para los sectores en los que se registran las mayores tasas de informalidad.

En el segundo trimestre de 2023, la desocupación en Argentina fue del 6,2%, la tasa más baja registrada al menos desde 20041. Sin embargo, en los últimos años el crecimiento del empleo estuvo sostenido principalmente a partir de la creación de puestos de trabajo informales.

En este contexto, el candidato presidencial de Unión por la Patria y ministro de Economía de la Nación, Sergio Massa, anunció el pago de un refuerzo de 94 mil

pagaderos en 2 cuotas de 47 mil en los meses de octubre y noviembre de 2023) para trabajadores informales que no cuentan con ingresos registrados ni perciben ninguna asistencia del Estado.

Es importante destacar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) denomina empleo informal a “todo trabajo remunerado que no está registrado así como también el trabajo no remunerado llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos”.

DATOS de BARD – Google IA 10-11-2023

Según los datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), la tasa de informalidad laboral en Argentina se ubicó en el 46% en el primer trimestre de 2023. Esto significa que, de cada 100 personas que trabajan en el país, 46 no cuentan con los beneficios de la formalidad, como aportes jubilatorios, obra social, vacaciones pagas, etc.

La informalidad laboral es un problema estructural en Argentina, y se ha mantenido en niveles elevados en los últimos años. En 2019, la tasa de informalidad era del 45,3%, y en 2022 era del 45,9%.

El trabajo informal se concentra en los sectores de la economía informal, como el comercio, los servicios y la construcción. También es más común en las provincias del norte y del sur del país.

Los principales factores que contribuyen a la informalidad laboral en Argentina son los altos costos laborales, las regulaciones laborales inflexibles y la falta de oportunidades de empleo formal.

A continuación, se presentan algunos datos más específicos sobre el trabajo formal e informal en Argentina en 2023:

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

• Población ocupada: La población ocupada en Argentina alcanzó los 19,1 millones de personas en el primer trimestre de 2023. De ese total, el 54% corresponde a empleo formal y el 46% a empleo informal.

• Trabajo asalariado registrado: El trabajo asalariado registrado representa el 74% del empleo formal. De ese total, el 53% corresponde al sector privado, el 23% al sector público y el 4% al trabajo en casas particulares.

• Trabajo independiente: El trabajo independiente representa el 26% del empleo formal. De ese total, el 77% corresponde a monotributistas y el 23% a autónomos.

El gobierno argentino ha tomado algunas medidas para reducir la informalidad laboral, como la creación de nuevos puestos de trabajo formales y la simplificación de las regulaciones laborales. Sin embargo, estos esfuerzos han tenido un impacto limitado hasta el momento.

Ley 27345- (14.12.2016) Prórroga. Ley N° 27.200.

ARTÍCULO 1° — Prorrogase hasta el 31 de diciembre de 2019 la EMERGENCIA SOCIAL en los términos de la ley 27.200.

ARTÍCULO 2° — Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y defender los derechos de los trabajadores y trabajadoras que se desempeñan en la economía popular, en todo el territorio nacional, con miras a garantizarles alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, cobertura médica, transporte y esparcimiento, vacaciones y protección previsional, con fundamento en las garantías otorgadas al “trabajo en sus diversas formas” por el artículo 14 bis y al mandato de procurar “el progreso económico con justicia social” establecido en el artículo 75, inciso 19, ambos de la Constitución Nacional.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

ARTÍCULO 3° — Creación del Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario. Créase el Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario (en adelante el CEPSSC) en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. El CEPSSC será un ámbito institucional permanente, que deberá determinar periódicamente los lineamientos para el cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo 2° de la presente ley.

ARTÍCULO 4° — Integración del Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario. El Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario estará inicialmente conformado por:

a) Un (1) representante del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación;

b) Un (1) representante del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación;

c) Un (1) representante del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de la Nación, y;

d) Tres (3) representantes de las organizaciones inscriptas en el Registro de Organizaciones Sociales de la Economía Popular y Empresas Autogestionadas, creado por la resolución 32/16 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, o la que en el futuro la reemplace, a través de sus respectivos representantes.

ARTÍCULO 5° — Funcionamiento del Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario. El Consejo deberá estar integrado y en funcionamiento dentro de los noventa (90) días corridos de la promulgación de la presente ley.

ARTÍCULO 6° — Creación del Registro Nacional de la Economía Popular (RENATREP). Créase en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación el Registro Nacional de la Economía Popular, a los efectos de la inscripción de los trabajadores de la Economía Popular que serán alcanzados por los beneficios del Registro, en el marco de esta ley y en los términos que establezca la reglamentación.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

ARTÍCULO 7° — De acuerdo a los objetivos de la presente ley, los actuales programas sociales nacionales se articularán con la intervención del CEPSSC, promoviendo su progresiva transformación en Salario Social Complementario.

A esos efectos, facultase al Poder Ejecutivo nacional a adoptar las medidas necesarias tendientes a la progresiva implementación de la transformación de los actuales programas sociales nacionales en Salario Social Complementario.

ARTÍCULO 8° — Facultase al Jefe de Gabinete de Ministros a efectuar las reestructuraciones presupuestarias que fueren necesarias a los efectos de proveer los fondos adicionales requeridos a los fines de la implementación de la presente ley, hasta un monto de veinticinco mil millones de pesos ($ 25.000.000.000) durante el plazo de vigencia de la presente ley, según las atribuciones conferidas por el artículo 37 de la ley 24.156.

Dicha reasignación no podrá realizarse con la reducción de los créditos correspondientes a la finalidad “Servicios Sociales”.

ARTÍCULO 9° — Para el supuesto de haber sido ejecutado al 31 de diciembre de 2018 el nivel de gasto dispuesto en el artículo 8° de la presente ley, el Jefe de Gabinete de Ministros en uso de las facultades conferidas en el párrafo precedente efectuará las reestructuraciones presupuestarias que fueren necesarias a los efectos de proveer los fondos requeridos hasta un máximo de cinco mil millones de pesos ($ 5.000.000.000).

ARTÍCULO 10. — Las organizaciones que al momento de la promulgación de la presente se encuentren inscritas en el Registro de Organizaciones Sociales de la Economía Popular y Empresas Autogestionadas, creado por la resolución 32/16 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, o la que en el futuro la reemplace, intervendrán en la definición de los parámetros para la reglamentación de la presente ley.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

ARTÍCULO 11. — Vigencia. La presente ley entrará en vigencia a partir de su promulgación.

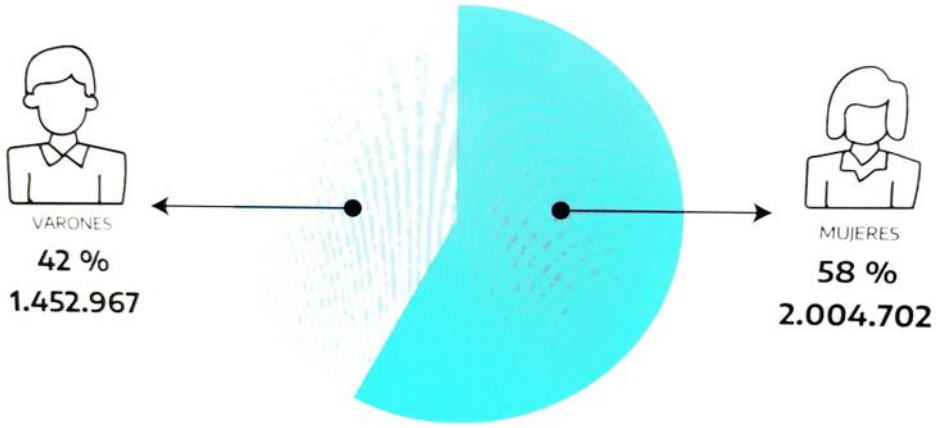
***

MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL Resolución 32/2016 Bs. As., 20/01/2016

ANEXO I -TEXTO ORDENADO RES. M.T.E. y S.S. N° 1727/15 MODIFICADA POR LA RESOLUCIÓN M.T.E. y S.S. N° 32/2016.-

Argentina.gob.ar. https://www.argentina.gob.ar › normativa › nacional

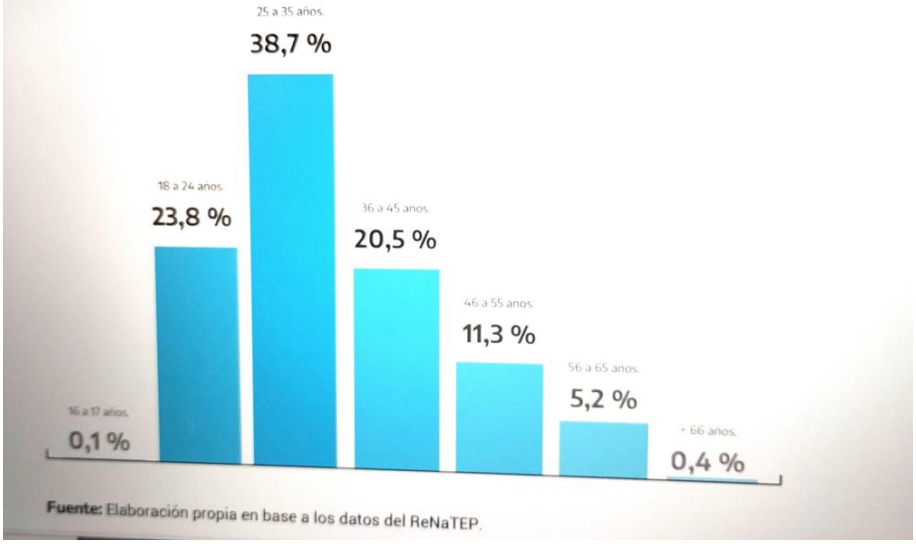
Gráfico N° 1. Inscriptos/as al ReNaTEP, distribución por sexo. 24 de junio 2022.



Fuente: Elaboración propia en base a los datos del ReNaTEP.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Gráfico N° 2. Inscriptos/as al ReNaTEP, distribución por rangos de edad. 24 de junio 2022.



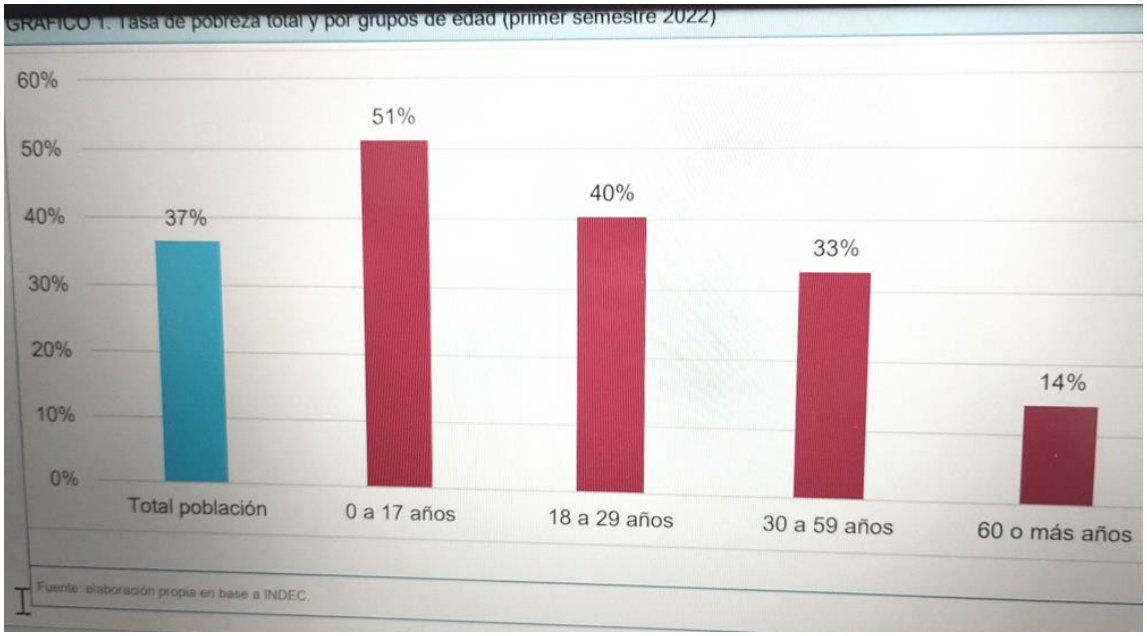
Fuente: Elaboración propia en base a los datos del ReNaTEP.

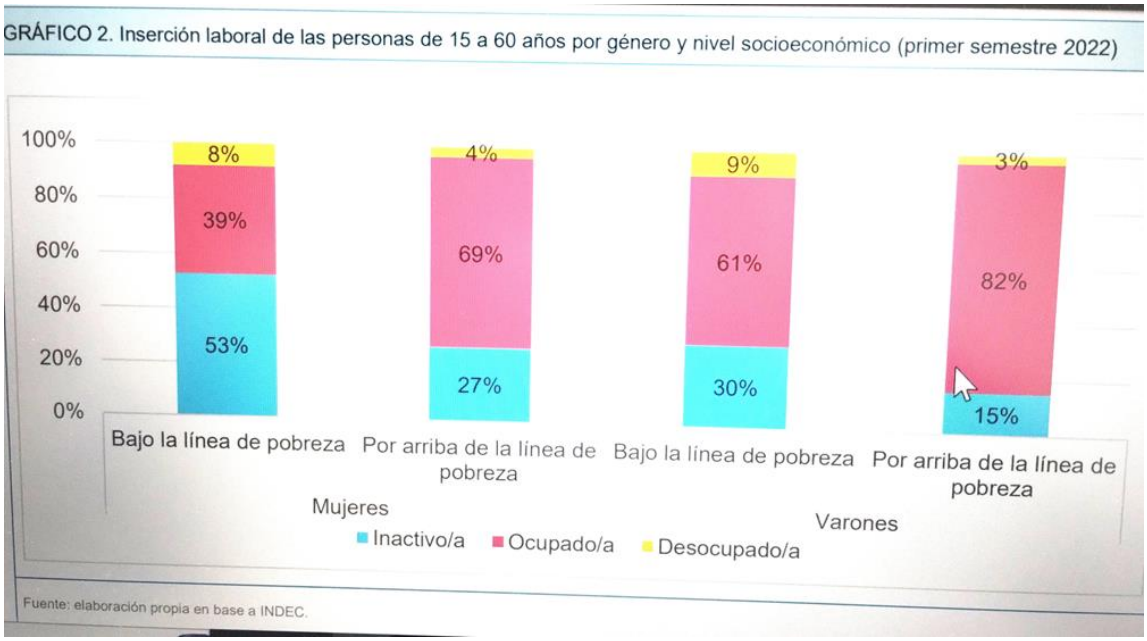
Cuadro N° 2. Inscriptos/as al ReNaTEP, distribución por provincia. 24 de junio 2022.

PROVINCIA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Buenos Aires	1.172.435	35,8%
Tucumán	201.701	6,2%
Salta	188.497	5,8%
Chaco	186.865	5,7%
Santiago del Estero	175.312	5,4%
Santa Fe	158.616	4,9%
Córdoba	141.203	4,3%
Misiones	140.343	4,3%
Jujuy	126.324	3,9%
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	110.561	3,4%
Formosa	91.632	2,8%
Mendoza	91.364	2,8%
Entre Ríos	86.864	2,7%
Corrientes	85.096	2,6%
San Juan	76.161	2,3%
Catamarca	42.311	1,3%
San Luis	36.696	1,1%
La Rioja	33.339	1,0%
Río Negro	32.511	1,0%
Neuquén	28.418	0,9%
Chubut	23.559	0,7%
Santa Cruz	15.814	0,5%
Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	10.833	0,3%
La Pampa	9.155	0,3%
Total	**3.265.610**	**100%**

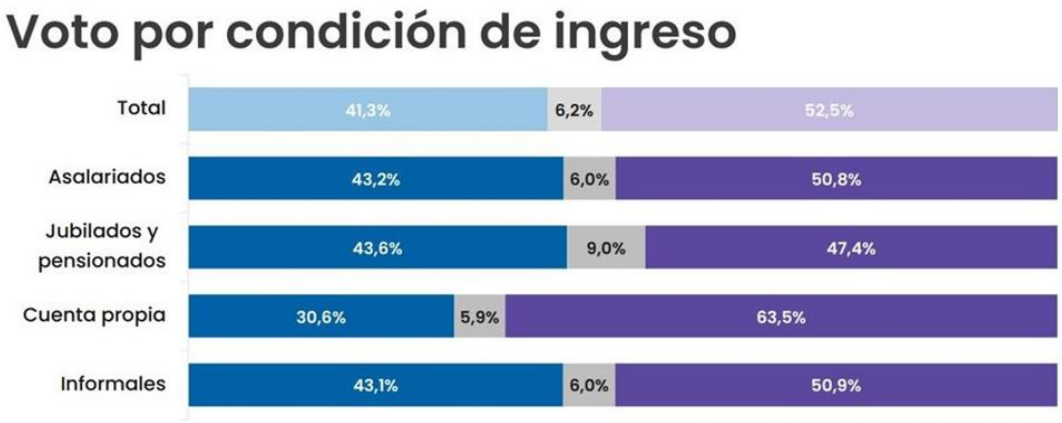
Fuente: Elaboración propia en base a los datos del ReNaTEP.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES





PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES



Fuente: Diario Página 12 Bs.As. 21-11-2023

Registro Nacional de Empresas Recuperadas - RENACER

Información en a @DirRecuperadas - www.facebook.com/EmpRecuperadas

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Resolución 1335/21 del Ministerio de Desarrollo Social

Ejes de un modelo de Estatuto Social de Cooperativas de Múltiples partes interesadas:

Cuando se constituye una cooperativa de múltiples partes interesadas, debe existir previamente un acuerdo entre las partes o carta fundacional donde establezcan un acuerdo en cuanto al objeto, los aportes de capital, los aportes de trabajo, la gobernanza (como se integran Asamblea y Consejos de Administración), los controles (Sindicatura), etc. Este acuerdo marco servirá de base para la redacción del Estatuto Social, aquí ponemos un ejemplo tomado en base al Estatuto Social de Fedecoba e imaginariamente modificado. Se reproduce en la entrada publicada 13.11.2023 en mi blog "Derechos Humanos, del Trabajo y de la Justicia".

http://luisraffaghelli.blogspot.com

LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS son los lineamientos que permiten llevar a la práctica los mencionados valores asociación voluntaria y abierta. Las cooperativas son asociaciones voluntarias abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de asociarse, sin discriminaciones raciales, políticas, religiosas, sociales o de género y son los siguientes.

*CONTROL DEMOCRÁTICO POR LOS ASOCIADOS Las cooperativas son organizaciones democráticamente gestionadas por sus asociados, quienes participan activamente en la fijación de políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos como representantes son responsables ante los asociados. En las cooperativas de primer grado los asociados tienen iguales derechos de voto (un asociado, un voto) y las cooperativas de otros niveles se organizan asimismo en forma democrática.

*PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS ASOCIADOS. Los asociados contribuyen equitativamente a la formación del capital de su cooperativa y lo gestionan democráticamente. Por lo general, al menos una parte de ese capital es propiedad común de la cooperativa. Los asociados suelen recibir una compensación limitada, si

acaso alguna, sobre el capital suscripto. Destinan los excedentes a todos o alguno de los siguientes fines: el desarrollo de la cooperativa, posiblemente mediante la constitución de reservas de las cuales una parte al menos debe ser indivisible; la distribución a los asociados en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo a otras actividades aprobadas por los asociados.

*AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus asociados. Si intervienen en acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o captan capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguran el control por parte de los asociados y mantienen su autonomía cooperativa.

*EDUCACIÓN, CAPACITACIÓN E INFORMACIÓN Las cooperativas brindan educación y capacitación a sus asocia-dos, representantes elegidos, administradores y empleados, de manera que puedan contribuir efectivamente a su desarrollo. Informan al público en general, particularmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, acerca de la naturaleza y los beneficios de la cooperación.

*COOPERACIÓN ENTRE COOPERATIVAS Las cooperativas sirven más efectivamente a sus asociados y fortalecen al movimiento cooperativo trabajando mancomunadamente a través de estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales.

*PREOCUPACIÓN POR LA COMUNIDAD Y EL MEDIO AMBIENTE A la vez que atienden las necesidades de sus asociados las cooperativas trabajan en pos del desarrollo sostenible de sus comunidades.

Resoluciones prácticas DE INAES

Res.1510/94; 360/75; 183/92; 4664/13; 1692/97; 506/95

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

www.argentina.gob.ar/inaes

Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Cooperativas y Empresas recuperadas.

“LAGO Castro, Andrés M. c/ COOPERATIVA Nueva Salvia Limitada y otros” CSJN. Bs. As. 24-11-2009

La Corte Suprema de Justicia de la Nación descalificó una sentencia de la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la cual había considerado que el actor, estuvo vinculado con la Cooperativa demandada, habiendo soslayado diversas resoluciones dictadas por el Instituto Nacional de Acción Cooperativa, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, la Dirección General Impositiva y la Administración Nacional de la Seguridad Social, las cuales disponían que los asociados a las cooperativas de trabajo no revisten la calidad de trabajadores dependientes de éstas.

Recordó su jurisprudencia, según la cual, las cooperativas de trabajo “se originan en el propósito de evitar la ilegítima explotación del trabajo manual o intelectual del hombre. Su objeto no es favorecer sino suprimir, en lo posible, el trabajo asalariado, para sustituirlo por el trabajo en común, mediante una aportación libre y solidaria del trabajo de todos (técnicos, empleados y obreros), que contribuyen de tal manera a la obtención de beneficios puros, en los que participan exclusivamente los que conjugan sus aptitudes y realizaciones, volcándolas a favor de la entidad. No se concibe, pues, la cooperativa de trabajo como una sociedad cerrada que instituya privilegios o reconozca discriminaciones de cualquier tipo. No se la concibe tampoco guiada por un primordial espíritu de lucro, consagrada a la acumulación de capitales e intereses o gobernada por núcleos excluyentes, al modo de una empresa comercial que loca sin restricciones el trabajo de los individuos, allegándolos en relación de dependencia”.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Hizo hincapié en la especificidad de las cooperativas, de las Recomendaciones N°127 y 193 de la OIT. También seña-ló, por un lado, las "políticas de Estado" seguidas en nuestro país, según las cuales "el sector de la economía social, cimentado en los principios de solidaridad, ayuda mutual y equidad social", tiene "como pilares fundamentales la acción de las cooperativas" y, por el otro, la relevancia de estas últimas en el proceso de integración del MERCOSUR.

Destacó dos circunstancias: En primer término, que el hecho de que el actor recibiera órdenes de trabajo no acreditaba su dependencia jurídica de la cooperativa, a menos que se descartara que dichas órdenes fuesen consecuencia de los actos de gobierno y de organización de los que no puede prescindir incluso un ente autogestionado. Y, en segundo lu-gar, que la Sala no había prestado atención alguna a que este último fue constituido por los empleados de Salvia S.A. ante la quiebra de ésta, con el propósito de continuar su marcha -en la extracción y transporte de canto rodado y afi-nes de las canteras existentes a lo largo del río Uruguay (en la provincia de Entre Ríos)- y mantener las fuentes de tra-bajo de sesenta familias, incluidas las viviendas del personal que se encontraban en el predio de la planta.

Doctrina de la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA VI

SD S.VI - Exp.75986/2017 "ULLOQUE Graciela A. C/ COOP. de TRABAJO BS. AS. S/ DESPIDO"

Buenos Aires, 14 de julio de 2022.-

EL DOCTOR CARLOS POSE DIJO:

"…La actora cuestiona el pronunciamiento adverso, afirma que las declaraciones de Pérez y Silva la favorecen y que juega a su favor la presunción del art. 55 de la LCT por lo que su reclamo patrimonial debe ser admitido. A su vez, la demandada pide rectificación de lo decidido en materia de costas, mientras que los auxiliares de justicia persiguen la elevación de sus emolumentos profesionales.

La cuestión litigiosa merece algunas precisiones: en el caso a estudio, no se discute que la accionante integró el plantel de la demandada y que fue escindida de su seno, sino si nos encontramos ante una cooperativa de trabajo genuina o una fraudulenta y tema es delicado ya que, según cabe advertir, las cooperativas de producción o trabajo son asociaciones de personas que se unen para producir bienes o prestar servicios y cuyo objetivo es mejorar sus condiciones económicas, sociales y culturales. Se caracterizan por proteger la autogestión y la conducción democrática de la administración de la asociación y su finalidad es proporcionarles trabajo a sus asociados, los que reciben una parte de los excedentes que genera la cooperativa siempre en proporción al trabajo realizado por cada uno.

En consecuencia, la finalidad de las cooperativas es económica, pero, desde el punto de vista histórico, exceden dicho objetivo pues, al estar formadas por trabajadores, también pretender elevar sus condiciones de vida y constituyen una respuesta ideológica al sistema de producción capitalista donde el trabajador no participa del rédito de la explotación, lo cual sucede –o al menos debería suceder- en las cooperativas de trabajo. La idea que mueve a dichas entidades no es otra que reemplazar la figura del trabajador asalariado por el socio cooperativista, dueño del capital y del trabajo, y a la empresa autocrática y vertical del capitalismo, por una organización horizontal, democrática, igualitaria y solidaria. Se ha señalado que las citadas asociaciones se originan en el propósito de evitar la ilegítima explotación del trabajo manual o intelectual del hombre. Su objetivo no es favorecer sino suprimir, en lo posible, el trabajo asalariado, para sustituirlo por el trabajo en común, mediante una aportación libre y solidaria del trabajo de todos –técnicos, empleados y obreros- que contribuyen de tal manera a la obtención de beneficios puros en los que participan exclusivamente los que conjugan sus aptitudes y realizaciones, volcándolas a favor de la entidad. No se concibe, pues, la cooperativa de trabajo como una sociedad cerrada que instituya privilegios o reconozca discriminación de cualquier tipo. No se la concibe, tampoco, como guiada por un primordial espíritu de lucro, consagrada a la acumulación de

capitales e intereses o gobernada por núcleos excluyentes, al modo de una empresa comercial que loca sin restricciones el trabajo de los individuos, allegándolos en relación de dependencia" (CSJN,24/11/09, "Lago c/Cooperativa Nueva Salvia Ltda.", Fallos 332:2614).

De ahí se entiende que se impulse la formación de cooperativas de trabajadores, entidades abiertas y solidarias; pero trasladar la idea a la práctica no es tan fácil y, en muchas ocasiones, la división del trabajo dentro de la entidad lleva al destrozo del principio de cooperación y, por otra parte, muchas de las entidades creadas son ineficientes y no pueden competir dentro del mercado productivo, entrando en quiebra y/o transformándose en manifestaciones patológicas de un ideal fracasado puesto que, como bien señala Arias Gibert, si una cooperativa de trabajo carece de medios de producción, carece del fin para el cual fue constituida ("El negocio jurídico laboral", p. 205).

En principio, se entiende que en una cooperativa de trabajo genuina la calidad de socio excluye la de trabajador dependiente lo que determinaría la inaplicabilidad de las previsiones del art. 27 de la LCT (Rubio y Piatti, "Recursos de la seguridad social", p. 231, Grisolía y Ahuad, "Contrato de Trabajo", p. 64; Ojeda, "Ley de Contrato de Trabajo", t. I, p. 307; Capón Filas, "Derecho del Trabajo", ps 203/4; Salgado, "El fraude laboral", p.123; CNTr. Sala I, 20//01, "Mendoza c/Coop. de Trabajo Patagónica", DT 2001-B-2109; Sala III, 22/7/01, "Guerrero c/Castellini", DT 2002-508; Sala IV,27/4/07, "González c/Coop. de Trabajo Buenos Aires"; Sala V,28/12/01, "García c/Coop, de Trabajo Lince", LL 2002-D-275; Sala VI, 13/10/10, "Di Gregorio c/Coop. de Trabajo Cazadores Ltda.", DT 2.011-9-2325; Sala VIII, 26/5/03, Barroso c/Sociedad de Fomento Barrio Parque El Trébol") pero dicho criterio no es absoluto y, con frecuencia, la jurisprudencia se ha inclinado por aceptar la proyección de la figura de socio empleado contra dichas entidades.

En verdad, Deveali cuestiona ideológicamente tal conclusión pues, según señala: “si la situación económica de la cooperativa no le permite otorgar a sus socios-trabajadores ni siquiera el tratamiento de que gozan los otros trabajadores dependientes de empresas particulares, esto significaría que la cooperativa no tiene razón de continuar” (“Lineamientos del Derecho del Trabajo”, p. 475).

En la práctica las citadas cooperativas resultan entes permeables a situaciones de fraude laboral y con frecuencia se enmascaran bajo su estructura societaria, típicas prestaciones de carácter dependiente. Sobre tal esquema se ha entendido que si la cooperativa de trabajo actúa como simple proveedora de mano de obra en beneficio de terceros resulta alcanzada por la legislación laboral (ver Caubet, “Las cooperativas de trabajo. Un instrumento de fraude a la ley”, DLP 1999-XIII-85; CSJN, 10/10/17, “Pessina c/Luis Frisman y otros”, Fallos 340:1414; CNTr. Sala I, 23/6/98, “López c/Comar Coop.”, DT 1999-B-1306; Sala VIII, 18/2/03, “Martorelli c/Coop. El Alcázar Ltda”, DT 2003-A-686; Sala X, 26/11/97, “Adrián c/Tab SA”, DLP 1999-XIII-768, sínt).

Ello explica que, en su oportunidad, el Poder Ejecutivo haya sancionado el decreto 2.015/94 cuyas directivas vedan la posibilidad de que las cooperativas de trabajo, para el cumplimiento de su objeto social, provean la contratación de los servicios cooperativos por terceras personas utilizando la fuerza de trabajo de sus asociados.

Desde luego, la proyección y aplicación de las previsiones del art. 14 de la LCT –denuncia de fraude laboral pueden servir para descorrer el velo corporativo y lograr la tipificación de las relaciones bajo el marco del derecho laboral.

A tal fin el art. 40 de la ley 25.877 faculta a la inspección del trabajo a ejercer el contralor de las cooperativas a fin de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social. Paralelamente les veda actuar como empresas de provisión de servicios eventuales y de temporada y brindar, de cualquier modo, los servicios propios de las agencias de colocación.

A su vez, en caso de detectarse una situación de fraude laboral, los integrantes de la cooperativa serán considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria y, por ello, desde el punto de vista práctico, la doctrina se ha preocupado por precisar algunos indicios que sirven para concluir que la entidad cooperativa es fraudulenta, tales como:

a) falta de documentación que acredite la existencia de contrataciones realizadas por la cooperativa con terceros clientes;

b) un elevado número de socios trabajando en una empresa usuaria que cuenta con escasos trabajadores propios;

c)la utilización de la modalidad cooperativa como banco de prueba para incorporar como efectivos a los más idóneos;

d)la falta de convocatoria a las asambleas de asociados;

e) que las remuneraciones de los consejeros, síndicos y asesores resulten desproporcionadas con relación a las sumas percibidas por los socios (conf. Ramírez, “Los sindicatos y las cooperativas de trabajo fraudulentas”, DT 2004-B-1449).

En el caso a estudio estamos ante una empresa nacional que funciona mediante una estructura cooperativa por tratarse de una empresa recuperada de un famoso establecimiento hotelero que entró en quiebra (ver pericial contable, fs. 127 vta.) y las pruebas incorporadas a la causa son adversas a la pretensión de la recurrente.

Cabe señalar, en tal sentido, que las declaraciones de Silva (fs. 130) y Pérez (fs.156) en las que se sustenta el recurso de apelación, no son favorable a la recurrente: la primera la síndica como asociada de la cooperativa y no como dependiente, afirma que participaba activamente en todas las asambleas emitiendo su voto como es de práctica en tales entes a la luz de los lineamientos de la ley 20.337 y, para más, afirma que su escisión de la entidad fue legitima puesto que, según refiere, fue cómplice en un acto de sustracción de acolchados por parte del encargado lo que fue detectado por las

cámaras de seguridad. La segunda testigo asevera que, tanto ella como la accionante, participaban en las asambleas en los que se debatían temas de interés para el emprendimiento cooperativo mediante voto secreto. Si a lo expuesto se aduna que la experticia constató la incorporación de la actora en el registro de asociados y su participación en las asambleas realizadas en el seno de la entidad demandada, se explica el pronunciamiento adverso a reclamo administrativo porque la relación jurídica que la unió con la accionada fue ajena al ordenamiento laboral, y la circunstancia de que figure inscripta como monotributista es un corolario incidental de la obligación que afecta a todos los sujetos que realizan funciones productivas de cotizar al régimen de seguridad social (arts. 14 bis, CN y 2º de la 24241) y no acredita que su condición fuera la de dependiente beneficiada con la legislación social).

Pese al sentido de mi voto, lo decidido en materia de costas, es decir la distribución en el orden causado, se ajusta a derecho: estamos ante reclamos patrimoniales de contenido alimentario y un principio de equidad justifica flexibilizar el art. 68 del CPCC (ver art. 11, LCT), máxime moviéndonos en una de las denominadas “zonas grises” del complejo entramado del mundo productivo.

Por lo expuesto, siendo razonables los emolumentos impugnados (arts. 38, LO y 1255 CCCN), entiendo corresponde:

1) Confirmar el fallo recurrido; 2) Imponer las costas de alzada por su orden y 3) Fijar los emolumentos de alzada en el

30% de la suma regulada en la instancia anterior”.

EL DOCTOR LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO: Atento las circunstancias comprobadas de la causa merituadas por el Dr. Carlos Pose en su excelente voto, por análogos fundamentos adhiero a la solución propuesta.

BIBLIOGRAFÍA

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

ABAL MEDINA Paula “La economía informal y el movimiento obrero” Cap. del Libro: El Atlas del Peronismo. Edito-rial: Capital Intelectual - El Diplo. Bs.As. año 2019.

BATTISTINI, Osvaldo y MONTES CATÓ Juan (8/1998), “¿Flexibilidad negociada? El dilema de la elección del nivel”, IV Congreso Nacional de Especialistas en Estudios del Trabajo, Buenos Aires.

CAÑAL Diana “La falta de eficacia del paradigma constitucional en el mundo del trabajo” Trabajo de campo e investigación Grupo SPES, Bs.As.04-08-2022; “El imperio de la ley” Bs.As. 31/03/2023, reflexiones en un documento de trabajo SPES.” Los Paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar” – Documento de trabajo SPES.

CAPON FILAS Rodolfo E. «Cooperativas de Trabajo» Obra colectiva del Equipo Federal del Trabajo. Director R. Capón Filas, Editora Platense, Bs.As. noviembre 2003.

CASTELLS, Manuel y PORTES, Alejandro (1989), The informal economy. Studies in advanced and less developed countries, Johns Hopkins University Press, Baltimore.

CORNAGLIA Ricardo J. “La Cooperativa de Trabajo y los derechos sociales” ‘Publicado en La Ley,15-02-2010 Año LXXIV, No. 31, p- 8 y ss.

CORTES, Fernando (2002), “La metamorfosis de los marginales: la polémica sobre el sector informal en A. Latina” en DE LA GARZA, Enrique, Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo, Fondo de Cultura Económica, México.

FERRAJOLI LUIGI. “POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA. LA HUMANIDAD EN LA ENCRUCIJADA. MADRID, ESPA-ÑA. EDITORIAL TROTTA (PER UNA COSTITUZIONE DELLA TERRA. L´UMANITA AL BIVIO).

FREYSSINET, Jacques (1989) Le chômage, La Découverte, Repéres, París, 2000.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

GAUTIE, Jeromé y NEFFA, Julio C. (1998), Desempleo y Políticas de Empleo en Europa y Estados Unidos, CEIL-PIETTE Programa de Investigaciones Económicas sobre Tecnología, Trabajo y Empleo (CONICET), Lumen, Humanitas, Bs.As.

GRABOIS Juan y PERSICO Emilio M. Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP) "Organización y economía popular: nuestra realidad"- 1°ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CTEP - Asociación Civil de los Trabajadores de la Economía Popular, 2014.

GREENE Bob y BERTHOUD Heather "Manual de Cooperativas de multiples partes interesadas". Publicado por Co-operative Developmen Center@Kent State University A program of de Ohio Employee Ownership Center, 2008

HAGMAN Itaí "Salario Básico Universal - Una Red para evitar la Intemperie" Revista Anfibia Bs.As. 18/07/2022.

HUDSON Juan Pablo "Empresas Recuperadas en la Argentina: una década de lucha de los trabajadores por autogestionarse" Universidad Nacional de Rosario (Argentina) publicado en CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 76, Diciembre 2012, pp. 159-180 ISSN edición impresa: 0213-8093. ISSN edición online: 1989-6816. © 2012 CIRIEC-España www.ciriec.es www.ciriec-revistaeconomia.es

MARTÍNEZ Carlos; Nordvind, Adrián; Pizzi, Alejandro; Ruggeri, Andrés; Valverde, Sebastián: "Las empresas recupe-radas: una experiencia de la clase trabajadora argentina" Bs.As. 2005 Nivel de accesibilidad acceso abierto. Condicio-nes de uso https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

MONZON, Máximo Daniel, Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas, DT 1985, p. 154 y ss.

MUÑOZ, María Antonia y VILLAR, Lidia I.: "Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP en la CGT-2011/2017). Entre la organización sindical y el

conflicto político-social" Editorial: Colectivo de Investigación El Llano en Llamas.Revista: Crítica y Resistencias. ISSN: 2525-0841.

NEFFA Julio, DAMIGO, Demián T. y PÉREZ, Pablo E. "Actividad, Empleo y Desempleo" Concepto y Definiciones Asociación Trabajo y Sociedad Ceil Piette Conicet, Buenos Aires, 2/2000.

NEFFA JULIO C. (Coordinador), La informalidad, la precariedad laboral y el empleo no registrado en la Provincia de Buenos Aires. Publicado por Ceil Piette Conicet y Ministerio de Trabajo Provincia de BA, prólogo del Dr. Oscar CUAR-TANGO (Buenos Aires, 2008).

ODSA Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina, Informe sobre "Trabajo, Empleo, inactividad forzada y exclusión social. Argentina urbana, 2010-2022. Bs.As. Argentina.

