12º Jornadas Los cambios de paradigma y sus efectos Su abordaje interdisciplinario



Revista Nº 34 · Octubre 2012



12° Jornadas

Los cambios de paradigma y sus efectos.

Su abordaje intedisciplinario.

Viernes 5 de octubre

14 a 20 hs.

Facultad de Derecho - U.B.A.

Piso segundo – Aula 217

Dra. Alcira B. Bonilla (Dra. en Filosofía y letras – CONICET) - Dr. Enrique Del Percio (Dr. En Filosofía Jurídica, Abogado) - Dr. Raúl Salinas (Abogado penalista – INECIP) - Dra. Patricia Llerena (Juez del Tribunal Oral en lo Criminal N°26 de la C.A.B.A.) - Dr. Moisés Meik (Ex Juez del Tribunal del Trabajo N°1 de la Matanza) - Dr. Ernesto Martorell (Doctor en Derecho y Ciencias Sociales) - Dr. Antonio Barrera Nicholson (Abogado Laboralista, Fundador del grupo 14 bis) - Dr. Horacio Schick (Abogado Laboralista). Con la especial asistencia del Profesor D^{do} Rodrigo Dinis de la República Federativa de Brasil.

Entrada libre y gratuita

Se entregarán certificados de asistencia

Para colaborar con el comerdor "Manos abiertas de la Ciudad de Morón", solicitamos asistir con útiles escolares, alimentos no perecederos, o ropa.

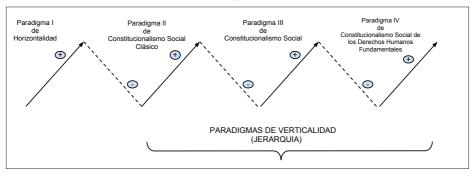
Coordina
Dra. Diana Cañal

Editorial Los Paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar

Qué es un paradigma? Un modelo, es decir una expresión menguada del objeto que se quiere analizar. Y, entonces, ¿porqué no decimos modelo?. Porque el paradigma responde a la idea de un modelo más abarcativo, que compromete más áreas de la vida social, cultural, política, etc. etc.

ahí, que no estábamos hablando de un simple modelo, sino de algo mayor: un paradigma, que atravesaba las cosmovisiones religiosas, políticas y económicas de una época. Solo después, las astronómicas. El modelo astronómico debía ser aceptable para el paradigma del momento. Y solo logró encajar, cuando el propio paradigma dejó de ser dominante, porque entró en crisis.

Y eso es tan importante?. Sí, claro. Y lo es en particular para el derecho. Si analizamos los fenómenos históricos,



Siempre damos el ejemplo que nos enseña Kuhn, del geocentrismo y el heliocentrismo, para mostrar el paradojal efecto de que resultando necesario pasar al paradigma mencionado en último término, de todos modos se permanecía en el primero. Y el motivo no tenía nada que ver con la pretendida "verdad" de alguno de los modelos, ni con su mayor "utilidad" para los cálculos estelares, tan necesarios para los viajeros. Pasaron muchos siglos para que el giro copernicano tuviera aceptación (con muertos y encierros varios de por medio), ¿porqué?. Porque se afectaban intereses de mayor nivel. De

veremos como las situaciones socioeconómicas fueron llevando a distintas organizaciones jurídicas (paradigmas): primero horizontales (todo en un mismo nivel, incluidas las constituciones, en donde el poder del amo era omnímodo) y luego jerárquicas (en donde existe alguna organización en términos de validez, ubicando en las cúspides a las constituciones, con alguna garantía). Y, dentro de ellas, un constitucionalismo clásico, luego un constitucionalismo social, para llegar al paradigma dominante de nuestros días: el del constitucionalismo de los derechos humanos fundamentales.

Cuando uno de los paradigmas entraba en crisis, comenzaba a pergeñarse el nuevo. La crisis siempre es social (baste pensar qué motivos llevaron a los cambios de los paradigmas referidos), puramente fáctica, con independencia de que podamos analizarla teóricamente, se trata de un dato de la realidad. Y el resultado de la misma puede ser, según el peso de los juegos de poder, tanto la profundización del anterior paradigma, cuanto el nacimiento de uno que responda más a los intereses de las mayorías.

Eso, precisamente, es lo que ha venido sucediendo con las dos últimas evoluciones: paradigmas normativos de constitucionalismo social y de DDH-HFF. Y esto, por cierto, molesta mucho al paradigma económico, que siente que queda atrapado en un nuevo giro copernicano, en donde el eje no es el mercado, sino el hombre.

Justamente, este último paradigma, en la práctica del derecho no lo vemos del todo, porque el reconocimiento de la racionalidad del sistema, no implica que en su aplicación, las interpretaciones se formulen en ese mismo sentido.

Y lo peor de todo, es que esto ni siquiera sucede intencionalmente en la mayoría de los casos. Los operadores aplican el derecho con la paz de conciencia de estar empleando el paradigma correcto. Pero esto solo sucede, cuando identificada la racionalidad del sistema, es interpretada dentro del

mismo paradigma. De otro modo, son dos naves que van en sentido contrario, para terminar chocando. El problema es cuál se hunde.

Así, los operadores del derecho suelen tener interpretaciones solo adecuadas para un paradigma de derecho clásico: más claro, se aplica una norma del actual paradigma, (de DDHHFF), pero se la interpreta como si fuera de dos paradigmas anteriores (liberal). Y esto, normalmente, sucede a través del derecho adjetivo: tanto las reglamentaciones de las normas que impliquen su negación en definitiva (prescripciones breves, solves et repete, denuncias ante los propios organismos o entes que son los encargados de aplicar las sanciones, etc. etc.), cuanto el proceso judicial que deja sin efectivización los créditos con excusas adjetivas (incompetencia, cosa juzgada o prescripción en las extensiones en etapa de ejecución), que considera como iguales a los que no lo son, dada la especialidad del área (la probatio probatissima de la confesional en materia laboral, o en el derecho del consumidor, los acuerdos que eximen de la vía judicial), astreintes que lejos de asegurar el cumplimiento de una condena, por su escaso monto alientan la desobediencia, etc. etc.

Claro es entonces, que la nave que se hunde, es justamente la de los titulares de numersos derechos del nuevo paradigma: trabajadores, desempleados, lo más débiles del sistema.

Lo único que explica entonces la inocencia de muchos operadores, es que les fue enseñado el manejo del derecho de ese modo, plagado de verdades absolutas sin mayor reflexión, sin conexión con la realidad, con la razonabilidad.

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).

De otro modo, es como un reloj que atrasa: marca la hora, sí, pero en sentido contrario.

Dra. Diana Cañal (S)

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL SIGLO XXI. LOS NUEVOS PARADIGMAS EN SOCIEDADES FRAGMENTADAS POR LA CONCENTRACIÓN DE LA RIQUEZA

Facundo Taboada (S)

La noción clásica de acceso a la justicia. Su evolución.

La noción de acceso a la justicia ha Lido transformándose paulatinamente, pasando de ser un imperativo moral o una mera declaración vinculada a la posibilidad de defensa de los derechos individuales, a una cuestión esencialmente legal que requiere de un sistema de garantías que posibiliten su pleno ejercicio, en tanto condición necesaria para la vigencia efectiva de derechos individuales y sociales. Este desarrollo se produjo primero con un claro énfasis en el derecho internacional y luego, con matices, en los diferentes Estados, conforme veremos más adelante.

En sentido amplio, la noción de acceso a la justicia reconoce la relación entre los aspectos económicos, sociales y legales asociados con la administración de justicia y su impacto en el ejercicio efectivo de los derechos de los individuos. Podría decirse que la noción misma de acceso a la justicia supone como contrapartida el reconocimiento implícito de ciertos impedimentos, barreras, distorsiones o discrecionalidades, que posicionan a determinados individuos o sectores de la población de manera desigual en lo que refiere a la tutela efectiva de sus derechos, situación que atenta, o al menos relativiza, el principio de igualdad ante la ley - pilar fundamental del Estado de derecho-.

En sentido estricto, adentrándonos en el plano normativo, el acceso a la justicia refiere al derecho de toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales, contando con el debido proceso legal, para reclamar o garantizar el respeto de sus intereses legítimos y derechos tutelados por el ordenamiento jurídico.

Esta forma de entender el acceso a la justicia se ha ido desarrollando paulatinamente, en paralelo al proceso de reconocimiento de derechos y de la evolución misma del Estado.

En los siglos XVIII y XIX, el derecho de acceso a la justicia estaba limitado estrictamente al acceso a la jurisdicción, y este se limitaba al derecho que formalmente tenían las personas de litigar o defenderse en juicio. El fundamento de esta concepción era entender que el acceso a la justicia era un "derecho natural" y, por tal condición, al ser anterior y superior al Estado mismo, requiere de este una actitud pasiva, limitada a reconocer que los individuos pueden defender sus derechos¹.

Así, en el marco de los Estados liberales de la época, "...no concernía al Estado auxiliar la indigencia jurídica, es decir, la imposibilidad de mucha gente para valerse del derecho y de sus instituciones. La justicia, como muchas otras cosas, solo era accesible en el sistema liberal a quienes podían afrontar su costo; los que no podían hacerlo eran considerados "culpables" de su propia situación. De modo tal, que solo teóricamente era igualitario el derecho de todos a pedir justicia".2

A medida que se fue superando la ideología liberal y se fueron reconociendo e incorporando los derechos sociales, en paralelo al surgimiento del estado de bienestar, empieza a hablarse de la importancia del acceso *efectivo* a la justicia y de la acción afirmativa del Estado que ello requiere, dada la necesidad de proporcionar medios le-

gales para que los derechos puedan ejercerse plenamente. En ese contexto, cobra relevancia la noción de acceso a la justicia y, en ese sentido, afirman Cappelletti y Garth (1983): "..de ahí que deba tenerse al acceso a la justicia como el principal derecho -el más importante de los derechos humanos- en un moderno e igualitario sistema legal que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, el derecho de todos".

En esta instancia, hablando del acceso a la justicia en esos términos, es posible distinguir las dimensiones normativa y fáctica del concepto, diferenciando el derecho reconocido a todos los ciudadanos de reclamar la vigencia efectiva de aquellos derechos legalmente establecidos y, por su parte, los aspectos procedimentales y el acceso a las vías institucionales para garantizar su pleno ejercicio.³

Es así que, independientemente de la titularidad del derecho a acceder a la justicia, se requiere para su ejercicio de determinadas capacidades que, como veremos más adelante, están directamente asociadas a determinadas condiciones económicas y sociales. De esta manera, entra en juego la equidad, cuando se considera que la justicia no puede reproducir o magnificar las desigualdades económicas. En otras palabras, "si hay una justicia de la justicia", las desigualdades de hecho no deben incidir en la oportunidad ni en

Cappelletti, Mauro, y Garth, Bryant. *El acceso a la Justicia*. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Argentina, 1983, pp. 19
 Cappelletti, Mauro, y Garth, Bryant, op. cit.

³ Birgin, Haydée, y Kohen, Beatriz (Comp.). Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Editorial Biblos. Buenos Aires, 2006.

la calidad de la justicia (Thompson, J, 2000: 26).⁴

Volviendo a la cuestión estrictamente jurídica, usualmente se sostiene que el acceso a justicia integra el núcleo de la seguridad jurídica de todo Estado y esto hace que su existencia sea la garantía necesaria que deben tener todas las personas en el sentido que sus derechos puedan ser respetados y en su caso defendidos convenientemente, siendo esta una responsabilidad que atañe preferentemente al Estado. Asimismo, el derecho de acceso no solamente resulta ser importante desde el punto de vista del sujeto activo que desea recurrir a las instituciones del Estado, sino que también tiene un efecto directo sobre los potenciales causantes de violaciones de derechos o incumplimientos de obligaciones, quienes incorporarán un elemento disuasivo más a su accionar cuando sepan, anticipadamente, que su conducta podrá ser reprimida eficazmente mediante la denuncia o demanda de su víctima, quien tendrá, además, un acceso rápido y oportuno para asesorarse.

La importancia del acceso a la justicia como derecho fundamental es que por medio de este derecho se da contenido material a la igualdad formal mediante la exigibilidad de otros derechos y la resolución de conflictos entre particulares o entre particulares y el Estado.

Es por ello que el acceso a la justicia es concebido como una especie de "derecho bisagra", en cuanto permite dar efectividad a los distintos derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, abriendo el camino para reclamar por su cumplimiento y así garantizar la igualdad y la no discriminación.

No obstante, el acceso a la justicia, vinculado específicamente con la capacidad de litigar, supone que cualquier individuo o grupo sea capaz de⁵:

- 1. Identificar el problema objeto de controversia.
- 2. Reconocer ese problema como un problema de naturaleza jurídica; suele ser aquí donde se presentan mayores inconvenientes, ya que esta instancia está directamente vinculada con el acceso a la información y el conocimiento de derechos.
- 3. Identificar a él o los responsables que por acción u omisión hayan causado el problema.
- 4. Convertir el problema en un reclamo judicial; en este punto, se hace imprescindible la asistencia de un abogado y comienzan a ser más visibles barreras vinculadas a la disponibilidad de tiempo y recursos.
- 5. Llevar adelante el reclamo y sostener el proceso hasta lograr una resolución judicial; aquí tiene una fuerte incidencia la dilación característica de la administración de justicia la que,

⁴ Thompson, José (Coordinador). Acceso a la justicia y equidad, estudio en siete países de América Latina. Instituto interamericano de Derechos Humanos, Banco Interamericano de Desarrollo, 2000.

⁵ Anderson, Michael. Access to Justice and the legal process: Making legal institutions responsive to poor people in LDCs. Banco de Desarrollo, agosto de 1999.

en algunos casos, puede implicar inclusive varios años. Los honorarios de los abogados y el costo de oportunidad para los litigantes, medido en tiempo, puede tornar prohibitivo el proceso para las clases medias e imposible para las clases bajas.

6. Lograr una ejecución rápida de lo resuelto, haciendo efectiva la sentencia.

En relación con lo planteado precedentemente, el acceso a la justicia también puede ser definido como la posibilidad de obtener asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema, sin costos o con costos accesibles, por parte de las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por razones de género, etnia, religión o nacionalidad. Estos mecanismos pueden concretarse tanto mediante vías administrativas como judiciales o por medio de instancias informales como los medios alternativos de resolución de conflictos, abarcativos de procesos como la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, etc.

No obstante la modalidad del sistema de asistencia jurídica gratuita que decida adoptarse, debemos reiterar que el Estado está obligado a garantizar el acceso a la justicia, ya que, conforme la evolución descripta, este derecho ha sufrido profundas transformaciones, a punto tal de pasar de una mera declaración de posibilidad de defensa de los derechos individuales a una concepción que involucra el deber estatal de proporcionar determinadas condi-

ciones que garanticen su ejercicio.

En la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita se encuentra comprometida la satisfacción de intereses que involucran al conjunto de la comunidad. De ello resulta que sea factible plantear su tratamiento en equivalencia al de los servicios de salud y educación, que se encuentran organizados a partir de una activa participación del Estado, que tiende a asegurar la universalidad de la prestación.

De tal forma, entender el acceso a la justicia como servicio público garantiza un adecuado cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, especialmente de los que más lo necesitan. ⁶

En esta línea, de acuerdo con lo expuesto por el Programa Iberoamericano de acceso a la justicia, se debe tener una visión de la justicia como servicio público, en el marco de un enfoque de derechos que garantice un adecuado cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, especialmente de aquellos que están en situación de mayor vulnerabilidad; un enfoque de la justicia como proceso que trasciende el mero proceso judicial, y que anima a la adopción de políticas públicas integrales y coordinadas; con la convicción de que son los ejecutivos quienes tienen que reasumir la responsabilidad de adoptar y coordinar estas políticas, corrigiendo la delegación que habían hecho en otras instituciones del sector justicia que por su naturaleza no tienen estas compe-

⁶ En la actualidad, diversos autores plantean el acceso a la justicia como servicio público. Ver Birgin, Haydée, y Kohen, Beatriz (Comp.), op. cit..

tencias de coordinación, y la complementariedad de las políticas de acceso a la justicia con las políticas que tratan de promover una mayor cohesión social en la región iberoamericana. ⁷

En este marco, las estrategias que persiguen la mejora en el acceso a las instituciones jurídicas deben dirigirse principalmente a atender las necesidades de los grupos tradicionalmente excluidos de estas. El derecho de acceso a la justicia comprende, entre otras obligaciones estatales, la de establecer un sistema de asistencia profesional gratuita.

Esta obligación surge del reconocimiento del acceso a la justicia como un derecho subjetivo de todos los habitantes y, por lo tanto, no depende de la discrecionalidad de la administración, ni debe configurarse como de otorgamiento graciable, al estilo de la beneficencia.

El asesoramiento y el patrocinio jurídico fortalecen personal y económicamente al ciudadano y en muchas ocasiones se torna fundamental para que una persona logre que se le reconozca un derecho.

De allí que el acceso a la justicia tenga un doble alcance: (1) es necesario a los fines de corregir o prevenir afectaciones de derechos y (2) es funcional a la posibilidad de construir una fuerte comunidad democrática al permitir la

ampliación de los canales de expresión y participación de diferentes grupos sociales.

1.2 Los obstáculos identificados por la doctrina que impiden la efectivización del acceso a la justicia.

Ahora bien, en el marco de la evolución del concepto de acceso a la justicia ya reseñado, comenzaremos por reconocer que adscribimos a su tesis más amplia. Consideramos que no se ajusta a las actuales condiciones sociales, económicas y políticas acotar ese concepto a la cuestión formal ligada al acceso a la jurisdicción. En oportunidad de pronunciarnos sobre nuestra perspectiva de abordaje del tema desarrollaremos in extenso esta cuestión. Nos limitaremos aquí a señalar que, como primera aproximación, podemos considerar el acceso a la justicia como el "derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, identidad sexual, ideología política o creencia religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas".8

En estos términos, tradicionalmente, la doctrina ha identificado numerosos obstáculos de diversa índole que de un modo u otro impiden el pleno goce de ese derecho. En acuerdo con ello, entendemos como obstáculos para el acceso a la justicia todas aquellas circunstancias o factores que impiden o

⁷ Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia, Resumen ejecutivo, 2010, p. 3. En http://www.piaje.org/PT/Docs/COMJIBDocs/ACCE-SO%20A%20LA%20JUSTICIA_ES_definitivo.pdf

⁸ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*. Instituto Talcahuano. Buenos Aires, 2005., P. 7.

dificultan el acceso efectivo a los diferentes mecanismos de resolución de un conflicto y que generalmente afectan a los sectores más vulnerables en la defensa de sus intereses.⁹

Toda solución o aproximación a ella que intente mejorar y hacer efectivo el acceso a la justicia debe identificar los diferentes obstáculos que impiden o dificultan su acceso y por lo tanto a una sociedad más igualitaria.

Entre las distintas barreras que limitan el acceso a la justicia para nuestra sociedad y en particular para los grupos menos favorecidos, los autores más reconocidos en general han mencionado obstáculos económicos (el alto costo de los procesos judiciales y de los servicios jurídicos y el déficit de la asistencia legal gratuita o la saturación de las defensorías públicas), socioculturales (desconocimiento de los derechos y de los lugares donde reclamar, desconfianza del sistema de justicia, barreras lingüísticas), procesales (complejidad de los procedimientos, burocratización), geográficos o físicos (distancia de los tribunales, órganos administrativos y servicios de asistencia gratuita), de género (la existencia de prejuicios y estereotipo de género, ausencia o déficit de los servicios jurídicos de asistencia para mujeres).

En este marco, no son pocos los obstáculos que dificultan, de manera directa o indirecta, el acceso a la justicia. Sin embargo, los mencionados son los

más visibles y a la vez aquellos que contribuyen a la exclusión y vulneración de los sectores más desfavorecidos de nuestra sociedad. A continuación, haremos una breve mención de cada uno de ellos.

Las barreras procesales y administrativas: Estas barreras son mencionadas en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en el capítulo II de la sección cuarta sobre revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia.

Al respecto, se dijo que "...dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales..."

Es decir que el instrumento aludido entiende que se configuran a partir de aquellos actos, procedimientos y actuaciones procesales que implican trabas o dificultades para las personas en estado de vulnerabilidad.

Ya se ha dicho que la burocratización administrativa y del sistema judicial son un claro ejemplo de ello. Los requisitos exigidos por los organismos administrativos o por el ordenamiento para la práctica de determinados actos dentro del proceso judicial permiten visualizar las constantes trabas con que las personas deben enfrentarse diariamente. Con frecuencia es necesario contar con asist-

⁹ Böhmer, Martín, y otros. "Necesidades jurídicas insatisfechas, un estudio en el partido de Moreno". Buenos Aires, 2004. P. 6.

encia letrada para realizar determinados trámites en la administración como consecuencia de un exceso formalismo e incluso por dificultades lingüísticas y la falta de capacitación por parte de los agentes de la administración. A ello se suma la inexistencia de un servicio de información por parte de los organismos e instituciones públicas así como de una "guía de trámites", de modo de facilitar la actuación de los usuarios.

En lo relativo al proceso judicial, se sostuvo que tampoco existe un sistema eficaz que garantice que las personas en situación de vulnerabilidad sean informadas sobre los aspectos importantes del procedimiento, como la relevancia de la participación, plazos procesales y consecuencias del incumplimiento, y de los actos procesales que se desarrollan a su alrededor. Es imprescindible que dicha información sea otorgada oportunamente de modo que las personas puedan utilizarla a medida que se desarrolla el proceso.

Ello, sumado a que el lenguaje utilizado en las audiencias y en el proceso por parte de jueces y abogados, como el utilizado para las notificaciones, también representa una dificultad para cualquier ciudadano, que redunda en una dependencia absoluta con el abogado que lo patrocina y a la vez limita su visión y conocimiento sobre el proceso en el que se encuentran en juego sus derechos.

Estas dificultades -afirman los autores aludidos- condicionan a la persona en su entendimiento y crean una visión de dificultad e imposibilidad, que presenta a la justicia (dicho aquí en el sentido de Poder Judicial o jurisdicción) como un inconveniente o un problema mayor que poco tiene que ver con una instancia de solución de conflictos.

Las barreras socioculturales: En igual sentido, las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, en el capítulo II, sección primera, también hacen mención a la cultura jurídica, buscando promover un sistema de información básica sobre derechos, procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia.

Como se sostuvo, la ausencia de educación legal en nuestra sociedad, tanto en relación con los derechos que se tienen como de las vías legales para hacer efectivos tales derechos, se configura como un obstáculo para el acceso a la justicia. La llamada "pobreza legal", definida como "la incapacidad de una persona para poder utilizar las normas, las instituciones del Estado y otros mecanismos alternativos como medio idóneo para poder ejercer derechos y solucionar conflictos", afecta con mayor magnitud a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad debido a la marginalidad y exclusión en la que viven, que hace que muchos no tengan acceso a la información básica acerca del funcionamiento del sistema de justicia, ya sea porque no han podido completar su educación o porque nunca asistieron a un establecimiento educativo.¹⁰

10 Obstáculos para el acceso a la Justicia en las

Claro está que el conocimiento de los derechos no nos garantiza por sí su efectividad, pero indudablemente es un requisito imprescindible para exigir su respeto y defensa. La doctrina ha venido afirmando que la difusión de información jurídica y su conocimiento es fundamental para la identificación de un problema de naturaleza jurídica y las posibles vías de solución. En este marco, vale decir que es al Estado a quien le corresponde la difusión de los derechos y medios de acceso, ya que muchas veces sucede que existen procedimientos administrativos o judiciales adecuados pero que son desconocidos por aquellos que deberían recurrir a su utilización. Los doctrinarios afirmaron que resulta necesario que los ciudadanos sean capaces de interpretar correctamente su contenido. El desconocimiento de derechos se profundiza aún más por el lenguaje jurídico utilizado, que con sus tecnicismos y especialidad se presenta como una barrera lingüística, donde el lenguaje innecesariamente complejo que se utiliza condiciona a las personas, generando miedo y desconfianza en el sistema judicial, e impide su participación directa en el conflicto y en su solución.

Por otra parte, la desconfianza en el sistema judicial, y en general en las instituciones públicas, se presenta como una limitación psicológica que hace descreer a los habitantes respecto de la atención que podría prestarles el propio sistema. Esto tiene como consecuencia

Américas. Instituto de Defensa Legal de Perú y Fundación Debido Proceso Legal. P. 32.

la aceptación pasiva de injusticias o, lo que es aún más grave, la apelación a medios informales para obtener justicia en el caso concreto que los afecta. Esta desconfianza se ve profundizada en los sectores más vulnerables, los cuales, por lo general, ya han tenido algún tipo de contacto con la justicia, pero como demandados o autores de delitos, lo que se define como "acceso inverso a la justicia", en donde han podido formar su propia idea de ineficacia y corrupción de la administración y del sistema judicial. 11

Ideas tales como "pérdida de tiempo" o "no hay nada que hacer" -muchas veces por la sugerencia de algún agente de la administración y otras hasta por consejo de los propios abogados- lleva a que las personas no denuncien ni activen procedimientos ante la convicción de inseguridad e ineficacia del propio sistema, lo que se traduce nuevamente en exclusión.

Las barreras económicas: Resulta interesante destacar que existe un reconocimiento bastante generalizado en doctrina en el sentido de que la pobreza constituye la principal causa de exclusión, y se da tanto en el campo económico y social como en el cultural.

Se ha dicho al respecto que las condiciones materiales de vida junto con otros aspectos valorativos condicionan negativamente el acceso a la justicia por parte de los sectores de menores

¹¹ Sommer, Christian G. "Acceso a la justicia. El rol universitario en la exigibilidad de derechos". P. 4.

ingresos, agudizando la marginación social de vastos sectores de la sociedad al excluirlos del sistema de justicia.

Una consecuencia directa de la pobreza es la imposibilidad o severa dificultad que existe para las personas pobres de iniciar y sostener un proceso jurisdiccional, en la medida que no pueden asumir los altos costos que representa un proceso, o pagar un abogado, y por lo tanto se encuentran en una posición de desigualdad con respecto a quienes sí están en condiciones de hacer frente a tales costos.¹²

El primer problema que las personas de bajos recursos deben enfrentar es el de contratar a un abogado, con los altos honorarios que estos cobran por sus servicios. El Banco Mundial, en un informe de 1994, señala que el mayor costo que enfrenta una persona al litigar son los gastos provenientes de la representación legal, incluso más que los gastos del proceso.¹³

Ante la dificultad de hacer frente a dicho costo se ven obligados a acudir a los servicios de asistencia gratuita brindados algunas veces por el propio Estado, las universidades o los colegios de abogados de la jurisdicción. Si bien existen servicios de patrocinio y asistencia jurídicos gratuitos, estos se organizan como una actividad de carácter asistencial o como parte de la formación

universitaria y no como un servicio público que debe ser emprendido y regulado por el Estado. Generalmente dichos servicios se encuentran saturados por un exceso de demanda, lo cual impide que todos los casos que llegan puedan ser atendidos. En razón de ello, se establecen requisitos, muchas veces poco claros o no difundidos, cuya consecuencia consiste en que gran cantidad de personas en condición de vulnerabilidad no vean atendidas sus necesidades, agudizando su marginación.

Una solución que se ha implementado para hacer frente a los grandes costos de los procesos judiciales en la mayoría de los países de la región es la exoneración del pago de tasa de justicia para las personas de menores recursos. Sin embargo, dicha solución se presenta como insuficiente atento a que las personas de bajos recursos deben sortear algunos obstáculos previos al inicio de una causa, como contratar a un abogado que los represente o asistir a un servicio de asistencia gratuita, y para ello no pueden dejar de tener en cuenta el costo del tiempo. Nos referimos a lo que les cuesta trasladarse hasta los lugares de atención, que, como expresaremos más adelante, generalmente se encuentran en el centro de las ciudades y con atención al público en horario laboral. De allí que el seguimiento de una causa para estas personas, generalmente empleadas en la economía informal, puede implicar la pérdida misma del empleo. Y a ello debemos agregar la excesiva duración de los procesos y la

¹² Obstáculos para el acceso a la Justicia en las Américas. Instituto de Defensa Legal de Perú y Fundación Debido Proceso Legal.P. 24.

¹³ Cafferata, Fernando. "Acceso a la Justicia, Justicia y Ciudadania. Jornadas Nacionales sobre Reforma Judicial en la Argentina., Mendoza, 2000.

congestión judicial.

Frente a estas dificultades se presentaron algunas posibles soluciones, como la utilización de modos alternativos de solución de conflictos (la mediación, la conciliación y el arbitraje). Otra posible solución es la eliminación de la defensa cautiva y la posibilidad de llevar adelante algunos procesos sin la necesidad de contar con un abogado.

Los llamados juzgados de paz, presentes en 19 provincias de la Argentina, han venido realizando una importante tarea en la resolución de conflictos, muchas veces conformados por personas legas, no abogados y miembros de la comunidad en la que ejercen su jurisdicción.

Los juzgados de paz se han constituido en una herramienta fundamental para la resolución de conflictos dentro de una comunidad. Esta iniciativa, que ha ido tomando forma con el transcurso del tiempo, debe ser considerada y profundizada respecto de aquellos sectores donde aún no se han establecido espacios de estas características, ya que por medio de ellos hay una forma de brindar acceso a justicia a la comunidad, obteniendo una pronta solución a los conflictos.

Los obstáculos geográficos: Otro de los aspectos obstructivos identificados por la doctrina radica en la cuestión física, geográfica. En él se hace referencia, por un lado, a la distancia existente entre las zonas céntricas, donde se ubican los tribunales, defensorías y oficinas públicas, y los lugares donde

vive la mayor parte de los grupos vulnerables que requieren su utilización. Si a ello sumamos otros obstáculos geográficos, como distancias, medios de transportes, etc., la situación empeora. Como ya mencionamos con anterioridad, trasladarse a las grandes urbes implica tiempo y costos que muchas veces las personas de menores recursos no pueden afrontar, ya sea porque no cuentan con el dinero necesario para ello o porque la atención se realiza en horarios acotados que son incompatibles con la jornada laboral.

Las Reglas de Brasilia, por su parte, también consideran a las personas con discapacidad como uno de los sectores desfavorecidos en el acceso a la justicia, y hacen referencia a la necesidad de su accesibilidad mediante la adecuación de las estructuras edilicias de tribunales y oficinas públicas. Si tenemos en cuenta que la mayoría de los edificios son de principios del siglo pasado, rápidamente sabremos que no cuentan con rampas para su acceso o indicadores adecuados para no videntes.

Los obstáculos de género: Por último, se han mencionado también las barreras de género, a las cuales hacen referencia las *Reglas de Brasilia*.

La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos impide el acceso a sus derechos en condiciones de igualdad. La violencia contra la mujer constituye otro obstáculo para su acceso a la justicia.

Los doctrinarios han hecho referencia a que incluir en el análisis este tipo de

barrera nos permite ver cómo los obstáculos económicos, socioculturales, geográficos, etc., afectan de un modo diferente a hombres y mujeres en el acceso a la justicia.