OLIVARI Mariela Paula y PALMEIRO Luis A. "Un mandato de los derechos humanos: repensar la protección ¿Quién les habla a ellxs?" 1° Congreso de Derecho del Trabajo organizado por la Asociación de Abogados ty Abogadas Labo-ralistas de Rosario, Santa Fe "Vigencia y Necesidad de Avance del Derecho Protector de las Personas que Trabajan" Noviembre de 2023.

PALMEIRO Luis Antonio "Las alternativas autogestivas en el proceso productivo" Trabajo de tesis. Diplomatura en Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo, UNPAZ, 2021.

PALUMBO, María Mercedes. Universidad Nacional de Lujan, PBA "La construcción de la subjetividad colectiva de los/as trabajadores/as de la economía popular en el discurso pedagógico de la CTEP" Editorial: Universidad de Los Lagos. Centro de Estudios del Desarrollo Regional y Políticas Públicas. Revista: Polis e-ISSN: 0718-6568.

PREALC (1974), "La política de empleo en América Latina: lecciones de la experiencia de PREALC", en El Trimestre Económico, vol. 41, Nº164(4), pp. 917-936.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

PORTES, Alejandro y BENTON , Lauren (1987), “Desarrollo industrial y absorción laboral: una reinterpretación”, Es-tudios Sociológicos nº13 Vol. V, enero-abril.

RAFFAGHELLI Luis. Publicaciones: * Libro “Precarización y Juicios Laborales” Evidencias de las políticas neoliberales de los años noventa. Librería Editora Platense, La Plata PBA abril de 2023; * “Actualización de un tema irresuelto: el despido y el derecho a la estabilidad. El derrotero de la doctrina judicial. De ´Vizzoti´ a ´Alvarez´ - Revista de Derecho Laboral, Derechos y Deberes de las Partes I- 1-04-2011- Rubinzal Culzoni; * “Precarización y juicios en estos tiempos-Trabajo de Plataformas” Contexto y Contenidos Jurídicos. Revista Derecho del Trabajo de Errepar, julio 2022. *“Trabajo de plataformas” Contexto y contenido jurídico. Rev. Errepar, julio 2022. * “Empresas en crisis y empresas recuperadas. aspectos conflictivos” Rev. Idelcoop – Bs.As. 2005 – Vol.32 - N° 164.

RAVINA Arturo y Ravina (2006) Natalia M. “Radiografía de la Economía Social en Argentina”, en José María Pérez de Uralde (coord.), La Economía Social en Iberoamérica. Un acercamiento a su realidad. Madrid: Fundación Iberoamericana de la Economía Social. En http://www.aciamericas.coop/IMG/pdf/ESIberoamerica1.pdf

REZZONICO, Alberto «Empresas recuperadas. Aspectos doctrinarios, económicos, sociales» Ed. Centro Cultural de la Cooperación IDELCOOP Bs.As. 2003

ROFFINELLI MAYA, Adriana G.; CIOLLI, Vanesa P. ; PAPI, Sergio “Fábricas recuperadas en Argentina: Un balance necesario: El caso IMPA”, Bs.As. 2013 - Editorial: Fund. ‘de Inv. Sociales y Políticas ISBN: 978-987-45275-1-6

ROMAGNOLI, Umberto, “Del trabajo declinado en singular, a los trabajos en plural”, Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, Buenos Aires, 9/1997 p. 319 y ss.

RUGGERI Andrés. “Las empresas recuperadas por las y los trabajadores en Argentina” una experiencia de autogestión como respuesta a la crisis localización: Libre

pensamiento, ISSN 1138-1124, Nº. 95 (Verano), 2018, págs. 34-41 – en español Fundación DIALNET.

SUPIOT Alain «El trabajo no es una mercancía: contenido y sentido del trabajo en el siglo XXI» (edición original: Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du trail auva XXIème siècle, Paris, Éditions du Collège de France, 2019, 65 p., coll. Leçons de clôture).

SUPIOT Alain "Qué justicia social internacional en el siglo XXI", Cátedra: "Estado social y globalización: análisis jurídico de la solidaridad". Conferencia de apertura del XXI Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Ciudad del Cabo, 15-18 de septiembre de 2015). En file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/UPL7069441684883113359_Supiot_CapeTown_September_2015_es.pdf.

TOPET PABLO. VILLASMIL Prieto, Humberto y GARCÍA JIMÉNEZ, Jesús. "El futuro del trabajo y las formas atípicas del empleo", Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho del Empleo Volumen 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019 @ 2019 ADAPT University Press – ISSN 2282-2313.

TOURAINE ALAIN. "Cómo salir del liberalismo" Ed. Paidós, trad. PALACIO TAUSTE, Javier. Col. Estado y Sociedad, BA Aires, 29/7/1999, pág. 132 y ss.

TRILLO Párraga, Francisco, "Economía digitalizada y relaciones de trabajo", en Revista de Derecho Social, N°76, octubre/diciembre 2016, pp. 16 y ss.; "El trabajo en la era digital: un Derecho del Trabajo para el siglo XXI", Trabajo de Investigación, Ciudad Real, 2020); "Uber ¿Sociedad de información o prestadora de servicios de transporte? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017", en Revista de Derecho Social, N°80, octubre-diciembre de 2017, pp. 127 y ss.

DOCUMENTOS

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

ReNaTEP y Potenciar Trabajo: Principales características de la economía popular registrada. Informe Noviembre 2022 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Informe del ReNaTEP y Potenciar Trabajo

Publicaciones Facultad de Ciencias Sociales https://publicaciones.sociales.uba.ar › osera › article › view. En https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/renatep

OIT Resumen Ejecutivo, 2021 “Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo”. OIT “El rápido crecimiento de la economía digital reclama una respuesta de política coherente” Ginebra, 23 de febrero 2021.

OIT Declaración para el futuro del Trabajo (Informe de la Comisión Global, trabajo para un futuro mejor) //www.iloglobal/publicaciones/books/WCMS_662410/Lang-en/index.atm

Informe sobre POLITICAS PUBLICAS PARA REDUCIR LA POBREZAEN LA TRANSICION DEMOGRAFICA – Programa de protección social, abril de 2023. CIPPEC, Argentina, Democracia 40.

PROYECTO COLECTIVA JOVEN - CARCAR, Fabiola y SOSA Gustavo “Manual de Cooperativas Sociales. Su conformación en 10 pasos” Bs.As. 7/2020.

Congreso de DERECHO COOPERATIVO “El Derecho Cooperativo y la Identidad Cooperativa en la Post Pandemia, Asunción, Paraguay, 27 al 29 de octubre de 2022. Coop. Cooperativas de América Región de la Alianza Cooperativa Internacional. Ponencias y artículos presentados en el mismo.

COOPERAR “Una historia sobre cooperativismo argentino: el fondo de archivo de la Confederación Cooperativa de la República Argentina” Avanza el proyecto impulsado en forma conjunta entre el Archivo Histórico del Cooperativismo Argentino y COOPERAR que fue seleccionado en el concurso Desempolvando Archivos 2021, Bs.As. 3 junio 2022.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

SÍNDROME CORONARIO AGUDO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL ÁMBITO LABORAL DE ARGENTINA 2010-2020.

Por DINA JULLIER[1]; CÉSAR CLAUDIO BENVENUTO[2] y ESTEBAN IGNACIO VIÑAS[3].

I. INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL TEMA

La enfermedad cardiovascular es la principal causa de muerte e incapacidad en la República Argentina y en el resto del planeta. En los Indicadores básicos Argentina 2020, la mortalidad por esta causa es cercana al 45% de todas las causales de muerte. Ajustada "La tasa de mortalidad bruta (B) fue de 222,31/100.000 habitantes y ajustada por edad (A) 180,67/100.000"[4]. Así, resulta esperable que sus expresiones agudas, los llamados Síndromes Coronarios Agudos (SCA: Angina Inestable e Infarto Agudo de Miocardio)[5] y/o la muerte súbita ocurran en el ámbito laboral, en el lugar y en ocasión del trabajo o "in itinere".

[1] Docente del Posgrado de Medicina Legal. Profesora Adjunta e Investigadora de la Escuela de Medicina, Facultad de Cs Médicas UFASTA, Mar del Plata. Médica Titular de Comisión Médica Jurisdiccional Nº12 SRT Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Mail: dradijullier@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-5870-8229

[2] Co-director de la Carrera de Posgrado de Especialización en Medicina Legal de la Facultad de Cs. Médicas, Docente del Posgrado de Medicina Legal, Codirector de investigación de la Escuela de Medicina, Facultad de Cs Médicas UFASTA, Mar del Plata. Abogado laboralista. Mail: cclaudobenvenuto@gmail. com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4319-615X

[3] 3 Director y Docente del Posgrado de Medicina Legal, Director de Investigación de la Escuela de Medicina en el Proyecto de Medicina Laboral de la Facultad de Ciencias Médicas la Universidad F.A.S.T.A., Mar del Plata; Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma Casa de altos Estudios; Abogado especializado en Criminalidad Económica y de la Empresa por las Universidades Nacional de Mar del Plata (Argentina) y Castilla La Mancha (España), Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, Argentina, autor de libros, ponencias y publicaciones de su disciplina. Mail: estebanignaciovinas@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-3935-2284

[4] Ministerio de Salud Pública. Presidencia de la Nación. OPS. OMS., 2020, p.11.

[5] La definición de Síndrome Coronario Agudo, la consensuada por la Sociedad Argentina de Cardiología y la de Infarto Agudo de Miocardio, la Tercera y Cuarta definición Universal de Infarto Agudo de Miocardio (2012-2018)

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

¿

¿Hasta qué punto la teoría legal empleada para aceptar o denegar la naturaleza laboral de la contingencia es consistente con el conocimiento médico actual sobre la materia? ¿Bajo qué circunstancias puede considerarse un Síndrome Isquémico Agudo o Muerte súbita en el lugar y ocasión del trabajo como un Accidente de trabajo?

Ha sido una práctica constante la de entender y dictaminar que la Cardiopatía Isquémica en cualquiera de sus formas clínicas es una Enfermedad Inculpable, o sea, no resarcible ni atribuida a causas laborales, por su multicausalidad.

La legislación argentina laboral vigente no contempla taxativamente la cardiopatía isquémica como accidente de trabajo (Ley 24.557, Decreto 659/96). En cuanto Enfermedad Profesional, la restringe a casos probados de exposición a determinados agentes químicos, como Nitroglicerina, Sulfuro de Carbono y otros, que integran el listado de Enfermedades Profesionales y no la describe en relación a “stress” o “strain” laboral (Decreto 49/2014. Listado de Enfermedades Profesionales. Decretos 658/96, 659/96 y 590/97 y sus Modificaciones).

Por otra parte, la muerte súbita en el ámbito laboral -que en la práctica es debida a cardiopatía isquémica en la gran mayoría de los casos- (Castelá García et al, 2013) ha sido tratada de manera anárquica tanto en la evaluación por parte de las Aseguradoras de Riesgo del Trabajo, como de las Comisiones Médicas y del Foro Laboral.

Sin embargo, existen casos en los que un episodio súbito y violento en el lugar y ocasión del trabajo actúa como “gatillo” e inicia la cadena del accidente de placa que desemboca en un síndrome coronario agudo: angina de pecho, injuria isquémica, infarto agudo de miocardio o muerte súbita en ese ámbito (Gotsman & Adler, 2009). Muchos de ellos cumplirían las

condiciones para ser considerados accidentes de trabajo, ameritan ser denunciados y deberían ser resarcibles. Hasta el momento, la resolución de estos casos no ha seguido un criterio uniforme en las distintas instancias, dada la ausencia de un protocolo específico, a nuestro juicio.

La legislación argentina laboral vigente no contempla taxativamente la cardiopatía isquémica como accidente de trabajo

Ha quedado a merced del parecer individual del actuante en Comisiones Médicas como del "iura novit curia" que se adjudicaron los Juzgados y la CSJN[6].

Los objetivos son: • Analizar la regulación de la materia en legislación comparada de otros países con sistemas similares, como España y Chile y Colombia, con el objeto de visualizar modelos más avanzados y equitativos que justificarían una propuesta de reforma legislativa. •Examinar los criterios técnico-científicos en instancias administrativas y en Sentencias Judiciales y exponer sus contradicciones, en cuanto a que un infarto agudo de miocardio (IAM) ha sido o no un accidente de trabajo, en particular y en general, sobre todos los Síndromes isquémicos agudos.

II. MATERIAL Y MÉTODOS

Estudio, descriptivo, interpretativo. La Jurisprudencia se buscó en las bases de Datos Erreius, La Ley, El Derecho, y Rubinzal Culzoni, como registros de diferentes tribunales y biblioteca de Cortes Nacional y provinciales; lo mismo respecto de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en buscadores de la web, publicaciones especializadas y notas en los medios en los que se menciona el tema.

[6] Iura novit curia es un aforismo latino, que significa literalmente "el juez conoce el derecho", utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas (Meroi, 2007).

La selección de los países, en materia de la legislación comparada se realizó en torno a la ratificación y vigencia de los convenios de la OIT: "Dentro del repertorio de recomendaciones prácticas sobre el registro y la notificación de los accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales" (MERNAD/1994/2-OIT), en los casos de Argentina, Colombia, Chile cuyos contextos socioeconómicos, Baremos y Jurisprudencia laboral son similares, en contraste con España, donde lo relevante es la Jurisprudencia Española que viene aceptando desde 1970 que el Síndrome Coronario Agudo califique como accidente laboral.

En el ámbito del Derecho comparado se han analizado las leyes y decretos reglamentarios de Chile, España y Colombia. En éste último país, estas patologías están expresamente incluidas en los baremos de accidentes de trabajo y enfermedad laboral, mientras que en los dos primeros ocurre lo mismo que en Argentina. Sin embargo, su tratamiento tanto en organismos similares a las Comisiones Médicas y Jurisprudencia no es igual que aquí. En España, desde 1987 se ha verificado que hay numerosos fallos del Superior Tribunal que reconocen a estas patologías como enfermedad o accidente laboral. En el caso de Chile se está interactuando con Cortes de Apelación. Y, finalmente, respecto de los dos últimos países mencionados, se ha entablado contacto para entrevistar a integrantes de organismos similares a las comisiones médicas, para conocer el tratamiento de la situación en instancias administrativas.

III. DESARROLLO

1. Análisis marco legal y jurisprudencia de argentina.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "DIAZ, Timoteo C/ VASPIA SA"[7], el 07/03/2006 expuso que en la prestación laboral, el empleado asalariado aporta su fuerza de trabajo y ésta depende directamente de su integridad física.- Dicha circunstancia

[7] CSJN Fallos: 329:473.

tiene dos implicancias: 1) el nivel de exposición de su cuerpo, en tanto medio o instrumento de los trabajadores para ganarse la vida, es alto, y 2) que el riesgo de un deterioro físico implica la marginación total o parcial de la actividad económica al perder en esa medida la posibilidad de seguir utilizando su cuerpo para obtener el sustento (CSJN, Sentencia C- 329:473, 2006)

El bien jurídico protegido por el sistema de infortunios laborales está entonces conformado por la vida y la salud de los trabajadores, y a ello debe atender el Estado.

Por otra parte el art. 6 de la ley 24557, determina que se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del artículo 40 apartado 3° de la ley, agregando que las enfermedades no incluidas en el listado, como sus consecuencias, no serán consideradas resarcibles, con la única excepción que en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo, con un procedimiento específico para cada caso.

Es evidente, entonces, que el sistema cerrado de la ley 24557 al determinar que un trabajador sólo se encuentra posibilitado de ejercer una acción reparativa por una disminución de su capacidad laboral con causa en una enfermedad, cuando la misma está expresamente incluida en el listado de enfermedades que la autoridad administrativa confecciona al efecto, resulta por demás injusto.

De sostenerse esa interpretación de la norma, surgiría la situación que el trabajador que padezca de una enfermedad no listada, y adquirida en ocasión del trabajo, no tendría acceso a ninguna acción reparativa, por lo que la ley obtendría el efecto contrario a sus objetivos: operaría como impedimento para la reparación de un sinnúmero de resultados dañosos en trabajadores

dependientes por enfermedades adquiridas en ocasión del trabajo.

Tal situación de injusticia obliga, en el caso de la patología que lleva a realizar este trabajo, a la inclusión de la misma en el listado de enfermedades cubiertas por el régimen de la ley 24557 en el marco del art 6 de esa norma. Ello es así, porque acuerdo a los fundamentos ya referidos sostener el derecho de igualdad consagrado por el art. 16 de la CN, y evitar un perjuicio del trabajador al excluirlo del sistema de reparación integral por el sólo hecho de no incluir en el listado administrativo una patología cuya causa o agravamiento se encuentra vinculada en forma expresa a la prestación laboral subordinada.

En ese sentido, el procedimiento del Decreto 1278/2000 no ha aportado solución alguna a esa problemática porque resulta de casi imposible cumplimiento para el trabajador.

De esa manera, si interpretamos que el art. 6 de la ley 24557 de forma tal que se considere que el sistema previsto en ella regiría exclusivamente para aquellas enfermedades derivadas del trabajo que figuran en el listado, se excluirían injustamente aquellas enfermedades con nexo causal en el trabajo no contempladas en el listado y se las privaría de la posibilidad de resarcimiento.

> El bien jurídico protegido por el sistema de infortunios laborales está entonces conformado por la vida y la salud de los trabajadores, y a ello debe atender el Estado.

Se trata de las calificadas como “enfermedades extra – sistémicas”, es decir fuera del sistema de la ley 24557, que tienen una acción con autonomía esgrimible en función del art. 75 de la LCT, por lo que debe interpretarse que, “al margen de las patologías incorporadas en el listado, existe una obligación genérica de resarcimiento que es más amplia que el listado dictado en función del art. 6 de la ley 24557 y que encuentra su causa en el art. 75 de

la LCT .“ La postura que se sostiene en el presente trabajo resulta no sólo de la enunciación genérica del art. 6 de la ley 24557, sino de los términos del decreto 1278/2000, por medio del cual se evidencia que el listado de enfermedades dictado en función del citado art. 6 no es taxativo, sino que puede ser ampliado en cuanto se esté ante la evidencia de una incapacidad laborativa cuya causa se encuentre en una enfermedad adquirida en ocasión del trabajo.

El art. 75 de la LCT prescribe un deber de seguridad a cargo del empleador, cuyo incumplimiento es causa de la obligación de reparar el daño causado.

el procedimiento del Decreto 1278/2000 no ha aportado solución alguna a esa problemática porque resulta de casi imposible cumplimiento para el trabajador.

La calificación de “daño” a la que remite el art. 6 de la ley 24557 , a nuestro entender no debe limitarse a la posibilidad de reparación a las patologías incluidas en un listado, en tanto el decreto 1278/2000 prescribe que ese listado no es taxativo, permitiendo el reconocimiento de otras enfermedades no previstas en el mismo, de manera tal que ante todo daño a la salud del trabajador producido en ocasión del trabajo, aun cuando la enfermedad no esté contemplada en un listado, puede requerirse su reparación con causa en el contrato que vincula a las partes y las obligaciones que del mismo se derivan a tenor del deber de seguridad del art. 75 de la LCT.

En síntesis, resultan resarcibles no sólo los daños previstos en forma específica en el art. 6 de la ley 24557, sino también los devenidos en los términos del art. 75 de la LCT. En ese sentido se ha expedido el Tribunal del Trabajo N.º 5 del Departamento Judicial San Isidro en la causa “SUAREZ, Rodolfo C/ MOLINOS

CABODI HNOS S.A S/ Enfermedad"[8] al resolver que "...el artículo 49, disposición adicional primera, incurrió en una intromisión avasallante del ámbito de la LCT al modificar el artículo 75 de dicho cuerpo legal, que es un derivado operativo del principio general del buen empleador, no limitando el cumplimiento de ciertos preceptos básicos en materia de higiene y seguridad, sino extensivo a todas las obligaciones implícitamente asumidas...el listado de enfermedades profesionales que aprueba el decreto 658/96 reconoce, en su preámbulo, que puede existir una multicausalidad, en tanto una misma enfermedad puede traer distintas causas o factores laborales y extra laborales que actúan al mismo tiempo y que contribuyen al desencadenamiento, con lo cual está admitiendo la realidad de las enfermedades accidente ... la multicausalidad a que se refiere el laudo MT 156/96, así como el decreto 658/96, remite a la concausa...".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en los autos "SILVA, Facundo C/ UNILEVER DE ARGENTINA SA"[9] al referir los Dres. Fayt y Petracchi en sus votos que "La ley de riesgos de trabajo de 1995 es incompatible con el orden constitucional y normas de carácter supralegal – art. 75 inc. 22 de la Constitución – en cuanto ha negado todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de causalidad adecuada con el trabajo, por el solo hecho que aquélla no resulta calificada de enfermedad profesional en los términos de dicha norma ... el descarte de la responsabilidad del empleador que consagra la Ley de Riesgos del Trabajo respecto de las enfermedades no tipificadas aunque guarden relación de causalidad adecuada con el trabajo constituye en sí mismo un elemento distorsionante de la relación laboral, en claro apartamiento de los lineamientos constitucionales que se orientan en

[8] Ver fallo del 24/6/1998, TySS 1888.1219.

[9] Ver CSJN 18/12/2007, Revita LL 7/2/2008.

dirección a la protección del trabajador y no de su desamparo, siendo condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad..."

> resultan resarcibles no sólo los daños previstos en forma específica en el art. 6 de la ley 24557, sino también los devenidos en los términos del art. 75 de la LCT

De acuerdo a ello, consideramos que corresponde apartarse de la interpretación restrictiva del art. 6 de la Ley de Riesgos del Trabajo que llevaría a la existencia de un criterio hermético y autosuficiente por el que sólo serían enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado y ampliarlas a este tipo de patologías.

En el voto de la mayoría de la Corte federal en autos "SILVA, Facundo C/ UNILEVER DE ARGENTINA SA", se ha señalado que "para la procedencia de la acción de derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de responsabilidad civil, razón por la cual si se demuestra que una enfermedad está vinculada casualmente a un hecho antijurídico, la acción procede con independencia del listado que prevé la ley de riesgos del trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común...". De acuerdo con la doctrina citada se rechaza la base de sustentación del cuerpo normativo de la ley 24557, al considerar que no resarcir las enfermedades que no están en el listado – más allá de que reconozcan, en el caso puntual, nexo causal con el factor laboral – contradice un precepto constitucional, ya que el legislador no puede establecer normas que violenten el principio de no dañar consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. El ya referido decreto 1278/2000 "prevé que puede ser considerada enfermedad

profesional aquella que las Comisiones Médicas declaren por excepción, como consecuencia directa e inmediata de la ejecución del trabajo", pero también es cierto que esa norma establece un procedimiento que no es poco menos que un laberinto con múltiples escollos, muy difíciles de sortear para un trabajador.

> consideramos que corresponde apartarse de la interpretación restrictiva del art. 6 de la Ley de Riesgos del Trabajo que llevaría a la existencia de un criterio hermético y autosuficiente por el que sólo serían enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado y ampliarlas a este tipo de patologías.

A su vez, a partir del mismo la situación jurídica sobre enfermedades profesionales tendría un marco dado por la permanencia del listado que regula la ley 24557, que sigue siendo taxativo y limitado a los efectos de la aplicación automática de la ley – salvo declaración de inconstitucionalidad del art. 6 – y por el otro lado tiene un marco de derecho generado por la reparación del derecho común sobre las enfermedades no contempladas en el listado o sobre los agravamientos de las contempladas.

2. Análisis legislación comparada

A. Colombia[10]

Colombia es un país que dispone de una avanzada y completa legislación sobre seguridad y salud en el trabajo, a pesar de que sólo ha suscrito 7 de los 24 Convenios de OIT relacionados con la salud y la seguridad en el trabajo; el Convenio 155 sobre seguridad y salud. En la Constitución de 1991, se consagra el trabajo como valor y derecho fundamental (artículo 53). El trabajo es

10 https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Ley-1562-de-2012.pdf

el pilar esencial del Estado Social de Derecho[11].

En materia de enfermedades y riesgos del trabajo rige desde 1994 el Dec. Ley 1295, modificado en el 2012 por la ley 1.562 denominada "Sistema General de Riesgos Laborales" definido como: "…el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Laborales…".

El art. 3° define como accidente de trabajo: "…todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

[En Colombia] rige desde 1994 el Dec. Ley 1295, modificado en el 2012 por la ley 1.562 denominada "Sistema General de Riesgos Laborales" definido como: "…el conjunto de *entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan*."

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo

[11] www.centro-virtual.com/recursos/2019a07m06dc@v3p@r@1v3st1g@c10n/gesti@nss.pdf

su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo. Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical, aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servidos temporales que se encuentren en misión...".

Por su parte, el art. 4° define como enfermedad laboral: "…la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica -(cada tres años) a través de los Ministerios de Salud y Protección Social y Trabajo y el CONSEJO NACIONAL DE RIESGOS LABORALES, ver parágrafos 1 y 2- , las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre· la relación de causalidad con factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes…". Esta última norma consagra el principio que la enunciación no taxativa de lo que se consideran enfermedades laborales (aquellas que son producto de la exposición a factores de riesgos inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador está obligado a laborar), pues no sólo se comprenden aquellas que enumera el Ministerio de Salud del Gobierno Nacional en una tabla específica, sino también cuando se demuestra la

relación de causalidad de una patología con factores de riesgo ocupacional.

Específicamente, el Decreto 1477 de 2014. Por el cual se expide la Tabla de Enfermedades laborales, que modificada por Dec. 676/2020, establece: Artículo 1. Tabla de Enfermedades Laborales. El presente decreto tiene por objeto expedir la Tabla de Enfermedades Laborales, que tendrá doble entrada: I) agentes de riesgo, para facilitar la prevención de enfermedades en las actividades laborales, y II) grupos de enfermedades, para determinar el diagnóstico médico en los trabajadores afectados. La Tabla de Enfermedades Laborales se establece en el anexo técnico que hace parte integral de este decreto. Artículo 2. De la relación de causalidad. En los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad laboral. Artículo 3. Determinación de la causalidad. Para determinar la relación causa-efecto, se deberá identificar: 1. La presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador, de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar, teniendo en cuenta criterios de medición, concentración o intensidad. En el caso de no existir dichas mediciones, el empleador deberá realizar la reconstrucción de la historia ocupacional y de la exposición del trabajador; en todo caso el trabajador podrá aportar las pruebas que considere pertinentes. 2. La presencia de una enfermedad diagnosticada médicamente relacionada causalmente con ese factor de riesgo.

En la Tabla de enfermedades laborales reconocidas al 2020[12] se verifica que en el capítulo VIII referido a "Enfermedades del sistema cardiovascular y cerebro vascular" se encuentra expresamente incluida el "infarto agudo de miocardio"

[12] Decreto 1477 de 2014 (actualizado) - Nueva tabla de enfermedades (safetya.co)

B. Chile

En Chile rige, desde el 1/02/1968 (con modificaciones en los años 1972, 1979, 1980, 1981, 1983, 1988, 1989, 1995, 1996, 2005, 2006, 2008 y 2011), la Ley 16.744, denominada "Ley sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales"[13].

En su artículo 5° define como "accidente de trabajo": "…toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte. Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores.

En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro. Se considerarán también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales.

Exceptúense los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima. La prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador".

En Chile rige, desde el 1/02/1968 (con modificaciones en los años 1972, 1979, 1980, 1981, 1983, 1988, 1989, 1995, 1996, 2005, 2006, 2008 y 2011), la Ley 16.744, denominada "Ley sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

Y en el art. 7 define como "enfermedad laboral": "…la causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o

13 https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28650&r=1

el trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte. El Reglamento enumerará las enfermedades que deberán considerarse como profesionales.

Esta enumeración deberá revisarse, por lo menos, cada tres años.

Con todo, los afiliados podrán acreditar ante el respectivo organismo administrador el carácter profesional de alguna enfermedad que no estuviere enumerada en la lista a que se refiere el inciso anterior y que hubiesen contraído como consecuencia directa de la profesión o del trabajo realizado. La resolución que al respecto dicte el organismo administrador será consultada ante la Superintendencia de Seguridad Social, la que deberá decidir dentro del plazo de tres meses con informe del Servicio Nacional de Salud…". En este país no están contempladas las cardiopatías aquí investigadas como enfermedad o accidente laboral, en el listado o baremos de patologías así reconocidas por el Ministerio de Salud, por lo que su reconocimiento depende de lo que se actúa en las instancias administrativas y judicial.

C. España

Según la tesis doctoral de la Dra. María Teresa Piné Cáceres (2015), ya en el año 2015 se estimaba que en España "el Síndrome Coronario Agudo (SCA), se encuentran entre las primeras causas de Incapacidad Temporal (IT)… se registran cada año 23.000 bajas laborales por enfermedad cardiovascular, siendo la causa más frecuente de IT tras la lumbalgia y la depresión…".

El 30/10/2015 se dictó el Decreto Real Legislativo n° 8/2015[14] (publicado en el B.O.E. bajo el n° 261 del 31/10/2015 con entrada en vigor a partir del 02/01/2016) que crea el actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social o LGSS, en el que se

[14] BOE.es - BOE-A-2015-11724 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Texto actualizado al 23/03/2022: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con

regula el régimen español de protección social. En el art. 156 se define accidente de trabajo y sus contingencias protegidas, destacando a los fines del presente trabajo las siguientes previsiones:

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos. c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa. d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo. e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que

sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

[En España]Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo: a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza. b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

5. No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: a) La imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira. b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo. En el art. 157 se define enfermedad laboral como: "…la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional. En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como

trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad…".

De acuerdo con su régimen, cuando un trabajador no puede continuar desempeñando su actividad laboral, bien por una enfermedad común o tras haber sufrido un accidente laboral, inicia periodos de Incapacidad Temporal (IT) de duración determinada según la patología que presente, hasta que se encuentra apto para incorporarse a su trabajo. Esta incapacidad puede obedecer a diversas contingencias, distinguiéndose entre las que son de origen común (enfermedad común y accidente no laboral), y aquellas cuyo origen obedece a causas profesionales (enfermedad profesional y accidente laboral). En caso de que la patología en cuestión sea considerada contingencia común (CC), la asistencia sanitaria corresponde al Servicio Público de Salud, sin embargo, si el proceso tiene carácter laboral, son las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MUCOSS), conocidas como Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (MATEPSS). Asimismo, las prestaciones económicas, tanto de la Incapacidad Temporal como de la Incapacidad Permanente (IP) en el caso de que el proceso finalice con secuelas, serán distintas según sea considerado el proceso como laboral o común.

Las Mutuas se definen como asociaciones voluntarias de empresarios privados, debidamente autorizadas y constituidas con el único objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social. Entre sus funciones más importantes destacamos la gestión de las prestaciones derivadas de las Contingencias Profesionales, Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente, Muerte y Supervivencia, así como de asistencia sanitaria derivada de la Incapacidad Temporal.

El 10/11/2006 se aprobó en España el Real Decreto n° 1299/2006 («BOE» núm. 302, de 19/12/2006 que comenzó a regir el 01/01/07, actualizado el

05/5/2018[15]) por el que crea el CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES donde no están expresamente incluidas la cardiopatía isquémica ni el infarto de miocardio, por lo que cobra particular relevancia lo que, al respecto, se decide en la Justicia Española. Así, desde 1970, pero ya con mayor certeza desde hace dos décadas que la jurisprudencia española viene aceptando que una patología cardíaca como el Síndrome Coronario Agudo, se califique como accidente laboral[16].

José F. Blasco Lahoz (2010) hace un análisis minucioso de la Jurisprudencia del Supremo Tribunal Español, tanto acerca de la enfermedad laboral en general, como del infarto de miocardio, en particular, señalando que: "…ha admitido la posibilidad de que lesiones de carácter no violento puedan ser originadoras de contingencia laboral, calificando como tal no sólo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias (STS de 18 de junio de 1997).

Así, cabe la existencia de accidente de trabajo en los supuestos de enfermedades del trabajo, de enfermedades agravadas por el trabajo o de enfermedades intercurrente. Tienen la consideración de accidente de trabajo las enfermedades, tanto físicas como psíquicas, que no tengan la calificación de enfermedades profesionales y que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del mismo (art. 115.2 e) de la LGSS).

En la determinación de estas enfermedades, el Tribunal Supremo insiste en que es imprescindible la existencia de un nexo causal entre la enfermedad y el trabajo realizado, que, además, debe ser probado

[15] 5 BOE.es - BOE-A-2006-22169 Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

[16] Ver al respecto la tesis doctoral ya citada de la Dra. Piné Cáceres;

suficientemente y de forma exclusiva por el trabajador (STS de 24 de mayo de 1990), bien porque se trate de una patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan aquel nexo causal…".

Y sobre el SCA, puntualmente expone que: "…existe una reiterada doctrina del Tribunal Supremo que versa sobre el infarto de miocardio y las enfermedades isquémicas. En ella prima la aplicación de la presunción de laboralidad para la calificación de dichas enfermedades como accidente de trabajo, para cuya destrucción sería necesario que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de una enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan dicho nexo causal (STS de 16 de diciembre de 2005) ...".

Y que: "…Así, se ha venido considerando accidente de trabajo el infarto de miocardio provocado o inducido por las tareas de gran esfuerzo físico que realizaba el trabajador (STS de 15 de febrero de 1996, Rec. 2149/1995), o el infarto (SSTS de 25 de marzo, de 1985; 7 y 10 de marzo, 8 de abril, 6 de mayo y 20 de julio de 1987; 5 de julio de 1988; 15 de febrero de 1996; 27 de febrero y 14 de julio de 1997; 23 de enero de 1998; 18 de marzo de 1999; 11 de julio de 2000; 24 de septiembre de 2001; y 27 de septiembre de 2007), angina de pecho (SSTS de 18 de junio de 1997 y 23 de julio de 1999.), dolor retroesternal (STS de 23 de noviembre de 1999.), trombosis (STS de 7 de octubre de 2003), crisis de taquicardia (STS de 13 de octubre de 2003), dolor torácico y manifestación anginosa (STS de 16 de junio de 2004), o TCE consecuencia de una crisis comicial (STS de 27 de febrero de 2008), que se producen en tiempo y lugar de trabajo…). Pero también aclara que: "…*Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha considerado la existencia de accidente de trabajo cuando se produce un infarto de miocardio en un supuesto de situación de disponibilidad cuando el trabajador debe estar localizable, porque de una enfermedad*

profesional previa como consecuencia de la lesión constitutiva la contingencia laboral, puesto que en el art. 115.2 f) (léase 156 2 f) de la LGSS se establece expresamente que tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Lo determinante aquí es que los efectos incapacitantes se produzcan o pongan de manifiesto con ocasión o como consecuencia del trabajo que se venga desarrollando a través de un suceso repentino calificable de accidente de trabajo, y lo relevante a efectos de aquella norma no es que el traumatismo ponga de manifiesto una enfermedad clínica, sino que produzca una incapacidad hasta entonces inexistente" (STS de 25 de enero de 2006).

Y en cuanto al accidente de Trabajo, el mismo autor analiza que: "*El Tribunal Supremo califica como accidente laboral aquel en el que, de alguna manera, concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concasual o coadyuvante, y debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento. La excepción es cuando concurran hechos de tal relieve que sea evidente la absoluta carencia de aquella relación*" (STS de 7 de marzo de 1987 y 5 de julio de 1988).

Como regla general, la relación de causalidad deberá ser probada, aunque se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo (art. 115.3 de la LGSS). Queda únicamente desvirtuada cuando hubieran ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente, a todas luces, la absoluta carencia de relación de causalidad entre el trabajo que el operario realiza, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro.

El Tribunal Supremo ha dictaminado que la noción de tiempo de trabajo no se reduce al tiempo de prestación efectiva de servicios, abarcando también el período intermedio de la actividad laboral, entre la jornada de mañana y tarde, que el trabajador emplea para comer en el lugar de trabajo (STS de 9 de mayo de 2006).

La presunción legal de laboralidad de las lesiones acaecidas durante el tiempo y el lugar de trabajo cede ante la presunción judicial, atendidos los antecedentes clínicos del afectado, de que la lesión es debida a enfermedad común (STS de 16 de abril de 2004). Y puntualizó respecto de cuadros cardiológicos como accidentes laborales que: "*…en los últimos años el alto tribunal ha reconocido la existencia de accidente de trabajo, liberándose al trabajador de la prueba del nexo causal en el supuesto de una trombosis*" (STS de 7 de octubre de 2003), "*de una crisis de taquicardia*" (STS de 13 de octubre de 2003) "*o de un infarto de miocardio* "(STS de 22 de enero de 2007), *sufridas en tiempo y lugar de trabajo, así como en el supuesto de fallecimiento de un trabajador de la construcción en la obra en que trabajaba durante la pausa de la comida, puesto que no queda desvinculada la lesión de trabajo realizado. Sería un contrasentido negar la calificación como profesional al accidente ocurrido en tales circunstancias y reconocerla al sufrido por el trabajador en la trayectoria de su domicilio al centro de trabajo, también en tiempo intermedio de inactividad laboral para alimentarse, originado por causas desconectadas con el funcionamiento de la empresa* "(STS de 9 de mayo de 2006)

Pero dejó a salvo que: "*…Por el contrario, el Tribunal Supremo no ha admitido tal calificación en el supuesto de un infarto de miocardio sufrido por el trabajador en los vestuarios del centro de trabajo con anterioridad al inicio de su jornada laboral. No es suficiente para aplicar la presunción de laboralidad con que el trabajador se halle en la obra cuando ocurre el infarto, que es lugar de trabajo a estos efectos. El término legal «tiempo de trabajo» contiene una*

significación más concreta, equivalente a la del art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores. Está referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo –físico o intelectual– que determina una más fácil vinculación del accidente con el trabajo y por ello opera la presunción citada" (SSTS de 28 de abril de 1983, 6 de octubre de 2003, 20 de diciembre de 2005, 14 de julio de 2006 y 25 de enero, Rec. 33641/2005, y 14 de marzo de 2007, Rec. 4617/2005.), "*o cuando se ha sufrido en el domicilio del trabajador que se encuentra en situación de guardia localizada o de disponibilidad permanente*" (SSTS de 7 de febrero de 2001 y 9 de diciembre de 2003).

En relación a los accidentes "in itinere" Blasco Lahoz destaca que: "…*el Tribunal Supremo no admite la existencia de accidente laboral en el origen de una afección cardíaca y el trabajo en determinados supuestos: cuando no consta que en el camino desde el domicilio al trabajo se hubiera producido acontecimiento que haya podido actuar como factor desencadenante de la crisis que determinó la muerte del causante*" (STS de 30 de junio de 2004)*; "…en el caso de un infarto de miocardio que provoca el fallecimiento de un trabajador cuando se dirigía desde su domicilio al lugar de trabajo, si no es posible relacionar los síntomas del infarto, verdadera causa de la muerte, con el trabajo"* (STS de 30 de mayo de 2003, Rec. 1639/2002)…

De igual forma, el Tribunal Supremo tampoco admite la existencia de contingencia de trabajo en el supuesto de una embolia producida cuando el trabajador se dirigía a su domicilio después terminarla jornada y una vez fuera, aunque en las proximidades, del centro de trabajo, puesto que la presunción del art. 115.3 (léase 156.3) de la LGSS sólo es aplicable a las dolencias aparecidas en tiempo y lugar de trabajo y no a las que se manifiestan en el trayecto de ida o vuelta (Las dolencias no derivan directamente de la ejecución del contenido de la relación

de trabajo, quedando así el accidente "in itinere" considerado como accidente laboral únicamente cuando las dolencias se producen como consecuencia de una acción súbita y violenta, correspondiente al sentido vulgar y tradicional del accidente (STS de 16 de julio de 2004).

IV. CONCLUSIONES.

Se ha analizado la regulación de la materia en legislación comparada de otros países con sistemas similares, como España y Chile y Colombia, con el objeto de visualizar modelos más avanzados y equitativos que justificarían una propuesta de reforma legislativa. En Chile ocurre lo mismo que en Argentina; en Colombia estas patologías están expresamente incluidas en los baremos laborales; en España son reconocidas por la Justicia Española contando con abundante jurisprudencia.

Es necesario contar con herramientas técnico científicas relevantes y definiciones sólidas y actualizadas en el cuerpo del Baremo y sus Decretos Reglamentarios. Lo mismo respecto de datos de necropsia en todos los casos de muerte súbita en ocasión y lugar del trabajo e "in itinere" aparece como una propuesta de valor, así como también la de ponderar los factores de riesgo de los trabajadores y el tipo de labor que desarrollan para tomar las medidas preventivas necesarias (Basso et al, 2017).

De igual manera, los síndromes isquémicos agudos deberían definirse de acuerdo a los criterios actuales: Tercera y cuarta definición universal del infarto de miocardio (Thygesen Kristian et al, 2012), determinar cuándo se trata de accidente de trabajo o enfermedad profesional no relacionada a agentes químicos y modificar los apartados correspondientes. La aparición súbita de SCA: síntomas y signos electrocardiográficos típicos evolutivos, alteraciones enzimáticas, lesiones compatibles con accidente de placa/placa complicada en la coronariografía y la evolución o no a infarto agudo de miocardio, con independencia del tratamiento instituido, en ocasión y momento del

trabajo o "in itinere" merecen ser considerados accidente de trabajo. No así, por ejemplo, los cuadros que aparecieran bien alejados de dicho momento y ocasión.

La muerte súbita en esas circunstancias obliga a practicar una necropsia completa a fines de establecer las causas. Si los hallazgos son compatibles con IAM en fases tempranas y se demuestra placa complicada, deberá ser considerada accidente laboral (Castelá García et al, 2013: 36)

La lectura de los fallos de la justicia laboral en el contexto local lleva también a concluir que la ausencia de una base técnico-científica sólida, conduce a sentencias encontradas y dispares y no pocas veces, basadas en pericias con fundamentos endebles. Esto podría evitarse en el futuro de contar con Protocolos específicos, definiciones actualizadas y la inclusión de estas afecciones huérfanas, a la Ley de riesgo de trabajo. En ese sentido, el procedimiento del Decreto 1278/2000 no ha aportado solución alguna a esa problemática porque resulta de casi imposible cumplimiento para el trabajador.

Tal situación de injusticia obliga, en el caso de la patología que lleva a realizar este trabajo, a la inclusión de la misma en el listado de enfermedades cubiertas por el régimen de la ley 24557, en el marco del art 6 de esa norma.

La muerte súbita [en accidentes in itinere] obliga a practicar una necropsia completa a fines de establecer las causas. Si los hallazgos son compatibles con IAM en fases tempranas y se demuestra placa complicada, deberá ser considerada accidente laboral

Existen antecedentes: mediante el Decreto 1167/2003, fueron incorporadas al listado el Hantavirus (Fiebre hemorrágica con Síndrome Renal y Síndrome Pulmonar) y el Trypanosoma Cruzi (solamente en su fase aguda), con posterioridad las várices primitivas bilaterales, la hernia discal Lumbo-Sacra con o sin compromiso radicular que afecte a un solo segmento columnario y las hernias

de pared abdominal directas, mixtas y crurales, han sido agregadas mediante el Decreto 49/2014 como Enfermedades Profesionales. De igual modo, de cumplir con los criterios de inclusión claramente establecidos, una propuesta de Reforma Legislativa permitiría incluir al Síndrome Coronario Agudo (SCA) y la Muerte súbita (MS) de causa isquémica como Accidente de Trabajo en la Tabla de evaluación de incapacidades laborales (Decreto Nº 659/96) y la Cardiopatía isquémica como Enfermedad Profesional, además de la ya existente, en el LEP (Decreto 658/96).

Consecuentemente, las técnicas sustitutivas del vacío legal serían prescindibles, lográndose mayor coherencia entre las resoluciones de la instancia Médico-Administrativa, las de la Justicia laboral y los Tribunales de Alzada, lo que significa Equidad y Justicia para las/los trabajadores/es y/o sus derechohabientes en el contexto de aplicación de una normativa legal que incorpore las afecciones cardiovasculares de referencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• Basso, et al; Association for European Cardiovascular Pathology (2017). Guidelines for autopsy investigation of sudden cardiac death: 2017 update from the Association for European Cardiovascular Pathology. https://doi.org/10.1007/s00428-017-2221-0

• Blasco Lahoz, José Francisco F. (2010). "Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el tribunal supremo. Gestión Práctica DeRiesgos Laborales" publicado en Revista:"Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención", ISSN 1698-6881, Nº. 70, 2010 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/ BCN Ley 16.744: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28650&r=1

• Castellá García, J., Medallo Muñiz, J., Marrón Moya, T. (2013). Aspectos médico-legales de la muerte súbita cardíaca. Revista española de cardiología, 13(A): 30-37. https://

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

www.revespcardiol.org/en-aspectos-medicolegales-muerte-subita-cardiaca-articuloS1131358713700645

• La Definición Universal del Infarto de Miocardio. Consenso ESC 2018 sobre la cuarta definición universal del infartodemiocardio. Revista Española de Cardiología 2019;72(1):72.e1e27https:// www.revespcardiol.org/index.php?p=revista&tipo=pdfsimple&pii=S0300893218306365

• Meroi, A. A. (2007). Iura novit curia y decisión imparcial. Ius et praxis, 13(2), 379-390. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200015

• Piné Cáceres, M. T. (2015). Estudio comparativo del síndrome coronario agudo laboral y no laboral. [Tesis de doctorado no publicada]. Universidad de Murcia.

• S. Gotsman, M. Adler, Stephen (2009): Under What Circumstances Can an Acute Myocardial Infarction Be Regarded as a Work-Related Accident? Multi-Causal Diseases as Work Accidents" IntJlSSWC 3; (2009) 1(1) International Journal of Social Security and Workers Compensation 21 http://www5.austlii.edu.au/au/journals/IntJlSSWC/2009/3.html

• Schick, H. Las enfermedades laborales extra sistémicas. la jurisprudencia y el decreto 1278/00. • Sociedad Argentina de Cardiología. (2020). Consenso de Síndromes coronarios crónicos 2020, Resumen de las recomendaciones 2020. Revista Argentina de Cardiología, 88(5): 1-14. https://www.sac.org.ar/consenso/consenso-de-sindromes-coronarios-cronicos2020-version-resumida/

• Thygesen, K., Alpert, J. S., Jaffe, A. S., Chaitman, B. R., Bax, J. J., Morrow, D. A., et al. (2018). Fourth universal definition of myocardial infarction. Journal of the American College of Cardiology, 72(18), 2231-2264. https://doi.org/10.1016/j.jacc.2018.08.1038

DOCUMENTACIÓN

• “Marco legal y Normartivo sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo:

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

Colombia" Nota Técnica de Editorial Asturias, Corporación Universitaria, 2017 Bogotá Colombia: www. centro-virtual.com/recursos/2019a07m06dc@v3p@r@1v3st1g@c10n/gesti@nss.pdf

• Boletín Oficial de España: BOE.es - BOE-A-2006-22169 Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro

• Boletín Oficial de España: BOE.es - BOE-A-2015-11724 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Texto actualizado al 23/03/2022: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/ con

• Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: tomos 329:473

• Constitución de la República Argentina. Convención Nacional Constituyente, Ciudad de 79 UBP. REVISTA Derecho y Salud, AÑO 6, NÚM. 7, 2022, PP. 64-79 Dina Jullier; César Claudio Benvenuto; Esteban Ignacio Viñas Santa Fe, Argentina, 22 de agosto de 1994.

• Convenio Nº 83. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 29 de Agosto de 2017.

• Corte Suprema de Justicia de la Nación Sentencia C329: 473 ; Sentencia C-329:473, 2006 -;Sentencia C, TySS 188 1219, 1998 ; Sentencia C Rev LL 7/2/2008, 2007

• Decreto 1477 de 2014 (actualizado) - Nueva tabla de enfermedades (safetya.co) • Decreto 49/2014 Riesgos del Trabajo Listado de EnfermedadesProfesionales. Decretos 658/96, 659/96 590/97. Modificaciones. http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/pepst/files/2017/02/Decreto-49-2014-Listado-de-Enfermedades-Profesionales.pdf

• Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 54/17. Poder Ejecutivo Nacional, 23 de enero de 2017. http://data.triviasp.com.ar/files/parte4/d5417.html

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

• Jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires: TySS 1888.1219. • LEY 27348 Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo. Sancionada el 15/2/17, publicada 24/2/17 entrada en vigencia 3/3/2017.

• Ley de Riesgos del Trabajo Nro. 24557. Boletín Oficial de la República Argentina, 04 de octubre de 1995. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/texact.htm

• Ley modificatoria de la Ley de Riesgos del Trabajo Nro. 26.773. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2012. http://www.saij.gob.ar/472-nacional-reglamentacin-ley-26773-ordenamiento-reparacin-daos-derivados-accidentes-trabajo-enfermedades-profesionales-dn20140000472-2014-04-01/123456789-0abc-274-0000-4102soterced

• Ministerio de Salud de la Nación y Organización Panamericana de la Salud. (2020). Indicadores básicos Argentina 2020. https://iris.paho.org/handle/10665.2/53210

• Ministerio de Salud de la Nación, Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica. OPS. OMS.Indicadores básicos Argentina 2020 http://www.deis.msal.gov.ar/

• Publicación Oficial de Ley de "Sistemas Generales de Riesgos Laborales"de Colombia, Ministerio de Salud de dicho país /Ley-1562-de-2012.pdf https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ

• Resolución 298/17 MTSSN Y SRT. PROCEDIMIENTO ANTE LAS COMISIONES MEDICAS. Procedimiento relacionado con el Art. 1ro. De la Ley 27438 deroga las normas precedentes (Art. 40), para los trámites específicos. Sancionada 23/2/17. http://data.triviasp.com.ar/files/parte4/rsrt29817.html

• Revista Jurídica "La Ley", Editorial la Ley S.A., Bs. As. 7/2/2008.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA DESDE LA PRÁCTICA JURÍDICA

Por AGUSTINA D. PALENCIA (S)

Hace catorce años existe en nuestro país una ley de orden público denominada "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales". Esta ley, que forma parte de las denominadas "las veintiséis mil[1]" , sanciona el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias, a la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los ámbitos de la vida, a la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, a garantizar su acceso a la justicia, entre otros; los que se imponen como complemento de los derechos y garantías reconocidos a nivel constitucional o supranacional por la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), la Convención sobre los derechos de los niños y, a nivel local, con la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Cabe poner de resalto como primera característica que es una ley de orden público. ¿Qué significa esto? Que ha sido dispuesta como indispensable por responder a un

[1] Esto es así debido a que durante la década iniciada en el año 2000 se sancionaron una serie de leyes que representan un avance en materia de derechos humanos que garantiza la igualdad de oportunidad de oportunidades sin discriminación, poniendo como eje central a las mujeres y los niños, niñas y adolescentes.

interés general y como necesaria para la normal convivencia de una sociedad en un momento determinado, lo que implica directamente que no puede ser dejada sin efecto por las personas en particular. De esta manera, también por parte del sistema judicial, obtiene especial preeminencia y consideración a la hora de analizarla, interpretarla y aplicarla en un caso concreto. Análisis, interpretación y aplicación, recordemos esto.

Asimismo, esta ley define y enumera los distintos tipos y modalidades de violencia ejercidos históricamente y hasta el día de hoy contra las mujeres, con su reciente incorporación, la modalidad de violencia digital y telemática[2].

Estos avances en materia de derechos humanos fundamentales son sumamente importantes debido a que permiten que todos los individuos que integran nuestra sociedad reconozcan, adviertan y distingan las formas de violencia a la que solemos ser expuestas y resultar víctimas las mujeres (y disidencias, por supuesto), bajo un manto de naturalidad que no puede ser tolerado.

Estos avances en materia de derechos humanos fundamentales son sumamente importantes debido a que permiten que todos los individuos que integran nuestra sociedad reconozcan, adviertan y distingan las formas de violencia a la que solemos ser expuestas y resultar víctimas las mujeres (y disidencias, por supuesto)

De esta forma, quien se encuentre ante una vulneración de sus derechos posee la posibilidad de activar el andamiaje judicial de forma directa y gratuita[3] –

[2] Ley 27.736 denominada “Ley Olimpia” que incorpora la violencia contra mujeres en entornos digitales con el objetivo de que se respete la dignidad, reputación e identidad de las mujeres en el ámbito digital.

[3] La ley establece la gratuidad en sentido de no deber abonar costas del proceso como, por ejemplo, la tasa de justicia preceptuada en la ley 23.898. Ello independientemente del impulso de políticas públicas de acceso de las

siendo recomendable siempre contar con el debido asesoramiento legal–, formulando una denuncia para requerir el dictado de una medida cautelar de protección que ordene el cese inmediato de los actos de violencia y se lleve adelante un proceso que tienda al equilibro y/o reparación de las consecuencias de la relación asimétrica existente entre la persona victimaria y la persona en situación de violencia.

Hasta aquí, resulta destacable que la ley de protección integral de las mujeres no solo resulta ser una norma de fondo, sino también de forma. Esto quiere decir que establece los derechos que deben ser garantizados a las mujeres, pero también la forma en la que se llevará a cabo el proceso judicial al establecer directamente el mecanismo para volver prácticos y efectivos esos derechos. Sobre este punto volveré más adelante.

Esta ley establece también ciertos principios rectores para su acatamiento y cumplimiento por parte de la sociedad, otorgando el rol de garante a los tres poderes del Estado, ejecutivo, legislativo y judicial, en todos sus niveles, ya sean nacional, provincial o municipal.

resulta destacable que la ley de protección integral de las mujeres no solo resulta ser una norma de fondo, sino también de forma

En los tiempos de hoy, destaco entre estos principios: la necesaria adopción de medidas tendientes a deslegitimar la violencia contra las mujeres –y el colectivo LGBTTQ+– (**desnaturalización**), el acceso gratuito y eficaz al servicio de asistencia integral (**facilitación**), la promoción de la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia (**abordaje**), la prohibición de la reproducción sin autorización de cuestiones relacionadas

personas a la justicia de forma no arancelada como, por ejemplo, la implementación de organismos que brindan servicio de asesoramiento legal y psicológico gratuito.

con la violencia ejercida sobre una persona en un caso en concreto (**respeto y concientización**) y, en especial, el que atañe a esta ponencia: ***…la adopción del principio de transversalidad en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas…*** (**análisis, interpretación y aplicación**).

¿Por qué es importante hacer hincapié y resaltar una y otra vez los objetivos, características y principios rectores que establece esta norma? Fundamentalmente porque no se aplica de forma transversal en todos los fueros con competencia en la materia. Porque no es puesta en práctica en mayor o menor medida por los jueces y juezas de las distintas jurisdicciones de nuestro país. **Hay una grave omisión en contra de los estándares internacionales de derechos humanos que protegen a las mujeres.**

Para explicar por qué llego a tal conclusión, basta con leer ciertas sentencias que pueden provocar una harta indignación en el siglo XXI en el que nos encontramos, pero no me adentraré en esta oportunidad en un detalle de antecedentes judiciales en sí, sino más bien en un análisis crítico desde la mirada de una litigante que ejerce con perspectiva de género.

Quienes ejercemos la profesión como abogados y abogadas de la matrícula en cualquier fuero, nos encontramos muchas veces con una frase letal. Muchos se sentirán identificados con la sensación de impotencia que deja este falso jaque mate: *Ocurra por la vía que corresponda.*

Hay una grave omisión en contra de los estándares internacionales de derechos humanos que protegen a las mujeres.

Esta frase no puede ni debe ser aplicada por el poder judicial en causas de violencia de género. Lo que obtenemos del otro lado del mostrador es una infructífera “solución” dada al caso que constituye una clara omisión de los derechos, principios y garantías que

establece la ley de protección integral de las mujeres y resulta contraria a los estándares internacionales de derechos humanos, en particular el acceso a la justicia eficaz y el principio de transversalidad.

> Quienes ejercemos la profesión como abogados y abogadas de la matrícula en cualquier fuero, nos encontramos muchas veces con una frase letal. Muchos se sentirán identificados con la sensación de impotencia que deja este falso jaque mate: Ocurra por la vía que corresponda.

Esta frase[4] vuelve a colocar directamente en manos de la persona denunciante la carga procesal de acudir ante los distintos fueros de competencia penal, civil, comercial, contencioso-administrativo, laboral, etc. para reclamar justicia por un mismo hecho.

Para una mayor comprensión, voy a plasmarlo en un ejemplo:

Una pareja que convivía hace años y poseía un emprendimiento / empresa en común, se separa lógicamente porque existían reiterados hechos de violencia física y sometimiento del varón contra la mujer. Tras esa separación, la mujer pierde el acceso a la dirección y manejo de la empresa porque él inmediatamente produjo un cambio de claves de las plataformas donde operaban y de las llaves del local, bloqueándole así la posibilidad de trabajar. Ello produjo para la mujer una consecuente pérdida de sus ingresos económicos, que hasta el momento percibían ambos en común. La mujer decide formular una denuncia.

Al analizar el caso con perspectiva de género, la modalidad recaída resulta ser violencia doméstica que incluye tipos de violencia física, psicológica, simbólica y económica-patrimonial.

[4] Que en el fondo no es más que una declaración de incompetencia que debiera ser fundada y tramitada conforme el procedimiento establecido en el CPCyCN, remitiendo las actuaciones de forma activa y directa ante el fuero que considere competente en una interpretación congruente con la ley 26.485.

¿Qué sucede luego de esa denuncia formulada ante el juez? ¿Cómo continúa el proceso? En la mayoría de los casos, se dictan medidas cautelares de protección respecto a prohibiciones de acercamiento recíprocas, cese de actos de perturbación por parte del denunciado, prohibición de realizar publicaciones o menciones de la persona en redes sociales, etc. pero nada establecen respecto de la violencia económica y patrimonial ejercida por el varón al dejarla a la mujer sin poder trabajar, sin poder ejercer su rol en la empresa y sin poder percibir su remuneración, indicándole que debe ocurrir por la vía que corresponda. Aquí es donde se plasma la omisión a la transversalidad, a la interpretación integrativa de las normas, a la facilitación del acceso a la justicia, a la aplicación eficaz de las normas, en definitiva.

La indignación es mayor al momento de deber comunicárselo a la persona que atraviesa esa situación. ¿Cómo puede ser pretendido que en las condiciones en las que se encuentra la persona en situación de violencia inicie una nueva acción respecto de los mismos hechos y con la misma finalidad ante el mismo fuero civil o, a lo sumo, en el fuero comercial? ¿Cuál es el fundamento para aplicar de manera parcial la evidente solución que brinda la misma ley?

El juez o jueza del fuero civil, en este caso en concreto, no puede aplicar arbitrariamente la ley desatendiendo el carácter sustantivo y adjetivo de la ley 26.485 al omitir la consideración de la violencia económica-patrimonial y el procedimiento establecido en sus arts. 16 y 19 a 40. Por lo menos, debiera dictar una medida cautelar aplicable al caso y declararse incompetente, tal como establece el art. 22: *Aún en caso de incompetencia, el o la jueza interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinente.*

Otro ejemplo que plasma este estilo de abordaje puede ser el siguiente. Una persona ante una situación de violencia sexual en el ámbito laboral debe formular: 1) una denuncia para la investigación del delito ante el fuero

penal, 2) iniciar sus reclamos ante el fuero laboral –además de comunicar de la situación a sus empleadores para que, en el mejor de los casos, active un protocolo de actuación– y 3) presentar una denuncia ante el fuero civil para obtener medidas de protección. Tres fueros diferentes –con sus propios criterios– ante un mismo hecho. Todo esto resulta ser una exigencia y carga procesal demasiado alta para la persona que denuncia, quien seguramente desconoce sobre las formalidades del derecho y que, para colmo, se encuentra en un estado de vulnerabilidad abismal, sufriendo incluso estigmatizaciones y revictimizaciones del entorno social y laboral en el que se encuentre.

Peor aún si ocurriese dentro de la administración pública. En ese caso, además, debiera formular una denuncia ante el órgano u organismo competente para la formulación de un sumario administrativo que, de acuerdo con las normas de procedimiento propias del fuero, se inicia una investigación paralela sobre los mismos hechos pero que, sin embargo, la persona denunciante no puede ser parte, ni aportar pruebas, ni controlar o informarse de lo que suceda dentro de ese sumario. Esta situación es gravísima e inconstitucional por donde se la mire.

la persona denunciante no puede ser parte, ni aportar pruebas, ni controlar o informarse de lo que suceda dentro de ese sumario. Esta situación es gravísima e inconstitucional por donde se la mire

Existe aún una fuerte resistencia por parte del servicio de justicia de interpretar y aplicar la ley 26.485 en su sentido transversal. Aquí no hay ideologías. Se trata de derechos humanos fundamentales reconocidos en nuestra manda constitucional, que deben ser considerados por parte de las y los jueces siguiendo los parámetros establecidos en todo nuestro ordenamiento jurídico, en una interpretación armónica y congruente, tal como lo preceptúan los arts. 1, 2 y 3

del Código Civil y Comercial de la Nación.

> Existe aún una fuerte resistencia por parte del servicio de justicia de interpretar y aplicar la ley 26.485 en su sentido transversal

En este histórico cruce entre el derecho de fondo y el derecho de forma, no cabe otra solución más que la propuesta por la propia organización interna de la Constitución Nacional: su necesaria interpretación y aplicación dinámica en el marco del paradigma vigente, que es el de los derechos humanos fundamentales (principio de progresividad, no regresividad, pro homine, entre otros) procurando en primer lugar la eficacia de la norma de fondo, en este caso, prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos.

Esta ley implica un desafío para todos los operadores del servicio de justicia. El análisis, la interpretación y aplicación ante un caso concreto de violencia de género en cualquiera de sus tipos y modalidades exige un compromiso adicional, un abordaje integral expeditivo, un enfoque prioritario en la eficacia de la norma en su aspecto material. Nos invita a replantearnos los clásicos métodos y procedimientos aplicables, para que cada caso sea abordado con dedicación y en particular, debido a que cada situación es diferente.

> Aquí no hay ideologías. Se trata de derechos humanos fundamentales reconocidos en nuestra manda constitucional

Asimismo, a los y las abogadas nos obliga a proponer, a idear, a ser creativas en búsqueda de soluciones jurídicas adaptadas al caso en concreto, así como también requerirlas judicialmente y exigir la aplicación de esta ley. De esta forma contribuiremos a lograr que en nuestro país no haya realmente Ni Una Menos.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

MIGRACIÓN, REFUGIO Y DERECHOS HUMANOS. EL TRABAJO DE LA COMISIÓN ARGENTINA PARA MIGRANTES Y REFUGIADOS (CAREF)

Por LUCIA GALOPPO[1] y NICOLÁS MARTINELLI[2]

I. INTRODUCCIÓN

La movilidad humana es un fenómeno social cada vez más presente en la realidad de los Estados, generando nuevos desafíos día a día. A esta altura, decir que la migración es un fenómeno multicausal resulta casi una obviedad: es por demás conocido que los desplazamientos de personas de un país a otro se producen por razones afectivas, económicas, académicas, ambientales o incluso forzadas por el riesgo para la vida, la seguridad y la libertad. Esto sin olvidar que todas estas razones se insertan en un contexto específico y bajo una serie de condiciones estructurales.

Analizar el fenómeno migratorio desde la mirada del derecho, es fundamental para garantizar que las políticas públicas nacionales y regionales que se implementan para su abordaje, no pierdan de vista que están gestionando y generando implicancias directas sobre la vida de las personas que necesitan de la protección de los Estados de acogida y que esto, a la vez, impacta en las comunidades locales donde estas personas se insertan. Todo esto cobra aún más relevancia en la actual coyuntura política que tiende a poner en duda los acuerdos históricos en materia de Derechos Humanos y a buscar soluciones basadas en el mercado y la propiedad privada.

II. LA MOVILIDAD HUMANA Y LOS DERECHOS HUMANOS.

La protección de los Derechos Humanos de las personas en movilidad está presente en numerosos instrumentos internacionales, tanto del sistema universal como de la región.

---

[1] Lucia Galoppo es abogada y co-coordinadora de Atención Directa en la Comisión Argentina de Refugiados y Migrantes (CAREF). Asimismo, se desempeña como docente de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho (UBA).

[2] Nicolás Martinelli es abogado y responsable de asuntos legales de CAREF.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

En algunos casos encontramos instrumentos o menciones específicas tales como la Convención sobre la protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus familias o la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, o en otros casos, hallamos pistas o indicadores de protección en instrumentos más generales basados en la igualdad y la dignidad humana, tal como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o la Convención Americana de Derechos Humanos.

Todos estos instrumentos dan cuerpo a una serie de estándares de protección de derechos que se fueron alcanzando a medida que evolucionó el desarrollo normativo.

Además, existen elementos que complementan los instrumentos en sí, como las interpretaciones de los distintos órganos de protección, la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En nuestro país, además, contamos con normativa interna de avanzada con una fuerte perspectiva de Derechos Humanos que le da contenido a todos aquellos estándares y busca aterrizarlos al campo de la política migratoria local.

> "La mirada del derecho, es fundamental para garantizar que las políticas públicas nacionales y regionales que se implementan para su abordaje, no pierdan de vista que están gestionando y generando implicancias directas sobre la vida de las personas que necesitan de la protección de los Estados de acogida"

La Ley de Migraciones N° 25.871, que pronto cumple 20 años desde su sanción, vino a romper con una perspectiva criminalizadora contenida en la política migratoria vigente hasta entonces, definida por un decreto- ley de la dictadura militar, e incorporó en su articulado la protección integral de los derechos de las personas migrantes partiendo del reconocimiento del derecho a migrar como un derecho humano.

Esta definición implicó un compromiso inédito hasta entonces por parte del Estado. Por primera vez en la historia, el Estado se comprometía a promover el acceso a derechos en condiciones de equidad independientemente de la situación migratoria y definía su rol activo en la regularización y protección de las personas migrantes. También rompe con una lógica histórica de las políticas migratorias de legislar para "fomentar la inmigración europea" y decide poner en marcha mecanismos de protección para los/as migrantes regionales residentes en el país.

Algunos años más tarde, en 2006, se sancionó la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (Ley N°26.165) que establece no sólo el mecanismo de determinación del estatus de refugiado en nuestro país, sino también las obligaciones del Estado en relación con esta población con necesidades específicas. La ley 26.165 toma las definiciones y conceptos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y también incorpora la definición regional de personas refugiadas contenida en la Declaración de Cartagena de 1984. Esta norma también incluye algunas obligaciones específicas para el Estado en materia de integración y asistencia a las personas refugiadas que van más allá de la mera determinación del estatus.

Todo este vasto cuerpo normativo aplicable dialoga entre sí formando una base de protección de derechos de las personas en situación de movilidad muy sólida y reconocida internacionalmente. Resulta muy relevante contar con un procedimientos claros y mecanismos de regularización, acceso a territorio y solicitud de asilo bajo una perspectiva de protección integral de los derechos, especialmente en contextos como el de nuestra región donde los movimientos mixtos de personas refugiadas y migrantes son constantes y es necesario desarrollar políticas de intervención que pongan a los sujetos en el centro y garanticen el ejercicio de sus derechos.

III. LA EFICIENCIA DE LAS NORMAS. SU APLICACIÓN.

Sería muy ingenuo desconocer que existe una distancia importante entre lo consagrado por las normas y lo

vivenciado por las personas migrantes y refugiadas en nuestro país cada día. Los trámites migratorios son complejos, existen numerosas trabas burocráticas y mecanismos de difícil acceso para personas en situación de vulnerabilidad. El trámite de solicitud de asilo es un proceso que actualmente demora mucho tiempo en resolverse y también existen numerosos obstáculos administrativos.

Los trámites migratorios son complejos, existen numerosas trabas burocráticas y mecanismos de difícil acceso para personas en situación de vulnerabilidad

El acceso a derechos siempre es materia de debate público, particularmente en contextos de crisis o años electorales, donde se cuestiona la razonabilidad de "permitir" a personas de otras nacionalidades hacer uso de la salud, la educación o los programas sociales cuando estos son escasos o se encuentran desbordados. En estas discusiones, lamentablemente, poco importan los argumentos de derecho como el principio de progresividad en materia de Derechos Humanos o la equidad basada en la dignidad humana.

Hace algunos años a nivel internacional se vienen sosteniendo discusiones en el marco de Naciones Unidas en relación a las personas en situación de movilidad.

El acceso a derechos siempre es materia de debate público, particularmente en contextos de crisis o años electorales

En 2016, en el entendimiento de que la situación de la movilidad humana está alcanzando niveles sin precedentes y que los desplazamientos, tanto voluntarios como forzosos, se realizan en condiciones de riesgo para las personas, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes. Esta Declaración busca dejar asentado el compromiso por parte de los Estados de respetar los Derechos humanos de las personas en movilidad y generar acuerdos para el apoyo a los

países que reciben grandes números de personas. De este instrumento además se desprende el compromiso de avanzar hacia la elaboración de dos pactos globales sobre el tema: El Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular y el Pacto Mundial sobre los Refugiados. Estos no son vinculantes para las partes pero implican asumir compromisos concretos en la materia para el cumplimiento de sus objetivos.

> En 2016 (…) la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes.

Si bien la creación de instrumentos específicos y la discusión sobre la temática en los foros internacionales resulta relevante para seguir problematizando la situación y avanzar en la mejora de la vida de las personas, estos Pactos tienen perspectivas más orientadas hacia la responsabilidad compartida, la distribución de la carga, el rol de los actores privados en conjunto con los Estados y una mirada más puesta en los "aportes" que representan las personas migrantes y refugiadas en las comunidades de acogida. Es decir, se alejan un poco del lenguaje de Derechos y de los estándares de protección, para posicionarse desde la perspectiva de los Estados y mirar la situación en términos de control. Este posicionamiento es preocupante porque puede representar una amenaza para los estándares ya conquistados en la materia, en particular en escenarios donde se identifica el avance de los movimientos de derecha que ponen en tensión y en tela de juicio los Derechos Humanos y la protección de las personas.

IV. CONCLUSIÓN

La formación en Derechos Humanos es una poderosa herramienta para la transformación social. Quienes tenemos el privilegio de formar parte de dispositivos de enseñanza de futuros profesionales tenemos la responsabilidad de dar lugar a las discusiones actuales y promover una

mirada crítica de la realidad y de la normativa para colaborar con la formación de abogados/as con perspectiva de derechos, con criterios de intervención claros, sensibles a la realidad de las personas que atendemos en nuestro ejercicio de la profesión y atentos a defender los derechos conquistados históricamente.

La Clínica Jurídica CAREF - CELS - UBA de la que formamos parte busca precisamente plantear a los/as estudiantes de abogacía de la Universidad de Buenos Aires una forma de ejercer el rol de abogado/a distinta a la tradicional.

La Clínica Jurídica CAREF - CELS - UBA de la que formamos parte busca precisamente plantear a los/as estudiantes de abogacía de la Universidad de Buenos Aires una forma de ejercer el rol de abogado/a distinta a la tradicional.

El acompañamiento de situaciones de personas migrantes o refugiadas en condiciones de vulnerabilidad social, desde una modalidad de intervención interdisciplinaria y con una dinámica de trabajo basada en el método Clínico es una propuesta disruptiva para estudiantes que traen un recorrido académico basado en la individualidad y sin formación específica en el proceso de acompañamiento de las personas atendidas.

A pesar de contar con un nivel muy sólido de estándares de protección, como fue analizado anteriormente, en nuestro país el ejercicio de los derechos de las personas migrantes y refugiadas sigue teniendo avances y retrocesos. Trabajar por la defensa de migrantes y refugiados/as es trabajar por una sociedad más justa y equitativa. Trabajar en la formación de profesionales sensibles y comprometidos con los Derechos Humanos es una herramienta de resistencia y cambio social que tenderá, eventualmente, a la mejora de la convivencia democrática y la calidad de vida de toda nuestra comunidad.

PONENCIAS ANTE ESTA JORNADA DE SPES

PENA DE PRISIÓN Y LA PENA NATURAL – UN CONCEPTO DIFERENTE -

POR VICTOR DARÍO NOVICK (S)

I. EL CONCEPTO TRADICIONAL

Si bien, no tenemos en nuestro ordenamiento jurídico una norma que describa qué es la pena natural, esta resulta ser una construcción conceptual nacida de un acuerdo mínimo entre la doctrina y la jurisprudencia y, que se presenta como *poena naturalis*, al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionan seriamente el principio de humanidad.

"*Por cierto, que no se puede descartar que, en hipótesis extremas, la poena naturalis cancele toda posibilidad de otra pena estatal (...) en algunos casos corresponde disminuir el monto de pena, aún por debajo del mínimo legal.*

"En idéntico sentido, debería prescindirse de aplicar una sanción penal, (...), a quien realiza un delito si las consecuencias directas de esa ejecución le provocaron un daño o un sufrimiento desproporcionadamente mayor que el admitido normativamente en la imposición de una pena"[1]

II. DEL MÍNIMO DE LOS TIPOS PENALES

Respecto de las normas penales y su carácter indicativo explican Zaffaroni, Alagia y Slokar que "…*debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior*

[1] Derecho Penal, Parte General. Zaffaroni, Slokar, Alagia. ed. EDIAR. Bs. As. 2002, pág. 996

jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto".

Si bien, no tenemos en nuestro ordenamiento jurídico una norma que describa qué es la pena natural, esta resulta ser una construcción conceptual nacida de un acuerdo mínimo entre la doctrina y la jurisprudencia…

Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos. Sin perjuicio de otros, son casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos en supuestos concretos, aquellos en los que (a) se hubiesen operado las llamadas penas naturales, y (b) en los que se hubiesen ejecutado sobre la persona penas ilícitas[2].

III. JURISPRUDENCIA A FAVOR DE LA PENA NATURAL

T.O.C 15, de la Capital Federal, "*Damián Emiliano Barrios s/Robo con armas*", causa CCC 40124/2018/TO1, del 27/9/2018 - Cámara de Apelaciones y Garantías de la Plata, "*Mónica Mego Velayarse s/Infracción al art. 5, inc. "c*" ley 23.737, causa 6075, del 17/12/2021 - Tribunal en lo Criminal Nro.5, Dpto. Judicial de Lomas de Zamora, "*Brian Leonel Gimenez s/Robo Agravado por ser cometido en Poblado y en Banda, en grado de tentativa, en concurso real con tenencia ilegal de arma de arma de guerra*", causa 07-02-002086-15, (registro interno nro. 4844/5), del 04/08/2016 - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, "*A.M.J s/Procesamiento-Robo Tentado*", causa 8025/2016 del 10/03/2016 - Juzgado Nacional en lo

[2] Ibídem.

Criminal nro. 11, "*Osvaldo y Juan Juan s/Lesiones Culposas y Homicidio Culposo*", causa 27.074/71, del 28/03/2000 - Juzgado Correccional Nro. 3, Dpto. Judicial de Quilmes, "*Silvia Beatriz Espinosa s/Homicidio Culposo*", causa 992/2015, registrada en Secretaría con Nro. J-0007259, del 11/02/2016[3].

En los casos arriba mencionados, no implican toda la jurisprudencia existente en favor de la pena natural, pero es dable destacar que, en los fallos citados, se reemplaza directamente la pena estatal por la *poena naturalis*, con consecuencias tales como: Sobreseimiento, Absolución, Compurgación de pena, Disposición inmediata de libertad, Eximición de Pena.

IV. LA PENA DE PRISIÓN

Todo operador jurídico - principalmente en materia penal – tiene conocimiento respecto a que la pena de prisión, en términos normativos, sólo implica la privación de la libertad ambulatoria, la prohibición de realizar actividades comerciales y la imposibilidad de votar, respecto de los penados y penadas. Pero absolutamente, nada más.