La pobreza afecta de manera diferenciada a hombres y mujeres. Las mujeres que viven en la pobreza generalmente se ven privadas del acceso a recursos fundamentales para su propio desarrollo y necesarios para cambiar su situación. Generalmente no participan en la toma de decisiones en el hogar y en la comunidad de la que forman parte y la atención de la salud y la educación no son prioritarias; todo ello ayuda a profundizar aún más la situación crítica en la que se encuentran. ¹⁴

En el mundo entero la mujer se encuentra en inferioridad de condiciones respecto de los hombres. Y es por ello que las mujeres se encuentran con mayores obstáculos para hacer efectivos sus derechos. Sin embargo, a la hora de establecer pautas para el acceso a servicios para personas de menores recursos no se diferencia entre hombres y mujeres, cuando la perspectiva de género exige realizar una diferenciación. Es decir que ambas categorías compiten 14 La feminización de la pobreza, Mujer 2000,

Igualdad entre los géneros, paz para el sigo XXI.

en la asignación de recursos.

1.3 La recepción normativa del acceso a la justicia en los tratados internacionales, el derecho comparado y en nuestro país. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El acceso a la justicia ha recibido una notoria recepción normativa, tanto en los tratados internacionales de Derechos Humanos como en el derecho interno de otros países. También tuvo recepción en nuestro marco normativo local.

El derecho internacional de los derechos humanos consagró el derecho de acceso a la justicia en múltiples normas que hacen referencia expresa a la igualdad ante la ley de todos los individuos y a las garantías del debido proceso, los que han sido ratificados en sus distintos ámbitos de validez por la amplia mayoría de países. En ese sentido, merecen destacarse:

a. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece:

Artículo 8º.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Artículo 10°.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e

imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

b. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece:

Artículo XXIV.- Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

Artículo XXV.- Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Artículo XXVI.- Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.

c. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 establece:

Artículo 8º. - (Garantías judiciales)

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25°. (Protección judicial)

- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
- 2. Los Estados parte se comprometen:
- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

d. El Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece:

Artículo 2º Inc.3.- Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales:
- b) la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;
- c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por otra parte, numerosos países de Suramérica, además de ratificar estos tratados, han plasmado en sus constituciones nacionales diferentes normas que bregan por un eficiente acceso a la justicia para sus ciudadanos.

Tal es el caso de Colombia, en cuya Constitución, en el artículo 229, se garantizó "el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia". Además, se propuso una cláusula en la que formula la posibilidad de ejercer este derecho "sin la representación de abogado".

Por otro lado, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos dispuso en materia de acceso a la justicia el derecho de toda persona "a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leves, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial". Aquí, es posible discernir del derecho de acceso a la jurisdicción el concepto de oportunidad. Esto es, el componente de rapidez y eficacia con que deben contar las resoluciones judiciales. Más adelante estableció la gratuidad del servicio de administración de justicia, "quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

También Venezuela incorporó en su marco normativo el tema que nos ocupa. En este sentido, la norma fundamental venezolana estableció, primero, el derecho de "representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de estos y a obtener oportuna respuesta". El texto citado exalta el derecho a reclamo ante la autoridad competente. Ahora bien, el derecho de acceso a la justicia viene a completarse con el artículo siguiente, el 68, en el que se establece: "Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que

aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes". Aquí se pone de manifiesto la voluntad de los constituyentes de dar un contenido social a la administración de justicia, introduciendo la responsabilidad estatal de velar por el acceso de "quienes no dispongan de medios suficientes" para acceder a la justicia.

La Constitución ecuatoriana propuso una redacción distinta. Más concisa y directa. Esta logra plasmar los principios fundamentales en pocas palabras. Pasaremos a analizarla: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión". Destacamos dos conceptos, que son "acceso gratuito a la justicia" y "tutela efectiva".

Finalmente, nos referiremos al tratamiento que le ha dado el pueblo guatemalteco, a través de sus representantes, al delicado tema del acceso a la justicia. El artículo 29 de la Constitución de Guatemala estableció que "toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley".

De este modo se agota la normativa constitucional latinoamericana en materia de acceso a la justicia.

Por su parte, si de acceso a la jus-

ticia hablamos, no podemos dejar de mencionar la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia en 2008 y elaboró las 100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. Si bien estas reglas no forman parte de ningún tratado ni son vinculantes para los países, son una premisa importante para el entendimiento de qué es el acceso a la justicia.

El documento, suscripto por los máximos responsables de las Cortes Supremas de Justicia y de los Consejos de la Magistratura de los 24 países iberoamericanos concurrentes, busca promover la asistencia técnicojurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos.

Es decir, aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En la exposición de motivos el documento resalta: "...El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho...". Luego se establece que las Reglas tienen como objetivo "... garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial..."

En el plano local, el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional establece que toda la actividad estatal debe dirigirse a "...afianzar la justicia..." Y esta premisa tiene como destinatarios a "...todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino..." Por su parte, el artículo 18 del mismo cuerpo normativo establece que: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...". Lo cierto es que, con anterioridad a la reforma de 1994, la Constitución no contenía ninguna norma expresa sobre el derecho de acceso a la justicia, pero se consideraba implícito en varias de sus disposiciones, entre ellas las mencionadas. Con la reforma, en virtud de lo establecido en el artículo 75 inciso 22, se otorgó jerarquía constitucional a algunos tratados de derechos humanos que se refieren a la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la justicia, que fueron enunciados al comienzo de este apartado. Estas normas forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, con jerarquía constitucional y su respeto puede

ser exigible en sede judicial.

En lo que refiere a las normativas provinciales, la Constitución de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, establece el derecho de todo individuo al acceso irrestricto a la justicia y, específicamente, a fin de garantizar el pleno ejercicio de este derecho, prescribe la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes, así como la inviolabilidad de la defensa y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Por su parte, la Constitución de la provincia de Córdoba, en su artículo 18, inciso 9, sostiene que toda persona tiene derecho "A peticionar ante las autoridades y obtener respuesta y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus dere-

Del mismo modo, la ciudad de Buenos Aires en su Constitución también hace referencia al derecho de acceso a la justicia. Es así que en su artículo 12, inciso 6, menciona: "El acceso a la justicia de todos sus habitantes; en ningún caso puede limitarlo por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia profesional gratuita y el beneficio de litigar sin gastos".

Finalmente, restan señalar algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana que hacen alusión a la temática analizada.

En términos generales, la perspectiva de abordaje respecto del acceso a la justicia operada por ese organismo estuvo estrechamente ligada a la cuestión del acceso a la jurisdicción, con especial én-

fasis en cuestiones penales. Al respecto se sostuvo que "El acceso a la justicia puede ser entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular". 15 Al respecto, citó numerosos casos que dan cuenta de esa perspectiva (Corte I.D.H., Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52.; Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; y Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, ente otros).

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "si un indigente requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevada de agotar los recursos internos'. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Nº 11/1990, pág. 31).

Concluyendo esta parte, como he15 Manuel E. Ventura. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; miembro del
"International Law Association", de "The American Society of International Law"; miembro del
"Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino
de Derecho Internacional"; miembro del consejo
editorial de la Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos"; miembro honorario de la "Asociación Costarricense de Derecho Internacional",
y miembro ex oficio de la Asamblea General del
Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En
su texto La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Acceso
a la Justicia e Impunidad.

mos visto, existe en primer lugar una evolución del concepto de acceso a la justicia que, a medida que fueron avanzando las ideas, fue ampliando sus alcances y contenido. Si el acceso a la justicia comenzó como una mera garantía procesal en términos de legitimación activa en el siglo XVIII, consecuencia de su evolución, continúa avanzando, a punto tal de contemplar dentro de su esfera las condiciones materiales de existencia, es decir, extendiéndose por sobre lo estrictamente jurídico para abarcar también aspectos sociales y económicos.

Ahora bien, ya en la identificación doctrinaria respecto de los obstáculos para alcanzar elel derecho de acceso a la justicia a la que se hizo referencia, puede verse que este último aspecto de la evolución del concepto mismo de acceso a la justicia -nos referimos a la incorporación de las problemáticas sociales y económicas- ocupa un lugar secundario. Lo preponderante en materia de obstáculos está dado por aquello que impide acceder a la jurisdicción y, tibiamente, se plantea la cuestión de la pobreza y la distribución de los ingresos.

Este camino en el plano de lo real de ir acotando los alcances de la idea de acceso a la justicia para retrotraerlos al siglo XIX tiene su expresión cabal en la recepción normativa de la cuestión. Allí, como pudo verse, se acota el alcance del acceso a la justicia en términos esencialmente jurídicos, dejando de lado las cuestiones socioeconómicas que implica, ya no para acceder a la ju-

risdicción, sino para acceder a la justicia, para que se haga justicia respecto de su existencia entendida como vigencia plena de los derechos. Pues bien, dicho esto analizaremos a continuación las medidas tradicionalmente adoptadas en el plano de la realidad para materializar el acceso a la justicia.

1.4 Las medidas positivas tradicionalmente adoptadas en torno del acceso a la justicia.

Pues bien, a esta altura del análisis nos interesa, sobre la base de lo dicho hasta aquí, verificar qué medidas concretas se fueron adoptando para materializar el acceso a la justicia, de modo de identificar cuál es el concepto que prevalece en el plano de la realidad. Tomaremos para su estudio lo ocurrido en nuestro país.

Indudablemente, los avances más importantes en la materia se dieron en el marco del Poder Judicial, el que, por un lado, desarrolló iniciativas propias y, por el otro, sistematizó la experiencia de cada una de las jurisdicciones de nuestro país en la materia.

En efecto, es necesario resaltar que como consecuencia de la Segunda Conferencia Nacional de Jueces organizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en septiembre de 2007 en la ciudad de Salta, con la colaboración de los Superiores Tribunales de Justicia provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Federación Argentina de la Magistratura y la Asociación de Magistrados y Funcionarios, se creó la Comisión Nacional de Acceso a la

Justicia", integrada por jueces con objetivos claros referidos a la disminución de la litigiosidad y el acceso a la justicia de la ciudadanía toda.

El principal objetivo de dicha comisión consistió en promover el acceso a la justicia mediante políticas públicas, buscando mejorar el servicio de justicia con la inserción de métodos alternativos de resolución de conflictos y disminuir, en consecuencia, la litigiosidad judicial.

Es así entonces que la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia, presidida por la ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora Elena Highton de Nolasco, entre otras cosas, elaboró el "Mapa de situación sobre los diversos métodos de acceso a la justicia implementados en el ámbito del Poder Judicial de la República Argentina". 16

El mapa determina qué modos de acceso a la justicia se encuentran configurados en cada una de las provincias argentinas, además de la jurisdicción nacional y de la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los modos de acceso a la justicia que configuran en el mapa en cuestión resultan ser: Mediación, Conciliación, Arbitraje, Casas de Justicia, Oficina Multipuertas, Oficina de Atención Permanente, Servicios Itinerantes (jueces, abogados u otros), jueces de Paz, Oficina de Atención a la Víctima, Oficina de Violencia Doméstica y otros sistemas.

16 El mapa está publicado en la página oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: http:// www.csjn.gov.ar/accjust/docs/index.jsp A través de dicho mapa de situación, se pueden conocer los métodos de resolución de conflictos implementados, teniendo la posibilidad de acceder de manera rápida e integral a la información existente, lo que mejora sensiblemente el servicio al ciudadano.

Allí se presenta una amplia gama de soluciones alternativas, entre las que se destaca la conciliación, la mediación y el arbitraje. A continuación describiremos algunos de los métodos expuestos en el mapa referenciado así como las características que presentan.

Mediación: La Argentina se encuentra entre los países donde más se ha avanzado en materia de mediación como forma alternativa de resolución de conflictos. Consiste en un procedimiento que comienza con la intervención de un tercero, ajeno al órgano judicial, que a través de la aplicación de técnicas especiales de comunicación procura que se produzca el entendimiento entre las partes y concluye, eventualmente, con la celebración de un acuerdo que compone el conflicto.¹⁷

De acuerdo con el mapa de situación de los diversos métodos de acceso a la justicia, el sistema de mediación se ha implementado en veintiuna jurisdicciones de la Argentina. Tanto para temas de derecho civil, comercial, derecho de familia, derecho laboral como para ciertos delitos penales.

Conciliación: La conciliación también ha ido desarrollándose en los últimos años en nuestro país. Consiste en un mecanismo por el cual un tercero ayuda a las partes a negociar, sobre la base de sus intereses y posiciones, pudiendo el conciliador emitir opiniones y fórmulas de acuerdo. Esto último es lo que la diferencia de la mediación.

La conciliación se encuentra presente en diecinueve provincias de nuestro país. La legislación prevé el desarrollo de dicho método previo al proceso judicial, en algunos casos de forma obligatoria, como en el caso de los conflictos de derecho laboral, y en otros como un modo alternativo para la resolución de conflictos. La legislación también prevé la utilización de este mecanismo en procesos ya iniciados. Este método alternativo para la resolución de conflictos se puede desarrollar tanto en conflictos de derecho civil, comercial, laboral, de familia, así como en conflictos de derecho penal para ciertos delitos leves, contravenciones y en materia de derecho administrativo y tributario.

Arbitraje: Es otro de los métodos alternativos de resolución de conflicto que se describe en el mapa de acceso a la justicia. Consiste en que las partes sometan la decisión de sus diferencias a uno o más jueces privados, a los cuales se los denomina árbitros o amigables componedores, según sea que deban o no sujetar su actuación a formas determinadas y fallar con arreglo

¹⁷ Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2004. P. 566.

a las normas jurídicas. 18 Si bien este tipo de resolución de conflictos se encuentra consagrado en la legislación de varias provincias, lo cierto es que surge en forma evidente la ausencia de su uso por parte de los justiciables, quizás por el desconocimiento de su existencia. También se hace imprescindible una adecuación normativa del método a las actuales necesidades. En 2009 se registraron en la provincia de Córdoba 12 juicios arbitrales; el resto de las provincias cuya legislación prevé el arbitraje no cuenta con estadísticas ni registros.

Casas de Justicia: Se encuentran presentes en cuatro provincias argentinas. Funcionan dentro del Poder Judicial y junto con otras instituciones locales buscan brindar a la comunidad medios alternativos de resolución de conflictos. También orientan a los justiciables, informan y derivan a los organismos correspondientes. La característica principal es que dichas casas se encuentran fuera de la cabecera departamental, procurando con ello la descentralización, y en algunos casos se trasladan a barrios en las afueras de la ciudad ya que la gente que vive lejos no acostumbra trasladarse al pueblo a plantear las problemáticas que los aquejan.

Oficina Multipuertas: Pese a tratarse de un elemento esencial para garantizar el acceso a la justicia, ya que muchas veces es el primer contacto que el justiciable tiene al presentarse 18 Palacio, Lino Enrique, op.cit., p. 899.

el conflicto, no han tenido - al igual que las Casas de Justicia- suficente difusión a nivel nacional ysolo están presentes en cuatro provincias. Buscan brindar a los ciudadanos orientación, información, derivación y acompañamiento de un modo eficaz y rápido.

Oficina de Atención Permanente: Se presentan con diferentes funciones y solo se instalaron en seis provincias. Fueron creadas con el fin de mejorar el servicio de justicia. Tienen como funciones la recepción de denuncias, así como brindar orientación e información acerca del sistema judicial y de las distintas vías de acceso a la justicia.

Servicio Itinerante: Consiste en el traslado de funcionarios del Poder Judicial o de abogados a localidades a fin de garantizar el acceso a la justicia de aquellas poblaciones que se encuentran distantes de los centros urbanos. Este servicio solo se presta en seis provincias y en algunos casos está compuesto solo por funcionarios judiciales y en otros por abogados del colegio de la jurisdicción

Jueces de Paz: Los llamados jueces de paz se encuentran presentes en buena parte de nuestro país: están en diecinueve provincias. Sus funciones están establecidas por la legislación local y tienen competencia en diversos temas. En algunos casos se los autoriza a intervenir en causas civiles y comerciales de menor cuantía, en problemas vecinales, en casos de violencia, fal-

tas contravencionales, sucesiones, etc. Como se puede apreciar, son innumerables los casos que se presentan en sus juzgados y desempeñan una tarea esencial en sus comunidades. Generalmente desarrollan sus actividades en zonas geográficas apartadas o con dificultades de comunicación. El juez de paz pertenece a la comunidad en la que trabaja, circunstancia que lo constituye en una verdadera referencia social. Los procedimientos se desarrollan en forma oral y son gratuitos.

Oficinas de Atención a la Víctima: Existen en doce provincias y tienen por objeto la asistencia integral a las víctimas de delitos. Están conformadas con profesionales del derecho, la psicología y el trabajo social. Allí se brinda asesoramiento jurídico, acompañamiento y seguimiento de las demandas.

Oficina de Violencia Doméstica:

Las oficinas de violencia doméstica o de violencia familiar y de la mujer buscan ofrecer a la persona afectada la posibilidad de solicitar la intervención judicial en cualquier momento. Los casos son atendidos por un equipo interdisciplinario que realiza la entrevista con la persona afectada y luego se le informa los posibles cursos de acción. Dichas oficinas no se encuentran presentes en todas las provincias; sin embargo, gran parte de ellas ha suscripto convenios de cooperación con la Corte Suprema de Justicia.

La existencia de estas oficinas ha facilitado el acceso a la justicia de personas afectadas por la violencia que desconocían las vías de ingreso al sistema.

Es de suma importancia el intercambio de información entre las diversas jurisdicciones para conocer los beneficios y obstáculos que hubo que enfrentar en materia de acceso a la justicia con el objeto de adquirir experiencia al respecto.

Hasta aquí la reseña de lo que se ha venido haciendo en nuestro país en materia de acceso a la justicia. En el plano internacional, fundamentalmente en Suramérica, las medidas adoptadas son prácticamente idénticas, con algunas pocas experiencias aisladas y testimoniales de patrocinio jurídico.

Recapitulemos entonces para concluir esta primera parte del texto destinada al estudio del concepto tradicional de acceso a la justicia y su evolución, los obstáculos para su vigencia identificados doctrinariamente, la recepción normativa del tema y lo hecho hasta aquí en el plano de la realidad al respecto. De lo estudiado hasta aquí puede afirmarse que el plano en el que el acceso a la justicia como concepto goza de mayores alcances es el de la teoría. El contenido del concepto se va reduciendo a medida que se va acercando al plano de la realidad. En lo estrictamente conceptual o doctrinario, se incluyen hasta las condiciones sociales y económicas. Ya en el plano normativo, la idea se acota al "acceso a la jurisdicción", lo que a su vez, en términos generales, tiene su correlato en el plano de la realidad con las medidas adoptadas en torno del acceso a la justicia.

En estas condiciones comenzaremos a continuación con la segunda parte de este trabajo, es decir, con nuestra perspectiva de abordaje de la cuestión del acceso a la justicia.

1.5 Nuestra perspectiva de abordaje sobre la cuestión.

Como hemos visto, considerado de manera integral, el acceso a la justicia como derecho está ligado al de "acceso a la jurisdicción". Si bien en muchos casos declamativamente se ha hecho referencia a la idea de acceso a la justicia, como forma discursiva bastante más abarcativa, lo cierto es que al momento de adoptar medidas concretas en relación con el tema primó la perspectiva de acceso a la jurisdicción. La descentralización de órganos judiciales, fiscalías y defensorías, el desarrollo de la justicia de menor cuantía, los juzgados de paz, etc. dan cuenta de lo dicho.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, el acceso a la justicia involucra un universo mucho más abarcativo. A su desarrollo nos dedicaremos a continuación.

Como es de prever, y ya se ha dicho, el concepto de acceso a la justicia no ha sido siempre el mismo. Ha ido mutando de acuerdo con los vaivenes de la historia y el desarrollo de las ideas. En un momento como este, de profundos cambios en todo el globo pero especialmente en nuestro subcontinente, las realidades sociales se modifican y, posiblemente como nunca antes, se verifi-

can condiciones más que propicias para profundizar los alcances de conceptos tales como el de acceso a la justicia. Ese espíritu es el que nutre nuestra perspectiva de abordaje respecto de la cuestión.

Dicho esto, desarrollaremos a continuación de qué hablamos cuando hablamos de acceso a la justicia. Qué es acceso y qué es justicia.

a. ¿Qué es acceso y qué es justicia?

La Real Academia Española define el término "acceso" (del latín *accessus*), entre otras acepciones, como:

- 1. m. Acción de llegar o acercarse.
- 2. m. Entrada o paso.

Estas dos acepciones son las que nos atañen, porque implican que quien llega a un lugar, por una cuestión lógica, no estaba allí, un adentro y un afuera. Hablar, incluso superficialmente, de acceso constituye de por sí reconocer la existencia de personas que no pudieron ingresar, que están afuera, o, mejor dicho, que existen obstáculos lo suficientemente poderosos para impedirles entrar. Y lo que impiden es el acceso a un aspecto central de la existencia humana: la justicia.

De lo que se trata, entonces, es de desarrollar la estrategia que permita que en algún momento ya no exista ese afuera en materia de justicia. Que el concepto mismo de acceso a la justicia desaparezca, por resultar innecesario. Mientras tanto, mientras tengamos que convivir con la idea de acceso, habremos de entenderla como la vía que permita la realización material y efec-

tiva de la justicia respecto de los habitantes de nuestro Estado. Es decir, el acceso es para nosotros la remoción de los obstáculos que impiden el goce de una existencia justa. Como puede verse, desde nuestra perspectiva conceptual, la idea de acceso a la justicia va mucho más allá. Indudablemente es insuficiente acotar el concepto al de "acceso a la jurisdicción". Pero también es insuficiente la incorporación de los aspectos sociales y económicos introducidos por la doctrina más avanzada en la materia. No caben dudas acerca de que hablar de acceso a la justicia impone la incorporación de esos aspectos, pero, precisamente por eso, por tratarse de la necesaria mutación de cuestiones sociales y económicas, consideramos que debe incorporarse también la cuestión política. Cualquier planteo serio que se proponga aludir a la vigencia efectiva de todos los derechos consagrados constitucionalmente, necesariamente debe contemplar una transformación de las condiciones sociales existentes y fundamentalmente de las condiciones económicas, de las condiciones de distribución del ingreso y de equidad. De otro modo, los planteos formulados serán letra muerta o, en el mejor de los casos, intentos bienintencionados pero estériles. Sostendremos desde este momento inicial que para nosotros el concepto de acceso a la justicia es un concepto esencialmente político, cuyas implicancias son económicas, sociales y culturales y su expresión, solo eso, su expresión, jurídica.

Ahora bien, volvamos sobre la idea de acceso a secas, de acceso entendido como "remoción de los obstáculos". Pues bien, esa remoción de obstáculos debe ser realizada para acceder "a la justicia". Pero, a qué justicia. A qué tipo de justicia hacemos referencia. Sucede que la idea misma de justicia no admite una sola conceptualización. No es un concepto unívoco. Lo justo para alguno puede ser injusto para otro. Y, con mayor énfasis, lo justo en un momento histórico en un lugar determinado puede no serlo si se modifican las condiciones de tiempo y lugar.

En primer lugar, superficialmente diremos que la referencia obligada para analizar la idea de justicia proviene del filósofo griego Aristóteles, quien sostuvo que consistía en "dar a cada uno lo que es suyo, o lo que le corresponde". Consideró el concepto desde la idea de proporcionalidad, es decir que para él lo que le corresponde a cada ciudadano tiene que estar en proporción con su contribución a la sociedad y sus necesidades. Los romanos, por su parte, a través de su jurista Ulpiano -inspirado en los filósofos griegos- consideraban que: "La justicia es la constante perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho". Ya en la Edad Media, Santo Tomás de Aquino identificó el concepto de justicia con el de vigencia de la ley natural, o los derechos naturales, que no son otros que aquellos otorgados por Dios. Finalmente, para el pensamiento liberal clásico, la justicia aparece como sinónimo de la maximización de la utilidad

agregada (en el sentido de felicidad). "Lo justo es lo que beneficia al mayor número de personas a la vez" (Jeremías Bentham).

Del mismo modo, algunos observaron el obrar justo como la acción que se ajustaba a las leyes.

Sin embargo, no nos interesa aquí efectuar un ensayo filosófico acerca de la justicia. Pretendemos apenas aproximarnos a lo justo en las actuales condiciones témporoespaciales. O sea, qué es justo en un país como el nuestro en un momento como este. Y en esa inteligencia, dejando de lado las particularidades conceptuales de cada etapa histórica, puede señalarse que existe cierto consenso respecto de que el concepto de justicia es un valor determinado socialmente, sobre la base de parámetros morales o religiosos cambiantes, y cuya utilidad esencial radica en mantener la armonía entre los integrantes de esa sociedad. La justicia es, seguramente, el elemento legitimante más importante del orden para dentro de la sociedad. Cada individuo asume su lugar en la sociedad, y reconoce las reglas y valores que la regulan, fundamentalmente (aunque no exclusivamente) en la medida en que adscribe al concepto de justicia que impera. De allí que lo justo requiera de una revisión constante en pos de su "actualización".

Y entonces, qué es justo hoy en nuestro país. Pues bien, si analizamos incluso superficialmente la historia reciente de la Argentina, podremos identificar claramente una lucha creciente por la vigencia efectiva de lo que conocemos como justicia social. Desde hace mucho tiempo ya, tal vez desde siempre, la justicia dejó de ser un concepto individual, para constituirse en un valor colectivo, en un concepto social, que presupone la capacidad de todos los habitantes de gozar de determinados bienes elementales que hacen a la supervivencia del ser humano en condiciones dignas. Indudablemente la idea que cada persona habrá de tener acerca de la justicia estará condicionada en buena medida por su situación particular, su historia y sus necesidades. Sin embargo, si se puede identificar algún consenso respecto de lo justo, sin lugar a dudas, tiene que ver con el piso sociocultural pero fundamentalmente económico de que debe gozar cada integrante de la sociedad. Ya se ha dicho que la calidad de las sociedades se mide en esos términos.

Recapitulemos. Al analizar la evolución histórica de nuestro país, en consonancia con la historia universal, nos damos cuenta de que fundamentalmente desde finales del siglo XIX hasta la actualidad se ha verificado un creciente reconocimiento normativo de derechos, civiles, políticos y sociales, que, mediados por las batallas históricas para dentro de la sociedad, han ido gozando de mayor o menor vigencia. Los derechos políticos a partir de la ley Sáenz Peña (aunque parcialmente porque no se permitió el voto femenino hasta 1952), los derechos sociales a partir de los primeros gobier-

nos peronistas plasmados fundamentalmente en la Constitución de 1949 (luego derogada ilegal e ilegítimamente por la dictadura de 1955), los avances en materia de derechos de los trabajadores y, como consecuencia de ello, avances muy sensibles en las condiciones de vida de los sectores más desfavorecidos de la sociedad debido al escenario de pleno empleo y, finalmente el proceso más reciente -iniciado en 2003- de recuperación de la política como instrumento y recuperación de mecanismos de distribución entregados durante la década de los noventa (la consolidación del mercado interno, la recuperación del empleo, la estatización de los fondos jubilatorios y el incremento en los haberes, la asignación universal por hijo, etc.). Sin embargo, todos los avances en materia de justicia social tuvieron a su vez respuestas violentas de los sectores más concentrados, para detenerlos. Fue así que, con idas y vueltas, el siglo XX se caracterizó por la lucha por el mejoramiento de las condiciones de vida de la totalidad de la población, como consolidación de un proceso previo o paralelo de reconocimiento de derechos en el plano normativo, pero que a su vez no siempre tuvo correlato en el plano de la realidad.

De allí que consideremos que el abordaje tradicional del concepto de justicia, delimitado por lo jurídico, acotando lo justo o injusto a lo normado, a la vigencia de una norma, nos parezca insuficiente. Entendemos que es indispensable ampliar los alcances

de la idea de justicia, de modo de trascender la cuestión meramente jurídica incorporando aspectos sociales, aspectos que hacen a la realidad concreta y palpable de los habitantes de un Estado y, particularmente, a sus condiciones de vida. En efecto, la justicia en primer término, y el acceso a la justicia después, comienzan a ser vistos como conceptos esencialmente sociales, que salen de la esfera de la individualidad para constituirse en un bien público, en un requisito indispensable para la armonía social y por ello en un objetivo estratégico que trasciende la posibilidad de los ciudadanos de ser asistidos jurídicamente o de viabilizar soluciones alternativas para la resolución de conflictos, para erigirse en una herramienta que permita a cada ciudadano darse un plan de vida y ejecutarlo. Es decir, como se dijo, un problema eminentemente político.

Como puede verse, la alimentación deficiente, las dificultades educativas, las imposibilidades laborales o las privaciones económicas atentan directamente contra la materialización de la justicia entendida de este modo. Indudablemente, la instrumentación del acceso a "esta" justicia exige la remoción de los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de todos los derechos consagrados constitucionalmente y en los tratados internacionales de derechos humanos. Es decir que este concepto de justicia abordado desde una perspectiva sociocultural alberga paralelamente su dimensión jurídica.

Es que, siguiendo novedosa y prestig-

iosa doctrina en la materia, ya no pensamos al Estado desde una perspectiva neutral ni objetiva. Lo hacemos desde la creencia de que "no se justifica la existencia de un Estado, si resulta incapaz de garantizar plenamente la JUSTICIA BASICA. El Estado, como sistema de poder, tiene necesariamente que ser el gestor y el garante de esa justicia primaria. La pregunta de rigor es: ¿A qué nos referimos con "justicia básica"? y ¿hasta dónde se extienden sus límites?

"No hablamos en principio de una justicia de tipo conmutativa. Es mucho más complejo y abarcativo que eso. El Estado adquiere justificación si, en tanto sistema de poder, concreta la dignidad de los seres humanos que lo habitan". 19 Y para terminar de describir el concepto, el mismo autor hizo referencia a los alcances del término dignidad: "Si bien la dignidad, tiene, como veremos más adelante, diversos componentes, existe un término que posee la capacidad de resumirlos: la autodeterminación. Un ser humano será digno y por ende podrá, en términos de realidad, ser considerado persona, en la medida de su autodeterminación.

"Poder autodeterminarse implica en términos generales ser capaz de decidir y de actuar conforme a una decisión o conjunto de decisiones. La existencia de factores impeditivos tales como el hambre, la marginalidad, el desempleo, el analfabetismo, la opresión, la proscripción, la represión, la explotación, la esclavitud, la tortura, Gallardo, Roberto Andrés. Teoría del Estado

Nacional en la Era Global. Ediciones Madres de

Plaza de Mayo. Buenos Aires, 2006. P. 144 y ss.

la drogadicción, etc, que individualmente o en forma conjunta afectan la capacidad de decisión de los individuos y por ende su autodeterminación, obstan al alcance del estado de 'persona'. No será en este plano persona un subalimentado o un marginal indigente. No será persona un desocupado crónico. No lo será tampoco un esclavo o un explotado. No es así, persona, un analfabeto. Son todos seres humanos. Entes biológicos. Individuos que habitan en un territorio en donde el sistema de poder no les ha permitido concretar y luego garantizar, su autodeterminación. Deberán alcanzar ese nivel, deberán conquistarlo. No se trata de una conquista jurídica sino política y social."20

Como puede verse, se trata de desactivar los mecanismos que reproducen desigualdades, o, lo que es lo mismo, dar una batalla enérgica por la igualdad. Fue en esta convicción que, en oportunidad de conmemorarse el 161º aniversario del fallecimiento del general San Martín durante 2011, nuestra Presidenta, Cristina Fernández de Kirchner, sostuvo que "si tuviera que definir este proyecto, diría patria, libertad e igualdad para todos los argentinos." Y profundizando el concepto, el 6 de abril de 2010, la Presidenta señaló: "El tema de la igualdad debe ser el signo distintivo también de este Bicentenario; seguir persiguiendo la igualdad, contra viento y marea, contra pequeños pero poderosos intereses que necesitan de las desigualdades muchas veces para, en su criterio, poder seguir teniendo poder. Yo 20 Gallardo, Roberto Andrés. Op. cit. P. 149.

creo que la igualdad es el gran instrumento liberador de las sociedades, de los pueblos y del mundo. Y me gustaría en todo caso si alguien alguna vez me recordara que lo hiciera como una persona que cuando estuvo en un lugar muy importante por cierto, tal vez el más importante que puede ocupar un argentino o una argentina, luchó denodadamente por la igualdad, por la redistribución del ingreso, porque todos los argentinos pudiéramos tener igualdad de posibilidades, que no significa que seamos iguales, es algo más sencillo, más humilde, que todos tengan las mismas oportunidades".