Por lo dicho y, por defecto, va de suyo que, toda persona privada legalmente de su libertad ambulatoria, debería gozar, sin conflicto, del resto de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en las Constituciones Provinciales – tal cual lo haría cualquier persona que no se encuentre en situación de encierro carcelario - lo que nos conduce a la siguiente e indefectible conclusión: "*toda reclusa y todo recluso tienen derecho a la protección de su vida, de su integridad psicofísica, a ser atendido/da ante la enfermedad, ya sea en efectores de salud públicos o privados, a que se respete su dignidad, a que se respete y promueva el derecho a la educación en todos sus niveles, intramuros y extramuros, en escuelas y universidades públicas o privadas, a ser alimentado respetando las 4 comidas diarias, a que*

[3] Fuente: Revista de Pensamiento Penal.

se respete su derecho a trabajar, lo cual implica que deberá hacerlo en condiciones dignas y equitativas de labor, con jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, retribución justa, salario mínimo vital y móvil, organización sindical libre y democrática, jubilaciones y pensiones móviles y la protección integral de la familia, esto último implica la no trascendencia de la pena hacia terceros (familia)".

toda persona privada legalmente de su libertad ambulatoria debería gozar, sin conflicto, del resto de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en las Constituciones Provinciales

"*Asimismo, todo recluso o reclusa, tiene derecho a que no se confisquen sus bienes, al reconocimiento de su hijos e hijas, al sufragio universal de los y las reclusas sin condena firme, a presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados del Poder Legislativo, a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, a interponer todo tipo de acción judicial – rápida y expedita – ya para hacer cesar una situación privativa de libertad agravada o, para el ejercicio del derecho de defensa en juicio, derecho de igualdad ante la ley, derecho de libertad religiosa, derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, derecho de ser protegido por la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar, derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y a comunicarse libremente, ya sea de manera presencial o por medios de comunicación remota, con familiares, amigos y cualquier persona, física o jurídica, el derecho superior del niño a ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo, por causa de la condición, las actividades (…) de sus padres, tutores o familiares".*

"*En el presente orden de cosas, todo recluso o reclusa, tiene derecho al*

esparcimiento, intramuros y extramuros, a participar de todo acto cultural y, en la medida de sus posibilidades económicas, tienen derecho a ingresar todo elemento de confort que, el Estado no pueda proveerles (aire acondicionado, frezzer, hornos microonda, computadoras, teléfonos celulares, conectividad al servicio de internet, medicamentos, alimentos etc. Todo ello, en tanto no afecte la seguridad del establecimiento penitenciario" (arts. 4.1, 5.1, 13, 24 y 29 de la C.A.D.H – arts. 2.1, 2.2, 6.1, 7, 15.1, 15.3 del P.I.D.E.S.Y.C – arts. 2, 12, 16.3, 17.2, 18, 19, 20, 23, 25, 26 y 27 de la D.U.D.H – arts. I, II, III, IV, V, VII, X, XI, XII, XIII, XIV, XVI, de la Declaración Americana De Derechos y Deberes Del Hombre – art. 2.2 de la Convención Sobre Los Derechos del Niño - arts. 14 bis, 17, 18, 19 y 75.22 de la C.N).

Los derechos constitucionales enumerados, de los cuales, deberían gozar todo recluso o reclusa en el ámbito del territorio nacional, en modo alguno, pueden ser ignorados por las leyes del congreso, con especial énfasis en las distintas leyes de ejecución penal y, particularmente, por los Jueces y Fiscales en materia penal.

Sin embargo, los hechos que acontecen dentro de los muros muestran y afirman, una realidad diametralmente opuesta al derecho.

V. LA REALIDAD

La realidad que se observa en las condiciones de vida de la reclusas y reclusos en Argentina, resulta ser un estado de naturalización permanente y sistemática que, conculca palmariamente sus derechos humanos fundamentales.

Ello se traduce en distintos modos de tratos crueles, inhumanos y degradantes, como ser: hacinamiento, falta de higiene, falta de atención médica, falta de alimentación adecuada, serias dificultades para lograr el afianzamiento familiar y social, traslados gravosos lejos de sus entornos familiares, obstáculos permanentes para acceder al derecho a la educación, aislamientos en solitario (buzones) ante cualquier reclamo de derechos, no

tramitación de escritos judiciales por derecho propio, (lo cual implica impedir el acceso a la justicia), los niños con madre detenida nacen y crecen en la cárcel hasta los 4 años de edad, agresiones físicas de todo tipo, provocación de sufrimientos mentales (por ejemplo: impedir el acceso de una visita que se encuentra debidamente anotada), el uso abusivo y sistemático de la prisión preventiva y, en muchas ocasiones, la aplicación de tortura y la provocación intencional de muerte.

Las violaciones a los derechos humanos de las personas que viven en contexto de encierro carcelario, no son una presunción, sino antes bien, han sido verificadas y confirmadas por distintos organismos defensores de derechos humanos, como ser, entre otros: La Procuración Penitenciaria Nacional y el Comité Contra la Tortura.

Ahora bien, resulta imposible imaginar que un Juez o un Fiscal en materia penal, como así también, el Estado Nacional y los Estados Provinciales, desconozcan lo que se hace con las personas encarceladas – que no es otra cosa que la comisión de delitos – cuya responsabilidad objetiva recae primero en cabeza del Estado, por haber violado el deber de custodia que impone el art. 18 de la C.N, y en cuanto al reproche penal, recae sobre el agente penitenciario o policial que, por acción u omisión, no evitó la lesión a los derechos de los reclusos y reclusas.

> La realidad que se observa en las condiciones de vida de la reclusas y reclusos en Argentina, resulta ser un estado de naturalización permanente y sistemática que, conculca palmariamente sus derechos humanos fundamentales.

En opinión del suscripto, todo juez penal que impone una pena de prisión, conoce perfectamente que, aquella lleva implícita, las violaciones a los derechos humanos del condenado o la condenada, pues en su fuero interno lo

tiene naturalizado, como algo que normalmente sucede como consecuencia inmediata de la sanción, lo cual me lleva a reflexionar sobre una construcción conceptual – no tradicional – de pena natural.

> Las violaciones a los derechos humanos de las personas que viven en contexto de encierro carcelario no son una presunción, sino antes bien, han sido verificadas y confirmadas por distintos organismos defensores de derechos humanos

VI. UN CONCEPTO NO TRADICIONAL DE LA PENA NATURAL

Considerando que, en el deber ser, la pena prisión sólo involucra la privación de la libertad ambulatoria, la prohibición de ejercer el comercio y, en el caso de las personas con sentencia condenatoria firme (penados – penadas), no podrán acceder al voto. Sin embargo, dicha descripción es mera ilusión, pues todo Juez penal conoce que, en la materialidad de los hechos, es decir, en el ser de la pena, esto no ocurre.

Lo que sí ocurre, es que la pena de prisión viene atada a las violaciones de los derechos humanos de reclusos y reclusas, en una suerte de amalgama entre la ficción jurídica y la realidad. Da cuenta de ello, la cantidad de denuncias y de Habeas Corpus Correctivos, presentados por presos y presas, sus familiares, sus abogados y por los Organismos Defensores de Derechos Humanos.

Dicho de otro modo, los padecimientos ilegales que sufre la población reclusa en nuestro país, constituyen otro tipo de pena que, conculca el principio *nen bis in idem* que prohíbe la doble imposición de pena por un mismo hecho.

En la presente inteligencia, el Juez penal, al momento de evaluar la imposición del *cuantum* de una pena, no debe dejar de considerar lo que va a acontecer, de manera indefectible y sin

que el magistrado pueda evitarlo, dentro de la cárcel, es decir, la violación a los derechos humanos del encarcelado que tiene a su disposición y que, dichas lesiones ilegales que recaen sobre el recluso o la reclusa, no es otra cosa que una pena natural.

Por ello, en mi opinión, resulta obligatorio para el magistrado penal interviniente, acudiendo al paradigma jurídico vigente y, dentro de aquel, al principio normativo *Pro Homine* o *Pro Personae* – dotado de jerarquía constitucional – la aplicación del presente concepto de pena natural, lo cual lo habilitará ya sea a dejar sin efecto material la pena estatal, o bien, a perforar el piso mínimo del tipo penal.

Con respecto al principio Pro Homine, en mi opinión, surge como consecuencia del dialogo de fuentes entre el art. 33 de nuestra Carta Magna, que consagra los Derechos Implícitos y, lo establecido en los preámbulos de los Tratados, Convenios y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, como así también en las disposiciones normativas contenidas en aquellos, como ser, entre otras: arts. 5 y 7 del P.I.D.C.Y.P – arts. 2.1 y 5 del P.I.D.E.S.Y.C – art. 1.1 de la Convención Contra La Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes – art. 41 de la Convención Sobre los Derechos Del Niño.

> . Da cuenta de ello, [de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos de las reclusas y reclusos] la cantidad de denuncias y de Habeas Corpus Correctivos, presentados por presos y presas, sus familiares, sus abogados y por los Organismos Defensores de Derechos Humanos.

"Es así que , que el Principio Pro Homine, no solo se encuentra consagrado positivamente en las disposiciones arriba enunciadas, siendo además es un criterio hermeneútico que informa que, todo derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación

más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre, frente al poder Estatal[4]".

> … el Principio Pro Homine, no solo se encuentra consagrado positivamente en las disposiciones arriba enunciadas, siendo además es un criterio hermeneútico que informa que, todo derecho de los Derechos Humanos

El lector podría pensar que no habría diferencia entre el concepto tradicional de pena natural y, la pena natural entendida como una violación naturalizada de los derechos humanos de reclusas y reclusos, pero la diferencia existe.

Precisamente, ambos conceptos, pueden ser similares, pero no idénticos, pues mientras que el concepto tradicional de pena natural tiene base doctrinaria y jurisprudencial, con acuerdo mínimo, lo cual trae por consecuencia, que la discrecionalidad del Juez se amplíe hasta el punto de no aplicarla. Ello no ocurriría con el concepto de pena natural presentado en este trabajo, pues tiene base normativa con la máxima jerarquía posible dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por ende, es de aplicación obligatoria.

[4] Mónica Pinto. El Principio Pro Homine. Criterios de hermeneútica y pautas para la regulación de los derechos humanos, pág. 1

TRABAJOS DE NUESTROS ALUMNOS DEL DOCTORADO

EL DECLIVE DE LA CIUDADANÍA CLÁSICA: CONSTRUYENDO UNA CIUDADANÍA FEMINISTA A PARTIR DE LA TEORÍA DE CAROLE PATEMAN Y MARY WOLLSTONECRAFT.

Trabajo Final. Seminario de Doctorado *"Los Derechos Humanos y la Filosofía del Derecho, desde una perspectiva de género*" a cargo de la Dra. Diana Cañal.

POR BRENDA D. ESPIÑEIRA

I. Planteo de la cuestión.

La construcción de los conceptos de ciudadanía y ciudadano provienen de los orígenes del liberalismo clásico con la Revolución Francesa. Ambos surgen como límite al poder absoluto del Estado. Ya durante el siglo XX, la teoría de la ciudadanía expuesta por Thomas Marshall[1] recoge la construcción hecha por los movimientos revolucionarios de los siglos ilustrados y es la más utilizada por la teoría política desde entonces. Marshall consideraba a la ciudadanía como el ejercicio de derechos de un sujeto en la sociedad, desde una triple dimensión: política, civil y social. Esta triple convergencia del ejercicio de los derechos se materializaba en la práctica y a grandes rasgos, desde un punto de vista político con el sufragio; desde un punto de vista civil con el ejercicio de derechos como la libertad y la propiedad privada; y desde un punto de vista social con el ejercicio de derechos como la educación y la salud, por citar sólo algunos. En este sentido: "*Ciudadanía es un status asignado a todos aquellos que son miembros plenos de una comunidad. Todos los que posean dicho status son iguales con respecto a derechos y deberes*".[2] Sin embargo, dicha construcción resulta insuficiente en sociedades del presente siglo, donde las transformaciones sociales se han instalado de la mano de teorías como el feminismo, que dentro de la teoría

[1] MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Thomas Burton. Ciudadanía y clase social. Anaya-Spain,1998.

[2] SOJO, Carlos. La noción de ciudadanía en el debate latinoamericano. Revista de la CEPAL, 2002. Pág. 27

política aspira a la construcción de un nuevo paradigma no patriarcal. En este orden de ideas, lo que nos interesa exponer y problematizar en el presente trabajo son las características patriarcales de la ciudadanía clásica y sus críticas desde el feminismo[3]basándonos en la teoría de Carole Pateman y Mary Wollstonecraft y algunas de las estructuras aportadas en el seminario doctoral de la Dra. Cañal.

II - El carácter patriarcal de la ciudadanía clásica

El surgimiento del concepto de *ciudadano* pertenece a la modernidad. Podemos situar su nacimiento en la Revolución Francesa, momento en que se comienza a construir un límite al poder del soberano gracias al movimiento de la Ilustración: a partir de ese momento los ciudadanos tendrían ciertos derechos que el soberano no podía vulnerar. Tal como afirma la Dra. Cañal[4], antes de la revolución había un derecho antiguo. Hasta ese entonces, quienes ostentaban dichas condiciones tenían privilegios, mas no derechos. El dictado de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) permitió un gran paso en lo que a conquista de derechos se refiere, ya que "*el feudalismo se apoya en las masas para llevar adelante los hechos revolucionarios, concediéndoles una serie de derechos organizados en un sistema jerárquico, constitucional*"[5]. En palabras de Bermudo Ávila: "La historia de la humanidad, en su dimensión ético-política, es la historia de la conquista de la ciudadanía. En el momento de la Revolución francesa (1789), cuando se produce un salto gigante (...) en la conquista de esa condición, la palabra

[3] Si bien entendemos que hay distintas corrientes dentro del movimiento feminista, que consideran las particularidades de las mujeres (feminismo negro, feminismo islámico, feminismo indígena, entre muchos otros); aquí lo entendemos desde la perspectiva del feminismo liberal, o feminismo de la primera ola.

[4] CAÑAL, Diana. "El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales. Ponencia I Seminário Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho: Dilemas da "Globalização, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Acesso à Justiça. Pág. 5.

[5] CAÑAL, Diana. op. cit. pág. 5.

'ciudadano' se populariza y pasa a expresar un ideal de vida compartido".[6]

Sin embargo, dicha declaración de derechos no fue pensada para todos: el ideal de "universal" ciudadano estaba acotado a sujetos con ciertas características: varón, blanco, propietario, padre de familia, heterosexual. Las mujeres, por ejemplo, quedaban exceptuadas y los argumentos para no incluirlas eran de tipo "natural".

El surgimiento del concepto de ciudadano pertenece a la modernidad. Podemos situar su nacimiento en la Revolución Francesa, momento en que se comienza a construir un límite al poder del soberano gracias al movimiento de la Ilustración

Se afirmaba que las mujeres no tenían capacidad de razón, sino que eran puramente emocionales y por ese motivo debían ser recluidas al espacio privado, ya que el espacio público necesitaba de personas con capacidad de razonar. En palabras de Maffía: "*Esto que llamamos dicotomía, estos pares de conceptos exhaustivos y excluyentes han dominado el pensamiento occidental, siguen dominando nuestra manera de analizar la realidad como ámbitos separados que se excluyen mutuamente y por fuera de los cuales no hay nada. Esto no sería problema para nosotras las mujeres si no fuera porque ese par está sexualizado. (...) El problema es que, si se requiere para algo ser racional, entonces inmediatamente se piensa en un varón, porque las mujeres están estereotipadas como emocionales. (...) Si se demanda algo en la vida privada, vamos a pensar en una mujer, porque los hombres están ubicados en la vida pública y nosotras estamos estereotipadamente puestas en la vida privada. (...) Otra cosa que hay*

[6] BERMUDO, José Manuel. *Adiós al ciudadano.* Horsori, 2010. Barcelona. Pág. 178

es una jerarquización de ese par. (...). Al jerarquizar el par de conceptos, estamos reforzando la jerarquización entre los sexos, porque el par está sexualizado. Entonces si tenemos un estereotipo de lo que es un varón y un estereotipo de lo que es una mujer y además jerarquizamos esas categorías, estamos jerarquizando reforzadamente a las mujeres con respecto a los varones en una inferioridad. (...) El estereotipo sirve para ocultar el sexismo: dicen "no" porque tiene un rasgo (emocionalidad, particularidad, subjetividad) que es inferior. Un rasgo que se define como femenino y que culturalmente consideramos como un rasgo disvalioso"[7]

Esta dicotomía del par nos permite pensar la invisibilización de las mujeres en el ejercicio de la ciudadanía clásica. En el pensamiento ilustrado de la revolución, quienes eran "merecedores" de la titularidad y ejercicio de los derechos eran quienes, según esta mirada, tenían la capacidad de razonar. Por ello, sólo estaban incluidos los varones y no las mujeres.

> Sin embargo, dicha declaración de derechos - Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789)- no fue pensada para todos: el ideal de "universal" ciudadano estaba acotado a sujetos con ciertas características: varón, blanco, propietario, padre de familia, heterosexual. Las mujeres, por ejemplo, quedaban exceptuadas y los argumentos para no incluirlas eran de tipo "natural"

Lo que trajo como consecuencia es que se avalara la diferenciación de estos dos mundos, el público y el privado. En el mundo de lo público los ciudadanos eran el sujeto "universal", y era a los varones a los únicos que les cabía este adjetivo, invisibilizando de esta manera, a todas aquellas personas que no

[7] MAFFÍA, Diana. Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, 2003. Pág. 3

respondian a este ideal, entre las que se incluían las mujeres.

Este concepto de ciudadanía asociado a un sujeto universal único acarrea muchos inconvenientes, el más importante es que no considera las diferencias, sino que iguala desde lo formal, sin considerar las diferencias del plano material. Es decir, si en el espacio público del Estado deben estar quienes tengan las cualidades de "razonamiento", "proveedores", "con clase", etc., estaremos indirectamente pensando en el sujeto varón. Las tareas del espacio privado quedarán, de esta manera ajenas a la regulación estatal. En palabras de Carrasco:

"*La atención se centró en el ámbito público -en lo llamado social, político, económico- restando a la vida doméstica cualquier interés para la vida pública, la producción mercantil o la teoría social y política. Y lo que es a nuestro juicio más grave, negando y no reconociendo cualquier interrelación entre ambas esferas. La ideología patriarcal liberal se concretó así en la rígida división de las esferas con la participación del varón en la esfera pública de la producción y la política, y la relegación de la mujer a la esfera doméstica, el hogar y la familia, junto a la idealización del papel de la mujer como madre y esposa*"[8]

Este concepto de ciudadanía asociado a un sujeto universal único acarrea muchos inconvenientes, el más importante es que no considera las diferencias, sino que iguala desde lo formal, sin considerar las diferencias del plano material

Esta manera de concebir la ciudadanía moderna, entonces, ha excluido a las mujeres del espacio público indirectamente y no permitió el desarrollo de ejercicio ciudadano, tal como lo concibió la revolución. Ese poder del pueblo del que hablamos en la introducción estaba en manos de los

[8] AUBET, María José, et al. Mujer y ciudadanía. Del derecho al voto... al pleno derecho. Ediciones Bellaterra. Barcelona, 2001. Pág. 52

varones. Veremos en el próximo apartado, cómo se ha producido desde el punto de vista de los liberales clásicos, la construcción de la sociedad civil que excluyó a las mujeres. Bermudo afirma sobre la Revolución:

"*Es una bella historia ésta de la ciudadanía democrático-liberal, que en esencia se confunde con la creciente conquista de los derechos del individuo y de los pueblos; podríamos decir que es la cara humana de la historia*."[9]

Más bien se podría decir, que la historia de la revolución de los derechos de ciudadanía clásica ha sido una parte de la historia humana. Pensar nuevas maneras de ciudadanía, como una ciudadanía feminista, será el alma humana de la historia.

III- El Contrato Social en la teoría de los contractualistas clásicos, ¿una ciudadanía para todos? Una relectura desde las teorías de Carole Pateman y Mary Wollstonecraft

En la teoría de Carole Pateman, las mujeres han sido históricamente excluidas del concepto de ciudadanía. Esto se dio a partir de la concepción que tuvieron los contractualistas clásicos en la formulación de la teoría del contrato social y el consecuente surgimiento de la sociedad civil. Más allá de las diferencias de cada uno, hay un referente común entre Hobbes, Locke, Rousseau y Mill en la construcción de la teoría contractualista. Todos pensaban que el pasaje del estado de naturaleza a la sociedad civil debía abrirse paso a través de la formulación de un contrato entre sus integrantes: en el hecho de delegar parte de su libertad de la que gozaban en el estadio previo (estado de naturaleza) es que se podía conformar la sociedad civil (Estado) y ser titulares de determinados derechos que dicho Estado debía garantizar. Lo que esto lleva ínsito es la necesidad de que los integrantes del contrato tengan la capacidad de negociar y entregar dichas libertades: es decir, el pasaje de un

[9] BERMUDO, José Manuel. Adiós al ciudadano. Horsori, 2010. Barcelona. Pág. 178

estadio a otro requiere la capacidad de razón.

Quienes fueran considerados desprovistos de esta capacidad, no podrían contratar y por ende, formar parte del contrato.

En este orden de ideas, al ser las mujeres consideradas desprovistas de razón, es que directamente no se las consideraba individuos con posibilidad de pasar del estado de naturaleza a la sociedad civil.

Para formar parte de la sociedad civil, debían ingresar indirectamente a través del matrimonio, es decir, a través de otro contrato que las sujetaba a sus maridos. De esta manera, el ingreso de las mujeres a la sociedad civil y al ejercicio de derechos de ciudadanía, está dado por la "validación" de un varón: sea a través del matrimonio en caso de una mujer casada, a través de la relación paternal si es soltera, e incluso a través del paternalismo que configuraba la iglesia en caso de ser monjas. En palabras de Pateman:

"*La contradicción entre la premisa de la libertad y la igualdad individuales y la conclusión de la base convencional de la autoridad, con el supuesto de que las mujeres (esposas) están sometidas por naturaleza, ha pasado inadvertida desde entonces. Tampoco se ha advertido que, en el supuesto de que las mujeres estén sometidas por naturaleza o de que nazcan sometidas, entonces todo lo que se diga sobre su consentimiento o aceptación de esta situación resulta redundante.*

Para formar parte de la sociedad civil, debían ingresar indirectamente a través del matrimonio, es decir, a través de otro contrato que las

Y sin embargo, esta contradicción y paradoja se encuentra en el centro mismo de la teoría y la práctica de la democracia. El largo y persistente silencio sobre la condición de las esposas es prueba de la fuerza que tiene el patriarcado transformado en su unión con el liberalismo. Por primera vez en la historia, el individualismo liberal prometía a las mujeres una posición social igual a la de los hombres como

individuos libres por naturaleza; pero al mismo tiempo, los cambios socio-económicos aseguraban que se siguiera considerando natural la subordinación de las esposas a los maridos y que esto quedara fuera del dominio de los teóricos de la democracia, así como del de las luchas políticas por democratizar al liberalismo."[10]

Esta cuestión fue percibida por las mujeres ilustradas que participaron en la revolución francesa. Mujeres como Mary Wollstonecraft, Olympe de Gouges, Condorcet (por citar sólo a algunas) pertenecieron a lo que se denomina la primera ola del feminismo, o "feminismo de la igualdad" y lo que reclamaban a sus pares varones era que no las excluyeran de los derechos por los que ellas también habían luchado. De esta manera, comienzan a solicitar a través de las letras lo que les había sido negado.

Existen dos obras clave, por un lado la tarea llevada adelante por Olympe de Gouges, quien en 1791 escribió a la Asamblea Francesa la "*Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*" como modo de reclamo y visibilización de la exclusión que habían sufrido en la declaración original de 1789. Por otro lado, la obra de Wollstonecraft "*Vindicación de los derechos de la mujer*" de 1791, fue un escrito político e ideológico que bregaba por el acceso real de las mujeres a los derechos de ciudadanía negados por la revolución. A lo largo de su obra realiza una crítica exhaustiva a la obra de Rosseau, particularmente a su manera de concebir la educación.

El razonamiento de Wollstonecraft parte del mismo que los varones de la revolución: ella afirma que las mujeres no tienen capacidad para habitar el espacio público (el espacio de la razón), pero el motivo según ella se debe a que las mujeres fueron relegadas del derecho a la educación. Por ello su mayor vindicación será reclamar el acceso de las mujeres a la educación igual que la que reciben los varones. El desarrollo de las capacidades

[10] Pateman, Carole. "Feminismo y democracia". Pág. 7

intelectuales (racionales) podrán ser puestas en juego, de esta manera, en el espacio político.

La cuestión estriba en que, desde que son niñas, las mujeres son educadas para llevar adelante las tareas domésticas, es decir, se las educa para el mundo privado y de manera fragmentaria y, por ello afirma, que su aprendizaje es para ellas algo secundario.

La principal crítica de Wollstonecraft es que las mujeres sean educadas y formadas no para cultivar el entendimiento, sino para adquirir estas capacidades domésticas.

Además, cuestiona el hecho de que las mujeres sean criadas desde niñas para agradar y se convierta esto en el objetivo último de sus vidas. Y esto lo que genera, afirma, es la obediencia ciega hacia la autoridad del hombre. Como resultado, la valoración que hace la sociedad hacia las mujeres tiene que ver con el cumplimiento de sus obligaciones morales (ser buena madre, esposa, hija, etc.), más que por estar cultivadas en su intelecto. Lo que propone es que se fortalezca la mente femenina para que concluya la obediencia ciega: y la única manera es a través de la reflexión.

Ahora bien, desde la época contemporánea, han surgido críticas a los aportes realizados por las feministas ilustradas. Una de estas críticas es la realizada por Carole Pateman y lo que ella da en llamar “el dilema Wollstonecraft”.

La principal crítica de Wollstonecraft es que las mujeres sean educadas y formadas no para cultivar el entendimiento, sino para

Según esta autora, el dilema se plantea desde los dos reclamos que realizan estas primeras feministas: por un lado, reclaman el acceso al ejercicio de los derechos de ciudadanía en las mismas condiciones que los varones; pero si partimos de considerar que este ejercicio se lleva adelante de manera sexualizada, jerarquizada y con todas las características masculinas antedichas, de alguna manera se está reconociendo

el carácter patriarcal del ciudadano. Pero por otro lado y contrariamente, piden el reconocimiento de las diferencias o particularidades de las mujeres (evidenciado con creces en la Declaración de Olympe de Gouges). La cuestión sería, ¿cómo pedir reconocimiento de las diferencias en una categoría que ya te excluyó? Tal como destaca Bedin:

"(...) el fracaso de las propuestas feministas radica en continuar avalando el universal clásico propio de la ciudadanía moderna, el cual coincide en escasa medida con un proyecto democrático feminista más inclusivo. El pedido de inclusión al universal de la ciudadanía de las particularidades femeninas refuerza dicho universal, puesto que subyace de un modo implícito en este pedido la idea de que al reconocer a las mujeres toda la humanidad se encontrará entonces reconocida. De este modo, dicha inclusión cuestiona de un modo parcial al universal clásico al dejar sin tematizar aquellas otras particularidades sociales que se encuentran excluidas de una concepción heteronormativa de la humanidad como aquellas que sufren exclusiones basadas en la clase, la raza, la etnia, etc."[11]

De esta manera, y pasando a la segunda cuestión de nuestro planteo, nos interesa exponer una nueva manera de pensar la ciudadanía basada en el reconocimiento de las diferencias entre varones y mujeres, pero que estas diferencias se valoren en la construcción de la sociedad.

En este sentido, sigo las afirmaciones de Chantal Moufle, quien afirma:

"(...) para las feministas comprometidas con una política democrática radical, la deconstrucción de las identidades esenciales tendría que verse como la condición necesaria para una comprensión adecuada de la variedad de relaciones sociales donde se habrían de aplicar los principios de libertad e igualdad. Sólo cuando descartemos la

[11] BEDIN, Paula. Críticas y dilemas feministas sobre el universalismo androcéntrico de la ciudadanía liberal clásica. Temas y Debates, 2013, no 26, Pág. 12.

visión del sujeto como un agente al mismo tiempo racional y transparente para sí mismo, y descartemos también la supuesta unidad y homogeneidad del conjunto de sus posiciones, tendremos posibilidades de teorizar la multiplicidad de las relaciones de subordinación".[12]}

> para las feministas comprometidas con una política democrática radical, la deconstrucción de las identidades esenciales tendría que verse como la condición necesaria para una comprensión adecuada de la variedad de relaciones sociales donde se habrían de aplicar los principios de libertad e igualdad.

Está claro que el capitalismo surgido luego de la revolución francesa y ya entrado el siglo XX, se ha apropiado del concepto de ciudadano liberal y ha excluido el trabajo de las mujeres en el ámbito privado, despojándolo de entidad y valor, algo central en la teoría del capital, donde sólo lo que tiene valor es reconocido y pagado.

La teoría de Moufle reivindica las diferencias y por eso afirma que la única manera de lograr una política democrática real es deconstruyendo las identidades, dejando de lado el ideal universal que nos inculcó la revolución francesa. En palabras de Carrasco:

"*En consecuencia, frente a la insistencia en un concepto de lo universal que pretende seguir siendo abstracto y general, centrado en un ciudadano desprovisto de cualquier especificidad o diferencia, el feminismo se plantea 'deconstruir' ese pretendido universalismo y dejar al descubierto la falsa neutralidad y la insuficiencia de un pensamiento que no acepta reconocer las diferencias (de sexo, de raza, étnicas). Se trata de ir hacia un nuevo concepto de ciudadanía que permita articular la complejidad de las distintas*

[12] MOUFFE, Chantal. Feminismo, ciudadanía y política democrática radical. Debate feminista, 1993, vol. 4, no 7, Pág. 3.

identidades integrando las variadas formas de participación vigentes y necesarias para crear tejido social y desarrollar valores democráticos"[13]

De esta manera, deconstruir las identidades forma parte de la tarea necesaria para pensar esta nueva forma de ciudadanía. Una ciudadanía que no solicite como requisito previo para otorgarnos derechos "la incorporación a la universalidad" y de no cumplirlos, la consecuente exclusión. Deconstruir requerirá abordar este tema desde muchas aristas diferentes. Por un lado, problematizando y dejando de lado la vetusta idea de esta ciudadanía, que sólo puede ser pensada para la Europa del siglo XVIII, pero no para la gobernanza de este siglo.

De esta manera, deconstruir las identidades forma parte de la tarea necesaria para pensar esta nueva forma de ciudadanía. Una ciudadanía

No puede haber ejercicio real de derechos, si no aceptamos y valoramos las diferencias y lo que cada uno y cada una puede aportar al Estado. Y estas diferencias no tienen por qué ser constitutivas de exclusión de derechos, más bien el razonamiento contrario: somos iguales en derechos, porque somos diferentes y todas esas particularidades son valoradas en sociedades democráticas y diversas que necesitan de todos y todas para llevarse adelante por personas con dignidad.

Por supuesto, por esta visión no podemos dejar de destacar el invaluable aporte de las feministas de la primera ola, quienes en su época han decidido luchar y morir por la causa que sostenían y que nos abrieron camino a las nuevas generaciones.

Bibliografía

AUBET, María José, et al. Mujer y ciudadanía. Del derecho al voto... al

[13] AUBET, María José, et al. Mujer y ciudadanía. Del derecho al voto... al pleno derecho.(Edicions Bellaterra. Barcelona), 2001. Pág. 58

pleno derecho. Edicions Bellaterra. Barcelona, 2001

BEDIN, Paula. Críticas y dilemas feministas sobre el universalismo androcéntrico de la ciudadanía liberal clásica. Temas y Debates, 2013, no 26

BERMUDO, José Manuel. Adiós al ciudadano. Horsori, 2010. Barcelona

BLEDA, Esther Mora. El paradigma género y mujeres en la historia del tiempo presente. Revista Historia Autónoma, 2013, no 2, p. 143-160.

CAÑAL, Diana. "El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales. Ponencia I Seminário Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho: Dilemas da "Globalização, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Acesso à Justiça.

MAFFÍA, Diana. Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, 2003.

MOUFFE, Chantal. Feminismo, ciudadanía y política democrática radical. Debate feminista, 1993, vol. 4, no 7.

PATEMAN, Carole; ROMERO, Maria-Xosé Agra. El contrato sexual. Anthropos Editorial, 1995.

PATEMAN, Carole. Feminismo y democracia. Debate feminista, 1990, vol. 1, no 1.

RAMÍREZ, Alicia Muñoz. Educación para la Ciudadanía y Perspectiva de Género. En N° es país para jóvenes. Instituto Valentín Foronda, 2012

SOJO, Carlos. La noción de ciudadanía en el debate latinoamericano. Revista de la CEPAL, 2002.

WOLLSTONECRAFT, Mary. Vindicación de los derechos de la mujer. Editorial Akal, España, 2014.

TRABAJOS DE NUESTROS ALUMNOS DEL DOCTORADO

LA REALIDAD, LA MORAL Y EL DERECHO EN EL ACOSO SEXUAL CALLEJERO

POR GRETA GALVAÑO TER-AKOPIAN

En el presente trabajo se analizará el acoso sexual callejero teniendo en cuenta los tres niveles por los que suele trascurrir un fenómeno hasta terminar siendo objeto jurídico: la Realidad, la Moralidad y el Derecho.

La Realidad da cuenta de que el mencionado acoso se manifiesta con frecuencia y abarca distintos tipos de conductas, desde silbidos, bocinazos, comentarios sexuales hasta persecuciones y arrinconamientos. Las víctimas suelen ser mayoritariamente mujeres, mientras que quienes acosan suelen ser, generalmente, varones.

A su vez, dichas conductas se han repetido tanto y han afectado a tantas personas al punto de llegar a ser interpretadas desde la Moral de forma negativa.

Consecuentemente, ha terminado en la órbita jurídica al sancionarse, por ejemplo, en Capital Federal, una norma que lo penalice, o a nivel nacional, la Ley de Protección Integral a las Mujeres lo reconoce como una forma de violencia de género.

Sin embargo, pese a que el acoso sexual callejero ha sido examinado desde la Moral y luego incorporado en nuestro ordenamiento jurídico al prohibirse tales conductas, la Realidad sigue reflejando una baja adhesión, por parte de quienes acosan, por lo que el presente trabajo postula que estamos en presencia de una hipótesis de derecho anormal, en este caso, porque quienes acosan no incorporan dentro de su moral los argumentos de quienes defienden una sociedad sin acoso sexual callejero. Y a su vez, el Derecho es ineficaz para garantizar los derechos de las víctimas.

La Realidad

Origen del acoso sexual callejero

El acoso sexual callejero existe en Capital Federal, por lo menos, desde hace cien años.

> …estamos en presencia de una hipótesis de derecho anormal, en este caso, porque quienes acosan no incorporan dentro de su moral los argumentos de quienes defienden una sociedad sin acoso sexual callejero. Y a su vez, el Derecho es ineficaz para garantizar los derechos de las víctimas

Hacia principios del siglo XX, la Ciudad de Buenos Aires era un sitio "*atestado de varones hasta la sofocación, que molestaban a cuanta mujer se les cruzara*[1]", por lo que la mayoría de las mujeres "*permanecían dentro del hogar, no sólo porque sus familias las confinaban ahí [sino porque] en las calles eran acosadas*[2]*".*

En consecuencia, se terminó sancionando, entre otras cosas*, "los excesos del lenguaje en la vía pública*[3]*…"* con una multa de cincuenta pesos o debiendo pasar la noche detenido. Tiempo después dicha norma perdió vigencia, pero refleja que ya en los inicios de 1900 el acoso callejero era algo común, y que desde el Estado (al menos localmente) se había reconocido normativamente esa conducta, precedida por una Moral que lo reprobaba (la frase *"exceso en el lenguaje"* da cuenta de ello).

Con el devenir de los años el acoso sexual callejero se mantuvo y sin una ley que condenara la conducta, sumado a la naturalización de esta, llevó a que se propagara durante décadas como una conducta cultural masculina hacia las

[1] Barrancos Dora, Guy Donna y Valobra Adriana, "Moralidades y comportamientos sexuales – Argentina 1880- 2011", Editorial Biblos, Buenos Aires, 2014, página 98.
[2] Ibídem, página 100

[3] Fuente: https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-historia-de-la-multa-a-los-piropeadores-nid2119910

mujeres sin importar su consentimiento.

En este sentido, un informe realizado sobre este tema ha expuesto que "*comentarios groseros, silbidos, miradas, manoseos, gestos de connotación sexual, son algunas de las manifestaciones naturalizadas y ampliamente toleradas por la sociedad, que las mujeres desde temprana edad tenemos que vivenciar al momento de salir a la calle. El denominado 'piropo' se volvió una de las costumbres más arraigadas de nuestra cultura, lo que dificulta que se lo interprete como una forma más de violencia*[4]*"*

Una de las primeras respuestas al porqué de estas conductas la otorga la propia conformación del país: se separó a lo público de lo privado y se asignó roles diferenciados a mujeres y varones, estando las primeras relegadas al ámbito doméstico mientras que los hombres fueron ocupando los espacios públicos y políticos.

Así, resulta ilustrativo señalar que "*históricamente el derecho, la sociedad y las familias fueron atravesadas por la estructura patriarcal donde el hombre (productor) estaba destinado a garantizar el bienestar familiar y la esposa (mera reproductora), dependiente económicamente del marido, ocupaba un lugar dedicado al sostenimiento del hogar y los hijos e hijas y a las tareas de cuidado, marcando una clara división sexual del trabajo y asignaciones de roles establecidos*[5]".

Con el devenir de los años el acoso sexual callejero se mantuvo y sin una ley que condenara la conducta, sumado a la naturalización de esta

[4] Informe "Violencia contra las mujeres en espacios públicos", Ni Una Menos, Mumalá, 2017: http://www.enperspectiva.com.ar/wp-content/uploads/2017/09/OBSERVATORIO-07.pdf

[5] Maffía Diana, Gómez Patricia Laura y Moreno Aluminé: "Miradas feministas sobre los derechos", Editorial JusBaires, Buenos Aires, 2019, página 67.