Concluyendo esta parte, para responder a la pregunta del título de este acápite, (¿de qué hablamos cuando hablamos de justicia?) la respuesta es: hablamos de igualdad. En efecto, cuando hablamos entonces de acceso a la justicia hacemos referencia a ella en términos eminentemente sociales. Hablamos entonces de acceso a la justicia social.

A esta altura del desarrollo es necesario detenernos para analizar cuáles son las implicancias de abordar seriamente el acceso a la justicia, en los términos planteados, en un país como el nuestro.

b. Implicancias de la garantía tendiente al acceso a la justicia en nuestro país en la actualidad.

Pues bien, para abordar la temática en el plano de lo concreto, de la realidad, considerando el acceso a la justicia como una garantía efectiva que opera como instrumento para revertir cualquier circunstancia que derive en una situación injusta, es preciso analizar las condiciones concretas existentes en nuestro país y las doctrinas y debates existentes en torno de la cuestión.

En primer lugar es preciso recordar que, en el plano de lo jurídico incluso a nivel mundial, el reconocimiento de derechos sociales de carácter universal vino acompañado del movimiento conocido como constitucionalismo social. Este proceso, entendido como aquel tendiente a "garantizar el bienestar de las sociedades" a través del diseño de políticas ligadas a la "seguridad social", pero fundamentalmente al reconocimiento y efectivización de derechos de los trabajadores, fue adoptando diferentes formas jurídicas alrededor del globo. Los ejemplos clásicos son la Constitución de Weimar, Alemania, en 1919. y la de Querétaro, México, en 1917. En nuestro país el proceso tomó forma con la Constitución de 1949. Ese texto jurídico en realidad receptó normativamente los principios y valores de una doctrina anterior, creada en nuestro país desoyendo a quienes aún sostenían la supremacía de los pensadores europeos. Esta doctrina fue desarrollada por el general Juan Domingo Perón, y conocida como Justicialismo, referencia obligada para analizar el modo de estructurar en nuestro país un modelo sostenido de acceso a la justicia. Dijo el general Perón²¹: "Nues-

²¹ Los conceptos sobre la doctrina justicialista cuyo desarrollo vendrá a continuación fueron obtenidos de los siguientes textos: Perón, Juan

un país, proviene de la adopción de una ideología foránea o de su propia creación. Con respecto a la importación de las ideologías -directamente o adecuándolas- se alimenta un vicio de origen y es insuficiente para satisfacer las necesidades espirituales de nuestro pueblo y del país". También se refirió al modo de producción y a la importación de doctrinas ajenas: "(...) El mundo nos ha ofrecido dos posibilidades extremas: el Capitalismo y el Comunismo. Interpreto que ambas carecen de los valores sustanciales que permitan concebirlas como únicas alternahistórico-políticas. Paralelamente, la concepción cristiana presenta otra posibilidad, pero sin una versión política, suficiente para el ejercicio efectivo del gobierno. "Los argentinos tenemos una larga tradición en esto de importar ide-Domingo, Doctrina Revolucionaria, Editorial Freeland, Buenos Aires, 1973; Teniente General Perón, Conducción Política (con un apéndice de actualización doctrinaria), editado y publicado por la Secretaría Política de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1974; Perón Juan Domingo, La tercera posición, la Constitución de 1949, breviario justicialista, Ediciones Argentinas, Buenos Aires, 1973; Teniente General Perón, La Comunidad Organizada, editado y publicado por la Secretaría Política de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1974, y Galasso, Norberto, Perón, Tomo I y Tomo II, Ediciones Colihue S.R.L., Buenos Aires, 2005.

tra patria necesita imperiosamente

una ideología creativa que marque

con claridad el rumbo a seguir y una

doctrina que sistematice los principi-

os fundamentales de esa ideología...

Para ello debemos tener en cuenta

que la conformación ideológica de

ologías, ya sea en forma parcial o total. Es contra esa actitud que ha dehido enfrentarse permanentemente nuestra conciencia. Las bases fértiles para la concepción de una ideología nacional coherente con nuestro espíritu argentino, han surgido del mismo seno de nuestra patria. El pueblo, fuente de permanente creación y autoperfeccionamiento, estaba preparado desde hacía ya muchos años para conformar una ideología nacional, social v cristiana." Aludió también a la importancia de la justicia social: "Sin embargo, no fuimos comprendidos cuando, respondiendo a esa particular exigencia histórica, propugnamos la justicia social como inmanente al ser nacional. a pesar de que la justicia social está en la base de la doctrina cristiana que surgió hace dos mil años... Al calor de intereses políticos y económicos se originaron numerosos equívocos -como la identificación de la democracia con el liberalismo- promoviendo confusiones ideológicas que -en su momento- configuraron el marco necesario para el mantenimiento de los intereses imperialistas.

"En nuestro país persisten todavía muchos esclavos de la injusticia. Ni la justicia social ni la libertad -recíprocamente apoyadas- son comprensibles en una comunidad integrada por hombres que no se han realizado plenamente en su condición humana". La Constitución argentina de 1949 (Art. 37, núm.6) explicitó el conte-

nido mínimo concreto de una política de justicia social: "Posibilidades de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas; de satisfacer sin angustias las necesidades de cada persona y de su familia, de forma que le permita trabajar con satisfacciones, descansar libre de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales. La justicia social responde a la necesidad social de elevar el nivel de vida y de trabajo con los recursos directos e indirectos que permite el desarrollo económico".

Y luego desarrolló su doctrina: el Justicialismo. "La aparición y la evolución de la concepción justicialista es la del desarrollo histórico natural de nuestras ideas, y es patrimonio de todo el pueblo argentino; en esa medida el ideólogo es sólo un intérprete.

"Es por eso que el Justicialismo quiere para el hombre argentino:

- Que se realice en sociedad, armonizando los valores espirituales con los materiales y los derechos del individuo con los derechos de la sociedad; que haga una ética de su responsabilidad social;
- Que se desenvuelva en plena libertad en un ámbito de justicia social;
- Que esa justicia social esté fundada en la ley del corazón y la solidaridad del pueblo;• Que tal solidaridad sea asumida por todos los argentinos, sobre la base de compartir los beneficios y los

sacrificios equitativamente distribuidos;

• Que comprenda a la Nación como unidad abierta generosamente con espíritu universalista, pero consciente de su propia identidad.

"La comunidad a la que aspiramos es aquella donde la libertad, la justicia y la responsabilidad son fundamento de una alegría de ser, basada en la certeza de la propia dignidad."

Sostuvo a su vez que las doctrinas se deben actualizar, pero los principios y valores son inmanentes, absolutos, trascienden la circunstancia histórica y las diversas coyunturas.

Los valores esenciales de la doctrina justicialista son la dignidad de la persona humana, el valor del trabajo, la solidaridad, la justicia social, la libertad y el bien común.

Decía Perón en 1948: "El imperialismo ruso defiende al comunismo, vale decir, la explotación del hombre por el Estado. El otro grupo defiende al capitalismo, vale decir la explotación del hombre por otro hombre. No creo que ninguno sea la solución para la humanidad; en consecuencia, ninguno de los sistemas puede subsistir en el porvenir. Es necesario ir a otro sistema, donde no exista la explotación del hombre, donde seamos todos colaboradores de una obra común para la felicidad común, vale decir, la doctrina esencialmente cristiana, sin la cual el mundo no encontró solución ni la encontrará tampoco en el futuro. No creo que para solucionar los problemas que tiene el mundo puedan aferrarse a soluciones que han fracasado en los hechos, porque el capitalismo ha fracasado y el comunismo también".

Por otra parte, respecto de la cuestión central del trabajo sostuvo en reiteradas ocasiones: "Queremos una sola raza de hombres, los que trabajan". Y agregó: "La comunidad argentina es esencialmente una comunidad de trabajadores, entendiéndose por tales todos aquellos que desempeñando una actividad lícita y útil laboran para la grandeza de la nación". Perón (25 de febrero de 1953). "Cuando estructuramos el Justicialismo comenzamos por establecer que el orden de la organización del Justicialismo no se basaba en el capital, sino que se basaba en el trabajo, porque el trabajo es lo único digno que tienen hombres y mujeres. Es mediante ese trabajo que el Pueblo progresa y que la Nación se engrandece, y no mediante el egoísmo de atesorar bienes materiales. Es el renunciamiento a la vanidad y a las estupideces cotidianas lo que hace grande al hombre y se presenta a semejanza de los altos valores de la humanidad". (Perón, ante delegados censistas en Santiago del estero, 19 de junio de 1951).

El concepto peronista de la dignificación del trabajo no solo abarca el mejoramiento de las condiciones en que este se debe desarrollar (salario digno, seguridad social, etc), sino también en la consideración social del trabajador. En la comunidad peronista, el trabajo "es un derecho que crea la dignidad del hombre y es un deber, porque es justo que cada uno produzca por lo menos lo que consume" (Perón, 10 de abril de 1948).

Y todo, siempre, concebido desde la perspectiva del bien común. Dijo al respecto: "Seamos todos artífices del bien común, y ninguno instrumento de la ambición de nadie" (Perón, en reiteradas oportunidades).

Como puede verse, los sentimientos y pensares de nuestro pueblo durante sus más de doscientos años de historia fueron interpretados y sistematizados por el general Perón, estructurando una doctrina cuya columna vertebral es la justicia social. De allí que para nosotros, a esta altura del desarrollo, resulte más apropiado referirnos a acceso a la justicia social, pensando esta idea ya no como una rama compartimentada de actuación estatal para responder a una problemática puntual (como podría ser la dificultad para acceder "al servicio de justicia") sino como instrumento de sistematización y maximización de los recursos estatales, unificando y centralizando su accionar, colectivamente, en conjunto con el resto de los operadores estatales con un objetivo común y una actuación complementaria.

Sucede que, como sostuvo el general Perón, los principios y valores no cambian, son inmanentes, se trata solo de "actualizar la doctrina". Resulta obvio aclarar que no tenemos la pretensión de ser nosotros quienes actualicemos esa doctrina, pero sí adecuar nuestra acción a las condiciones socioeconómicas y políticas imperantes en nuestro país, sobre la base de la concepción justicialista. Es decir, hacer justicialismo en el real y profundo sentido de la palabra.

En estos términos, en un país como el nuestro, donde se desarrolló una de los doctrinas autónomas más importantes respecto de la forma de organización social, la distribución de las riquezas, la utilidad de la propiedad en función social cuyo objetivo fundamental es la realización de la justicia social, es imposible pensar el acceso a la justicia sin pensarlo como acceso a la justicia social.

Ahora bien, el acceso a la justicia social ¿es posible o es producto de nuestros deseos más profundos pero irrealizable? ¿Es pertinente hablar de acceso a la justicia social? A responder a esta pregunta nos dedicaremos a continuación.

c. ¿Es pertinente hablar de acceso a la justicia social?

A esta altura del desarrollo resulta indispensable detenernos en la cuestión de la justicia social, en los alcances del concepto, la tradición de su reconocimiento en nuestro país, el soporte normativo existente para su materialización y, fundamentalmente, si es un concepto permeable a la idea de acceso a la justicia. Es decir, si es pertinente hablar de acceso a la justicia social.

Para comenzar, volvamos a la idea de justicia social. Para ello es indispensable detenernos en la obra del que seguramente haya sido uno de los mejores teóricos de nuestro país a la vez que escasamente reconocido por las universidades, el Dr. Arturo Enrique Sampay. La obra del autor es vasta. Acerca de ella se ha dicho: "Casi sin quererlo estamos dando vueltas en círculo: partimos

de alguna definición teórica (de la Constitución, del Estado, de la crisis de valores, etc.) y recaemos en la observación de la realidad en sus dimensiones históricas y sociológicas. Así aprendió Sampay una constante histórico-sociológica que nunca abandonará: que el Estado es la herramienta para dominar el capitalismo y someter las estructuras económicas al servicio del pueblo".22 Nos interesan especialmente sus intervenciones en la Convención Constituyente de la reforma constitucional que culminaría con la redacción de la Constitución de 1949. Allí, como afirma Juan Fernando Segovia, Sampay propicia un Estado intervencionista y no neutral, esa intervención se define como supletoria e integradora, fundada en la siguiente idea central: "Toda interacción humana es objeto de la política, es decir, materia propia de la función regulativa del Estado, pudiendo por tanto convertirse de materia de negocios privados, de objeto de la justicia conmutativa, en materia de dirección pública, en objeto de la justicia social, pues los hombres están subordinados al Estado para, de esta manera, resultar coordinados a un mismo objeto: el bien común (...) Se explica entonces que el Estado intervenga para restaurar el orden social en aquellas circunstancias en que las acciones privadas desatienden algún servicio debido al bienestar de la colectividad"23. Y luego agregó "el

²² Segovia, Juan Fernando. Aproximación al pensamiento jurídico y político de Arturo Sampay. Catolicismo, Peronismo y Socialismo Argentinos. Sin señas editoriales. P. 183.

²³ Sampay, Arturo Enrique. *La reforma constitucional*. Es una compilación que el propio Sampay

grado de la intervención estatal se mide por las contingencias históricas, pues toda la legislación intervencionista que la reforma autoriza tiende a compensar la inferioridad contractual, la situación de sometimiento en que se halla el sector de los pobres dentro del sistema capitalista moderno, falto de moral y caridad, que aprovecha su prepotencia económica para la explotación del pobre, sea obrero o consumidor"24. Todos estos conceptos fueron inspirados, según dichos del propio Sampay, en las "ideas de la Justicia Social Cristiana aplicada a las relaciones entre los pueblos como viene pregonando al mundo sobre los tejados el Presidente de la República, General Perón".25

Respecto de la conceptualización de la justicia social, el mismo Sampay reconoció sus orígenes en la encíclica "Quadragesimo Anno", presentada por el Papa Pío XI en 1931. Para Sampay, entonces, la justicia social "es el fiel que balancea el uso personal de la propiedad con la exigencia del bien común. El bien común o bien de la colectividad, significa que el Estado debe hacer posible a sus sujetos la realización de lo bueno, y garantizar esa posibilidad. Por justicia social debe entenderse, la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho hizo de sus discursos, apareció sin señas editoriales

en La Plata en el año 1949. P. 37.

en la medida que contribuyeron a su realización²⁶" Tal vez la síntesis conceptual de la noción la encontremos en el artículo 15 de la Constitución de 1949, que establece: "El Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad". También ilustra sustancialmente la idea lo normado por el artículo 35 del mismo cuerpo normativo: "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre configuran delitos que serán castigados por leyes". Aunque seguramente la expresión más concreta del ideario de justicia social aparece dada por los artículos que integran el Capítulo III "Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura" (artículo 37) y el Capítulo IV "La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica" (artículos 38, 39 y 40).

Los artículos referidos literalmente rezan:

"Artículo 37 - Declárense los siguientes derechos especiales:

"I. Del trabajador

"1. Derecho de trabajar - El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa 26. De su popencia ante la Convención Constituy.

²⁴ Ibídem p. 37.

²⁵ Ibídem pp. 50/51.

²⁶ De su ponencia ante la Convención Constituyente de 1949.

de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien lo necesite.

"2. Derecho a una retribución justa - Siendo la riqueza, la renta y el interés del capital frutos exclusivos del trabajo humano, la comunidad deber organizar y reactivar las fuentes de producción en forma de posibilitar y garantizar al trabajador una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado.

"3. Derecho a la capacitación - El mejoramiento de la condición humana y la preeminencia de los valores del espíritu imponen la necesidad de propiciar la elevación de la cultura y la aptitud profesional, procurando que todas las inteligencias puedan orientarse hacia todas las direcciones del conocimiento, e incumbe a la sociedad estimular el esfuerzo individual proporcionando los medios para que, en igualdad de oportunidades, todo individuo pueda ejercitar el derecho a aprender y perfeccionarse.

"4. Derecho a condiciones dignas de trabajo - La consideración debida al ser humano, la importancia que el trabajo reviste como función social y el respeto recíproco entre los factores concurrentes de la producción, consagran el derecho de los individuos a exigir condiciones dignas y justas para el desarrollo de su actividad y la obligación de la sociedad de velar por la estricta observancia de los preceptos que

las instituyen y reglamentan.

"5. Derecho a la preservación de la salud - El cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo.

"6. Derecho al bienestar - El derecho de los trabajadores al bienestar, cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia en forma que les permita trabajar con satisfacción, descansar libres de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales, impone la necesidad social de elevar el nivel de vida y de trabajo con los recursos directos e indirectos que permita el desenvolvimiento económico.

"7. Derecho a la seguridad social - El derecho de los individuos a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo promueve la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria destinados, unos y otros, a cubrir o complementar las insuficiencias o inaptitudes propias de ciertos períodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales.

"8. Derecho a la protección de su

familia - La protección de la familia responde a un natural designio de individuo, desde que en ella generan sus más elevados sentimientos efectivos y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad como el modo más indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consolidación de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social.

- "9. Derecho al mejoramiento económico La capacidad productora y el empeño de superación hallan un natural incentivo en las posibilidades de mejoramiento económico, por lo que la sociedad debe apoyar y favorecer las iniciativas de los individuos tendientes a ese fin, y estimular la formación y utilización de capitales, en cuanto constituyen elementos activos de la producción y contribuyan a la prosperidad general.
- "10. Derecho a la defensa de los intereses profesionales El derecho de agremiarse libremente y de participar en otras actividades lícitas tendientes a la defensa de los intereses profesionales, constituyen atribuciones esenciales de los trabajadores, que la sociedad debe respetar y proteger, asegurando su libre ejercicio y reprimiendo todo acto que pueda dificultarle o impedirlo.

"II. De la familia

"La familia, como núcleo primario y fundamental de la sociedad, será objeto de preferente protección por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimento de sus fines.

- "1. El Estado protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad.
- "2. El Estado formará la unidad económica familiar, de conformidad con lo que una ley especial establezca.
- "3. El Estado garantiza el bien de la familia conforme a lo que una ley especial determine.
- "4. La atención y asistencia de la madre y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado.

"III. De la ancianidad

- "1. Derecho a la asistencia Todo anciano tiene derecho a su protección integral, por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos y fundaciones creados, o que se crearen con ese fin, sin perjuicio de la subrogación del Estado o de dichos institutos, para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes.
- **"2. Derecho a la vivienda** El derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana.
- "3. Derecho a la alimentación La alimentación sana, y adecuada a la edad y estado físico de cada uno, debe ser contemplada en forma particular.
- "4. Derecho al vestido El vestido decoroso y apropiado al clima complementa el derecho anterior.
 - "5. Derecho al cuidado de la salud

física - El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente.

- "6. Derecho al cuidado de la salud moral - Debe asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales, concordes con la moral y el culto.
- "7. Derecho al esparcimiento Ha de reconocerse a la ancianidad el derecho de gozar mesuradamente de un mínimo de entretenimientos para que pueda sobrellevar con satisfacción sus horas de espera.
- "8. Derecho al trabajo Cuando el estado y condiciones lo permitan, la ocupación por medio de la laborterapia productiva ha de ser facilitada. Se evitará así la disminución de la personalidad.
- "9. Derecho a la tranquilidad Gozar de tranquilidad, libre de angustias y preocupaciones, en los años últimos de existencia, es patrimonio del anciano.
- **"10. Derecho al respeto** La ancianidad tiene derecho al respeto y consideración de sus semejantes.

"IV. De la educación y la cultura

"La educación y la instrucción corresponden a la familia y a los establecimientos particulares y oficiales que colaboren con ella, conforme a lo que establezcan las leyes. Para ese fin, el Estado creará escuelas de primera enseñanza, secundaria, técnico-profesionales, universidades y academias.

"1. La enseñanza tenderá al desarrollo del vigor físico de los jóvenes, al perfeccionamiento de sus facultades intelectuales y

de sus potencias sociales, a su capacitación profesional, así como a la formación del carácter y el cultivo integral de todas las virtudes personales, familiares y cívicas.

- "2. La enseñanza primaria elemental es obligatoria y será gratuita en las escuelas del Estado. La enseñanza primaria en las escuelas rurales tenderá a inculcar en el niño el amor a la vida del campo, a orientarlo hacia la capacitación profesional en las faenas rurales y a formar la mujer para las tareas domésticas campesinas. El Estado creará, con ese fin, los institutos necesarios para preparar un magisterio especializado.
- "3. La orientación profesional de los jóvenes, concebida como un complemento de la acción de instruir y educar, es una función social que el Estado ampara y fomenta mediante instituciones que guíen a los jóvenes hacia las actividades para las que posean naturales aptitudes y capacidad, con el fin de que la adecuada elección profesional redunde en beneficio suyo y de la sociedad.
- "4. El Estado encomienda a las universidades la enseñanza en el grado superior, que prepare a la juventud para el cultivo de las ciencias al servicio de los fines espirituales y del engrandecimiento de la Nación y para el ejercicio de las profesiones y de las artes técnicas en función del bien de la colectividad. Las universidades tienen el derecho de gobernarse con autonomía, dentro de los límites establecidos por una ley especial que reglamentará su organización y funcionamiento. Una ley dividirá el territorio nacional en regiones universitarias, dentro de cada una de las

cuales ejercerá sus funciones la respectiva universidad. Cada una de las universidades, además de organizar los conocimientos universales cuya enseñanza le incumbe, tenderá a profundizar el estudio de la literatura, historia y folklore de su zona de influencia cultural, así como a promover las artes técnicas y las ciencias aplicadas con vistas a la explotación de las riquezas y al incremento de las actividades económicas regionales. Las universidades establecerán cursos obligatorios y comunes destinados a los estudiantes de todas las facultades para su formación política, con el propósito de que cada alumno conozca la esencia de lo argentino, la realidad espiritual, económica, social y política de su país, la evolución y la misión histórica de la República Argentina, y para que adquiera conciencia de la responsabilidad que debe asumir en la empresa de lograr y afianzar los fines reconocidos y fijados en esta Constitución.

"5. El Estado protege y fomenta el desarrollo de las ciencias y de las bellas artes, cuyo ejercicio es libre; aunque ello no excluye los deberes sociales de los artistas y hombres de ciencia. Corresponde a las academias la docencia de la cultura y de las investigaciones científicas postuniversitarias, para cuya función tienen el derecho de darse un ordenamiento autónomo dentro de los límites establecidos por una ley especial que las reglamente.

"6. Los alumnos capaces y meritorios tienen el derecho de alcanzar los más altos grados de instrucción. El Estado asegura el ejercicio de este derecho mediante becas, asignaciones a la familia y otras providen-

cias que se conferirán por concurso entre los alumnos de todas las escuelas.

"7. Las riquezas artísticas e históricas, así como el paisaje natural cualquiera que sea su propietario, forman parte del patrimonio cultural de la Nación y estarán bajo la tutela del Estado, que puede decretar las expropiaciones necesarias para su defensa y prohibir la exportación o enajenación de los tesoros artísticos. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica que asegure su custodia y atienda a su conservación.

"Capítulo IV La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica

"Artículo 38 - La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda abolida para siempre de la legislación argentina. Ningún cuerpo armado puede

hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempo de paz.

"Artículo 39 - El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino.

"Artículo 40 - La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios. Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias. Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en

poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido".

Pues bien, como pudo verse, la idea de justicia social es producto de un profundo desarrollo que no se agotó en el plano teórico, ni mucho menos en el declamativo o en el de mero reconocimiento de derechos, sino que fue diseñado e instituido con la pretensión concreta de aplicación efectiva. Nos toca profundizar el camino para desandar los retrocesos. En la actualidad, el reconocimiento normativo de los derechos sociales es extenso. Se verifica también la incorporación de la idea de justicia social a partir de la reforma Constitucional de 1994 y, más recientemente, una recepción jurisprudencial de la cuestión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para avanzar en este sentido, es preciso señalar que la conceptualización actual de la justicia social ha mutado nominativamente para direccionarse en torno a la "vigencia de los derechos sociales". Precisamos, entonces, acercar una idea de qué son los derechos sociales. Los derechos sociales son aquellos vinculados con los bienes, servicios y el acceso a la infraestructura indispensables para el desarrollo de una vida digna. Concretamente, aquellos que remueven los obstáculos que impiden a cualquier ser humano establecer su plan de vida y ejecutarlo.

La doctrina, en general, ha tendido a cargar las obligaciones generadas por estos derechos sobre la espalda del Estado, casi exclusivamente. O, en otros casos, a presentarlos como instrumentos estatales tendientes a la efectivización de su "función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales".²⁷

En el plano normativo, existen numerosas previsiones sobre derechos sociales, consecuencia de una construcción lógica jurídica que tiene en el hombre y su bienestar a su objeto.

Es que debemos comenzar por sostener, siguiendo a nuestro máximo tribunal, que "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (fallo "Campodónico de Beviacqua" del 24/10/2000).

Así lo consagra además nuestra Constitución Nacional en su artículo 19 configurando lo que la doctrina dio en llamar "principio de la autonomía personal".

A este respecto, autorizada doctrina²⁸ sostuvo que "el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica (...), la libertad de acceso a recursos materiales".

Así lo exige también todo nuestro ordenamiento constitucional que está consagrado a "promover el bienestar general" (Preámbulo).

A mayor abundamiento diremos respecto de los alcances de este principio, que proclamar el respeto por la persona implica de parte del Estado un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas y exige, además, la adopción de medidas positivas. Así lo sostuvo nuestro máximo tribunal, cuando afirmó que "el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio" (CSJN, "Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional- s/ Amparo Ley 16.986", sentencia del 01/06/2000, Causa A.186 LXXXIV).

Así lo consideró también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y 28 NINO, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, pág. 167

²⁷ Pérez Luño, Antonio E.. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos 5^a edición. Madrid, 1995. P 84.

Culturales de las Naciones Unidas que ha señalado, interpretando el artículo 2 del Pacto homónimo, que "....corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas" (Observación General 3, punto 10; énfasis agregado).

Y si a esto le sumamos la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos operada con la reforma de la Carta

Magna por intermedio del art. 75 inc. 22, debemos concluir en que existe la plataforma normativa constitucional que caracteriza al nuestro como un Estado social de derecho, y que resulta obligatorio en consecuencia efectivizar y concretizar ese mandato.

En efecto, en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se prevé que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

En el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

En el artículo 11, incisos 1° y 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se dispuso que "los Estados parte deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados".

Por su parte, el comité encargado de la interpretación y control del cumplimiento del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tuvo oportunidad de expedirse sobre

los alcances de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales y manifestó: "La obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Parte den efectividad a los derechos reconocidos en él". Agregando que como mínimo dos principios nacen del deber de dar efectividad al Pacto: "a) los medios elegidos tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones, y la mejor forma de hacerlo es asegurando la justiciabilidad de los derechos; y b) habrá de tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el Estado para garantizar la protección de otros derechos humanos, pues sólo razones imperiosas podrían justificar una diferencia significativa respecto de las garantías de los derechos del Pacto dado que sus formulaciones son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos" (Comité, Observación General 9, La aplicación interna del Pacto, 1-12-1998).

En síntesis, los Estados están obligados a adoptar medidas inmediatas que contemplen la prioridad de los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención específica y privilegiada.

Finalmente, vale decir que con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos por intermedio del art. 75 inc. 22 de la Constitución, se encuentra saldado el antiguo debate doctrinario y jurisprudencial vinculado con la operatividad de los pactos internacionales de derechos humanos. Ya nadie discute

que constituye un principio elemental del Estado de derecho la circunstancia de que, frente a toda exigencia constitucional o legal, la administración o cualquier otro poder del Estado no están facultados, sino obligados a actuar en consecuencia, y garantizando su validez práctica.

Estos tratados internacionales, por su contenido, no dejan lugar a dudas a este respecto. La Convención Americana de Derechos Humanos, por ejemplo, sostiene: "Sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

Así las cosas, pretender que el cumplimiento efectivo de las prescripciones incorporadas en los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional está supeditado a una reglamentación inferior, implica negar todo el ordenamiento jurídico y desconocer la jerarquía normativa establecida por el art. 31 de nuestra Constitución Nacional. Este artículo, no debemos olvidarlo, sostiene que "esta Constitución, las leyes de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación". Todo, en concordancia con el art. 75 inc. 22 in fine, que establece: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes." Agregando luego que: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la

Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". De todas maneras esta cuestión de la operatividad de las normas incorporadas por los tratados, ya había sido resuelta por la Corte Suprema de Justicia en el leading case "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros" (que data del año 1992). Allí se señaló que: "...la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento; ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otra manera, significaría el incumplimiento o repulsa del tratado con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse." Agregando que "Cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple...".

En igual sentido tuvo oportunidad de expedirse nuestro máximo tribunal más recientemente cuando sostuvo que: "Es bien sabido que esta última (la Constitución Nacional) asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano.- Asimismo. los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último.-... Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos". Agregando luego: "Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado 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. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos.

"Por el contrario, es el mercado el 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 ilegalidad" ("Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", CSJN, 14/09/2004, considerandos 8 y 11).

Volviendo entonces sobre la justificación del Estado, entendiéndola como la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus habitantes (como mínimo), y en una interpretación armónica con los preceptos de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, decimos que este desarrollo solo puede concluir en la obligación estatal de hacer efectivos estos derechos y de hacerlo de forma prioritaria al resto de las cuestiones de la agenda política.

En igual sentido, en el punto 11 del Anexo III del Folleto Informativo Nº 21 de las Naciones Unidas se manifiesta: "Los Estados partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás. El Comité tiene conciencia de que factores externos pueden afectar

al derecho a una continua mejora de las condiciones de vida y que en muchos Estados partes las condiciones generales de vida se han deteriorado durante el decenio de 1980.

"Sin embargo, como lo señala el Comité en su Observación General Nº 2, a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería irectamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto."

Finalmente, resta aludir al principio que en doctrina se conoce como de "no regresividad". Este principio, que encuentra su fundamento en numerosos pactos internacionales de derechos humanos entre los que se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obsta a la adopción de medidas gubernamentales de cualquier índole que deterioren la situación existente en materia de derechos sociales. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que los Estados parte "se comprometan a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos".

Éstos tratados y la Constitución Nacional deben interpretarse de buena fe y armónicamente. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos (art. 28 de la Constitución Nacional y 10 de la Constitución local).