Sin embargo, de a poco las mujeres comenzaron a salir a la calle, por ejemplo, para ir a trabajar[6], y en ese momento fue que los hombres comenzaron a silbarles, en señal de extrañeza y desaprobación por verlas "*solas*" (sin varones) en espacios que consideraban suyos.

Relación entre Realidad y Derecho.

La disputa por quién tiene derecho a estar en un espacio público tiene relación con el ejercicio pleno de la ciudadanía por lo que la restricción del libre tránsito por el mero hecho se ser mujer determina una categoría de ciudadanía inferior respecto al varón.

Recordemos, en este sentido, que las mujeres no pudieron votar sino hasta 1956[7] y esto no es un dato menor porque da cuenta de que solo después de la segunda mitad del siglo XX se les reconoció ese derecho fundamental. Entonces, no es difícil llegar a la conclusión de que si una persona no podía ejercer derechos políticos – y por ende, públicos-, tenía también restringidos otros derechos de índole pública como el transitar libremente. Además, el ámbito privado no escapaba de esa discriminación entre varones y mujeres, siendo un dato relevante la incapacidad de hecho relativa que tenía toda mujer casada (confr. Inc.2 del art. 55 del antiguo Código Civil), siendo el marido el representante legal de ella (confr. Inc. 4 del art. 57 del citado código).

se puede interpretar que los silbidos, comentarios y demás conductas eran (y siguen siendo) la manera que encontraron los hombres para demostrar su disconformidad respecto de mujeres transitando "sus" espacios públicos, en un afán por devolverlas al espacio doméstico

[6] Resulta ilustrativa en este sentido la primera ley que reguló el trabajo femenino (Ley 5.291) sancionada en el año 1907: https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-5291-194605

[7] Ley 13.010.

Vemos entonces que existe una relación entre la Realidad y el Derecho, en el sentido de que el modo en que se interpretan los hechos va a impactar en la manera en que son legislados, que no es desde una óptica neutral sino, en este caso, desde preconceptos, estereotipos y prejuicios sobre las capacidades, facultades y libertades a las que pueden acceder las mujeres; todo esto, determinado por un poder político y legislativo mayoritariamente conformado por varones.

Así las cosas, se puede interpretar que los silbidos, comentarios y demás conductas eran (y siguen siendo) la manera que encontraron los hombres para demostrar su disconformidad respecto de mujeres transitando "*sus*" espacios públicos, en un afán por devolverlas al espacio doméstico, sumado a la idea de que las mujeres eran personas que estaban "bajo su cuidado" -lo que, como vimos, según el Código Civil de Vélez Sarsfield era así-.

La realidad y el Acoso Sexual Callejero.

Los informes, encuestas, estadísticas y noticias son una de las herramientas más útiles para comprobar qué tipo de realidad estamos viviendo con respecto a una determinada situación.

Así, cabe destacar que, según la encuesta efectuada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 70% de las mujeres consideró que el espacio público no es igual para varones que para mujeres.

Dentro de los factores que generan inseguridad en los espacios públicos, señalaron al acoso callejero en segundo lugar, después del miedo a los robos y hurtos y en tercer lugar a los grupos de hombres (esto último podría considerarse como miedo a sufrir acoso sexual callejero por parte de ese grupo de personas).

También cabe destacar que en el grupo etario de 13 a 17 años su mayor miedo es el acoso sexual callejero (46,8%) seguido de grupos de hombres reunidos por donde pasan (24%) y en tercer lugar robos/hurtos (20%). Si sumamos el primer y segundo caso, nos indica que

para el 70% de las adolescentes su mayor miedo en el espacio público es sufrir acoso sexual callejero.

Por otro lado, según una encuesta realizada por Mumalá, el 100% de las mujeres encuestadas manifestó haber sufrido algún tipo de acoso callejero. Dentro de las estadísticas recolectadas, se destacan las siguientes:

• el 70% de las encuestadas refirió recibir comentarios sobre su apariencia física.

• el 84% recibe bocinazos y/o silbidos.

• el 51% de las encuestadas reciben comentarios sexistas.

• el 59% debió soportar gestos vulgares.

• algunas manifestaron comenzar a sufrir acoso sexual callejero desde los 9 años de edad.

• el 67% de las mujeres encuestadas toma rutas alternativas para sentirse seguras cuando planea salir de su casa

• el 63% de las mujeres refiere salir acompañadas por un hombre, un grupo de personas o una mujer para sentirse más seguras al momento de transitar determinados espacios en la vía pública.

Por último, en cuanto a las noticias, cabe destacar que nos encontramos frecuentemente con este tipo de hechos en la Ciudad de Buenos Aires: "*una mujer de 26 años sufrió un doble acoso sexual en pocos minutos. Primero un hombre la interceptó en la calle en el barrio de Palermo y empezó a manosearla. Asustada y llorando buscó refugio en el subte. Su pesadilla, sin embargo, no terminó ahí. Otro hombre que estaba en el andén de enfrente, sacó su miembro y empezó a masturbarse frente a ella*"[8]

En conclusión, el acoso sexual callejero es sufrido por una gran cantidad de mujeres, que comienzan a ser víctimas a partir de los 9 años, lo que las expone continuamente a situaciones de estrés y violencia, teniendo que cambiar

[8] Fuente: https://www.perfil.com/noticias/sociedad/la-manosearon-busco-refugio-en-el-subte-y-vio-a-otro-hombre-masturbandose.phtml

recorridos u otro tipo de medidas para evitar el acoso, todo esto a costa de su autonomía personal y su salud mental.

> Dentro de los factores que generan inseguridad en los espacios públicos, señalaron al acoso callejero en segundo lugar, después del miedo a los robos y hurtos y en tercer lugar a los grupos de hombres

Moral

Existen hechos de la realidad que poseen la suficiente trascendencia para que la sociedad repare en ellos desde una óptica moral; es decir, dándoles una valoración vinculada a la ética, a lo positivo o negativo, a la conveniencia o no de que sigan sucediendo. Generalmente, la relevancia se encuentra relacionada con la frecuencia con la que ocurren tales sucesos, así como la cantidad de personas involucradas y el impacto que finalmente pueda tener en el Derecho.

Siguiendo este razonamiento, el acoso sexual callejero es un comportamiento realizado por una gran cantidad de hombres hacia una gran cantidad de personas (mayoritariamente niñas, adolescentes y mujeres adultas) en espacios públicos, del que se tiene registro hace al menos cien años -como vimos en el punto anterior "La Realidad".

En este sentido, al hablar de moral, tenemos que decir que no hay aun una uniformidad respecto de cómo la sociedad percibe a este tipo de hostigamiento, dado que un sector (mayoritariamente compuesto de varones) considera al acoso sexual callejero como algo positivo -como un piropo halagador- mientras que otro (generalmente, quienes lo sufren) están en contra y lo rechaza completamente.

Como prueba de esto, cabe estacar que, según una encuesta realizada por la Universidad Abierta Interamericana, el 62% de los varones dijo que a las mujeres les agrada el acoso sexual callejero y sólo el 15% consideró que les molesta, mientras que el 98% de las

mujeres encuestadas respondió que rechazaban esas conductas (produciéndoles en su mayoría asco, miedo y angustia.[9])

Así, vemos que una misma conducta es interpretada de forma diametralmente opuesta según el género de las personas encuestadas, que suele coincidir con el género de quienes acosan y quienes lo sufren.

Por otro lado, gracias a los movimientos feministas se ha visibilizado esta problemática y desde hace años existen campañas que concientizan sobre lo violento que resulta el acoso sexual, al poner el foco en la falta de consentimiento de la mujer.

Es decir, los hombres que acosan pueden considerarlo desde su óptica un "piropo" halagador, pero como la persona que lo recibe lo rechaza, debería ser suficiente para que dejaran de hacerlo.

Como veremos en el punto "El Derecho", el acoso sexual callejero se terminó penalizando en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2017, aventando así toda discusión jurídica sobre la legalidad o permisividad de acosar sexualmente a alguien en espacios públicos, pero es curioso que, en rigor, técnicamente siempre estuvo prohibido dado que dicha conducta ya se encontraba tipificada en el art. 52 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires como "hostigamiento[10]".

Relación entre Moral y Derecho

Tal como indica Carlos Nino, "la validez de cierto sistema jurídico no puede fundarse en reglas de ese mismo sistema jurídico, sino que debe derivar de principios externos al propio sistema.

[9] Fuente: https://www.pagina12.com.ar/103952-la-grieta-del-machismo-callejero.

[10] Art. 52 Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires: "Intimidar. Quien intimida u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa de doscientos ($ 200) a un mil ($ 1.000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto.". El acoso sexual callejero fue tipificado específicamente en el año 2017, para dar una herramienta más eficaz y concreta a las víctimas y evitar toda especulación respecto de la aplicación de la figura de hostigamiento, que es vaga y ambigua.

Los jueces y juristas que debaten estas posiciones (…) no pueden evadirse de recurrir a principios extrajurídicos, de índole moral en un sentido amplio, para apoyar sus posiciones[11]"

Así planteada la cuestión, ¿con qué herramientas contamos para percibir que el acoso sexual callejero ha llegado a traspasar de la órbita moral a la jurídica? Pues bien, los fundamentos de los proyectos de ley son muy ilustrativos dado que explican los motivos que subyacen a la creación de la norma.

En este sentido, dentro de los fundamentos de la creación de la ley de acoso sexual callejero (Ley 5.742 y sus modificaciones) se destaca lo siguiente: "*en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, son las mujeres quienes más sufren diferentes formas de acoso y violencia al transitar las calles y al viajar en transporte público. Regular el orden y la convivencia desde una perspectiva de género permite construir urbes más inclusivas y se convierte en un factor determinante para su desarrollo, reconociendo a la mujer como un agente activo en sus transformaciones*"[12].

Por otro lado, uno de los fundamentos más relevantes dentro del proyecto de ley de incorporar al acoso sexual callejero como una forma de violencia de género, conforme lo establece la Ley de Protección Integral a las Mujeres (Ley 26.485), es el siguiente: "el espacio público que ha sido desde antaño reservado al hombre, y vedado a las mujeres es donde aún hoy, nos sentimos amenazadas y donde las mujeres, y especialmente las mujeres jóvenes reciben todo tipo de agresiones que afectan su integridad y su dignidad como sujetos plenos de derecho.

En ese espacio común los hombres parecen sentirse con derechos a 'apropiarse' simbólicamente de la mujer con frases que las reducen a un simple objeto de su satisfacción personal

[11] NINO, Carlos: "Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho". Ed. Siglo XXI, Bs. As, 2020 (edición original 1994), pág. 65.

[12] Ver Despacho n° 0944/18 relativo al Expte. n° 1644-J-2018 de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

(..)Muchas de estas situaciones, las más graves, están contenidas en los Códigos Penales, pero otras conductas menos lesivas que afectan la dignidad de las mujeres no han sido incorporadas, ni parecen querer ser consideradas como tales, por una cultura social de claro sesgo patriarcal"[13].

Es interesante cómo este proyecto de ley habla abiertamente de una cultura patriarcal en una sociedad que tiende a asimilar la moral de todos y todas a la del grupo dominante (en el caso, varones acosadores).

Por último, cabe destacar que el acoso sexual callejero suele vulnerar derechos intrínsecamente ligados a la moral como el derecho al honor, a la intimidad, a la igualdad, a la libertad, a la salud y a la no discriminación.

El Derecho

Este último nivel alude a las normas jurídicas, es decir, a aquéllas que fueron promulgadas por el poder político y su eficacia depende de que sean obedecidas por la ciudadanía.[14]

La primera norma jurídica que refirió específicamente al acoso sexual callejero fue sancionada en el 2015, a través de la ley 5.306 que instituyó el 2 de octubre como el "Día de Lucha contra el Acoso Sexual Callejero".

Si bien esta norma no es penal (y por ende no prohíbe ninguna conducta), marcó un reconocimiento formal sobre la problemática al indicar, en su artículo 2°, que "*Se entiende por Acoso Sexual Callejero a las conductas físicas o verbales de naturaleza o connotación sexual, basadas en el género, identidad y/u orientación sexual, realizadas por una o más personas en contra de otra u otras, quienes no desean o rechazan estas conductas en tanto afectan su dignidad, sus derechos fundamentales como la libertad, integridad y libre tránsito, creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios*

[13] https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1369-D-2017&tipo=LEY.

[14] Cañal, Diana Regina, "Filosofía del Derecho – una propuesta interactiva", Ed. Errepar, Bs. As., 2011, pág. 25.

públicos y en los espacios privados de acceso público".

Luego, en el año 2016 este tipo de hostigamiento fue legislado específicamente, a través de la ley 5.742, que entró en vigencia en mayo del 2017 al ser incorporada al Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. El art. 3 establece que puede manifestarse en las siguientes conductas: a) Comentarios sexuales, directos o indirectos al cuerpo, b) fotografías y grabaciones no consentidas, c) contacto físico indebido u no consentido, d) persecución o arrinconamiento y e) masturbación o exhibicionismo, gestos obscenos u otras expresiones.

…los hombres parecen sentirse con derechos a 'apropiarse' simbólicamente de la mujer con frases que las reducen a un simple objeto de su satisfacción personal

El art. 67 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires actualmente establece que "*quien acosare sexualmente a otro en lugares públicos o privados de acceso público, es sancionado con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública, multa de ochenta (80) a cuatrocientas (400) unidades fijas o uno (1) a cinco (5) días de arresto. La sanción se elevará al doble cuando:*

1. La víctima sea menor de dieciocho (18) años, mayor de setenta (70) años o con discapacidad.

2. La contravención se cometa con el concurso de dos (2) o más personas.

3. La conducta esté basada en la desigualdad de género".

Recientemente, en el año 219 se incorporó, a través de la Ley 27.501, al acoso sexual callejero como una modalidad de violencia de género dentro de la Ley de Protección Integral a las Mujeres (Ley 26.485) al disponer que es "*aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares*

públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo".

Por último, cabe destacar que actualmente hay diversos proyectos de ley de incorporar el acoso sexual callejero al Código Penal de la Nación para que sea considerado un delito en todo el país[15].

¿Eficacia del Derecho: ¿hipótesis de derecho anormal?

Para que el Derecho funcione normalmente, es necesario que el nivel de acatamiento sea mayoritario y el nivel de conflicto sea menor.

Cuando, por el contrario, el nivel de acatamiento hacia la norma es muy bajo, sea porque las leyes encargadas de regular las conductas lo hacen vagamente o debido a que las normas de tipo formal no aseguran su cumplimiento, estamos ante un escenario de derecho anormal[16].

Con los datos extraídos de las estadísticas y encuestas (expuestos a lo largo del presente trabajo) podemos decir que existe una falta de acatamiento de las normas que prohíben el acoso sexual callejero dado que continúa siendo constante para una gran cantidad de mujeres, a la vez que los casos que llegan a ser denunciados suelen ser muy pocos, tanto porque las víctimas desconocen las herramientas jurídicas contra el acoso sexual callejero[17], , como porque desconfían de la policía y/o de la Justicia, que muchas veces terminan desestimando las denuncias efectivamente realizadas.

[15] Fuente: https://www.lanacion.com.ar/politica/la-ley-acoso-callejero-recibe-media-sancion-nid2308387.

[16] CAÑAL, Diana: "una visión pragmática del Derecho", Ed. Errepar, Bs. As, 2011, pág. 37/38.

[17] Informe final de la encuesta "Ciudades seguras para mujeres y niñas", realizada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad en agosto del 2018 (http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2018/08/Informe-final-Encuesta-Ciudades-Seguras-para-mujeres-y-ni%C3%B1as.pdf).

Generalmente, el Derecho interviene como un regulador de conductas a partir de una moral que previamente solicitó su intervención.

Sin embargo, puede suceder que el Poder Legislativo sancione determinada norma prohibiendo una conducta que aún se encuentra arraigada y normalizada en la sociedad, y en este caso será más difícil que la propia ciudadanía aprenda y aprehenda que sufrirá un castigo si no cumple con la norma; situación que parece ser la actual respecto del acoso sexual callejero, quizás, por ejemplo, hasta que la cantidad de denuncias se incremente lo suficiente como para que se incorpore la amenaza del Estado hacia el ciudadano, hasta que las denuncias prosperen a favor de las denunciantes y/o hasta que existan políticas públicas para erradicar y concientizar de manera eficaz sobre esta problemática. A la vez, el Poder Judicial sigue teniendo preconceptos estereotipados de género que niegan o desconocen al acoso sexual callejero o lo consideran también positivo.

En este sentido, resulta interesante destacar que al contrario de lo que suele ocurrir, el Derecho ha avanzado más rápido que la propia realidad y moralidad, al captar que es inaceptable que siga existiendo el acoso sexual callejero, mientras que gran parte de la sociedad sigue considerándolo de forma positiva.

> …cabe destacar que actualmente hay diversos proyectos de ley de incorporar el acoso sexual callejero al Código Penal de la Nación para que sea considerado un delito en todo el país

Este contexto es similar, a mi criterio, al que sucedió en oportunidad de sancionarse la Ley Nacional Anti Tabaco (Ley n° 26.687) en el año 2011, dado que mucha gente se resistía a dejar de fumar en espacios cerrados y solo después de prohibirse tales conductas la gente comenzó a modificarlas. Es decir, en ambos casos la valoración de las conductas continuaba siendo positiva

(acosar y fumar) mientras que las leyes avanzaron más rápido, prohibiéndolas.

Sin embargo, dado que las leyes que sancionan el acoso sexual callejero son relativamente nuevas, hace falta contar con más tiempo para determinar si eventualmente terminarán siendo acatadas y, por ende, eficaces[18].

Niveles del Derecho

Finalmente, cabe destacar que a lo largo de las clases hemos estudiado los distintos niveles del Derecho[19], lo que traducido al acoso sexual callejero implica lo siguiente:

¿Qué es el Derecho?:

Se entiende como la norma jurídica (art. 67 Código Contravencional de la Ciudad) compuesta por un antecedente (quien acosare sexualmente en espacios públicos) y su consecuente (será sancionado con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública, multa de ochenta (80) a cuatrocientas (400) unidades fijas o uno (1) a cinco (5) días de arresto. La sanción se elevará al doble cuando: 1. La víctima sea menor de dieciocho (18) años, mayor de setenta (70) años o con discapacidad. 2. La contravención se cometa con el concurso de dos (2) o más personas. 3. La conducta esté basada en la desigualdad de género).

¿Cómo es el Derecho?:

Aquí dependerá de cómo exprese los intereses cada escuela (realismo, positivismo, escuela crítica, jusnaturalismo, etc.).

¿Cómo funciona el Derecho?:

Se relaciona con los sistemas jurídicos vigentes en el mundo. En este país tenemos el sistema continental con control de constitucionalidad difuso.

¿Cómo se aplica el Derecho?:

Este último nivel responde al plano judicial. En el caso de acoso sexual callejero, cabe destacar que a la fecha contamos con solo dos fallos, por lo que

[18] CAÑAL, Diana Regina: "Filosofía del Derecho", Ed. Errepar, Bs. As, 2011, pág. 26.

[19] CAÑAL, Diana Regina "Imperio de la ley": www.spes.com.ar

falta aún mucha información al respecto[20].

Conclusiones

El acoso sexual callejero existe en Capital Federal desde hace al menos cien años y a lo largo de las décadas se ha ido normalizando como una costumbre masculina hacia mujeres, sin tener en cuenta su consentimiento.

Conforme las mujeres comenzaron a transitar espacios públicos, los varones reaccionaron negativamente

Conforme las mujeres comenzaron a transitar espacios públicos (por ejemplo, para ir a trabajar) los varones reaccionaron negativamente acosándolas para que volvieran a los espacios domésticos. Además, las consideraban personas que estaban "a su cargo" -lo que, como vimos, según el Código Civil, efectivamente era así legalmente para las mujeres casadas-. Todo esto fue interaccionando con el modo de concebir al espacio público y al privado y a limitar el ejercicio de un derecho fundamental como el libre tránsito por el mero hecho de ser mujer.

En este sentido, diversas encuestas e informes dan cuenta del rechazo que produce en las mujeres el sufrir acoso sexual callejero y todas las conductas que deben realizar en orden a minimizarlo, afectando su autonomía personal, libertad de tránsito y hasta su salud.

Por otro lado, en cuanto a la Moral, cabe destacar que en este caso no es unívoca, ya que mientras un gran porcentaje de varones considera que a las mujeres les agrada el acoso sexual callejero (alimentando así la repetición de tales conductas), las mujeres por el contrario sienten rechazo y desean no recibir ningún tipo de comentario en los espacios públicos.

[20] Información pública disponible en http://juristeca.jusbaires.gov.ar/

En este sentido, los movimientos feministas han sido protagonistas en la difusión, concientización y exigencia de erradicar tales conductas, a través de campañas, de regulaciones penales y de educación.

El Poder Legislativo se ha hecho eco de esta problemática en tanto importa una desigualdad y discriminación con motivo de género y terminó sancionando leyes que prohíben al acoso sexual callejero; sin embargo, hasta la fecha las mujeres continúan siendo víctimas y son pocas las que lo denuncian. Mucho menor es el número de denuncias que terminan en una condena.

El contexto actual parecería tender hacia una hipótesis de derecho anormal, al menos hasta contar con más información y/o hasta que la sociedad avance y aprehenda la importancia de no acosar sexualmente a las mujeres.

Así, podemos decir que el Derecho ha avanzado más rápido que la moral de una gran parte de la sociedad, que se resiste a cumplir con tales normas.

El desafío para el Poder Judicial será a la altura de la situación, que aplique la legislación y tenga perspectiva de género en sus sentencias a fin de no seguir propagando a los estereotipos de género ya presentes en la población; en este sentido, cabe decir que a la fecha se han dictado solo dos sentencias en la Cámara de Apelaciones del fuero Penal, Contravencional y de Faltas referidas al acoso sexual callejero, por lo que da cuenta de que es un fenómeno que sigue estando al margen del plano judicial pese a la enorme cantidad de situaciones que sufren las mujeres por día.

Aunado a lo dicho, la eventual incorporación del acoso sexual callejero al Código Penal de la Nación sería un indiscutible avance en la erradicación de dicha conducta y daría herramientas jurídicas a todo el país, siendo que la gran mayoría de provincias no ha tipificado contravencionalmente tal comportamiento.

TRABAJOS DE NUESTROS ALUMNOS DEL DOCTORADO

PERSPECTIVAS INTERSECCIONALES Y DISCRIMINACIONES MULTIPLES

CUANDO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO NO ALCANZA

POR ROMINA MONTELEONE

> La libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente los sagrados dogmas de la igualdad.
>
> Mariano Moreno[1]

Una de las críticas que más podemos escuchar en el campo de la Justicia Penal se encuentra vinculada con la falta de aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en las resoluciones judiciales. Suele decirse que todo lo que está en los códigos de forma y fondo es lo que se aplica en un proceso y lo que está fuera de ellos es desconocido para los Operadores Judiciales. Así fue durante el siglo XX y gran parte del siglo XXI, siendo la irrupción de los reclamos sociales vinculados con NI UNA MENOS e informes de los Organismos Internacionales quienes nos obligaron a exigir una justicia

[11] Citado en Jonathan Miller, Maria Angéli Gelly y Susana Cayuso, Constitución y Derechos Humanos, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1524.

con conocimiento de la normativa internacional de los derechos humanos de las Mujeres.

Pese a ello, siguió imperando la ceguera judicial, desentendiéndose de las recomendaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconocían la falta de perspectiva de género en la justicia Argentina y hasta cierta ignorancia en los propios Tratados de Derechos Humanos. El propio Congreso Nacional debió sancionar la llamada "Ley Micaela" (ley 27.499) obligando a los Jueces, Fiscales, Defensores y demás funcionarios y empleados del Poder Judicial de todo el territorio nacional a estudiar y capacitarse, lo que implicó poner en el centro de la escena judicial a la perspectiva de género, con cambios de paradigmas en el campo del derecho penal, el derecho procesal penal y la jurisprudencia. Transcurridos algunos años desde estos cambios, advertimos que no es suficiente y que los casos de injusticia social que se siguen dando en los fallos judiciales necesitan algo más.

En el presente trabajo se abordarán los supuestos de discriminaciones múltiples que diariamente suelen presentarse en los casos que arriban a los Tribunales, cuya falta de análisis conlleva nuevamente a una utopía en la aplicación del principio de igualdad.

PRINCIPIO DE IGUALDAD

"Los hombres nacen iguales y libres" pregonaba la Declaración de Independencia de Estados Unidos del año 1776, máxima que si bien plasma un principio nuclear – el principio de igualdad -, distaba mucho del ideal de libertad e igualdad al que toda sociedad aspira para considerarse democrática. Lejos estaban los estadounidenses de esa era en considerar a todos los hombres libres y creados iguales, puesto que no solo no liberaban a sus esclavos, sino que además se excluía a gran parte de la población, entre las cuales se encontraban las mujeres y grupos desventajados como ser los ancianos, niños, discapacitados, integrantes de pueblos originarios, homosexuales, afroamericanos, entre otros; limitándose el concepto de "hombre" a

aquél que fuera blanco, perteneciente a determinada clase social y heterosexual.

Algo similar sucedía con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789. Recordemos que luego de la Revolución Francesa, al incorporarse la idea de un trato igualitario entre los hombres a la escena política y social de Francia, mediante los principios de "Liberté, Égalite, Fraternité" se advirtió que en la realidad práctica no se incluyeron a un sinnúmero de personas dentro de la categoría "hombre", ya que ni las mujeres ni los grupo desventajados obtuvieron plenos derechos políticos y sociales en forma igualitaria al sujeto sexo masculino, heterosexual y burgués. Si bien el mencionado documento es precursor de los derechos humanos a nivel nacional e internacional – esto nadie puede negarlo -, lo cierto es que no podemos dejar de señalar y advertir que solamente estaba destinado a una determinada categoría de personas.

…al incorporarse la idea de un trato igualitario entre los hombres a la escena política y social de Francia, mediante los principios de "Liberté, Égalite, Fraternité" se advirtió que en la realidad práctica no se incluyeron a un sinnúmero de personas dentro de la categoría "hombre"…

Esta jerarquización biológica, existente en toda sociedad, es la que sostiene el llamado discurso racista y justamente postula discursos sexistas, preconizando la discriminación por género, atribuyendo roles fijos e inmutables por sexo, agregando valor estético positivo al macho joven y como valor moral los del patriarcalismo, despreciando a los que padezcan enfermedades o cualquier minusvalía física o mental, considerando a la salud como valor tan supremo que debe sacrificarse a quien no puede gozar de ella, clasificando a los humanos por su supuesto valor vital o algo semejante, detestando cualquier

tóxico hasta postular su erradicación violenta, etc[2].

Casi 100 años después de la declaración de la independencia de los Estados Unidos se colocó en el centro de la escena la necesidad de considerar ese principio de base fundacional de tal país, al reconocerse que dicha afirmación era una falsedad evidente, puesto que no todos disfrutaban de la mencionada igualdad, plasmándose, en consecuencia, la pretensión de declarar ese derecho para que su aplicación pudiera darse tan rápido como las circunstancias lo permitiesen. Algunas mujeres constataron su carácter excluyente al principio clásico "Todos los hombres nacen libres e iguales...", señalando la necesidad de añadir "menos las mujeres, que nacen subordinadas e inferiores» y denunciando la contradicción de una "democracia sin mujeres". Excluidas del ámbito público y de la ciudadanía de forma sistemática, los primeros movimientos, la teoría y la práctica feministas, se centraron en legitimar y organizar lo que podemos denominar las políticas de la inclusión en la esfera de lo público[3].

Esta pretensión fue lo que llevó a que numerosos grupos desventajados comenzaran a organizarse con el objeto de colocar en la mesa política y social la necesidad de lograr, de una vez y para siempre, la igualdad que pregonaban las declaraciones referidas.

En julio del año 1848 se realizó la primera convención de derechos de la mujer – conocida como Convención de Seneca Falls – cuyo lema fue "los hombres y mujeres son creados iguales y libres", exigiendo, a través de la misma, plena igualdad social y política para las mujeres y minorías. Fue necesario, como dijera, el dictado de Tratados Internacionales para que esos

[2] Zaffaroni E Raul, El discurso racista -eficacia de su estructura, EGUZKILORE Número Extraordinario 11. San Sebastián Diciembre 1997 pag. 259 - 265

[3] De Miguel Alvarez, Ana "La dialéctica de la Teoría Feminista: lo que nos une, lo que nos separa, lo que nos hace avanzar" Daimon. Revista Internacional de Filosofía, no 63, 2014. ISSN: 1130-0507. http://dx.doi.org/10.6018/daimon/199711

reclamos puedan plasmarse como obligaciones de los Estados de velar por esa igualdad, tanto en sus legislaciones internas como en la práctica cotidiana, ello con el propósito de lograr aquellas medidas positivas tendientes a evitar que, por su género, las mujeres no alcanzaran a gozar de sus derechos humanos básicos.

> En julio del año 1848 se realizó la primera convención de derechos de la mujer – conocida como Convención de Seneca Falls – cuyo lema fue "los hombres y mujeres son creados iguales y libres", exigiendo, a través de la misma, plena igualdad social y política para las mujeres y minorías.

Podemos continuar diciendo que recién en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas del año 1945 expresamente se establece, entre sus principios, el reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, intentándose con tal diferenciación incorporar a todo ser humano, sin ningún tipo de exclusión.

De hecho, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 es algo así como la Carta Magna del ciudadano universal. Su sentido es el de tender al reconocimiento de la condición de persona de todo ser humano, sin distinción alguna. La no discriminación es un requisito esencial de semejante aspiración[4].

Sin embargo, los datos de la realidad y las estadísticas reflejan que las mujeres lejos estamos de alcanzar este principio de igualdad, puesto que más allá que hoy estamos en condiciones de afirmar que la legislación interna de los países de la región y, especialmente, de Argentina fueron modificándose en todas las áreas – habiéndose producido

[4] Zaffaroni Raúl, "Derecho a igual protección contra toda discriminación".

en los últimos treinta años cambios en el campo del derecho civil, derecho penal, derecho procesal, derecho comercial, derecho laboral, entre otros -, lo cierto es que aún en la realidad cotidiana continuamos observando diversas prácticas que atentan contra esta igualdad real que se reclama[5], siendo necesaria la intervención de los Tribunales con el propósito de exigir el cumplimiento de estas exigencias.

Pese a ello, sin Operadores Judiciales capacitados en perspectiva de género y políticas interseccionales, el ideal de igualdad vuelve a convertirse en una utopía.

La manera de construir la realidad – con desigualdad en razón de género y también en razón de la raza, la edad (menores y/o ancianos/as), la condición sexual o cualquier otra diversidad – ha repercutido en la calidad de las democracias y, por ende, de las sociedades al estar enraizada en la más profunda convicción social. Por ello, si bien un paso importante ha sido desde luego el reconocimiento de la igualdad, eso no es suficiente para lograr una igualdad real. La igualdad jurídica o formal es buena[6], pero es la igualdad real a lo que debemos aspirar.

Y esto en consonancia con la entrada en vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos con su propia jerarquía, conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a través de los cuales el legislador aseguró "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23), lo que nos coloca en el plano de la efectividad de esos derechos, puesto que mal podría el

[5] Es interesante la afirmación de Marcela Lagarde sobre el tema en trato al sostener que “la cultura social tarda más
tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven y, por eso, los/as operadores del derecho siguen considerando
que las mujeres deben observar determinados comportamiento, aunque, formalmente, la norma jurídica no los exija”

[6] Aviles Palacios Lucia, Juzgar con pespectiva de género. Por qué y para qué. Publicación digital en
www.mujeresjuezas.es, 2017/08/29.

juzgador, al tiempo de interpretar, hacerlo de un modo que entre en colisión con lo que se ha dispuesto para el propio legislador. Esta imperatividad de la normativa de orden internacional, que integra el derecho interno, fue declarada por la propia Corte Suprema de Justicia, tal como se hace referencia en el precedente "Mendez Valle Fernando del 16 de diciembre de 1995[7]", de forma tal que el conocimiento y aplicación del principio de igualdad y demás derechos reconocidos en las Convenciones Internacionales referentes a la materia en trato obligan a garantizarle a las mujeres en todos los aspectos de su vida (social, jurídica, educativa, etc) una vida libre de violencia y que las diversas vulnerabilidades que pudiera atravesarla sean tenidas en cuenta al momento de acceder a la justicia.

PERSPECTIVA DE GENERO, DISCRIMINACIONES MULTIPLES E INTERSECCIONALIDAD.

La perspectiva de género y la necesidad de incluirla en las resoluciones judiciales y en la forma de investigar se ha instalado de tal forma en los últimos años que obligó a los Operadores Judiciales a entender, de una vez y para siempre, que justamente juzgar con perspectiva de género no es una opción o un tema introducido por las partes, sino un imperativo legal, moral, ético y reglamentado intencionalmente.

La perspectiva de género y la necesidad de incluirla en las resoluciones judiciales y en la forma de investigar se ha instalado de tal forma en los últimos años que obligó a los Operadores Judiciales a entender, de una vez y para siempre, que justamente juzgar con perspectiva de género no es una opción

[7] Cañal Diana R, "Según pasan las cortes (El Futuro de "De Luca", publicado en DT 2006 (julio) 995. TR La Ley AR/DOC/2082/2006

Justamente "juzgar con perspectiva de género" se ha convertido en un criterio de justicia, en un derecho social, no tratándose ni de una imposición ideologizada ni de una cuestión disponible.

Son múltiples los fallos judiciales y las recomendaciones internacionales que implicaron este cambio de paradigma en el servicio de justicia, llevándolo a un enfoque basado en los derechos humanos que no es otra cosa que un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano, cuya base normativa son los estándares internacionales de derechos humanos y que operativamente está dirigido a promover y proteger los derechos humanos.

Reconocer que los temas de derechos humanos afectan a mujeres y hombres de manera diferente y que las relaciones de poder y discriminaciones de género afectan el efectivo disfrute de los derechos por parte de los derechos humanos, no implica "*per se*" que el problema se encuentra zanjado. Lamentablemente vivimos en sociedades donde categorizar, estandarizar y segmentar es una práctica común en la vida de los ciudadanos. Los pretextos que el ser humano puede inventar para jerarquizar a sus semejantes son casi incontables: caracteres étnicos, físicos, de salud, de capacidad física, de género, de orientación sexual, de nacionalidad, religiosos, lingüisticos, de edad y un largo etcétera que termina de poner de manifiesto que habría muy pocas personas – y quizá ninguna – que no podrían ser víctimas de discriminación[8].

Lamentablemente, estas prácticas que se extienden a todas las áreas en que uno se puede imaginar, incluye también el acceso a la justicia y la forma de hacer justicia. Y así, justamente centrándonos en estos últimos dos puntos (acceso a la justicia y la forma de hacer justicia) podemos observar cómo cualquier otra categoría en la que se incluya a la

[8] Zaffaroni Raúl "Derecho a igual protección contra toda discriminación".

víctima o imputada, además de mujer, puede afectar el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Frente a situaciones como las mencionadas aparecen los casos de discriminaciones múltiples, concepto que se utiliza para describir la complejidad de un trato discriminatorio cuando éste implica más de un motivo de discriminación. También se suele conocer a este tipo de discriminación como "acumulativa", "compleja", "compuesta", "aditiva", "multidimensional" o "interseccional".

Tiende a describir dos situaciones:

- La situación en la que una persona se enfrenta a más de un motivo de discriminación (como ser por razón de su género y discapacidad o raza y orientación sexual o género y edad, entre otras). En estos casos todas las personas - hombres y mujeres – tienen posibilidad de ser objeto de discriminación.

- La situación en la que la discriminación afecta solo a quienes pertenecen a más de un grupo (como ser, solo mujeres con discapacidad y no hombres con discapacidad). Este último supuesto es el conocido como discriminación interseccional.

La recomendación General nro. 25 de la CEDAW expresamente reconoce que "*Las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores. Esa discriminación puede afectar a estos grupos de mujeres principalmente, o en diferente medida o en distinta forma que a los hombres. Quizás sea necesario que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene*."

A su vez, la Recomendación General nro. 28 la CEDAW habla específicamente de la interseccionalidad al decir que "*es un concepto básico para comprender el*

alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general Nº 25"

En su Recomendación General Nº 33 sobre el acceso a la justicia de las mujeres de 2015, el Comité habla de discriminación interseccional o compuesta a lo largo de la recomendación, estableciendo un claro vínculo entre la consideración que se debe hacer sobre los obstáculos para que las mujeres accedan a la justicia en contextos estructurales de discriminación y desigualdad, debido a factores como la discriminación interseccional o compuesta. Asimismo, el Comité señala que la discriminación en contra de las mujeres se agrava por factores que se intersectan afectando a algunas mujeres en diferentes grados o formas que a los hombres y a otras mujeres. Algunos de los motivos de la discriminación interseccional o compuesta en contra de las mujeres que indica el Comité pueden incluir la etnicidad, pertenecer a un estatus minoritario, el color, el estatus socioeconómico, la religión o las creencias, las opiniones políticas, el origen nacional, la edad, la salud, el tener diversidad funcional, ser lesbiana, bisexual, una mujer transgénero o una persona intersex, entre otras. La

recomendación indica que estos factores que intersectan pueden hacer más difícil que las mujeres pertenecientes a estos grupos puedan acceder a la justicia.