En otro orden de ideas, volviendo sobre lo referido al comienzo del presente acápite, resulta necesario agregar la importancia que en esta materia le cabe a la tradición jurídica existente en nuestro país respecto de la justicia social. En este análisis no puede soslayarse el aporte fundamental de la Constitución más avanzada que rigió en nuestro territorio, es decir, la que vio la luz en 1949. Es que, como lo sostuvo en aquel momento uno de sus principales impulsores, el ya referido Dr. Arturo Sampay, la justicia social debía erigirse en uno de los pilares fundamentales de la práctica estatal.

Esa Constitución establecía en su art. 37 inc.6 el derecho al bienestar, "cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia en forma que les permita trabajar con satisfacción, descansar libres de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales, impone la necesidad social de elevar el nivel de vida y de trabajo con los recursos directos e indirectos que permita el desenvolvimiento económico".

Por su parte, el artículo 40 plantea

que "la organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico, conforme a los principios de la justicia social." Esto, sumado a la extensa nómina de derechos que de manera efectiva la Constitución de 1949 reconoce; a saber, los derechos del trabajador, la ancianidad, la familia y la cultura, institucionalizando una nueva concepción de derecho y de democracia: la justicia social y la democracia ampliada o de masas.

En la jurisprudencia de la Corte la justicia social fue encontrando su lugar y su función jurídica ya en decisiones de comienzos de la década del cuarenta. En autos "Dolores Cobo de Macchi di Cellere v. Provincia de Córdoba" (Fallos: 190:231), la justicia social aparece considerada como un fin legítimo. Dijo la Corte: "Que la finalidad perseguida por el Gobierno de Córdoba, según las palabras del mensaje del P.E., que el actor transcribe así: 'Las leyes impositivas no son, no pueden ser meras fuentes de recursos para el Estado. No deben responder tan sólo a un fin fiscal sino también de verdadera justicia social, lo que reclama empeñosamente la ayuda, el mejoramiento del que nada posee con la contribución y auxilio del que todo lo tiene'; dicho propósito no está al margen de las conclusiones de Jéze ni de las normas de la Constitución Argentina, como lo comprueba el art. 67, inc.16, de la misma, y es necesario discriminar dicha intención de la forma de realizarla, para saber si agravia otros principios fundamentales de

la organización política nacional que esta Corte Suprema ha salvaguardado celosamente, en su función de soberana intérprete de la Constitución".

Años después, la idea de justicia social fue subsumida en el concepto clásico de "bienestar", ya contenido en el texto histórico de la Constitución. Su expresión jurisprudencial es extensa, vale aquí destacar las afirmaciones de nuestro máximo tribunal en el caso "Miguel Ángel Bercaitz" (Fallos 289:430), donde dio existencia al principio "in dubio pro justitia socialis". Según la sentencia mencionada: "Y como esta Corte lo ha declarado, "el objetivo preeminente" de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el "bienestar general" (Fallos 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de los miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad". Y más adelante se agrega: "No sólo, pues, la interpretación analógica restrictiva de un derecho so-

cial -en el caso, previsional- contraría a la uniforme jurisprudencia de esta Corte, concordante con la doctrina universal (el "principio de favorabilidad", Günstigkeitprinzip, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar, Pérez Botija, Curso de Derecho del Trabajo, Madrid, 1948, par. 66; Barassi, Il Diritto del lavoro, Milano, 1949, I, par.38), sino que también se contrapone a la hermenéutica de las leyes que surge -según lo mostramos- del "objetivo preeminente" de "promover el bienestar general" que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino".

De allí que cuando la reforma constitucional de 1994 incorporó la expresión "justicia social" en la nueva cláusula del progreso (art. 75, inc. 19) no hizo más que recoger una tradición jurisprudencial que venía de mucho antes.

Concluyendo, los derechos sociales no revisten menor jerarquía o diferente fuerza normativa que los restantes derechos constitucionales, ni mucho menos deben verse afectados por las previsiones de las leyes que tienen jerarquía inferior. Y respetarlos no implica interferir en el accionar de otros poderes. Tal como ha dicho recientemente la Corte y con respecto, además, a uno de los derechos consagrados en el art. 14 bis, circunstancia que refuerza la relevancia de sus consideraciones generales (caso "Vizzoti", Fallos: 327:3677): "La intervención de esta Corte en los términos precedentemente expuestos no

entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional. Es bien sabido que esta última asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano".

El citado caso "Vizzoti" tiene una importancia suplementaria, ya que destaca un rasgo singular que debe caracterizar la interpretación de los derechos que se encuentran enumerados en el art. 14 bis, en cuanto deben ser objeto de una protección especial.

En efecto, la Corte entiende: "Que el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcriptos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula".

De lo dicho hasta aquí se colige que en términos normativos y jurispru-

denciales, existe un reconocimiento extenso relativo a la justicia social. Se trata entonces, como hemos dicho en la introducción, de desarrollar respecto de aquellos sectores de la sociedad que aún no han podido gozar efectiva y materialmente de estos derechos, el puente que viabilice su acceso. Es decir que, a modo de corolario de esta parte diremos que no solo es pertinente hablar de acceso a la justicia social sino que es el imperativo histórico de la época, es una contribución importante a la actualización de la práctica estatal en un proceso de avance popular y efectivización de derechos de similares características a los anteriores gobiernos peronistas. Concretamente, respecto de la idea misma de acceso a la justicia, nos parece que puede constituir el elemento unificador de la práctica estatal. Algo así como la puerta de entrada del Estado a los barrios que más lo necesitan, y, paralelamente, la puerta de entrada de los habitantes de los barrios más empobrecidos al Estado, de manera armónica, unificada, no compartimentada y efectiva. En nuestra concepción, el acceso a la justicia debería erigirse en la herramienta que nos permita diseñar una política pública estratégica de intervención en los barrios, a la luz de la imperiosa necesidad de multiplicar la presencia estatal allí para garantizar la llegada efectiva de las políticas diseñadas para ese sector social, para asistir in situ a las implicancias de la realidad en esos lugares y al impacto de las políticas existentes (lo que permitiría identificar las futuras) y para consolidar el proceso

democrático, porque no somos ingenuos y sabemos que cualquier proceso de avance popular obtiene casi inmediatamente como respuesta el ataque de los sectores tradicionalmente desestabilizadores, y es en estas barriadas pobres donde muchas veces se recluta a la "fuerza de choque". A continuación vamos a detenernos en esta cuestión, cual es la de la importancia de intervenir eficazmente en los barrios.

d. La importancia política de profundizar el desarrollo de mecanismos tendientes al acceso efectivo a la justicia.

Posiblemente, el acierto más importante del general Perón haya sido el de identificar la existencia de un actor social potencialmente muy poderoso, y hasta el momento excluido de la realidad política. Nos referimos al movimiento obrero. Este acierto incluye otro, tal vez mayor, el de haberse dado cuenta de que el avance popular requería de la incorporación a la vida política de aquel sector que se vería favorecido por el proceso. Ello, en la creencia de que "organizar es adoctrinar". Fue así que en "Conducción Política" sostuvo el general Perón que "no interesa tanto que los peronistas estén encuadrados en las organizaciones, como que en cada uno de ellos se haya inculcado nuestra doctrina y se haya desarrollado una mística. Frente a las doctrinas existentes, hay que oponer la doctrina peronista, porque a una doctrina sólo se la puede vencer con otra doctrina mejor"29.

Es que el proceso de profundización en el avance popular que nos proponemos habrá de desatar nuevos ataques incluso peores que los sufridos. En este marco, resulta de considerable importancia reconocer que en buena medida los sectores más empobrecidos, aquellos a los que aún no les ha llegado en plenitud la vigencia de derechos, carecen a su vez de niveles importantes de organización lo que los constituye en un sector debilitado presa de diversos sectores del poder que pueden intentar valerse de ellos para desestabilizar.

De allí que la importancia política de intervenir eficazmente en estos ámbitos contiene al menos dos cuestiones centrales: la presencia estatal en los barrios y el incremento en los niveles de organización.

La primera está ligada a la presencia estatal en los barrios, con el objeto de disputar ese territorio para ganarlo para la recuperación de los lazos sociales a través del acompañamiento estatal en los procesos de avance y vigencia efectiva de derechos. Pero la recuperación de los lazos sociales como respuesta a la "libanización" (en el sentido de favelización) de estos territorios, merced a la actuación de bandas delictivas fundamentalmente ligadas al narcotráfico. Para recuperar la armonía social el Estado tiene que estar allí. Tiene que desarrollar infraestructura y distribuir de manera directa el ingreso. Pero también tiene que estar allí. Para conocer lo que

Publicado por la Secretaría Política de la Presidencia de la Nación. Buenos Aires, 1974, pp. 271.

²⁹ Perón, Juan Domingo. Conducción Política.

pasa directamente, sin intermediarios. Para intervenir favorablemente en la cotidianeidad del barrio. En los problemas de todos los días. Para facilitar el acceso a los vericuetos del Estado, y para dar la batalla contra la tecnoburocracia estatal, ese elemento conservador por excelencia que obstaculiza la instrumentación de cualquier política inclusiva. También disputar el terreno en términos de prácticas, de costumbres. El Estado tiene que estar allí para recuperar los clubes de barrio, los cines, los ámbitos en donde la gente pueda juntarse, realizar actividades de esparcimiento, educarse, crecer, trabajar su espíritu, hacer deportes, en fin, disputarle a la dinámica "tumbera", carcelaria, adicta, cada rato, cada minuto de la realidad del barrio y de los pibes del barrio.

La segunda, tiene directa implicancia con la organización. Tenemos que estar allí para organizar, y organizar, como decía Perón, es adoctrinar. Y adoctrinar no sólo en términos de formación política y de debate "filosófico". Adoctrinar también en términos de acción. Construir opinión haciendo en el barrio. Atendiendo, acompañando y haciendo. Mediante ciclos culturales, charlas, pero también en términos menos rígidos. Participando de las actividades de los barrios en alianza con sus actores principales. Con aspiraciones de fortalecer a las organizaciones sanas y de desarrollar nuevas en los lugares en los que aquellas no existan. Nutriéndonos de la misma gente del barrio, maximizando la utilización de los recursos estatales,

planes, programas. Pero también identificando los elementos potencialmente peligrosos y dañinos. Aquellos que podrían ser permeables a ser utilizados para desestabilizar, mediante tomas de tierras, actos violentos u otras acciones antidemocráticas como las que ya hemos visto. La única manera de trabajar este tema es estando ahí, gestionando eficazmente, como alternativa real de solución de las problemáticas cotidianas y como instancia colectiva que favorece la organización para el mejoramiento del barrio. De eso se trata.

2. Conclusión

Concluyendo, como pudo verse, el concepto de acceso a la justicia al igual que la mayoría de los conceptos de índole "político - jurídica" ha ido variando desde sus primeros antecedentes que datan de la revolución francesa, donde comenzó a asociarse esta idea a la de acceso a la jurisdicción. Es decir, en un proceso de avance de la nueva clase dominante y de construcción de su nueva estructura legitimante en oposición a las monarquías absolutas caracterizadas por los abusos y la arbitrariedad, la idea de tener la posibilidad de ser juzgado por un juez imparcial, que además debía garantizar el derecho del acusado a ser oído y a defenderse, se consolidó y fortaleció. Con el transcurso del tiempo y la evolución de la historia la idea de acceso a la justicia fue mutando, incorporando algunas aristas superficiales, pero en términos generales conservó su esencia ligada a la práctica misma consistente en que cada

persona pueda someter a conocimiento de un juez las cuestiones que de algún modo lo afectan. Esta conceptualización, con matices, aún hoy persiste en importantes sectores del poder judicial y en buena parte de lo que algunos llaman "sociedad civil", nos referimos al universo de Organizaciones No Gubernamentales.

Desde nuestra perspectiva, la evolución del proceso histórico tanto en materia económica como social impone una seria reformulación del concepto mismo de acceso a la justicia. No caben dudas que las condiciones imperantes actualmente varían sustancialmente respecto de aquellas en las que comenzó a estructurarse la idea de acceso a la justicia. En efecto, el modelo de estado monárquico absolutista prácticamente desapareció por completo (solo queda hoy un estado organizado de ese modo, el vaticano), y el proceso económico consolidó a la nueva clase dominante y modeló sociedades estratificadas, segmentadas y caracterizadas por la profunda concentración económica.

En este contexto, el estado dejó de ser esa fuerza omnímoda que avasallaba derechos individuales para pasar a ser la única instancia de contención y freno a la vocación de voracidad de las corporaciones multinacionales. Es decir que, el rol que ocupa el estado se modificó por completo para constituirse en la única instancia que permite a los individuos defenderse de algún modo del proceso de apropiación y sometimiento perpetrado por los sectores de la economía

concentrada sobre recursos naturales y sociales, e incluso sobre las mismas personas.

En sentido inverso a lo que se vino pregonando en las décadas anteriores, el mercado -libre de interferenciasconsolidó un ámbito de prevalencia del más fuerte y sometimiento de los débiles e inorgánicos. Y esta dinámica estatal (en tanto estado que elige ausentarse de determinados lugares pero presentarse en otros, como los salvatajes a los grandes grupos financieros), decimos, esta dinámica del mercado libre de intervención estatal conformó la estructuración de sociedades caracterizadas por la convivencia de gigantescos universos de personas imposibilitadas de acceder a elementos vitales básicos para su subsistencia, junto con pequeñas minorías con privilegios de magnitudes inasibles. Indudablemente, este "paradigma" configuró el escenario de mayor vulneración de derechos de la historia reciente, con el agravante de que, paradójicamente, en paralelo se multiplicaban los derechos consagrados en tratados internacionales incorporados a los cuerpos constitucionales.

En este marco, analizar el contenido del concepto de acceso a la justicia implica de por si, posicionarse primero respecto de la idea misma de justicia. Sucede que estos términos tan abarcativos, que algunos autores denomina como nominalizaciones (porque no tienen un contenido unívoco), pueden inducirnos a error. La justicia, la libertad, la igualdad, el bienestar general, en

abstracto, son conceptos que gozan de aceptación por su mera enunciación, pero que muchas veces son utilizados sin referir previamente cual es su contenido real y concreto, que "significado" tiene ese "significante". Para nosotros, decir de qué estamos hablando cuando hablamos de justicia es indispensable para que se pueda comprender el concepto. Y para nosotros, hablar de justicia en un contexto como el que se refirió es hablar en primer lugar vigencia concreta y efectiva de los derechos elementales que permiten a cualquier habitante de nuestro suelo darse un plan de vida y ejecutarlo. Es decir, justicia implica para nosotros autodeterminación de las personas, y autodeterminación en términos de poder elegir que clase de vida llevar adelante en condiciones de dignidad. De allí que para nosotros la desnutrición, el hambre, las adicciones, el analfabetismo entre muchos otros flagelos, configuren a los enemigos principales de "nuestra" justicia. Porque nadie puede darse un plan de vida si no tiene resuelta la cena para su familia. Ni puede transitar su existencia dignamente si desconoce lo elemental, no puede leer ni escribir ni acceder a la infinidad de universos que la alfabetización concede. Esa es básicamente la injusticia construida por el mercado, y los cimientos de esa injusticia son los obstáculos concretos que cotidianamente configuran ese estado de cosas. Las imposibilidades económicas, sociales y culturales que, indudablemente, cargan de contenido a la política de la injusticia. Contra esa

política, el acceso a la justicia es para nosotros la remoción de todos aquellos obstáculos que de cualquier modo impiden el goce efectivo y material de los derechos consagrados constitucionalmente. El acceso a la justicia es la política que se opone a la política de la injusticia. Y lo formulamos de este modo porque, a diferencia de aquellos que aún hoy continúan asociando el acceso a la justicia con la jurisdicción, no tenemos ninguna duda respecto a que el concepto de acceso a la justicia es un concepto esencialmente político que solamente tiene implicancias o expresiones jurídicas, pero también sociales y económicas. Y esto no quiere decir despreciamos el acceso a la jurisdicción como herramienta eficaz para garantizar la vigencia efectiva de derechos. Pero tampoco quiere decir que vamos a conformarnos solo con eso, porque resulta a todas luces insuficiente. Y mucho menos perder de vista que con la breve interrupción del período 1949 -1957, desde el año 1860 hasta el año 1994 la constitución fue prácticamente la misma y vigencia efectiva de los derechos varió sustancialmente según la época. Y esa variación no tuvo ninguna vinculación con lo jurídico, sino que tuvo exclusivamente que ver con el proceso político que imperó, y con la decisión (o no) de poner el estado al servicio de quienes más lo necesitaron.