> …la discriminación en contra de las mujeres se agrava por factores que se intersectan afectando a algunas mujeres en diferentes grados o formas que a los hombres y a otras mujeres

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la resolución nro. 01/20", expresamente ha recomendado "[i*]ncorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todas las respuestas de los Estados para contener la pandemia, teniendo en cuenta los distintos contextos y condiciones que potencializan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas, como la precariedad económica, la edad, la condición de migrante o desplazada, la condición de discapacidad, la privación de libertad, el origen étnico-racial, la orientación sexual, identidad y/o expresión de género, entre otras.*"

Por su parte, la Convención de Belém do Pará también en su art. 9 establece que el Estado debe actuar con debida diligencia y tomar especial atención de la situación de vulnerabilidad que pueden sufrir las mujeres, no solo por razones de género, sino también de raza y condición étnica, entre otras, remarcando que la discriminación, en sus distintas manifestaciones, no afectan siempre en igual medida a todas las mujeres, ya que hay algunas que están expuestas aún en mayor medida al menoscabo de sus derechos, pensemos en las mujeres indígenas, las mujeres afrodescendientes, las niñas, adolescentes o ancianas, las mujeres discriminadas por su orientación sexual, las mujeres que viven en la pobreza, las mujeres analfabetas, las mujeres refugiadas o desplazadas, las mujeres víctimas de conflictos armados o situaciones de violaciones sistemáticas de derechos humanos, las mujeres con discapacidad, las mujeres en situación

de prostitución o trata de personas, las mujeres trabajadoras de hogar, las mujeres migrantes y sin sostén familiar, entre tantas otras opciones que podemos imaginar.

La discriminación combinada que enfrentas las mujeres debe ser tenida en cuenta en todo momento por los Operadores Judiciales al momento de analizar y resolver un caso que llegue a los Tribunales, puesto que no solo ello implica una obligación internacional del Estado cuyo incumplimiento puede acarrear su responsabilidad, sino porque además reconocer las discriminaciones múltiples que puede atravesar esa mujer nos permitirá abordar el caso y resolverlo de la forma más igualitaria y sensata posible, puesto que cada vulnerabilidad da lugar a una discriminación interseccional con consecuencias específicas y únicas. A nivel jurisprudencial se han dictados diversos precedentes que obligan a investigar y sancionar llevando a cabo un análisis interseccional, como ser la Sentencia de la CIDH en el caso "*Gonzalez Lluy y otro vs Ecuador*", donde se analizaron factores discriminatorios como la condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH de la víctima.

Reconocer estas categorías, atributos y condiciones que han generado y motivado de manera histórica y sistemática marginación, desigualdad, exclusión y discriminación de las personas y/o grupos que las ostentan, resultan de gran utilidad para todas las autoridades, en cuanto se traducen en categorías que debemos tener en cuenta para garantizar plenamente el derecho humano a la igualdad y no discriminación.

La discriminación combinada que enfrentas las mujeres debe ser tenida en cuenta en todo momento por los Operadores Judiciales al momento de analizar y resolver un caso que llegue a los Tribunales…

Y justamente es la justicia la que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la legalidad[9], puesto que debemos reconocer que lo que los jueces dicen tiene una enorme incidencia tanto en la conducta de los particulares a futuro, cuanto en la de los jueces. Unos y otros considerarán probable que un cierto esquema interpretativo se mantenga.

Mucho más si ya no se trata de un humo de justicia, sino que lo que los jueces dicen que es, se compadece con la letra de la ley y con la necesidad de la comunidad[10].

Dicho eso, se advierte que aparecen en la escena social y judicial, términos y conceptos a los cuales no estábamos acostumbrados y que nos obligan a, nuevamente, comprender que las cuestiones de género no son las únicas cuestiones a tenerse en cuenta a la hora de resolver un asunto que llega a los Tribunales, prohibiéndose tratar los casos en forma estandarizada y llevándonos a pensar de manera interseccional sobre la mujer, la raza y el control social. Y así, aparece la necesidad de que los operadores judiciales aprendamos a tener un contacto cierto con el contexto que atraviesan las partes, cuestionando la lógica que imperaba en el funcionamiento judicial hasta la fecha.

La visibilización de la problemática del género ya no es suficiente, puesto que no solo la Justicia está obligada a aplicar criterios de igualdad por razones de género, sino que además debe realizar un análisis con enfoque interseccional.

Por tratarse el Operador Judicial de un ser subjetivo – con creencias y opiniones que de alguna manera van a imbuir e interactuar al momento de aplicar las normas – aparece la necesidad de

[9] Cañal Diana R, “Según pasan las cortes (El Futuro de “De Luca”, publicado en DT 2006 (julio) 995. TR
La Ley AR/DOC/2082/2006.

[10] Cañal Diana R, “Según pasan las cortes (El Futuro de “De Luca”, publicado en DT 2006 (julio) 995. TR La Ley
AR/DOC/2082/2006

capacitar, concientizar e internalizar estas premisas con el propósito de aplicar correctamente el principio de igualdad; y esto se logra reconociendo la existencia de grupos con desventajas estructurales (ancianos, mujeres, discapacitados, pueblos originarios, migrantes, colectivo lgtb, entre otros), de forma tal que si pretendemos que la "igualdad" sea operativa respecto a determinados grupos históricamente desventajados respecto de los que comúnmente se considera a la "persona promedio común" la única forma de garantizar el acceso y ejercicio efectivo y goce de derechos de ese segmento de la población desventajado es aplicando ese enfoque interseccional y reconociendo que justamente las normas no son de carácter universal, por lo menos no de la forma en que se las veía hasta la fecha.

Ahora bien, de donde surge el concepto de interseccionalidad. El término fue acuñado por la profesora de Derecho especializada en etnia y género y activista feminista **Kimberlé Crenshaw** en 1989, quien la define como el fenómeno por el cual cada individuo sufre opresión y ostenta un privilegio en base a su pertenencia a múltiples categorías sociales. La interseccionalidad pone de manifiesto cómo las diferentes categorías (clase, raza, género, orientación sexual, migrante/nacional, religión, salud, entre otros), al entrecruzarse, pueden generar mayores opresiones o privilegios.

> La visibilización de la problemática del género ya no es suficiente, puesto que no solo la Justicia está obligada a aplicar criterios de igualdad por razones de género, sino que además debe realizar un análisis con enfoque interseccional.

Al explicarlo se refiere a un claro ejemplo: ¿la experiencia de dos mujeres negras es idéntica por el hecho de tener el mismo color de piel? Evidentemente no. Poco tendrán que ver las oportunidades de una abogada negra, residente en un barrio de clase alta de

Nueva York, con la de otra inmigrante en Europa que ha llegado de forma ilegal, es indocumentada y no puede desempeñar ningún tipo de empleo justamente remunerado.

El feminismo interseccional tiene una estrecha relación con todas las corrientes de la '*Tercera Ola*' feminista y a partir de los años noventa del siglo XX toman forma y se retroalimentan, introduciendo a las nociones de género conciencia sobre cuestiones de raza, clase social o religión y cuestionando el feminismo blanco hegemónico hasta entonces imperante.

A finales de los años sesenta y principio de los setenta aparece el movimiento feminista multirracial que utiliza el término simultaneidad para referirse a esta perspectiva, bajo el análisis de las diferentes formas de discriminación que se entrelazan y generan esa "*simultaneidad de opresiones*".

Fue con la teoría feminista revisionista que se puso en duda la idea de que el género fuese el factor primario que determina el destino de una mujer, destacando que la visión de las mujeres blancas de clase media no servía como una representación precisa del movimiento feminista como un todo, ya que las formas de opresión experimentadas por las mujeres blancas de clase media era diferentes de las experimentadas por las mujeres negras, pobres o discapacitadas.

El feminismo interseccional tiene una estrecha relación con todas las corrientes de la 'Tercera Ola' feminista y a partir de los años noventa del siglo XX toman forma y se retroalimentan…

Así, los enfoques antihegemónicos hegemónicos han trasladado al interior del feminismo sus planteamientos generales y han construido como objeto de sus críticas la imagen fija de un feminismo "hegemónico e institucional" que sería opresivo con la diversidad de las situaciones de las mujeres del mundo. Así, el feminismo hegemónico, designado como un bloque monolítico

es "*blanco, etnocéntrico, de clase media y heterosexual*"[11]

En la Unión Europea este concepto se lo conoce como discriminaciones múltiples y fue reconocida por el Parlamento Europeo en su resolución del 2 de abril del año 2009 al decir "*Los Estados miembros deben consolidar el marco jurídico vigente de la UE esforzándose para adoptar la propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en particular aclarando el ámbito de aplicación y los costes asociados de sus disposiciones*."

El origen del concepto de discriminación múltiple se encuentra en una serie de situaciones en que la coexistencia de varios motivos de discriminación que operaban conjuntamente dejaba en una situación de invisibilidad supuestos claros de discriminación porque los mecanismos tradicionales para identificar tales supuestos y luchar contra ellos resultaban inadecuados.

Así, por ejemplo, es paradigmático el caso de unas mujeres de raza negra que plantearon una demanda contra su empresa por considerar que las habían discriminado por razón de sexo y raza conjuntamente, al no haberlas ascendido o al no haberlas contratado.

El tribunal resolvió afirmando que no existía discriminación por razón de género pues la misma empresa había ascendido y contratado a otras mujeres, de raza blanca, y aconsejaba presentar otra demanda solo por discriminación por raza.

Sin embargo, bien pudiera ser que tampoco considerando el factor raza se apreciara la existencia de discriminación, si otros hombres negros hubieran sido contratados o ascendidos.

En efecto, al considerar aisladamente los motivos de discriminación, el fenómeno discriminatorio es

[11] DE MIGUEL ALVAREZ, ANA "La dialéctica de la Teoría Feminista: lo que nos une, lo que nos separa, lo que nos hace avanzar" Daimon. Revista Internacional de Filosofía, no 63, 2014. ISSN: 1130-0507. http://dx.doi.org/10.6018/daimon/199711

indetectable, pues no se discrimina ni a las mujeres ni a los negros en general, sino a las mujeres negras en particular.

La experiencia de las mujeres negras no coincide ni con la de las mujeres ni con la de los negros. Otras veces se produce una situación paradójica, puesto que la protección de determinadas minorías para evitar precisamente discriminaciones en su contra perpetúa situaciones de discriminación que practica dicha minoría hacia un grupo minoritario dentro de ella.

Así sucede, por ejemplo, con las mujeres musulmanas en la India, donde el gobierno, con la intención de preservar las costumbres y la cultura musulmana, minoritaria en el país, mantiene una postura no intervencionista en ese grupo social, permitiendo que se rija en buena medida por sus propias reglas, lo cual supone el mantenimiento de una normativa claramente discriminatoria para la mujer musulmana. Aqui nuevamente se advierte que las experiencias de estas mujeres no coincide ni con la de las mujeres en general ni con la de las musulmanas en general, sino que la discriminación es doble: ser mujer y ser musulmana. En este caso podemos advertir que los factores de género y religión deben considerarse conjuntamente, puesto que solo así se comprende el fenómeno discriminatorio que sufren.

Pese a que estos casos de doble discriminación, discriminaciones múltiples o interseccional son fácilmente advertibles en la realidad social, su regulación legal es todavía muy tímida y consiste más en referencias al término que a la definición de su concepto o su régimen jurídico.

Como expusiera, este modelo sugiere, propone y examina la manera de las que estas categorías de discriminación, construidas social y culturalmente, interactúan en múltiples y simultáneos niveles, contribuyendo con ello a una sistemática desigualdad social global. La interseccionalidad indica que los clásicos modelos de opresión dentro de la sociedad, tales como los basados en el racismo/etnicidad, en el género sexismo, religión (discriminación

religiosa), nacionalidad, orientación sexual (homofobia), clase (clasismo) o discapacidad (capaticismo), discriminación a las personas trans (transfobia) entre muchas otras, no actúan de forma independiente entre sí, sino que se interrelacionan creando un sistema de opresión que refleja la "intersección" de múltiples formas de discriminación.

> La interseccionalidad indica que los clásicos modelos de opresión dentro de la sociedad (…) no actúan de forma independiente entre sí, sino que se interrelacionan creando un sistema de opresión

La propia Kimberlé Crenshaw puso de manifiesto que considerar a las mujeres blancas de clase media-alta o a los hombres negros heterosexuales como representantes, respectivamente, de las categorías "mujer" o "persona negra" invisibiliza todo aquello que queda justamente en la intersección, en este caso, las mujeres no blancas.

La interseccionalidad, pues, nos permitiría apreciar elementos que a primera vista obviamos, y además muestra que si alguien se encuentra inmerso en un gran número de identidades oprimidas, estas acabarán provocando opresiones también múltiples.

Para defender su tesis menciona el ejemplo del caso de una mujer negra que por su raza, su posición económica, su carácter de inmigrante ilegal, su pobreza y el propio hecho de ser mujer, ve agravadas toda su vida social, pero que podrían existir ciertos factores en su perfil que minimizasen la gravedad de su situación, como podría ser el hecho de haber realizado estudios de nivel universitario en su país de origen, lo que la colocaría en obtener mayores opciones laborales o vitales frente a los de otra mujer analfabeta con las condiciones idénticas.

Todo esto enseña que solo juzgando con perspectiva de género y con un enfoque interseccional podremos apreciar elementos que a primera vista obviamos, y además permite demostrar

que si alguien se encuentra inmerso en un gran número de identidades oprimidas, estas acabarán provocando opresiones también múltiples, resultando imprescindible su análisis y tratamiento para que ésta pueda ejercer sus derechos en una sociedad que pretendemos igualitaria.

La interseccionalidad es una herramienta analítica que debe ser aplicada tanto para el análisis jurídico como de políticas públicas, así como también en las metodologías de investigación.

Su valor radica en visibilizar las diferencias entre mujeres, hombres o cualquier otro grupo social, tomando en cuenta los efectos que tienen estos sistemas de discriminación. Reconoce no solo las desigualdades sino también los privilegios que posee una persona en un momento y lugar determinado y que conforma su identidad y puede afectar o no el ejercicio de determinado derecho.

Al evaluar proyectos de ley o políticas públicas que aborden la problemática de la violencia contra las mujeres es importante contar con criterios interseccionales, puesto que ello nos permitirá evaluar el impacto positivo o negativo que tendrá dicha ley/política en diferentes individuos y grupos sociales, evitando el pensamiento o soluciones únicas puesto que, como venimos observando, esta forma de hacer política no solo no ha tenido los resultados esperados, sino que se convierte en una utopía que no se ve reflejada en la realidad. Esto nos permitirá que las leyes y políticas públicas tengan un carácter más receptivo y eficaz para el beneficio del mayor número de personas posibles.

La interseccionalidad es una herramienta analítica que debe ser aplicada tanto para el análisis jurídico como de políticas públicas…

El género, si bien altamente importante, constituye solo uno de los muchos elementos que configuran las experiencias de las y los afectados; por

ello es que juzgar con perspectiva de género solamente ya no es suficiente y si bien fue y es importante, es necesario repensar cada situación particular para realmente poder resolver el asunto que arriba a los tribunales.

Así, junto con el género debemos analizar el sexo, la etnia, la clase, la orientación sexual, la educación, la nacionalidad, por mencionar algunas categorías que se encuentran interrelacionadas y que justamente pueden crear múltiples niveles de injusticia social, es decir, dobles o múltiples discriminaciones.

La teoría propone que se debe pensar en cada elemento o rasgo de una persona como unido de manera inextricable con todos los demás elementos, para poder comprender de forma completa su identidad y cómo ocurre la injusticia sistemática y la desigualdad social que la atraviesa desde una base multidimensional.

Es complejo catalogar estas infinitas categorías sociales que se construyen en todo el mundo y que justamente dan lugar a diferentes representaciones de jerarquía social que debemos derrocar, sin embargo es sumamente necesario incorporarlo a nuestro trabajo diario puesto que aquellos que hablan de una "mujer" en singular, de forma indiferenciada, sin tener en cuenta las experiencias de quienes quedan fuera de las categorías "heterosexual, de clase media, blancas o urbanas" se están olvidando de un sinnúmero de personas que no entran en dicha categoría y que debemos tener en cuenta para lograr una justicia con un verdadero enfoque basado en los derechos humanos.

Así, la interseccionalidad se convierte en un paradigma[12] importante en el ámbito judicial, ya que amplía los conceptos de justicia social, reconociendo la

[12] ¿Qué es un paradigma? Un modelo, es decir una expresión menguada del objeto que se quiere analizar. .. el paradigma responde a la idea de un modelo más abarcativo, que compromete más áreas de la vida social, cultura, política, etc etc. Cañal Diana, " Los paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar", Revista Spes, Nro. 34, octubre 2012.

existencia de un sinnúmero de categorías que afectan el acceso a la justicia y la forma de juzgar.

> …junto con el género debemos analizar el sexo, la etnia, la clase, la orientación sexual, la educación, la nacionalidad, por mencionar algunas categorías que se encuentran interrelacionadas…

Si bien la teoría comenzó como una exploración de la opresión de las mujeres de color en la sociedad estadounidense, hoy el análisis es potencialmente aplicable a todas las categorías y ha evolucionado más como una figura tridimensional que rompe con los binarismos y las miradas lineales y permite introducir la complejidad necesaria para concebir tanto las identidades como los privilegios, puesto que también esta teoría permite estudiar las relaciones de poder y los grupos dominantes que – conscientes o no – intentan preservar su posición de supremacía.

Nos encontramos ante una crisis social con el nacimiento de un nuevo paradigma que responde más a los intereses de las mayorías. Una mayoría que exige que los operadores judiciales ya no interpreten la ley adecuándola a un paradigma de derecho clásico, sino con un enfoque basado en los derechos humanos de todos; una mayoría que exige que no solo se juzgue con perspectiva de género, sino que se reconozcan las desigualdades estructurales que viven ciertos grupos sociales desventajados que, hasta ahora, vieron oprimidos sus derechos bajo interpretaciones que solo cabían a ciertos sectores privilegiados de la sociedad, una mayoría que exige una correcta aplicación del principio de igualdad; igualdad que no significa que todos somos iguales, pero sí que todos merecemos ejercer nuestros derechos en forma igualitaria para conformar una sociedad verdaderamente libre.

Por otra parte, son los propios Tratados Internacionales que justamente señalan la necesidad de proteger a toda minoría, dentro de la cual se cuenta una inmensa

mayoría que, al tiempo de hacer valer sus intereses, deviene en una minoría por falta de poder operativo.[13]

Reconocernos diferentes, reconocernos que justamente vivimos en sociedades que dividen, que categorizan y que nos guste o no podemos definirnos o encasillarnos en ellas, nos permitirá también analizar nuestra situación particular ante un conflicto o hecho judicial y permitirá, justamente, a los Tribunales y Operadores Judiciales analizar cada denuncia, cada imputación, la teoría, los institutos procesales y las acciones desde distintas ópticas, descartando las prácticas a las cuales nos acostumbró la cultura dominante en cuanto a que en el Derecho Penal y Procesal Penal todo responde a categorías estancas que nos llevaban a analizar de la misma forma un hecho sin tener en cuenta a sus protagonistas. Ya no es posible considerar que los privilegios de la clase dominante son un bien en sí mismo y que los conceptos de libertad, igualdad y fraternidad se encuentran dirigidos a solo esa clase social.

…son los propios Tratados Internacionales que justamente señalan la necesidad de proteger a toda minoría, dentro de la cual se cuenta una inmensa mayoría que, al tiempo de hacer valer sus intereses, deviene en una minoría por falta de poder operativo.

Gran parte de la clase privilegiada sigue pensando que la función del derecho es la de asegurarle su posición sin ningún compromiso social por el resto de la comunidad y, muchos de los desfavorecidos permanecen convencidos de que no vale la pena reclamar, porque nunca serán escuchados, o que el único modo de hacerlo es mediante la revuelta,

[13]Cañal Diana R, “Según pasan las cortes (El Futuro de “De Luca”, publicado en DT 2006 (julio) 995. TR La Ley AR/DOC/2082/2006

ubicándose justamente, en el lugar en donde se los quiere colocar para justificar la negación de todo estado de derecho.

> Gran parte de la clase privilegiada sigue pensando que la función del derecho es la de asegurarle su posición sin ningún compromiso social por el resto de la comunidad y, muchos de los desfavorecidos permanecen convencidos de que no vale la pena reclamar, porque nunca serán escuchados, o que el único modo de hacerlo es mediante la revuelta…

Sin embargo, el rol del derecho ya cambio y, más tarde o más temprano, deberán unos y otros aceptarlo.[14]

De a poco los beneficios enunciados en la Constitución Nacional comienzan a ser efectivos y más allá que aún no ha pasado el tiempo suficiente vamos por ese camino. Ya no debe haber más dictámenes, pedidos y/o resoluciones judiciales estandarizados, puesto que justamente las personas no estamos estandarizadas, sino que cada uno responde a una individualidad. No es posible ninguna generalización, cada persona es una unidad irreductible de intersecciones y *points of opression*.[15]

Ese es el nuevo paradigma que se coloca en la mesa de discusión, puesto que reclamar este derecho implicará también una nueva forma de hacer justicia. No basta entonces con la consagración constitucional de derechos sustantivos, sino que se necesita asegurar la aplicación de los mismos, mediante el dictado de normativa que no lo contradiga[16],

[14] Cañal Diana, ¿sentencias ejemplarizantes? En Revista de las Sociedades y Concursos. Nro. 35. Pag. 44.

[15] DE MIGUEL ALVAREZ, ANA "La dialéctica de la Teoría Feminista: lo que nos une, lo que nos separa, lo que nos hace avanzar" Daimon. Revista Internacional de Filosofía, no 63, 2014.

ISSN: 1130-0507.
http://dx.doi.org/10.6018/daimon/199711

[16] Precedente: Primer voto de la Dra. Diana Cañal, Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en "Sosa Gladys Ester c/ Fundación Científica Vicente Lopez y otro s/

puesto que actuar de manera contraria nos llevará necesariamente a la condena internacional del Estado.[17]

> No basta entonces con la consagración constitucional de derechos sustantivos, sino que se necesita asegurar la aplicación de los mismos, mediante el dictado de normativa que no lo contradiga

Nuestro trabajo es proteger cada vez a más sujetos, por más minorías que fueran, logrando que los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional no sean meras enunciaciones y se conviertan en derechos para todos los habitantes del suelo argentino como propugna el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional. De todo lo reseñado se deduce que la lucha contra la discriminación debe tener lugar en el plano cultural. Es indispensable que las personas aprendan a coexistir en libertad y que vayan adquiriendo nuevas sensibilidades ante el dolor que producen las marginaciones fundadas en prejuicios negativos hacia los semejantes[18]. Y en ese marco la función de la Justicia es crucial.

Cualquier tesis contraria importaría pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de poder alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común.[19]

despido", Expdte. 3561/2013.

[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Forneron e Hija vs Argentina, sentencia del 27 de abril de 2012, caso "Gonzalez y otras (Campo Algodonero) vs México, sentencia del 16 de noviembre de 2009 y "Maria Da Penha vs Brasil" del 16 de abril de 2001, entre otros.

[18] Zaffaroni Raul, "Derecho a igual protección contra toda discriminación"

[19] Cañal Diana "Según pasan las cortes (El futuro de "De Luca") publicado en DT2006 (julio), 995 - TR LALEY AR/DOC/2082/2006

TRABAJOS DE NUESTROS ALUMNOS DEL DOCTORADO

DERECHO A LA PROTECCIÓN Y MEDIDAS DE INJERENCIA PREVENTIVAS CONTRA LAS VIOLENCIAS DE GÉNERO. REFLEXIONES DESDE LA FILOSOFÍA

POR SANDRA VERÓNICA GUAGNINO

Las violencias por razón de género contra las mujeres constituyen un fenómeno social multifactorial, discriminación prohibida y afectan diferencialmente a mujeres, niñas y a personas de la diversidad sexual obstaculizando el pleno ejercicio de sus derechos humanos, incidiendo negativamente sobre su calidad de vida, su salud y su desarrollo como personas, colocándolas en una situación de desigualdad estructural que, además, impacta desfavorablemente en el desarrollo sostenible, la economía, la salud pública, etc.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) desarrolló el estándar de "debida diligencia reforzada" para describir la obligación de prevención y protección más intensa, diferenciada o "reforzada" del Estado frente a patrones de violencia que afectan a ciertos grupos subordinados o en situación de vulnerabilidad.

Con la ratificación y posterior otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la posterior ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem o Pará o CBdP), nuestro país asumió la obligación erga omnes de respetar, proteger y asegurar la efectividad de los derechos humanos de las

mujeres, es decir, abstenerse de violarlos (obligación negativa) y fundamentalmente, de adoptar todas las acciones apropiadas para garantizarlos mediante medidas positivas determinables en función de las particulares necesidades de protección de la persona y de otras medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza a los derechos reconocidos (obligación positiva)[1]

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) desarrolló el estándar de "debida diligencia reforzada" para describir la obligación de prevención y protección más intensa, diferenciada o "reforzada" del Estado frente a patrones de violencia que afectan a ciertos grupos subordinados o en situación de vulnerabilidad.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) desarrolló el estándar de "debida diligencia reforzada" para describir la obligación de prevención y protección más intensa, diferenciada o "reforzada" del Estado frente a patrones de violencia que afectan a ciertos grupos subordinados o en situación de vulnerabilidad.

En razón de su posición de garante, el Estado debe examinar la capacidad o posibilidad de prevenir o evitar un riesgo real e inmediato contra el grupo

[1] Cfr. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 165-167; Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111; Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243; y Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 127. En ese mismo sentido, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140. Corte IDH, Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 183: "La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia."

o contra individuos del grupo y adoptar medidas integrales que suponen contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, una estrategia de prevención que debe prevenir los factores de riesgo y, a la vez, fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer, y adoptar prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.

Los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia (cf. Corte IDH, caso "González y otras -'Campo Algodonero'- vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 16 de noviembre de 2009, párr. 258), llevar adelante la investigación con determinación y eficacia y brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección (cf. Corte IDH, "Caso Inés Fernández Ortega vs. México", sentencia de 30 de agosto de2010, Serie C N° 215, párr. 193; y caso "Espinoza Gonzáles vs. Perú", sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C N° 289, párr. 241).

En términos convencionales, la obligación de protección –y el consiguiente derecho humano a la protección estatal- compele a los Estados a adoptar acciones contra violaciones severas a los DDHH[2] que abarcan tanto la prevención como la investigación de los hechos y castigo de los responsables. Las reglas, principios, puntos mínimos de consenso y estándares especiales y obligatorios fijados por comunidad internacional muestran una tendencia expansiva de garantía y protección de las víctimas de la violencia de género[3], asociándolas directamente con las obligaciones y

[2] Günther, Klauss. Responsibility to Protect and Preventive Justice. En Ashworth, Andrew; Zedner, Lucia y Tomlin, Patrick (ed.): Prevention and the limits of the criminal law. Oxford University Press, Oxford (UK), 2013, p. 69-90.

[3] Martínez Vargas, Juan Ramón y Vega Barbosa, Giovanni. La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género. Ius et Praxis vol.19 no.2, 335-370, Talca, 2013. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200010

responsabilidades estatales que nacen a partir de la denuncia o la comunicación idónea por la víctima al Estado de la existencia y entidad de un riesgo.

> Los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia

A fin de dar cumplimiento a estas obligaciones internacionales, a nivel nacional se sancionaron la Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (ley Nº 26.485) y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley nº 26.061), y sus respectivos decretos reglamentarios. Ninguna de estas normas fue elaborada desde la perspectiva del derecho criminal sino fundamentalmente desde la perspectiva del derecho privado y del derecho administrativo. De ahí que, al analizar la finalidad de protección de la ley desde la perspectiva del Derecho penal, no solo debamos detenernos en lo establecido en la ley positiva aprobada por el Poder Legislativo (derecho estatuido), sino también en aquello que emana del Derecho como conjunto de principios que, como dice Fletcher,[4]nos convocan por su propio mérito intrínseco. Esto nos invita a realizar una indagación sobre los diversos tipos de normas –reglas de decisión y reglas de conducta- y sobre las fuentes normativas del Derecho penal –la ley o los tratados como primera fuente basada en su autoridad; la interpretación de las palabras de la ley hecha por jueces y académicos, como segunda fuente basada en la razón y el argumento persuasivo- que influyen en los contornos de las reglas y principios que se aplican en los tribunales[5].

Partiendo de la base de que la ley es un medio de control social[6], es necesario

[4] Fletcher, George P. Gramática del Derecho Penal, 1º ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 120.

[5] Fletcher, op. cit., p. 127.

[6] Dan-Cohen Meir. Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in Criminal Law.

distinguir entre normas de conducta (que guían el comportamiento de las personas, por ejemplo, al estipular una prohibición o crear un delito) y las normas de decisión (que guían las decisiones de la autoridad, como las que ordenan la imposición de una pena). Estas últimas, según Hart, suponen una ofensa o quebrantamiento del deber o violación de una regla impuesta para guiar la conducta de la ciudadanía en general[7], y su relación con las reglas de conducta es un asunto normativo que debe ser decidido de acuerdo con los valores y las políticas relevantes. En el mismo sentido, Cañal recuerda que el Derecho es una norma jurídica, entendida bajo la idea de antecedente/consecuente: la regulación de una conducta y la obligación del juez de aplicar una sanción de no respetar el individuo la consigna, en términos kelsenianos, aunque la práctica "judicial" puede estar divorciada de las estructuras y de los contenidos[8].

Desde esta perspectiva, parece claro que tanto la Ley 26.485 como la Ley 26.061 contienen exclusivamente reglas de decisión dirigidas a las autoridades competentes para guiarlas respecto al tipo de acciones a seguir, aunque dichas reglas no establecen una única o unívoca consecuencia que deba imponer el judicante ni reclaman la demostración del antecedente con mediano grado de certeza. Las reglas de conducta asociadas a aquellas disposiciones están recogidas en el catálogo penal, en la prohibición de discriminación y en el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencias, que se traducen en un correlativo deber de no incurrir en discriminación, no cometer violencias y no dañar injustamente (*alterum non laedere*) no ya como base de la responsabilidad civil, sino como fundamento mismo de las injerencias preventivas penales anticipadas.

Harvard Law Review, Vol. 97, Enero 1994, Número 3.

[7] Hart, H.L.A. El concepto de Derecho, 1961, p. 39.

[8] Cañal, Diana. El imperio de la ley.

Partiendo de la base de que la ley es un medio de control social, es necesario distinguir entre normas de conducta (que guían el comportamiento de las personas, por ejemplo, al estipular una prohibición o crear un delito) y las normas de decisión (que guían las decisiones de la autoridad, como las que ordenan la imposición de una pena).

En el ámbito penal, entonces, el uso de la fuerza estatal -coerción o coacción[9] - se presenta como un atributo, facultad o poder de limitar los derechos personales o reales de un individuo para asegurar un fin determinado que interesa al Estado en representación del interés público[10], y la protección se provee a través de dos formas básicas:

- *la coacción reactiva*, consistente en la reacción luego de acontecido el comportamiento prohibido o resultado lesivo. Las leyes punitivas prevén el castigo de las personas por su comportamiento pasado, una vez transitado el debido proceso y dictada una sentencia condenatoria que declarará la responsabilidad del individuo por un hecho ilícito (aquí, demostrado el antecedente se aplica el consecuente)
- *la coacción preventiva*, referida a todo uso de mecanismos de coerción o restricción de libertades adoptadas de forma previa (a esa condena o a la absolución), para prevenir o reducir el riesgo de daños futuros (en este esquema, presumida la existencia del antecedente, se autoriza al juez a ordenar como consecuente cualquier medida que estime necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que

[9] Binder, Alberto. Introducción al derecho procesal pena", 2° ed. Actualizada y ampliada, reimpresión, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 79. Sostiene que la coerción estatal, como fuerza estatal de alta intensidad, se construyó sobre la base ideas preventivas de la pena y de la expropiación del conflicto: el reconocimiento de un fin preventivo a la pena justificaría que el Estado actúe de oficio y que no pueda renunciar a esa finalidad y, al mismo tiempo, proscribe el reconocimiento a la víctima de derechos sobre el destino de la acción (principio de oficiosidad en el impulso de la acción; prohibición de la renuncia de la víctima; etc.).

[10] Ferrari, Natalia Romina. Modelo de sistema procesal y perfil del juez en materia de medidas de coerción penal. En Chiara Díaz, C.A. y Obligado, D.H. (dir). Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal. 1° ed. Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2005, p. 307-331.

padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición).

Si bien tanto la modalidad reactiva como la preventiva aparecen como propias y naturales del Estado a lo largo de la historia del Derecho penal[11], en la actualidad, la consecución de la obligación estatal de protección ha venido a modificar la interpretación que cabe darle a la prevención en el sistema penal, a magnificar el rol *preventivo* de la esfera penal y a desarrollar prácticas de injerencia anticipada sobre los derechos individuales, sin que paralelamente se adviertan modificaciones a nivel de la *reacción* penal contra las violencias de género.

Como señala David Dyzenhaus, esto plantea un serio desafío al proyecto del Estado de Derecho, "*porque la justicia preventiva parece reducir los controles normativos asociados con el estado de derecho a un punto de fuga o peor en un área donde tradicionalmente se ha visto que el ejercicio de esos controles es más urgente: cuando el estado priva a los individuos de su libertad. Además, la privación no se produce por alguna infracción comprobada de la ley, sino sobre la base de una evaluación del riesgo que el individuo representa para algún individuo, grupo o comunidad en general*[12]".

Por otro lado, la consolidación de las medidas de injerencia preventivas como herramientas para la protección de ciudadanos inocentes y de gobernanza del sistema de justicia penal amplían, en vez de limitar, el poder punitivo y la

[11] Tanto en Hobbes como en Locke la protección es la razón social de la sociedad política, aunque esa protección puede llevarse a cabo mediante una serie de medidas y no solo mediante el castigo que solo reacciona a las violaciones de derechos que ya han ocurrido.

[12] Dyzenhaus, David. Preventive Justice and the Rule of Law Project, En Ashworth, Andrew; Zedner, Lucia y Tomlin, Patrick (ed.): Prevention and the limits of the criminal law. Oxford University Press, Oxford (UK), 2013, p.91-114. El cumplimiento del estado de derecho, según el autor, no es sólo actuar conforme a la ley, cualquiera que sea su contenido, sino que además exige el cumplimiento de principios que deben ser observados no solo por el ordenamiento jurídico, sino también por los actores legales, entre ellos los jueces que tienen el deber de tratar de asegurar que tales principios se observen.

capacidad de control del Estado (Dubber, 2013), con lo que se trastoca la idea del derecho penal y procesal penal como límite al poder punitivo.

Cañal indica que para que un modelo se transforme en paradigma el efecto explicativo no solo se debe dilatar en el tiempo y ser masivo, sino además afectar otros órdenes del obrar humano[13].

Algunas señales parecen indicar que efectivamente estamos frente a un cambio de paradigma –el paradigma preventivo- y no meramente de una tendencia de dar mayor preeminencia a una finalidad que siempre, de una u otra manera, estuvo presente en el derecho penal. Entre ellas, poner los derechos de la víctima en el centro de atención del Derecho penal trastoca la idea de que lo peor que puede ocurrir es condenar a un inocente, y la reemplaza por la noción de intolerancia a la impunidad y a la falta de diligencia estatal para condenar a los culpables y hacer efectivos los derechos humanos de las víctimas[14].

El principio del derecho penal de acto, caro a nuestro sistema constitucional, también parece quedar en entredicho cuando la protección se anticipa a una etapa previa a la declaración de responsabilidad, a la misma comisión del hecho ilícito, o se prolonga más allá de la existencia misma del proceso y de la pena. Disponer medidas sobre el imputado para proveer garantías de no repetición (de las violencias de género) se acerca demasiado a las teorías del derecho penal de autor en cuyo carácter o personalidad se funda la restricción de sus derechos. Se reduce a una mínima expresión

[13] Cañal Diana Regina. El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales. I Seminário Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho: Dilemas da "Globalização, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Acesso à Justiça, 2015.

[14] Fletcher, op. cit., p. 12.

del principio de legalidad procesal e interpretación restrictiva con relación a las medidas precautorias en el proceso penal, ya que las medidas de injerencia se autorizan, a priori, contra toda forma de afectación del derecho a vivir una vida libre de violencias y no se requiere satisfacer requerimientos procesales o un estándar probatorio determinado.

La tendencia a la imprecisión en la regulación de las acciones prohibidas contribuye al desdibujamiento del principio de legalidad sustantiva y a la intensificación de la discrecionalidad judicial en la definición de lo prohibido (vgr. algunas conductas como el abuso sexual, el acoso, el hostigamiento, la intimidación y el maltrato se autodefinen con esas mismas palabras).

En casos de VGM, el incumplimiento a las órdenes de protección se traduce en el inicio de un proceso por desobediencia, lo que sugiere un regreso a concepciones del delito como mera infracción al deber, desligada de la ponderación sobre la concreción de un daño o la adecuación social de la acción desplegada.

> Disponer medidas sobre el imputado para proveer garantías de no repetición (de las violencias de género) se acerca demasiado a las teorías del derecho penal de autor en cuyo carácter o personalidad se funda la restricción de sus derechos.

De la mano de estos cambios, se ha ido consolidando la noción de justicia preventiva, expresión utilizada para referirse a un conjunto de fenómenos que anticipan, amplían y refuerzan la intervención estatal autorizando medidas de injerencia anticipada de muy diversa índole que, a través de la regulación de las conductas de los sujetos procesales, aspiran a prevenir hechos ilícitos futuros –evitar violencias y daños-, y no se

limitan a la protección de los derechos humanos de las mujeres, sino que son abarcativas de otras medidas como la prisión preventiva, las deportaciones a quienes se consideran un riesgo para la seguridad, las privaciones de libertad por cuarentenas, o la extensión preventiva de la privación de libertad para quienes han cumplido la pena impuesta por sentencia si son aún considerados un riesgo para terceros.

Finalmente, muchas de estas medidas, como la exclusión del hogar, la prohibición de comunicación y acercamiento, enmarcadas en una creciente cultura de la cancelación, presentan reminiscencias con castigos bíblicos (ostracismo, destierro, etc.). Como recuerda Fletcher, la forma más fácil de resolver el problema de un peligro criminal es decirle al delincuente que se marche[15].

En palabras de Günther, el derecho penal se vuelve preventivo y se hace difícil distinguirlo del ordenamiento policial, con el riesgo de que los derechos humanos se transformen en un recurso retórico para la promoción de políticas de interés gubernamental[16].

Muchas de estas medidas, como la exclusión del hogar, la prohibición de comunicación y acercamiento, enmarcadas en una creciente cultura de la cancelación, presentan reminiscencias con castigos bíblicos

Se desdibujan –en los textos legales y más aún en la praxis- los límites normativos tradicionalmente impuestos al poder punitivo –legalidad, inocencia, *in dubio pro reo*, etc.- y se amplía el margen de

[15] Fletcher, op. cit., p. 64.

[16] Günther, op cit. Según el autor, esto tiene como consecuencia la inversión del sentido y dirección antimayoritaria de los derechos humanos, convertido en un derecho mayoritario a la protección y la correspondiente responsabilidad de proteger a las mayorías contra una minoría de ofensores penales.

discrecionalidad, de prudencia y las potestades jurisdiccionales: jueces que ejercen un "*poder de policía*" sobre las relaciones interpersonales de quienes se encuentran inmersos en una situación de violencia de género con posibilidad de reglar, incluso oficiosamente, los pormenores y detalles que deben caracterizar sus vínculos mediante la imposición de límites, prohibiciones y obligaciones dirigidos a pacificar y gestionar los conflictos.

Si estamos frente a una reinterpretación del derecho penal y si, en palabras de Cañal, toda nueva interpretación responde a intereses de algún sujeto, a una mayoría o minoría con poder bastante como para traspasar de un paradigma a otro[17], es posible indagar a cuáles intereses (y de quienes) se está respondiendo cuando se pone en el centro el fin de prevención, la obligación de hacer cesar el hecho ilícito (¿qué estamos dispuestos a hacer para alcanzar ese fin?), la garantía de seguridad y la evitación de la repetición. Lo claro es que se abandona la idea de una justicia retributiva, equitativa y universal, ya que los compromisos pragmáticos no tienen relación directa con el deber de poner coto a la impunidad de las violencias de género (reclamo basado en el principio del castigo como imperativo categórico kantiano) y su procedencia depende del cálculo de las ventajas y desventajas (o viabilidad) de imponer las medidas en el caso específico. Además, como sugiere Fletcher, al avanzar en esa línea podríamos estar infravalorando los riesgos de la tendencia preventiva

El paradigma preventivo en su versión más actual sugiere, también, que la Justicia demanda no solo garantizar la seguridad de la persona protegida, sino también promover su derecho a la libertad como no dominación

[17] Cañal, op. cit, 2015.

sobre un cada vez más frágil Estado de Derecho.

Esta idea de prevención y de evitar la repetición encuentra raíz en el utilitarismo porque supone adelantarse a la comisión del daño y justifica un tratamiento diferenciado en el que adquieren prevalencia las características personales del agresor y la víctima por sobre las características de los hechos denunciados.

El "paradigma preventivo" plasmado en la imposición de medidas de injerencia sobre los derechos del imputado –dolor infligido al presunto agresor- de forma previa a su declaración de culpabilidad, podría justificarse en función del mayor bienestar que esas restricciones supuestamente proveen a la mujer víctima asegurando la efectividad de sus derechos (es dudoso que ellas provean a una sociedad más segura en términos generales).

El paradigma preventivo en su versión más actual sugiere, también, que la Justicia demanda no solo *garantizar* la seguridad de la persona protegida, sino también *promover* su derecho a la *libertad como no dominación*[18], con escasa relación con los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, no parece claro que las herramientas teóricas disponibles sirvan para dar cuenta de si estas medidas producen una redistribución de libertades entre la persona restringida y la protegida[19], ni explican de qué forma se alcanza con alguna de ellas el objetivo de inversión/compensación de las relaciones de dominación existentes entre beneficiario/destinatario; o de qué forma pueden eliminar la capacidad de la persona cuyos derechos se ven restringidos de

[18] Pettit, P. (2014). Just Freedom, A moral compass for a complex world. . New York: W.W. Norton & Company.

[19] Rosenfeld, D. (2008). 31. Why doesn´t he leave? REstoring liberty and equality to battered women. En C. MacKinnon, & R. (Siegel, Directions in Sexual Harassment Law (págs. 535-558). New Haven: Yale University Press.

interferir en las libertades básicas de la persona protegida[20].

La exponencial expansión del sistema de protección regulado por la Ley 26.485 respecto de mujeres víctimas de violencias de género queda ilustrada en informes recientes:

La Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN comunicó que en un total de 8.700 casos derivados a la Justicia Nacional en lo Civil en 2021, se libraron 29.410 medidas de protección (un promedio superior a tres medidas de protección por caso) consistentes en: prohibición de acercamiento a la persona denunciante (75%); prohibición de todo tipo de contacto (70%); otorgamiento de dispositivo D.A.M.A. (30%); cese en los actos de perturbación e intimidación (24%); prohibición de acercamiento a niñas, niños y adolescentes (24%); tratamiento (17%); intervención y solicitud de informes al Consejo de Derechos de niñas, niños y adolescentes (G.C.B.A.) (17%); evaluación del Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar (CIVF-MJyDDHH) (14%); alimentos provisorios (14%); exclusión del hogar (13%); otras evaluaciones (10%); prohibición de acercamiento recíproca (9%); prestación de auxilio de las fuerzas de seguridad (8%); prohibición de ingreso a domicilio (6%).

La Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN comunicó que en un total de 8.700 casos derivados a la Justicia Nacional en lo Civil en 2021, se libraron 29.410 medidas de protección (un promedio superior a tres medidas de protección por caso)

[20] Pettit, P. (2011). The instability of freedom as non interference: the case of Isaiah Berlin. (Vol. 121 (4)). Ethics.

Por su parte, el MPF CABA llevó a cabo un estudio de los casos ingresados entre principios de junio de 2020 y fines de junio de 2021, con presencia de indicadores de VG en los que se hubieran adoptado medidas de protección, con los siguientes resultados[21]

CSJN, Oficina de Violencia Doméstica (OVD). Informe Estadístico Anual, Año 2021		
Fuero	Total de casos	Total de medidas de protección
Justicia Civil	8.700	29.416
Justicia Penal	2.106	1.625[22]

- En el 19% de los casos registrados se impusieron medidas de protección en favor de las víctimas y/o grupo familiar afectado (3.249 / 17.347).
- Estas cifras abarcan únicamente los casos en los que la MdP se dispuso en/por el fuero penal y contravencional de la Ciudad, sin incluir aquellos que ingresan a la justicia de la Ciudad y ya cuentan con medidas cautelares vigentes dispuestas por la justicia civil o penal nacional o provincial.
- Tampoco se incluyen los casos en los que la MdP se

[21] Piechestein, Ana Clara. "Informe final Medidas de protección en casos de Violencia de Género en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires". Octubre de 2021. El informe es parte del estudio empírico "Protección de las personas víctimas de violencia de género en el marco de la Resolución FG N° 63/20 del Ministerio Público Fiscal de CABA" realizado para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en coordinación con la Oficina de Planificación de Políticas de Géneros y Diversidades dependiente de la Secretaría General de Política Criminal y Asistencia a la Víctima del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (MPF CABA). Dicho estudio está enmarcado, a su vez, en el Proyecto EN21F15: "Evaluación de la satisfacción de las víctimas de violencia de género con las medidas de protección adoptadas en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

[22] CSJN, Oficina de Violencia Doméstica (OVD). "*Informe Estadístico Anual, Año 2021*". Fecha de publicación: mayo 2022. Según la OVD, del total de casos atendidos en 2021 (8.741), 99,5% tuvo derivaciones a la Justicia Nacional en lo Civil; 17% a la Justicia Nacional en lo Criminal y correccional; 69% al Fuero Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires y 37% al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (GCBA). Asimismo, se derivaron 584 casos al Programa Proteger (GCBA) y 24 casos a la Justicia Nacional de Menores. Se informa que se consultó a la justicia penal en el 24% de los casos atendidos (un total de 2106); consultas que fueron respondidas solo en un 93% y de estos, se dispusieron medidas y/o instrucciones en el 83% de los casos en los que la OVD consultó telefónicamente con la magistratura de turno. https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=6075

impone con motivo de un acuerdo alcanzado entre la fiscalía y la defensa al intimarse los hechos dirigido a evitar la imposición de medidas cautelares privativas de libertad, y que la persona imputada se compromete espontáneamente a cumplir.

- Cuando medió solicitud fiscal, el Juzgado hizo lugar a la medida de injerencia coactiva y preventiva en un 97% de los casos.
- La medida de injerencia prevalente es la de prohibición de contacto y/o acercamiento, dispuesta en el 69% de los casos, seguida de la exclusión del hogar (19%).

Un estudio del MPF Nacional sobre una muestra intencional de 158 casos ingresados al fuero criminal a través de la OVD-CSJN en 2015, da cuenta de que el 80% de las causas (98 de 123) finalizaron con sobreseimientos o archivos, a pesar de que un 50% de esos casos presentaban riesgo alto o altísimo para la víctima, por lo que cabría asumir que al menos en esa proporción se adoptó alguna medida de protección. El 15% fueron sometidos a prueba y en un 5% de los casos se emitió sentencia condenatoria que, en su mayoría, se obtuvo mediante acuerdo de juicio abreviado y solo una fue dictada con motivo del juicio oral.

Por su parte, el MPF CABA también informa[23] que un 12,9% del total de los casos ingresados entre enero y diciembre de 2021 (17.308/133.865) presentaron indicadores de violencia de género y que, al concluir ese año, se encontraban en el siguiente estado procesal: (ver tabla pag. 211)

Si bien los períodos anuales abarcados por los informes no son idénticos (junio 2020/junio 2021 y enero/diciembre 2021) **es significativa la diferencia** -superior al 1000%- entre la cifra de condenas –que no alcanzan a 300 casos- y relativa a las medidas –que se impusieron en más de 3200 casos-.

[23] MPF CABA, Secretaría de Información Estadística y Análisis de Datos. "Informe temático 2021-primer semestre 2022. Casos penales y contravencionales iniciados en el año 2021 y el primer semestre 2022 con indicadores de violencia de género (VG). Conductas ilícitas asociadas. Situación procesal de los ingresos al 30-06-22" (no publicado).

MPF CABA, Secretaría de Información Estadística y Análisis de Datos Informe temático 2021-primer semestre 2022						
Año	Materia	Ingresos VG	Intimaciones	REJ	Condenas	SPP
2021	Contravencional	6.203	752	183	57 (0,91%)	348
	Penal	11.105	3.403	1.472	144 (1,2%)	561
2022 (1º sem.)	Contravencional	2.977	310	21	3 (0,1%)	44
	Penal	5.238	1.715	212	11 (0,2%)	70

El núcleo del derecho penal, dice Fletcher, se expresa en un acto de lograr el dominio sobre los demás: el sistema legal es un sistema de dominación justificada para reequilibrar la balanza entre víctimas e imputados. En ese sentido, la protección a través de mecanismos de injerencia preventiva podría ayudar a las víctimas a no quedar sujetas en la relación de sumisión y a merced del agresor, gracias a la intervención de la policía u otros agentes de la ley penal. Pero cuando se miran los datos después de más de una década de leyes de protección, parece claro que esas medidas no se dirigen a "cautelar" los fines del proceso (juzgamiento, sanción y reparación), porque (casi) nunca se alcanzan esas etapas. Sin embargo, una vez que la opción penal se convierte en la respuesta convencional –y un mandato internacional- y cuando se encuentra en juego una relación de dominación y subordinación -como en las violencias de género, especialmente cuando la dominación es sostenida temporalmente u ocurre en el seno del hogar-, el Estado debe dominar la libertad del ofensor para que el criminal no continúe su dominación sobre la víctima. El castigo estatal reduce la capacidad de dominación del agresor y de ejercer poder sobre otros, y se convierte en la negación de esa dominación, pero ese castigo llega apenas a alrededor del 1% de los casos.

Se advierte entonces que la obligación convencional de proteger y hacer efectivos los derechos humanos de las mujeres provoca la transición de un paradigma de derecho

penal mínimo a una cultura de control, y se plasma en la clara expansión del recurso a la coacción y a las medidas de injerencia preventiva como herramienta frente al fenómeno de las violencias de género, pero no en un mayor juzgamiento de los hechos ni tampoco la identificación de los responsables y la imposición de castigo, con lo cual, se desdibuja el mensaje social de condena de la violencia y de solidaridad hacia la víctima.[25]

En definitiva, el abordaje en perspectiva feminista del fenómeno de la protección frente a las violencias de género es imprescindible, especialmente cuando los feminismos oscilan entre las reivindicaciones punitivas de castigo irrestricto a los agresores

En definitiva, el abordaje en perspectiva feminista del fenómeno de la protección frente a las violencias de género es imprescindible, especialmente cuando los feminismos oscilan entre las reivindicaciones punitivas de castigo irrestricto a los agresores y la búsqueda de formas de gestión que "pacifiquen y gestionen el conflicto" por la vía de la reparación, la composición y los acuerdos[26]

Creemos que el avance del paradigma preventivo requiere una mejor identificación y conceptualización de los requisitos y elementos que justifican la adopción de las medidas de injerencia preventiva; sus características, sus parámetros, alcance y límites; establecer en qué medida promueve una redistribución de las libertades entre la persona beneficiaria y aquella cuyos derechos fueron restringidos; fijar los poderes y facultades para revisarlas y sancionar su incumplimiento, medir y supervisar su eficacia son asignaturas teóricas pendientes y necesarias para mejorar las prácticas de operadores y organismos de protección, y servir de referencia para el conjunto de sujetos que participan de los procesos penales.

[25] Fletcher, George. Blackmail: the paradigmatic crime. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 141:1617.

[26] Arduino, Ileana. Violencias de género y el proceso penal: entre la promesa de la sanción y la gestión de los conflictos. En Herrera Marisa, Fernández, Silvia Eugenia y de la Torre, Natalia (dirs.), Hopp, Cecilia Marcela et. al (coords). Tratado de Géneros, derechos y justicia: Derecho Penal y sistema judicial, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, pp. 169-192.

TRABAJOS DE NUESTROS ALUMNOS DEL DOCTORADO

EL ORDEN SOCIAL Y EL DERECHO. ¿UN DERECHO DE IDEALES MORALES O DE NORMAS JURÍDICAS?

POR MARCO GOMBOSO

En las últimas décadas se ha acrecentado una discusión de alcance sociológico y jurídico ligada a la cuestión de la efectividad del derecho, y más precisamente a la función que a este le compete en términos últimos. El derecho y su naturaleza han sido objeto de análisis filosófico durante siglos; sin embargo, en nuestros días es común la referencia no tanto sobre su origen sino más bien sobre sus efectos. Desde ya, la efectividad del derecho como instrumento de resolución de conflictos tiene una relevancia sustancial, siendo que una de las razones de su existencia (de las más importantes) es su capacidad para establecer órdenes considerados normativamente válidos para una sociedad determinada.

De cualquier forma, es de importancia notar que el derecho no ha de por sí mismo brindar lo que vagamente denominamos "justicia": en efecto, el orden positivo posee por definición cierta autonomía relativa respecto a los valores sociales acerca de aquello que es considerado justo e injusto. El derecho positivo tiene un carácter en parte estático, es decir que su naturaleza exige de sí mismo una cierta falta de flexibilidad. Esto es debido a su pretensión de orden, es decir la voluntad de evitar la arbitrariedad a la hora de un fallo.[1]

[1] Ciertamente es difícil establecer cuando la interpretación de una norma positiva es arbitraria o no. Sin embargo, lo que quiero remarcar es que el derecho positivo busca definir de la manera más clara posible la norma en sí, de manera que el margen interpretativo sea casi nulo. Todo aquello que se aleje de la definición normativa es entonces considerado arbitrario. Desde ya el éxito de esta empresa es discutible; sin embargo, lo que intento es indicar que el derecho positivo tiene como fin esta claridad en sus definiciones.

Por otra parte, la existencia de principios de mayor envergadura jurídica (principios constitucionales) agrega mayores dificultades a la cuestión. Esto es debido a que el carácter generalista de dichos principios se traduce en una mayor ambigüedad a la hora de su interpretación. Además, en ciertos casos dicha lectura puede llevar a la consideración de que determinada normativa de menor rango colisiona con aquella de carácter constitucional[2]. Son estos casos definitivamente problemáticos, ya que muchas veces pueden admitir múltiples interpretaciones contradictorias entre sí.

Dado este escenario, este trabajo buscará presentar sucintamente cómo, a partir de determinadas circunstancias históricas, desde la segunda mitad del siglo pasado se desarrolló una mayor presencia (no sólo en términos jurídicos, sino más bien a nivel social general) de principios generales rectores que son entendidos como determinantes en la aplicación de buena parte de los derechos particulares. Luego, intentará describir el rol de los diferentes niveles sociales que dan impulso a los principios generales y normas específicas, para finalmente realizar una consideración acerca del problema que se observa a partir de la posible fricción interpretativa.

> …el derecho no ha de por sí mismo brindar lo que vagamente denominamos "justicia": en efecto, el orden positivo posee por definición cierta autonomía relativa respecto a los valores sociales acerca de aquello que es considerado justo e injusto.

2. El origen histórico de la preponderancia de los principios generales

[2] Incluyo aquí los tratados internacionales, que en el caso argentino poseen rango de constitucionalidad.

Si bien principios generales tales como el de "*dignidad humana*" no suponen un evento reciente, su preponderancia en los órdenes jurídicos sí lo es. Así lo explica Habermas:

Vale la pena resaltar el hecho de que la dignidad humana, como concepto filosófico que ya existía en la Antigüedad y que adquirió su expresión canónica actual con Kant, sólo alcanzó a materializarse en textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Únicamente durante las últimas décadas la dignidad humana ha desempeñado un papel protagónico en la jurisdicción internacional.[3]

Probablemente (Habermas esboza este argumento) este hecho esté relacionado con el devenir extremo de los acontecimientos durante la segunda guerra mundial. Es decir que el concepto de dignidad humana, posiblemente latente ya anteriormente, haya encontrado un terreno fértil para su exposición al contraponerse a dichos eventos históricos. En cualquier caso, la codificación de dichos principios ya es notada por el autor con cierto carácter ambiguo en su funcionalidad:

…nos enfrentamos a la pregunta de si la "dignidad humana" es un concepto normativo fundamental y sustantivo, a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos mediante la especificación de las condiciones en que son vulnerados, o si, por el contrario, se trata de una expresión que simplemente provee una fórmula vacía que resume un catálogo de derechos humanos individuales no relacionados entre sí.[4]

De esta afirmación se desprenden dos problemas: en primer lugar, porque indica que para que un concepto como el de dignidad humana tenga algún tipo de efectividad jurídica es necesario deducir esos derechos humanos

[3] Habermas, J. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Diánoia, volumen LV, número 64 (mayo 2010) p.5

[4] Habermas, J. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Diánoia, volumen LV, número 64 (mayo 2010) p. 6

fundamentales especificándolos en situaciones concretas, lo cual, teniendo en cuenta la amplitud conceptual de los mismos, no implica dificultad para el surgimiento de interpretaciones contrapuestas con fundamento suficiente. En segundo lugar, si en cambio aceptamos que se trata de una *"fórmula vacía",* sencillamente nos encontramos carentes de toda efectividad jurídica en cuanto al mentado principio, relegándolo a una esfera meramente enunciativa, una declaración de buenas intenciones alejada de aquello que el derecho positivo tiene como objeto. Estos son los principales problemas ligados a los principios generales y su aplicación.

No es menor el hecho de que, en términos históricos, lo que podríamos llamar paradigma de constitucionalismo de los derechos humanos, tal como lo designara Diana Cañal[5], se fue imponiendo desde la posguerra. El hecho va en consonancia con el imperio de los mentados principios generales: dicho constitucionalismo avanzó en el sentido de las máximas generales en relación a los paradigmas constitucionales clásico y social, los cuales habían tenido preponderancia hasta entonces. Este hecho, junto con la creación de una especie de orden jurídico supranacional al cual los estados nacionales, todavía últimos depositarios de soberanía legal, paulatinamente suscribieron incorporando dicho orden a sus sistemas jurídicos, supuso un nuevo escenario donde la interpretación de las normas se tornó mucho más compleja y dio lugar a una tensión entre los derechos consagrados en los órdenes anteriores y aquellos nuevos principios.

3. Los niveles sociales que dan sustento a los principios generales

Ante este derrotero histórico, cabe preguntarse cuál es el origen de los principios y qué carácter jurídico ostentan. La razón de ello estriba en que teniendo alguna noción de su naturaleza podemos establecer su alcance e

[5] Cañal, D. Relojes que suelen atrasar.

intentar comprender o esbozar qué tipo de aplicación merecen a la hora de ser interpretados. En términos ontológicos, los principios tienen un fundamento en lo que vagamente llamamos realidad. En efecto, todo principio tiene en última instancia un origen "desconocido", ligado a la estructura de la cual necesariamente participamos y que definimos como "mundo" o existencia. Poco podemos indagar sobre ello, aunque el derecho no puede ser desligado de esa zona metafísica. En cualquier caso, tal como lo muestra la *figura nro. 1*, parte de la realidad se desarrolla como hecho moral, y finalmente parte de éste se convierte en derecho positivo propiamente dicho. La moral está constituida por principios sobre lo correcto y lo deseable que tienen gran amplitud; esto quiere decir se aplican socialmente sin necesidad de que estén tipificados. El derecho es la institucionalización, sistematización y manifestación técnica de esos principios (en sus diversas formas, desde máximas generales hasta el simple mandato sin justificación).

En términos ontológicos, los principios tienen un fundamento en lo que vagamente llamamos realidad

De ello se desprende que el derecho es por naturaleza un derivado de principios generales o universales, que pretenden subsumir o estandarizar, tal como lo hacen los principios morales, hechos de la realidad que revisten importancia en términos de la díada correcto/incorrecto.

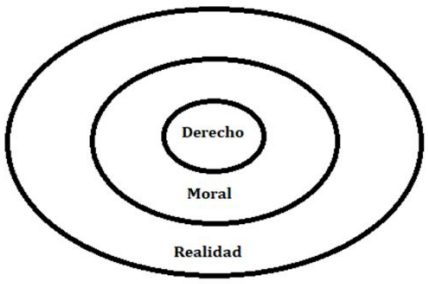


Fig. 1[6]

[6] Cañal, D. El imperio de la Ley.

¿Qué significa esto? En cierto modo, el derecho se constituye con una "*debilidad*" congénita: su intento de clasificar las conductas humanas de forma tal de dotar a la sociedad de máximas de orden con capacidad coercitiva es limitado. La razón de ello es su necesaria condición abstracta, su analítica condición universal, reduccionista. Pero en el fondo su "*debilidad*" es su razón: de no existir esa distancia con la realidad, cuya naturaleza escapa en términos absolutos a nuestra capacidad ordenadora, el derecho no significaría un elemento de utilidad alguna.

> No es menor el hecho de que, en términos históricos, lo que podríamos llamar paradigma de constitucionalismo de los derechos humanos, tal como lo designara Diana Cañal, se fue imponiendo desde la posguerra.

No es de menor relevancia la relación que la dimensión real, moral y jurídica antes mencionadas tienen cuando se las analiza en su interacción propiamente dicha. En efecto, y tal como se observa en la *figura nro. 2*, mientras que la realidad excede e influye tanto a las prácticas morales como así al derecho, la labor del juez y de los habitantes de una determinada sociedad (funciones que estos actores ejercen según sus roles jurídico y social/moral) influencian a aquella ya que la constituyen en parte. Esto es importante puesto que indica el grado de injerencia en la construcción de dicha realidad que luego retroalimenta el orden moral y jurídico. Si bien no existe la posibilidad de moldear a voluntad la realidad en función de tanto las creaciones como las interpretaciones jurídicas (error en el que suele caer el legislador o el juez auto considerado omnipotente[7]) no es falso que su labor tiene efecto en la realidad misma y su desenvolvimiento.

[7] Según Diana Cañal, este inconveniente relativo a la "omnipotencia" es una influencia del Common Law. En efecto, en dicho sistema jurídico la preeminencia de la jurisprudencia puede dar lugar a que el juez tenga amplia discreción en sus decisiones. De cualquier forma, no hemos de olvidar la fuerza que puede ejercer la costumbre y las sentencias anteriores.

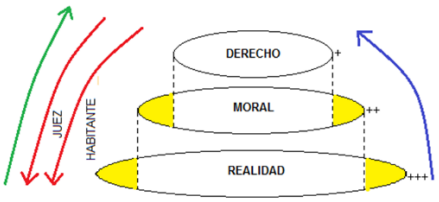


Fig. 2[8]

En cualquier caso, esta relación entre niveles no sólo no está exenta de la fricción entre principios generales y normas específicas. Más bien es parte de su misma generación. Esto resulta evidente teniendo en cuenta que el derecho, si bien recibe y "*codifica*" principios generales, necesita a su vez para ser efectivo una impronta específica, puesto que, a pesar de ser de naturaleza abstracta y universal, requiere ser aplicable. Esta última necesidad lo constriñe a un accionar más modesto. Como ejemplo, vale indicar cualquier legislación que busque preservar el medio ambiente: si se mantiene en una mera expresión de pautas generales, poco puede influir en situaciones concretas, como ser la pena que le puede caber a un actor que inflige daño al mismo.

4. ¿Qué hacer con la fricción interpretativa?

Ahora bien, ¿cuándo surgen los inconvenientes que este breve artículo intenta analizar? La respuesta es que los inconvenientes surgen cuando la interpretación de principios generales colisiona con normas puntuales. Pero el problema no termina allí: dichas normas puntuales, pueden colisionar con dicha interpretación, pero a su vez recibir apoyo y justificación de otros principios con rango y alcance similar. Cabe decir que en verdad se trata de lo que consideramos que dicen esos principios generales frente a las normas puntuales ya que, si se encuentra colisión entre ellas sin discusión, debería hablarse de inconstitucionalidad. La preeminencia entonces de unos sobre otros es motivo de conflicto y en algunos casos no es factible discernir cómo han de ser invocados. En el ejemplo del medio

[8] Cañal, D. El imperio de la Ley.

ambiente, determinada actividad económica puede encontrar justificación o injustificación según el principio que se invoque, a su vez que ajustarse a la normatividad propia de su área.

> …los inconvenientes surgen cuando la interpretación de principios generales colisiona con normas puntuales.

También, el conflicto puede presentarse como la tensión entre dos o más paradigmas:

Proponemos entonces no ser pasivos ni en el aprendizaje ni en la aplicación del derecho, y estar muy atentos tanto a cuál es el derecho vigente (paradigma normativo), cuanto a si efectivamente, desde lo adjetivo, al tiempo de aplicarlo, lo estamos respetando o si los siglos de doctrina y jurisprudencia de otra realidad normativa nos están arrastrando a una interpretación anacrónica (paradigma interpretativo)[9].

Donde la interpretación del derecho vigente está influenciada por formas de concebirlo que provienen de posturas filosófico-jurídicas distintas, como podría ocurrir en el caso de duda en cuanto a la preeminencia de los derechos individuales o colectivos en relación a derechos humanos fundamentales. La fricción interpretativa entonces parece colocar al derecho ante una situación problemática, ya que cuanto mayor es ésta menor la capacidad operativa del derecho y a su vez mayor preponderancia del ámbito ideológico. Este último se encuentra desde ya inmerso en todos los órdenes sociales y el derecho no ha de estar exento; sin embargo, no es incierto que la naturaleza del mismo queda resentida cuanto menor certeza y falta de ambigüedad este otorgue. El problema, en términos históricos, parece también

[9] Cañal, D. Relojes que suelen atrasar. p. 5.

ligado a lo que Nino califica como "*movimiento antikantiano*":

A fines de los años setenta y en los del ochenta se desarrolló todo un movimiento que enfrenta el enfoque constructivista kantiano, y a menudo sus implicaciones liberales, con las habituales acusaciones de pervertir la ética por la formulación de reglas universales legalísticas que sustraen a los hombres de sus vínculos y circunstancias locales, concibiéndose como egos descontextualizados, cuya historia, deseos y proyectos son irrelevantes y que existen independientemente los unos de los otros y de la comunidad en la que están insertos. Las virtudes han de preferirse a los principios universales; los ideales de una vida buena a las obligaciones morales, los compromisos personales a la imparcialidad hacia nuestros semejantes como tales[10].

Esta preeminencia de los ideales y la contextualización como respuestas ante un universalismo *"vacío"* son paradójicas, ya que decíamos que los principios se habían convertido en el terreno fértil para la disputa interpretativa. Sin embargo, en última instancia funcionan como máximas que aumentan este problema: cuando lo que importa ya no es el principio en sí sino la intención hacia lo considerado "bueno", la volatilidad interpretativa será aún mayor.

¿Qué hacer entonces? La respuesta no es sencilla, pero quizás vale la pena preguntarse por la naturaleza del derecho y su función. ¿Cual es ésta en última instancia? Posiblemente, una mayor diferenciación entre las intenciones morales y la letra escrita (desde ya imbuida por consideraciones morales por parte del legislador) sea el único camino hacia una revaloración de la función jurídica.

5. Conclusión

[10] Nino, C.S. Ética y Derechos Humanos. Astrea. Buenos Aires, 1989. p. 129.

La dificultad a la hora de la interpretación normativa no es un hecho que deba ser obviado o eliminado. En todo caso, debemos tomar nota de su existencia como parte del hecho social que es el derecho y su aplicación.

> Posiblemente, una mayor diferenciación entre las intenciones morales y la letra escrita sea el único camino hacia una revaloración de la función jurídica.

Sin embargo, es necesario resaltar la naturaleza de este hecho social: el derecho (incluso en sus formas más impersonales) tiene como función la resolución pragmática de conflictos en base a normas establecidas y de creciente aplicación técnica. Todo aquello que el derecho no controla (puesto que escapa a su función) es terreno de otro hecho social no menor: la política y sus discursos morales. Que el primero esté directamente relacionado con el segundo no debe hacer olvidar su relativa autonomía.

Bibliografía

Alexy, R. La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino. Ziemske, Langheid, Wilms, Haverkate. Munich, 1996. (Traducción de M.C. Añaños Meza)

Bulygin, E. Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos. Doxa 4, 1987.

Cañal, D. El imperio de la ley.

Cañal, D. Relojes que suelen atrasar.

Habermas, J. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Diánoia, volumen LV, número 64 (mayo 2010): pp. 3–25.

Nino, C. S. Ética y Derechos Humanos. Astrea. Buenos Aires, 1989.

SPES FEDERAL

INCOSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD DE LAS DELEGACIONES MÉDICAS

RESOLUCIÓN 65/2018 SRT.

POR HORACIO ROSSI (S)

Por el presente se pretende el estudio de las denominadas delegaciones medicas pertenecientes a la SRT y su inconstitucionalidad por derogación de las leyes 27.348 y la ley provincial Mendoza 9017. Asimismo, se analiza su valides como acto administrativo desde la óptica de la ley de procedimientos administrativos nacional 19.549

En el art 1 de la ley 27.348 se planteó la obligatoriedad de la intervención de las comisiones médicas jurisdiccionales, las cuales expresamente este articulo las define refiriendo al art 51 de la ley 24.241 (sustituido por el art 50 de la ley 24.557), estableciendo que las mismas deben contar con 5 médicos.

Asimismo, la resolución 889/17 en su artículo art 3 establece que las comisiones jurisdiccionales deben contar, además, con un secretario técnico letrado, un titular de servicio de homologación y personal auxiliar.

En este orden de ideas resulta clara el apartamiento de la ley en el accionar de la SRT al crear “delegaciones médicas” que actúen en el lugar de las verdaderas Comisiones Jurisdiccionales previstas en la Ley 27.348.

En definitiva, la SRT ha previsto un nuevo organismo, creando comisiones especiales para el tratamiento y la resolución de los derechos de los trabajadores en el marco de la ley de riesgo del trabajo. Desde ya que dichas delegaciones no cumplen con los requisitos mencionados en la resolución 889/17 y art 51 de la ley 24.241.

De forma clara la resolución 889/17 en sus considerandos define a las comisiones medicas de la siguiente manera:

1) Que el artículo 51 de la Ley N° 24.241, sustituido por el artículo 50 de la Ley N° 24.557, dispuso la actuación de las Comisiones Médicas y la Comisión Médica Central en el ámbito del Sistema de Riesgos del Trabajo. Que el artículo 21, apartado 1, inciso a) de la Ley N° 24.557 establece que dichas comisiones serán las encargadas de determinar la naturaleza laboral del accidente o profesional de la enfermedad y la incapacidad resultante.

2) Que mediante el artículo 11 del Decreto N° 1.278 de fecha 28 de diciembre de 2000, se incorporó el apartado 5 al ya citado artículo 21, estableciendo allí que "*En lo que respecta específicamente a la determinación de la naturaleza laboral del accidente prevista en el inciso a) del apartado 1 de este artículo y siempre que al iniciarse el trámite quedare planteada la divergencia sobre dicho aspecto, la Comisión actuante, garantizando el debido proceso, deberá requerir, conforme se establezca por vía reglamentaria, un dictamen jurídico previo para expedirse sobre dicha cuestión.*".

3) Que, por su parte, el Título I de la Ley N° 27.348 determinó que la intervención de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales constituye la instancia única, con carácter obligatorio y excluyente de cualquier otra, para que el trabajador afectado, contando con el patrocinio letrado que garantice el debido proceso legal, solicite u homologue la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia y grado de incapacidad.

4) Que con la sanción de la Ley N° 27.348 se ha procurado corregir las falencias de índole constitucional del Sistema de Riesgos del Trabajo que fueron puestas de manifiesto a través de distintos y sucesivos pronunciamientos judiciales.

5) Que, en esta inteligencia, debe quedar establecido que cualquier alusión normativa a las Comisiones

Médicas debe entenderse referida al órgano administrativo que ellas constituyen, compuesto por los profesionales de la medicina y del derecho, como así también, por todos sus integrantes de acuerdo con sus respectivas incumbencias y actuación en el procedimiento.

… cualquier alusión normativa a las Comisiones Médicas debe entenderse referida al órgano administrativo que ellas constituyen, compuesto por los profesionales de la medicina y del derecho, como así también, por todos sus integrantes de acuerdo con sus respectivas incumbencias y actuación en el procedimiento.

Por otra parte, la ley 27.348 previó la necesidad de adhesión de las diferentes provincias a esta norma como requisito previo a su aplicación adecuando de esta forma las legislaciones provinciales a este marco normativo sorteando de esta manera las inconstitucionalidades planteadas respecto de la ley 26.773.

Es así que cuando le llegó el turno a la Provincia de Mendoza siguiendo el modelo Cordobés, condicionó la adhesión a la ley 27.348 aprobando la ley 9017, adecuando la ley nacional a las necesidades provinciales.

De esta manera en su ART 2 dispuso "*Encomiéndase al Poder Ejecutivo Provincial a celebrar convenios de colaboración y coordinación con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a los fines de que las Comisiones Médicas jurisdiccionales instituidas por el artículo 51 de la Ley Nacional N° 24.241 (artículo modificado por el art 50 de la ley 24.557) actúen en el ámbito de la Provincia de Mendoza como instancia prejurisdiccional, cumpliendo con los lineamientos de gestión que fija el presente artículo.* ***A tal fin, se constituirá una Comisión Médica en cada circunscripción judicial que conforma el mapa judicial de la Provincia de Mendoza.*** *Las mismas deberán actuar con objetividad y profesionalidad al momento de emitir su*

dictamen médico, asegurando la correcta aplicación de las reglas que dispone la LeyNacional 24.557, con sus modificatorias, para la cuantificación del daño.

En este caso, y como criterio unificador, se deberán aplicar los baremos dispuestos por la citada ley.

El Poder Ejecutivo Provincial deberá establecer, mediante acuerdo con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, un mecanismo de supervisión y control sobre la actuación de las actuaciones médicas jurisdiccionales, y un control efectivo sobre el trámite de homologación de los acuerdos celebrados entre el trabajador y la Aseguradora de Riesgos del Trabajo"

por otra parte, estableció:

"ART. 8 - VIGENCIA: La entrada en vigencia de la presente ley será independiente para cada circunscripción judicial, quedando únicamente supeditada a la constitución y funcionamiento de la Comisión Médica en dicha circunscripción."

Así, los legisladores provinciales exigieron para la aplicación de la ley 27.348, la creación de una Comisión Médica en cada circunscripción judicial de la provincia, exigiendo que esta debe cumplir a su vez con el art 50 de la 24.557.

Así, los legisladores provinciales exigieron para la aplicación de la ley 27.348, la creación de una Comisión Médica en cada circunscripción judicial de la provincia, exigiendo que esta debe cumplir a su vez con el art 50 de la 24.557.

Pues bien, al momento de la sanción de la Ley 9017, la provincia contaba y cuenta actualmente, con dos Comisiones Médicas (la Comisión N° 4 Mendoza sito en la primera Circunscripción Judicial y la Comisión N°32 San Rafael sito en la Segunda Circunscripción Judicial) que cumplen los recaudos del art 50 de la ley 24.557,

para sus cuatro circunscripciones judiciales.

Así fue como en un principio se aplicó la nueva ley a la primera circunscripción judicial (Gran Mendoza) y a la segunda circunscripción judicial (San Rafael), no aplicándose la misma a las restantes dos circunscripciones.

Se dijo en este sentido de manera plenaria por los tribunales laborales de la Tercera Circunscripción en Autos 28.373 "Lucero Pablo Sebastián c/ Prevención ART SA p/ Enf. Accid", *que "Resulta de rigor referenciar la norma provincial y su viabilidad fáctica al momento de interposición de la demanda porque no podría exigirse retroactivamente al actor un trámite que a la hora de accionar era de imposible viabiliación. Desde otra perspectiva además, concluir con una solución de máxima como es el rechazo de una cuestión formal previa, implicaría a no dudarlo una clara denegatoria de acceso a la justicia lo que conspira contra esa garantía constitucional (arts. 18 y 33 CN, 10 Declaración Universal de los derechos del Hombre, 2.1. del PIDESC, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 25 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, instrumentos todos ellos de preponderancia legal por el art. 75.22 de la CN, que revista carácter de derecho humano fundamental de los ciudadanos."*

Es así como es necesaria para la vigencia de la ley 27.348 la creación de Comisiones Médicas jurisdiccionales en todas las circunscripciones judiciales. Pero no cualquier organismo, sino verdaderas Comisiones médicas las cuales deben cumplir con lo establecido en el art 51 de la ley 24.241 (modificado por el art 50 de la ley 24.557) y la resolución 889/17. Exigencia que es reiterada en la ley provincial 9017 y la ley Nacional 27.348.

Sin embargo, la SRT en contravención a las dos normas, de manera inconstitucional, derogando la ley 27.348 y la ley provincial 9017, emitió la resolución 27/2018 creando las

DELEGACIONES MEDICAS, ente administrativo totalmente desconocido para las normas vigentes, la cual si fue derogada y ratificada posteriormente por la resolución 65/18.

Resulta claro entonces la derogación expresa de la resolución 65/2018 de la SRT a las leyes 27.348 y 9017 en cuestión, toda vez que como el mismo nombre indica la DELEGACION MEDICA no es una COMISION MEDICA, sino no haría falta diferenciarlo con un nombre diferente.

En este sentido la Dra. escobar en voto disidente en los autos N°29.044 caratulados "**HIDALGO, OSCAR CEFERINO C/ PROVINCIA A.R.T. S.A. P/ E.A.**" *Cierto es que la ley provincial en su art.8 determina la creación de comisiones y no habla de delegaciones, en tanto que por la resolución 27/18 se entiende que éstas han de cumplir las mismas funciones que las primeras, al modo de una prolongación de ellas. Mas no puede dejarse de ver que similar no es igual".*

> …es necesaria para la vigencia de la ley 27.348 la creación de Comisiones Médicas jurisdiccionales en todas las circunscripciones judiciales. Pero no cualquier organismo, sino verdaderas Comisiones médicas las cuales deben cumplir con lo establecido en el art 51 de la ley 24.241

Así en el art 3 de la resolución 65/2018: "*Defínase la competencia territorial de las Comisiones Médicas de la provincia de Mendoza, que a continuación se detallan, de la siguiente manera: – Comisiones Médicas "4 A" y "4 B", con competencia en las ciudades que comprenden la Circunscripción Judicial Primera de la provincia de Mendoza y, a través de las delegaciones con asiento en las localidades de San Martín y Tunuyán, las Circunscripciones Judiciales Tercera y Cuarta, respectivamente*".

Este artículo se encuentra en directa contradicción con el art 2 y el art 8 de la ley 9017, ya que a pesar de que estos exigen la creación de una Comisión Médica para cada circunscripción, la resolución ha dispuesto que no se van a crear Comisiones Médicas en todas las circunscripciones, sino que por el contrario, se van a crear DELEGACIONES MEDICAS en la Tercera y Cuarta Circunscripción que actúan en representación de la COMISION MEDICA ya creada en la Primera Circunscripción.

la resolución [65/2018 de la SRT] ha dispuesto que no se van a crear Comisiones Médicas en todas las circunscripciones, sino que por el contrario, se van a crear DELEGACIONES MEDICAS en la Tercera y Cuarta Circunscripción que actúan en representación de la COMISION MEDICA

Asimismo, por su parte el art 4 de la resolución 27/2018 se estableció "*Determinase que las delegaciones de las Comisiones Médicas cumplirán las mismas funciones que las Comisiones Médicas y sustanciarán los trámites previstos en la Res. S.R.T. 179, de fecha 21 de enero de 2015, y en el Tít. I de la Ley 27.348*".

Es esto sin lugar a duda una derogación expresa realizada por la SRT respecto del art 1 de la ley 27.348 y el art 2 de la ley 9017, ya que se han reemplazado de forma unilateral las Comisiones Médicas por Delegaciones Médicas. Creando un nuevo órgano que no cuenta con los requisitos del art 50 de la ley 24.557.

No es un detalle menor, el hecho que resulta un denominador común entre la ley 27.348 y la ley 9017 la necesidad que las comisiones médicas a crear sean conforme los requisitos del art 50 de la ley 24.557 (o art 51 de la ley 24.241) ya que ambas normas al momento de definir la comisión médica lo hacen mediante el art 50 de la ley 24.557.

Es decir que los legisladores ordenaron que el organismo administrativo al cual otorgaron la jurisdicción respecto de la ley de Riesgos del Trabajo sean las Comisión Médicas y no otro, ya que de

esta manera previeron que se aseguraban los derechos del trabajador.

El no cumplimiento de esto o peor aún el reemplazo por otro organismo diferente que no cumple con los requisitos que los mismos legisladores establecen implica sin duda, una derogación expresa en contravención a la Constitución Nacional y Provincial, y una violación a los derechos del trabajador quien debe resolver sus controversias en una Comisión Médica y no en otro organismo administrativo sea cual fuere el nombre que tenga.

I.-VIOLACION AL ART 31, ART 75, ART 99 INC 3 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y ART 12 DE LA CONSTITUCION PROVINCIAL.

Esta derogación de la leyes provinciales y nacionales mencionadas a través de una resolución de la SRT, ente perteneciente al Poder Ejecutivo, resulta entonces una violación al art 31 de la Constitución Nacional, ya que vulnera el principio de supremacía constitucional, toda vez que una resolución de un ente administrativo perteneciente al Poder Ejecutivo deroga normas Provinciales y Nacionales que son de una jerarquía superior.

Esta derogación de las leyes provinciales y nacionales mencionadas a través de una resolución de la SRT, ente perteneciente al Poder Ejecutivo, resulta entonces una violación al art 31 de la Constitución Nacional

Resulta claro entonces la necesidad de ejercer el control de constitucionalidad para mantener la supremacía de la Constitución Nacional y Provincial conforme lo expresado anteriormente.

A su vez la SRT al emitir dicha resolución se arroga competencias legislativas, es así entonces que un organismo perteneciente al Poder Ejecutivo emite una norma en directa contradicción con la prohibición expresada en el art 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

En igual sentido viola el art 12 de la Constitución Provincial Mendocina, que

veda al Poder Ejecutivo Nacional, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

II.-VIOLACION AL ART 75 inc. 12 CONSTITUCION NACIONAL Y ART 99 DE LA CONSTITUCION PROVINCIAL.

Mas grave aún es que la resolución 65/2018 a modificado las competencias de las diferentes jurisdicciones Provinciales, esto ya que el art 2 párr. 2 de la ley 27.348 dispone "...*El trabajador tendrá opción de interponer recurso contra lo dispuesto por la comisión médica jurisdiccional ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino*…".

Ahora bien, el art 3 de la resolución 65/2018 dispone que la delegación a crearse en la Tercera circunscripción representa a las Comisiones 4 A y 4 B, con asiento en la calle Pedro Molina 565 de Ciudad, Mendoza (Primera Circunscripción Judicial), SUSTRAYENDO ENTONCES LA COMPETENCIA DE LA TERCERA Y CUARTA CIRCUSCRIPCION, SIENDO POR APLICACIÓN DEL ART 3 DE LA RESOLUCION 27/2018 Y ART 2 DE LA LEY 27.348 QUE LA TERCERA Y LA CUARTA CIRCUNCRIPCION JUDICIAL NO ENTENDERAN, DE APLICARSE LAS NORMAS CITADAS, EN LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA LEY DE RIESGO DE TRABAJO.

Resulta claro entonces la necesidad de ejercer el control de constitucionalidad para mantener la supremacía de la Constitución Nacional y Provincial conforme lo expresado anteriormente

Evidencia de lo que expreso resulta del análisis a los considerando de la resolución 65/18 que versan expresamente QUE LA GERENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE COMISIONES MÉDICAS, MANIFESTÓ MEDIANTE ME-2018-36516373-APN-GACM#SRT, QUE EN VIRTUD DE QUE ACTUALMENTE LAS CITADAS COMISIONES MÉDICAS Y

DELEGACIONES SE ENCUENTRAN PLANAMENTE OPERATIVAS, RESULTA NECESARIO EL DICTADO DE UN NUEVO ACTO ADMINISTRATIVO QUE DEFINA LAS COMPETENCIAS Y ESTABLEZCA LOS ASIENTOS DE LAS MISMAS, A LOS FINES DE ASEGURAR UNA ADECUADA COBERTURA GEOGRÁFICA Y QUE EL TRABAJADOR PUEDA SOLICITAR LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN MÉDICA, CON COMPETENCIA EN EL DOMICILIO SELECCIONADO, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1° DE LA LEY N° 27.348.

QUE LAS REFERIDAS DELEGACIONES CUMPLIRÁN LAS MISMAS FUNCIONES QUE LAS COMISIONES MÉDICAS Y SUSTANCIARÁN LOS TRÁMITES PREVISTOS EN LA RESOLUCIÓN S.R.T. N° 179 DE FECHA 21 DE ENERO DE 2015 Y EN EL TÍTULO I DE LA LEY N° 27.348, EN LAS LOCALIDADES PERTENECIENTES A LAS CIRCUNSCRIPCIONES JUDICIALES DETALLADAS EN LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

Es así que de lo anterior la SRT ha expresado su voluntad de determinar competencias extendiendo la competencia de la Comisión Médica de la primera circunscripción hacia la tercera.

Resulta clara la gravedad de lo anteriormente mencionada, ya que por la resolución se sustrajo una materia del derecho laboral a la tercera y a la cuarta circunscripción.

Arrogándose facultades que son privativas de la Legislatura de la Provincia ya que como dispone el art 75 inc. 12 de la Constitucional Nacional, el dictado de los códigos de procedimiento es una facultad de las provincias. Sumado al art 99 inc. 12 de la Constitución Provincial Mendocina que determina como competencia exclusiva de la Legislatura provincial dictar las leyes de organización de los tribunales y de procedimientos judiciales. Por todo esto la resolución mencionada resulta inconstitucional a todas luces.

Agravándose aún mas esta situación, cuando es un organismo del Poder Ejecutivo quien dicta la resolución en conflicto.

Que a su vez como se explicó, se contrapone con el art 2 de la ley 9017, que obliga la conformación de una Comisión Médica por Circunscripción con los recaudos del art 50 de la ley 24.557.

III.- INCOSTITUCIONALIDAD DE LA RESOLUCION 65/2018 POR VIOLACION AL ART 18 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Asimismo, también la resolución 65/2018 viola lo dispuesto en el art 18 de la Constitución Nacional respecto de las "*comisiones especiales*". En este sentido el art 18 de la Constitución Nacional dispone que ningún habitante de la Nación puede ser juzgado "*por comisiones especiales, o sacados de los jueces designados por la ley antes de los hechos de la causa*", estableciendo de esta manera la garantía del juez natural.

En el caso la SRT ha creado, y de esta manera excediendo su competencia y arrogándose atribuciones legislativas, un nuevo organismo LAS DELEGACIONES MEDICAS, sustrayendo al trabajador del ámbito de las Comisiones Médicas.

Resulta claro entonces la violación al art 18 de la Constitución Nacional, ya que no solo que sustraen al trabajador del órgano competente creado por LEY, sino que además se crea un organismo nuevo a través de resolución dictada por ellos mismos.

Así hoy resultan ser que las DELEGACIONES MEDICAS son quienes han tomado la jurisdicción de las Comisiones Médicas en manifiesto perjuicio de los derechos de los trabajadores.

Asimismo, de considerarse que la resolución 65/2018 es constitucional, se habilitaría a la SRT a crear cualquier delegación, comisión, repartición, etc., con los alcances que ella estime, para resolver quien debe entender en la materia de Riesgos del Trabajo.

Por otra parte, la creación de este órgano se hizo de manera irrestricta trasladando la competencia otorgada por la Ley 27.348, en este sentido el art 4 de la resolución 65/2018 se estableció

"Determinase que las delegaciones de las Comisiones Médicas cumplirán las mismas funciones que las Comisiones Médicas y sustanciarán los trámites previstos en la Res. S.R.T. 179, de fecha 21 de enero de 2015, y en el Tít. I de la Ley 27.348".

Así hoy resultan ser que las DELEGACIONES MEDICAS son quienes han tomado la jurisdicción de las Comisiones Médicas en manifiesto perjuicio de los derechos de los trabajadores.

EN OTRAS PALABRAS, UN ORGANISMO CREADO MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO VIENE A REEMPLAZAR A UN ORGANISMO CREADO MEDIANTE LEY NACIONAL.

De esta manera se violaría también el principio de perpetua jurisdicción que se ha visto como parte integrante del art. 18 CN, el cual ha sido interpretado por la CSJ en los autos caratulados Banco de la Provincia de Misiones s. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad en: Yerbatera del Alto Paraná S.R.L. y otros vs. Banco de la Provincia de Misiones s. Cobro de australes /// STJ, Misiones; 31/03/2008; estableciendo que "..El art. 18, Constitución Nacional, prohíbe que ningún habitante sea juzgado por comisiones especiales, o sustraído de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. En este sentido, debe entenderse como "Juez Natural" a todo magistrado judicial designado por las leyes de la República, nacionales o provinciales, de acuerdo con la Constitución Nacional o, en su caso, la respectiva Constitución Provincial, e investido por ellas de la jurisdicción y competencia respectiva. La garantía de juez natural tiene como consecuencia el principio de la "*perpetuatio jurisdictionis*", según el cual la radicación de una causa ante un tribunal fija definitivamente la jurisdicción de éste sobre aquella.

Cada causa que pueda suscitarse, de cualquier naturaleza que sea (civil, comercial, penal, etc.), en el momento en que aparece o se produce el hecho que la origina, tiene asignado un órgano judicial específico, con competencia

también específica para resolverla y cubierto por una persona física designada para el cargo, conforme a los requisitos constitucionales y legales…-

Esto ya que el legislador a previsto que los infortunios de la ley 27.348 sean juzgado por las Comisiones Médicas, a las cuales las definió conforme el art 50 de la ley 24.557 y no otro órgano. Por lo tanto, la jurisdicción le pertenece a estas y a ningún organismo más.

De esta manera, y de permitirse esta delegación ¬por parte de la SRT y a su sola voluntad, por ejemplo, se podría permitir que la DGE juzgue los accidentes de trabajo que ocurren en las Escuelas con las consecuencias que esto tendría.

IV.- VIA DE HECHO CONTRAPOSICION A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS 19.549.

Asimismo, la resolución 65/2018 se opone a la ley 19.549 que dispone en su art 3 la improrrogabilidad de la competencia, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas, así establece "*…Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas…*". Cuestión que no ocurre en el caso, ya que la SRT tiene su competencia limitada a las cuestiones reglamentarias del procedimiento por ante suyo, conforme establece el art 3 de la ley 27.348.

Pero de ninguna manera se ha autorizado a la SRT a crear un nuevo órgano administrativo al cual se le transfiere facultades por delegación expresa. Lo cual transforma a cada acto emitido por las DELEGACIONES MEDICAS en actos administrativos que no cuentan con la competencia para realizarlos.

Así esta delegación ilegal y todos los actos emitidos por dichas delegaciones resultan claramente VIAS DE HECHO administrativo definidas en el art 9 de la ley 19.549. Siendo el acto nulo de nulidad absoluta conforme lo establece el art 14 inc b) de la ley de procedimientos normativos.

Finalmente, la creación de un nuevo organismo es siempre mediante una norma de fondo y no de forma. Teniendo en cuenta que el art 3 de la ley 27.348 determina que la SRT solo puede dictar normas de forma, resulta claro el incumplimiento de dicha manda.

Esto que digo coincide con los criterios fijados en el precedente Angel Estrada por cual se determinó la constitucionalidad de los organismos administrativos jurisdiccionales, siempre que los mismos sean creados mediante una ley.

> de ninguna manera se ha autorizado a la SRT a crear un nuevo órgano administrativo al cual se le transfiere facultades por delegación expresa.

CONCLUSION:

En definitiva, vemos como lo único que parece interesar actualmente es la intervención irrestricta de la SRT en las acciones derivadas de la Ley de Riesgos del Trabajo, en total desmedro de las legislaciones vigentes. Creando parches y no cumpliendo la ley para justificar de esta manera la obligatoriedad de la instancia administrativa.

Tan poco respeto se tiene por las normas que ni siquiera se molestan en guardar las apariencias ordenando la creación de delegación sin determinar su composición ni forma. No respetando las competencias delegadas y avasallando cada vez más los derechos del trabajador, los cuales se ven obligados a transitar por organismos ilegales sin las garantías establecidas por los legisladores para que se resuelvan sus pretensiones.

Así todo este engranaje a través de las delegaciones medicas pretende sustraer al trabajador de su jurisdicción natural, sometiéndolo a un seudo proceso administrativo contencioso, ante delegaciones especiales que actúan en representación de una Comisión que a su vez le otorgo todas sus facultades, de manera ilegal sin establecer los parámetros en que deben cumplir estas.

Finalmente resulta esclarecedor de todo lo anteriormente expresado el análisis a los siguientes artículos de la resolución 65/18:

"Art. 3 – Defínese la competencia territorial de las Comisiones Médicas de la provincia de Mendoza, que a continuación se detallan, de la siguiente manera:

– Comisiones Médicas Nº "4 A" y Nº "4 B", con competencia en las ciudades que comprenden la Circunscripción Judicial Primera de la provincia de Mendoza y, a través de las delegaciones con asiento en las localidades de San Martín y Tunuyán, las Circunscripciones Judiciales Tercera y Cuarta, respectivamente.

– Comisión Médica Nº 32, con competencia en las ciudades que comprenden la Circunscripción Judicial Segunda de la provincia de Mendoza.

Art. 4 – Determinase que las Delegaciones de las Comisiones Médicas cumplirán las mismas funciones que las Comisiones Médicas y sustanciarán los trámites previstos en la Res. S.R.T. 179, de fecha 21 de enero de 2015, y en el Tít. I de la Ley 27.348."

De estos se infiere sin lugar a duda que las Delegaciones Médicas no son Comisiones Médicas por expreso reconocimiento del art. 4 de la resolución 65/18, ya que expresamente las diferencia aclarando que no son lo mismo, pero cumplirán "*las mismas funciones*". Evidentemente de ser el organismo deseado en la ley 27.348 no sería necesario dicha aclaración por ser equivalentes.

Y finalmente pero aún más grave es que la SRT reconoce a las delegaciones como un organismo inferior que las comisiones medicas ya que no tienen competencia sino a través de las Comisiones medicas que representan.

Por lo tanto jurídicamente las delegaciones medicas dependen de las Comisiones en un sentido de inferioridad jurídica ya que estas son quienes entregan la jurisdicción a la delegación y no la ley como debió ocurrir.

SPES FEDERAL

REFLEXIONES SOBRE DOS HECHOS QUE INFLUYEN EN EL CULTIVO DEL OLIVO Y SU PRODUCTIVIDAD.

POR JULIO BASTOS (S)

Los dos hechos a los que me referiré tienen directa relación con el cultivo de olivares, con referencia exclusiva a la actividad y que hacen al rendimiento económico de la misma y que se presentan no tan solo en la Provincia de Catamarca, sino también en las provincias vecinas, esto es La Rioja (una de la mayores productoras), Santiago del Estero y Córdoba, lo que por sí sólo está marcando, por lo extenso de la zona que la padece, la ausencia total de intervención para evitar su acaecimiento, el que debe ser desde lo específicamente técnico y también político, debiéndose instruir, tanto a propietarios como al personal profesional que tiene a su cargo la explotación al implementar el modo en que deberán realizarse las tareas en la plantación y que esa información llegue de algún modo especifico al obrero que realizará el trabajo.

a.-) i.-) En lo que hace a la invocación de falta de cuidados, realmente resulta alarmante por cuanto el tema de XILELLA FASTIDIOSA, en el cultivo del olivo, como de otros cítricos, entre ellos la vid, duraznero, ciruelo, alfalfa, árboles, plantas ornamentales y silvestres, es una enfermedad que afecta a las plantas, desde hace mucho tiempo, no es reciente, tan es así que la Facultad de Ciencias Agrarias UNCa trató el tema en una publicación del año 2017, Revista Nro. 78 Revista de Divulgación Técnica Agrícola y Agroindustrial, indica desde un primer momento lo altamente y peligroso que resulta el contagio entre ellas, por lo que deben adoptarse medidas específicas, que en ningún momento fueron puestas en práctica por parte de las personas que tienen responsabilidad directa en el manejo de las explotaciones, pues debe prestarse atención que los afectados por los despidos, a la que acuden las patronales para recompensar – trasladar, sus pérdidas, las

hacen recaer sobre simples obreros, que tienen asignada la categoría de Peón Rural, la mínima del Convenio que los comprende.

Y claro el hilo se corta por lo más fino, pues el trabajador se encuentra por supuesto sin posibilidad alguna de conocer, ni siquiera mínimamente las medidas de trabajo que debían realizarse para evitar el contagio y tratamiento que debía efectivizarse para evitar la propagación; concretamente pretende asignársele responsabilidad en hechos que fácilmente exceden su capacidad de conocimiento y además siempre deciden el despido del personal con menor antigüedad que tiene el establecimiento, sin hacer distinciones, sólo tienen en mira la reducción de costos, además de que existe un trato desigual, pues cómo es que pueden ser los afectados por el despido los que justamente son los causantes de la disminución de la producción, para disponer su cese, cómo es que detectaron que eran ellos y no otros los causantes de la transmisión de la enfermedad de la que ni siquiera tienen noticias de su existencia, por supuesto los obreros de pala y machete.

debe prestarse atención que los afectados por los despidos, a la que acuden las patronales para recompensar – trasladar, sus pérdidas, las hacen recaer sobre simples obreros, que tienen asignada la categoría de Peón Rural, la mínima del Convenio que los comprende.

Las medidas elegidas para disminuir sus pérdidas, resultan de tremendas consecuencias, para los seres humanos que entregan su persona a los empresarios, quienes sólo tienen en mira el enriquecimiento atreves de la triplicación o cuadruplicación del capital invertido, a consecuencia de las dificultades socio-económicas que estamos viviendo, en el país, en el que, las clases sociales superiores son cada vez más ricas y poderosas, mientras que las menores en la escala son más

pobres, basta poner a la mira en los números que visualizan las estadísticas, si bien los índices de desempleo marcan un 6,3 %, la población pobre roza el 40 %, seis veces más, por otro lado, en el presente año 2022 se incrementó un millón de nuevos pobres, también se presenta la imposibilidad de volver al mercado laboral, pues conseguir contratación, resulta no tan solo un abur, sino una tarea-misión imposible de alcanzar y si se la consigue, lo es fuera de toda formalidad sobre el particular (situación conocida como en negro) y por supuesto si la patronal, por alguna razón debe legalizarla, el ingreso lo imprimen lo más cerca de la actualidad, y no en la verdadera fecha en que inició la tarea el desprotegido trabajador; situación muy común, respecto de la cual los Sindicatos cierran sus oídos y boca totalmente, lo que convierte a la persona del obrero en un Ser, diríamos invisible para la Ley y por supuesto para la comunidad, ya que no contará con ingresos para pertenecer a la misma en la calidad en que lo venían haciendo.

si bien los índices de desempleo marcan un 6,3 %, la población pobre roza el 40 %, seis veces más, por otro lado, en el presente año 2022 se incrementó un millón de nuevos pobres, también se presenta la imposibilidad de volver al mercado laboral

ii.-) Ya que me referí a los Sindicatos entiendo que según los términos del Art. 40 y concordantes de la Ley 23.554, tienen la obligación de conocer si las patronales cumplen con la obligación de hacer entrega de la ropa de trabajo y esencialmente herramientas para efectuarlo, pues no son pocas las patronales incumplidoras, obligándole al trabajador ponerlas de su propio peculio, aparte de la ropa apropiada para cumplir con la prestación, como de otros menesteres-utensilios tales como: palas, rastrillos, machetes, tijeras etc., este quehacer, los pondrá en contrato

con los afiliados, por un lado y conocer cuál es la situación laboral en la que se encuentra y así evitar la contratación por fuera de los medios reglamentados, hablando mal y pronto que la misma se concrete en negro, para denunciarlo.

El contacto con el trabajador le permitirá conocer su situación familiar, si tiene hijos a los que puedan ayudar en la enseñanza y preparación para recorrer la vida, toda vez que los sindicalistas tiene un contacto y visión más apropiada e instructiva de la actualidad y podrá explicarle cuál es el camino a recorrer para llegar al lugar adecuado, en el que podrá desarrollarse como persona social, él y su familia. Sobre el particular me permito señalar el texto de la Ley 26727 de Trabajo Agrario CAPITULO III, en lo que hace a los siguientes aspectos:

Prevención del trabajo infantil. Espacios de contención para niños y niñas.

ARTICULO 64. — Espacios de cuidado y contención. En las explotaciones agrarias, cualquiera sea la modalidad de contratación, el empleador deberá habilitar espacios de cuidado y contención adecuados a fin de atender a los niños y niñas a cargo del trabajador, durante todo el tiempo que dure la jornada laboral y poner al frente de los mismos a personal calificado y/o con experiencia en el cuidado de la infancia.

Este servicio deberá atender a los niños y niñas que aún no han cumplido la edad escolar y también, en contra turno, a los que asisten a la escuela hasta cubrir la jornada laboral de los adultos a cuyo cargo se encuentren.

La reglamentación establecerá los requisitos mínimos que deberán cumplir los espacios de contención para niños y niñas, así como la cantidad de trabajadores a partir de la cual se exigirá a los empleadores la obligación establecida en el párrafo primero, teniendo en cuenta las particularidades locales y regionales y las peculiaridades de la actividad agraria respectiva.

CAPITULO II De bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales.

ARTICULO 69. — Bolsas de trabajo. Las bolsas de trabajo a cargo de las

asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial proveerán a los empleadores del personal necesario para la realización de las tareas temporarias en las actividades contempladas en la presente ley, conforme las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA). Ello, sin perjuicio de la vigencia de las normas que actualmente prevén la obligatoriedad del uso de las bolsas de trabajo para el ámbito rural en determinadas actividades y jurisdicciones.

ARTICULO 70. — Funcionamiento de las bolsas de trabajo. El funcionamiento de las bolsas de trabajo referidas en el artículo anterior se ajustará a lo dispuesto por el presente régimen, sus normas reglamentarias y las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

ARTICULO 71. — Designación de veedores. Las entidades que agrupan a empleadores del sector rural, con representación en la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), quedan facultadas a designar veedores ante las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones

La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) establecerá la forma de designación y las funciones de los mencionados veedores.

b.-) La temática de la Rama Seca, también resultó motivo de preocupación para los investigadores del INTA, así lo señala una publicación del diario "El Independiente" de la Provincia de la Rioja, al señalar: "El síntoma de la Rama Seca afecta los olivos riojanos" Es una enfermedad que afecta a cientos de plantas emplazadas en fincas de esta Capital y de Catamarca. El problema comenzó a aparecer en la

los sindicalistas tiene un contacto y visión más apropiada e instructiva de la actualidad y podrá explicarle cuál es el camino a recorrer para llegar al lugar adecuado, en el que podrá desarrollarse como persona social, él y su familia.

década del 90. Investigadores del INTA trabajan para controlar este serio problema que afecta a la provincia.

Asimismo, a fines del 2013 analizando olivos en la zona principalmente de Aimogasta (La Rioja, Cruz del Eje (Córdoba) y Catamarca; afectados con síntoma de rama seca y marcado delineamiento, se pudo identificar la presencia de la bacteria Xylella fastisiosa en ejemplares de la variedad Arauco de más de 50 años. Esta enfermedad provoca seca de ramas y a veces se observa necrosis en las puntas de las hojas, llevando en muchos casos a la muerte de la planta.

De acuerdo al informe oficial del INTA se hizo necesario realizar análisis fitopatológicos con el fin de llegar a un buen diagnóstico y planificar el manejo más adecuado en cada caso. Tanto INTA y SENASA están controlando-revisando fincas, tomando muestras de las plantas sospechosas y análisis para detectar la bacteria y otros patógenos como Verticilliun.

La especialista Ing. Agri. Raquel Haeltermnan, dice: Una vez que la planta está afectada, que se detecta la presencia de la bacteria, no hay posibilidad de revertir la situación. La transmisión es por insectos que pican una planta enferma y llevan el vector a una sana, las malezas contagiadas son reservorio de bacterias y lo más importante explica: “dado que aún se desconocen muchas características de la enfermedad, es importante realizar un manejo integrado en el que se aplique en forma racional todas las medidas de control disponibles”.

Como puede apreciarse los conocimientos que debe tenerse ante la aparición de los síntomas son de alto grado, lo que indica que la lucha con el vector debe ser a través de sistemas integral que no está en manos de un simple peón sino dirigidos por profesionales especialistas del manejo de la producción y que la ilustración de tal persona no es la natural del común, muy por el contrario de debe ser poseedor de una erudición de especialista con actualización en

técnicas a las que se arriba por el estudio constantes de las técnicas y métodos que son puestos a su disposición por organismos especializados sobre el particular, estos son: Universidades y organismos especializados INTA, SENASA e Instituto de Patología Vegetal; se puede apreciar fácilmente que el material de conocimiento y comprensión no está al alcance del común de las personas, sino que se debe tener una base científica para comprenderlo y aplicarlo.

Mal se puede endilgar responsabilidad a simples obreros de pala y azada del hecho del contagio, pues como lo dicen los especialistas deben adoptarse medidas de gran importancia para tratar, de por lo menos menguar-atenuar el impacto de la enfermedad, lo que jamás puede ser una carga para un simple obrero, de allí que llame ALARMANTE la invocación a la que se recurre para disponer el cese de la relación laboral del humilde obrero, pues se trata de un desconocimiento de la realidad en la que vive la patronal, para echar culpas por doquier y no asumir las que le son propias.

Además, surge fácil que los conocimientos que debe contar el encargado de la plantación son de competencia de un técnico, personal especializado y no de simples mortales.

Si bien, se hicieron publicaciones por medios gráficos, de los hechos a que me he referido, un simple obrero no puede destinar parte de sus ingresos, para la compra de tales informativos, pues le resulta mucho más útil destinar aquel dinero a la compra de productos comestibles que hacen a su diario vivir, situación que no puede ser desconocida bajo ningún concepto, pues la patronal debe estar en perfecto conocimiento de

Mal se puede endilgar responsabilidad a simples obreros de pala y azada del hecho del contagio, pues como lo dicen los especialistas deben adoptarse medidas de gran importancia para tratar, de por lo menos menguar-atenuar el impacto de la enfermedad

cuál es la problemática económica social de sus subordinados.

c.-) La falta de cosecheros es un problema que preocupa a todas las empresas olivícolas y que tiene su origen en la situación económica-social que vive el país entero, sin distinción de clases, además de tener la crisis larga data, habiendo influenciado en grado sumo el otorgamiento y manejo de los planes sociales a los que se aduna la desesperanza, del obrero de volver a ejercer su profesionalidad con normalidad y percibir ingresos que lo lleven a tener una vida digna para él y su familia, en condiciones que le permitan brindar alimento, vestimenta, educación y salud a su grupo familiar, sin tener que andar mendigando la ayuda social para no tener que verse sometido a voluntades que tienen un objetivo completamente distinto al por el obrero perseguido, cual es el de la llevar una vida digna en la plenitud de su extensión.

La falta de cosecheros es un problema que preocupa a todas las empresas olivícolas y que tiene su origen en la situación económica-social que vive el país entero, sin distinción de clases, además de tener la crisis larga data, habiendo influenciado en grado sumo el otorgamiento y manejo de los planes sociales

Son numerosas las publicaciones que marcan el porcentual de pérdida, que van del 30 al 35% de la producción a consecuencia de la falta de trabajadores para levantar la cosecha, entre las causales señalan: *“Todos estos planes nacionales han fomentado a la gente a la no cultura del trabajo cada vez más. Esto no viene de ayer sino de la época de (Eduardo) Dualde con los planes Jefas y Jefes de Hogar que si bien se crearon por necesidades ciertas y concretas se extendieron en el tiempo. Cada vez son*

más planes y hay planes municipales, provinciales y nacionales consideró Alonzo". Asesor de ASOLCTAT. (Publicación del diario El Ancasti, del viernes 2 de Sep. 2022. Título catástrofe **La cosecha de aceituna sufrirá "pérdidas millonarias.** Mismo medio del martes 6 de Sep-22 tituló **La Provincia reconoce el problema de los cosecheros** El Secretario de Producción de la Provincia de Catamarca… dijo que se preveía esta situación y que se intentó evitarla, Nota del 16 de Febrero-22 -01-10 y una anterior del 7-Feb-22 19.14 **Crisis Catamarca: Productores de aceituna preocupados por la falta de cosecheros.** Ídem del 7 de Sep-22.

También tomó el tema el diario La Nación 11-Feb-22, "José Hilal presidente de la Cámara de Industriales de la Rioja, refiriéndose a los cosecheros de Bolivia que ingresan al país para reforzar la local, no están llegando porqué el pago pasado a dólares nos les rinde; ellos quieren girar el dinero a su país y los números no dan…". Con el precio actual de la divisa ni para que mencionarlo.

los cosecheros de Bolivia que ingresan al país para reforzar la local, no están llegando porqué el pago pasado a dólares nos les rinde; ellos quieren girar el dinero a su país y los números no dan

La recolección de frutos es de tremenda importancia en el manejo de la producción, toda vez que para el caso que no se realice en tiempo oportuno el fruto se va marchitando y en consecuencia disminuye consistencia y calidad, al perder peso, especialmente, como también en los rubros limpidez y resplandor del producto, por lo tanto, deja de ser atrayente, pues al verse machucado y mustio de ningún modo puede resultar útil para su elaboración y mucho menos atractivo para consumo.

RINCON POÉTICO

CUANDO LLEGABA ENERO

POR CECILIA GIONVUDIS (S)

Cuando llegaba Enero, comenzaba la aventura, los grandes preparaban las valijas y el revuelo se adueñaba de nuestros corazones: “SE VIENEN LAS VACACIONES”. Aquellos días tan añorados durante el año, premio tantas veces prometido a cambio del buen comportamiento y la aplicación a los estudios.

Quien sabe en nuestras mentes de niñas donde imaginábamos el valioso destino; había que trajinar hasta Retiro y de allí, varias horas a bordo del micro que nos llevaría hasta el deseado tesoro. Al fin, en la mañana, se vislumbraban a lo lejos, ante nuestros ojos todavía amodorrados, esas siluetas que insinuaban la llegada y que de a poco, nos iban conquistando.

Las montañas nos volvían a abrazar, con su esplendor y su magia; el milagro volvería a repetirse, ese secreto cómplice del paisaje y del tiempo. El reloj dejaba de ser protagonista, las horas transcurrían distintas, aletargadas por el compás del sol y del viento.

El aire serrano – con aroma a hierba – a peperina, impregnaba el alma y las preocupaciones dejaban de ser tales.

Era el momento del río y de su andar majestuoso, que, como maestro espiritual innato, deslizaba sus aguas, serpenteando entre las rocas, como el mismo sabio transita entre los obstáculos y enseña, que TODO PASA. Mojarnos en él era toda una fiesta, cual bendición, como juntar el berro de la orilla, un grato juego para las más chicas.

Todo era tan suficiente que rozaba lo perfecto.

Una verdadera travesía era organizar la caminata a la cascada, por varias horas, nos convertíamos en buscadoras de fantasías, entre espinillos, frutillas silvestres y sauces llorones, dábamos con ese oasis – paraíso para nuestros sentidos -. En cuanto caía el sol y el ambiente se tornaba más frío y húmedo, emprendíamos la retirada.

Lejos de lo mundano, simple, la vida transcurría como fácil. El temor se cambiaba por respeto – a la tierra y a su danza-, ser parte del “todo” sin modificar “nada”. Entre sierras y quebradas, con el andar sereno de su gente, ensimismada en su quehacer cotidiano.

RINCON POÉTICO

Todo está intacto en la memoria, en fotos y en imágenes, testigos que no estoy exagerando.

Rio Ceballos tenía “ese no sé qué”, que lo hacía inigualable.

Claro que volvimos, al año siguiente y alguno que otro –salteado-.

Lo auténtico queda grabado en la esencia y nos define, es la brújula que nos muestra el camino y acompaña.

Percibir lo bello a cada paso, como esa llave que representaba Enero, que nos abría la puerta al viaje. El truco está en mirar a la vida con ojos de niñas, siendo grandes.

Río Ceballos. (Foto: Agencia Télam)

EQUIPO SPES

NORBERTO AGUILAR

JAVIER ALSINA

ADELMA BENITEZ

RODRIGO BENVENUTO

SAÚL BOGADO CABALGANTE

ANTONELLA CAVILLO

LUCILA CERDAN

ROCIO CHAVES

LUCAS DATSIRA

RODRIGO DINIZ

JRISTOS DUNA

MAXIMILIANO FALCÓN

RODRIGO FALCÓN

SERGIO FALCÓN

MARTA FELDMAN

SILVANA FINKELSTEIN

NICOLAS FONT

CLAUDIO GABODA

GABRIEL LANZAVECHIA

ILAN LEVY

EZEQUIEL MAGLIERI

NICOLAS MENESTRINA

MARTINA NOVAK

VICTOR NOVICK

MARIEL PALACIOS

AGUSTINA PALENCIA

MERCEDES ROSSI

HORACIO ROSSI

VIOLETA RUTENBERG

LAUTARO SALAS

JULIETA SANVITALE

MAGALI SEGURA

ANALIA VERA

ANALIA VIGANO

FATIMA VILLANI

GUEVARA LYNCH

FRANCO ZUNCHE

DIANA CAÑAL

EN LA SEGUNDA PARTE APARECERÁ EL MATERIAL DE LOS SIGUIENTES EXPOSITORES:

IRILO CAMPUSANO

GENOVEVA CARDINALLI

PABLO CASAS

MARIANA MARTIN COLOMBRES

BRUNO CONSTANZO

MARCELO OMAR DIÓGENES SOSA

ANA HAYDÉE DI IORIO

DANIELA DUPUY

ALDANA FABICHE

DANIELA FAVIER

VALENTINA FERNANDEZ

NICOLÁS FONT

LEANDRO FRETES VINDEL ESPECHE

EDUARDO MENDEZ

EMILIANO EZEQUIEL MORÁN SANTOS.

MATÍAS NOVICK.

MARIEL PALACIOS

YASMÍN QUIROGA

FACUNDO RIOS

LORENA ROCCA

MARCELO OMAR DIÓGENES SOSA

DANIEL STIER