El acceso a la justicia es entonces para nosotros acceso a la justicia social, en términos de Arturo Enrique Sampay y de la Constitución de 1949. En síntesis, acceso a la dignidad y a la vigencia material, concreta y efectiva de los derechos.

Paradigmas literarios en el Renacimiento

Analía Guaraglia (S)

Tomando como eje cierto recorte europeo del Renacimiento (siglos XIV, XV v XVI), observaré qué sucedió con los paradigmas vigentes a la luz de la producción literaria. En el presente trabajo me interesará observar cómo en ciertos autores se puso en cuestión, de modo directo o indirecto, la función específica que debía defenderse en el uso de la palabra, la literatura o la lengua. Es mi intención observar en el caso de Petrarca, Poggio Bracciolini y Erasmo qué uso defienden de la lengua, comparando las opciones con dos ejes distintos, y en algunas instancias paralelos, por un lado, la matriz dialéctica / retórica, y por el otro, dos corrientes de pensamiento griegas que el Renacimiento vendría a retomar y redibujar: el estoicismo y el epicurismo.

En tal sentido, podrían relacionarse a modo de bosquejo las posturas epicúreas con un uso más literario de la palabra, y las posturas estoicas con una vertiente más política, donde la palabra es llevada a la acción desde una arena que tiene que ver con la administración del poder o la participación en decisiones que exceden lo literario. Esto también será cruzado con la idea de un desarrollo retórico o dialéctico

de los tópicos, lo cual se encuentra, me parece, en el comienzo y en el final de esta contraposición. Es decir, es un planteo de fondo que vendría a cubrir estos desarrollos, y es también una posible conclusión sobre los modos en que podemos utilizar el lenguaje: si éste se utiliza para mantener el statu quo, o si es un instrumento que puede servir a los fines de generar un cambio (si puede y debe adaptarse a la realidad o si debe hacer que ésta se amolde a él).

Observaré en distintos modelos cómo juegan los pares dialécticos de forma/fondo, retórica/dialéctica y estoico/epicúreo. No intento realizar una identificación o atribución absoluta de esos términos, ni traducir unos a otros en todos los casos (con las consecuentes pérdidas), sino ver de qué manera se podrían relacionar en cada caso. Todo tipo de conexión implicará realizar saltos temporales muy relevantes (Antigüedad-Renacimiento) y, toda vez que uno salta, "se aplastan cosas".

A los fines de discurrir entre los autores citados, realizaré tal recorrido en modo inverso al sentido cronológico. Puede observarse cómo los humanistas, de una manera más o menos explícita, se encuentran encabalgados entre ambos mundos (los ámbitos recorridos por cada uno de estos pares). Aquel que más intensa y vanamente intenta reconciliarlos es Petrarca, con cuyo tratamiento concluiré el trabajo. Él realiza un planteo explícito de tales bifurcaciones, cuando aún era posible pensar en una eclosión casi ilimitada de

las posibilidades del Renacimiento y el humanismo, en el cual se modulan a la vez que se reconcilian ambos usos del lenguaje. Tal reconciliación no será, sin embargo, gratuita (el precio de entablar un diálogo dialéctico entre usos dialécticos o retóricos del lenguaje tendrá como consecuencia la ulterior fragmentación de la voz del autor).

Si es que algo comienza a modificarse en las formas, en los estilos (por más que éstos deriven de los antiguos), es posible comenzar a pensar en otra manera de circulación del poder, en otro modo de organizar la política. Este amplio gesto histórico comienza en el Renacimiento, vuelve hacia atrás hasta la Antigüedad griega (retraducida) y termina repercutiendo quizás varios siglos después, en tratamientos como los de Giordano Bruno, Marsilio de Padua o, claro está, muy posteriormente, el cuadro iluminista. Podría pensarse entonces al Renacimiento como comienzo de construcción del marco de posibilidad que fue a redundar en otra manera original (e inversa) de pensar nociones como la legitimidad o la construcción del poder.

Como menciona Dotti (Dotti 1992, 3), fue Isócrates quien destacó la potencialidad de la palabra, al determinar que ésta distinguía al hombre del animal por su fuerza de persuasión. Gracias al poder de dicho instrumento, la palabra, "han podido surgir las ciudades y las leyes, las artes y los oficios, en una palabra, la entera civilización". De aquí se desprenden dos potenciali-

dades complementarias pero diversas del verbo: su capacidad de persuadir, es decir, de afectar el ánimo, y su poder de constituirse en piedra fundacional de una organización política, de un imperio, de una forma de administrar el poder.

Lo peculiar de estas oposiciones, entre otras cuestiones, consiste en observar que, en la Grecia Antigua, los modos teatrales que excedían la palabra consistían en modos antiguos de comprender el mundo, mientras que el logos instaurado por la filosofía se parapetaba como una manera innovadora de lograr cambios en el poder y participar de la democracia directa. Por el contrario, en la adopción y traducción que realizan los humanistas de estos contenidos, la filosofía de Aristóteles serviría para preservar cierto statu quo (sobre todo la filosofía entendida como mera escolástica), mientras que la retórica que muchos de los autores estudiados intentan recorrer sirve en muchos casos para intentar una nueva forma.

Como destaca Agnes Heller, "La noción ideológica de que el hombre es un ser histórico es producto del desarrollo burgués (...). En la antigüedad dominaba un concepto estático del hombre y su potencial quedaba circunscrito a su vida social e individual; el ideal no lo era de límites objetivos, no representaba la proyección subjetiva de finalidades y deseos" (Heller 1978, 7). El Renacimiento marca el comienzo del concepto de historicidad en el hombre, preparando a dicho individuo para una

mentalidad que podría luego modificar su entorno. El pasado de la humanidad se vuelve histórico también, porque se trueca en un relato. "El Renacimiento es la primera etapa del largo proceso de transición del feudalismo al capitalismo" (Heller 1978, 8).

Tal como Heller cita a Marx (Heller 1978, 10), en esta etapa comienzan a romperse los lazos de la comunidad estable "el hombre ya no desea ser lo que es sino que vive en un constante proceso de llegar a ser". Desaparecen las necesidades naturales y son reemplazadas por necesidades históricas.

Si bien existían más cosas en común entre la polis griega y la estructura medieval, el Renacimiento toma las letras clásicas como modelo de perfección y también como pivote de cambio. Se vuelve hacia atrás para poder ir hacia delante.

Según opina Greene, existe la tentación a simplificar el surgimiento de nuevas estructuras intertextuales durante los siglos XIV y XV en Italia, sin embargo, en la historia de la cultura "nada es verdaderamente original, y sin embargo nada vuelve a ser lo mismo". En el siglo XIV, Petrarca cree pertenecer a una comunidad de escritura más allá de su propio tiempo mediante un importante autoengaño. Después de este autor, ser un humanista "no sería simplemente ser un arqueólogo, sino sentir la presión de estar imitando y emulando un origen perdido"(Greene 1982, 3).

En el medioevo existía un sentimiento

de continuidad histórica o, si se quiere, una falta de conciencia histórica: al representar los autores de otras épocas, se los graficaba vestidos como en el medioevo mismo, como si el tiempo no existiera. Este hecho, agrega Greene, "da cuenta de la actitud medieval hacia la ley como intocable y eternamente dada, antes que como el producto de tiempos, lugares y hombres específicos (...), esta inocencia diacrónica explica en parte la seguridad, el peculiar atractivo y las características distintivas de la literatura medieval". (Greene 1982, 6). Al incorporar a la Antigüedad como mito, el Renacimiento se abrió la posibilidad de su propio surgimiento histórico. Greene opina, dramáticamente: "El pasado siempre llega hasta nosotros a través de un espacio que queremos negar. Nos llega incompleto, y en el intento de completarlo creamos una nueva incompletitud". (Greene 1982, 11)

En el complejo intento humanista, se desea permutar un pasado reciente por otro distante que ofrecería más posibilidades de cambio. Este tanteo en las voces del pasado también abrió las puertas para empezar a experimentar un tanteo de la voz del otro, para empezar a asumir la posibilidad de la otredad (no olvidemos que a fines del siglo XV hará su entrada en escena la presencia de un gran Otro: América).

Como expresa Kristeller, los humanistas no solamente realizan un estudio de lo clásico, sino que perseguían un ideal de elocuencia, ya que "eran retóricos profesionales, herederos y sucesores de los retóricos medievales, personas que creyeron, algo por aquel entonces nuevo y moderno, que el mejor modo de lograr la elocuencia estaba en imitar los modelos clásicos" (Kristeller 1993, 122). Para este autor, sería demasiado ambicioso afirmar que los humanistas se proclamaron con un nuevo sistema filosófico en oposición al escolastismo, ya que en general no eran filósofos profesionales. Entonces, lo que sí podría destacarse es un cambio en la forma, una expansión en la retórica, como nueva forma de expresión, es decir, como un modo de empezar a construir los elementos expresivos necesarios que luego permitirían realizar una modificación en el aspecto filosófico. Dice Kristeller: "De esta manera, los humanistas no inventaron un campo de estudio o una actividad profesional nuevos, sino que introdujeron en las tradiciones de la retórica italiana medieval un estilo nuevo, clasicista" (Kristeller 1993, 128).

Si bien Kristeller afirma que en la Edad Media había un gran volumen de oratoria secular, y que "la elocuencia de los humanistas fue una continuación de la *ars arengando* medieval, tal y como su epistolografía continuaba la tradición del *ars dictaminis*", también postula que "los humanistas modificaron el estilo de acuerdo con su gusto y con las normas clásicas" (Kristeller 1993, 129). La puesta en práctica de modelos retóricos ya existentes se expandió en ámbitos antes intransitados.

En el Renacimiento, el escolastismo no fue sucedido por el humanismo, sino que ambas tradiciones convivieron. Afirma Kristeller, que el humanismo nace en el campo de la gramática, la retórica y la poesía, mientras que el escolastismo se centra en los campos de la lógica y la filosofía moral. Tanto la retórica como la dialéctica se yuxtaponen en este período histórico, puesto que además existe "una filosofía implícita en la retórica" y "no sólo hay una retórica que los filósofos enseñan como parte de la filosofía, sino una retórica creada por retóricos profesionales y a ellos dirigida" (Kristeller 1993, 285). La retórica en la Antigüedad tenía un uso hablado, mientras que en el Renacimiento su aplicación se da por escrito.

En última instancia, la palabra se ubica en una peculiar relación, en principio, con el sustrato ontológico que la precede (¿puede dar cuenta de la verdad y de la organización general del mundo?), y por otro lado con la posibilidad o no de actuar sobre esa realidad. En el mejor de los casos, la retórica intenta en la Antigüedad, en algunos casos, preguntarse por el primer nexo. El Renacimiento extremará esta búsqueda y empezará a desandar la segunda.

Es Cicerón quien intenta combinar ambas disciplinas, retórica y dialéctica: "Cicerón da nueva vida al ideal isocrático de un orador de educación sólida y filosófica; e incluso va más allá de esto, ya que tiene un conocimiento más profundo y diversificado de la

filosofía griega genuina que Isócrates o cualquier otro de sus sucesores" (Kristeller 1993, 294).

Posteriormente, en Roma no existen escuelas de filosofía permanentes, ni tampoco de medicina o matemáticas. Por ello afirma Kristeller que la Edad Media no fue sucesora directa del mundo griego, sino de la Roma imperial y cristiana. El dictamen de la Edad Media tiene que ver, entonces, fundamentalmente con la palabra escrita. Entre finales del Imperio romano y el silo XII "no existió la costumbre de reunir un público y dirigirse a él en voz alta" (Kristeller 1993, 313). Es con el surgimiento de las ciudades-estado que comienza la práctica de dirigirse a un público. Aquí la retórica daría un giro en cuanto a su repercusión práctica. Durante los siglos XII y XIII hace su entrada en escena la traducción del griego al latín de la Retórica de Aristóteles, la cual aparecía asociada tanto con la política como con la lógica.

Los humanistas se oponían al escolastismo y al nominalismo, y deseaban combinar la elocuencia con la sabiduría, como Cicerón. Esta toma de posición, creo yo, constituye también una filosofía subyacente, aunque no sistematizada, un sustrato de cambio y oposición a los modelos establecidos.

Tomando los autores elegidos, Erasmo comienza a poner en cuestión el estatuto humano, en base a la seriedad atribuida a los estoicos.. La locura, en este caso, se ha vuelto subjetiva. Como dice Ciordia; "La ambigüedad del tex-

to, por tanto, en vuelve al lector también en una trampa de ironía donde la inteligencia, volviéndose sobre sí y contra sí está obligada a justificarse subjetivamente en lugar de hacerlo objetivamente en un sistema" (Ciordia 2012, 6, 2). En virtud del ahondamiento y fragmentación realizados por Petrarca, también la verdad se vuelve más dependiente de la perspectiva tomada, y la locura es sólo una contraparte.

La locura de Erasmo representa el placer y la alegría, y se opone al concepto de sabio estoico que no acepta ser mortal. Erasmo recibe la acusación de "epicúreo" de parte de Lutero, y la acepta "con mucho gusto". Tradicionalmente, se relacionaba filosofía estoica v cristianismo. Erasmo va a tomar el aspecto epicúreo para abrir la órbita de perspectivas del sujeto, tomando la risa como mecanismo. Es decir, sobre las operaciones realizadas conciente o inconcientemente por Petrarca, Erasmo puede introducir un factor de cuestionamiento o cambio en la órbita subjetiva. La risa como experiencia de la propia historicidad.

En esta instancia luego de que, históricamente, Petrarca cuestionara la unidad del sujeto, y Poggio Bracciolini dudara implícitamente sobre la verdad, Erasmo viene a abrir el horizonte para cuestionarse sobre un posible modo de comprender.

En Erasmo, la tensión entre los pares dicotómicos se da entre *pietas* y *litterae*. Como modo de expresión y conocmiento, la *litterae* pueden llevar

también a la *pietas*. Ya Cicerón en *Sobre la naturaleza de los dioses* había contrapuesto estos temas, en un intento de humanizar a los dioses. En el *Elogio* habría una instancia de interrogación ética, y no una prescripción final sobre modos de actuar correctos.

En el *Ciceroniano* hay todo un poner en cuestión estos modos de comprender. Se ridiculizan todos esos procedimientos por los cuáles el sujeto debe ponerse en una situación de amplio distanciamiento con todo aquellos que lo rodea (en última instancia, con las cosas y con la verdad) para poder llegar a producir un texto que sea de alguna forma impoluto. ¿Pero no contaminado por qué?

La palabra aquí no solamente es puesta en cuestión por su relación con la realidad, sino que esa realidad comienza a abismarse y a cobrar dimensión: se habla de diferentes momentos históricos, de distintos tiempos. Sin embargo, Erasmo afirma en El Ciceroniano: "Se aprenden las disciplinas, la filosofía y la elocuencia precisamente para comprender a Cristo, para celebrar la gloria de Cristo. Este es el blanco al que apuntan por entero la erudición y la elocuencia". Hay aquí una revuelta contra una retórica errónea y exagerada, que se cura expresamente con el logos: "Es inapropiado querer expresarse de modo diferente a como lo exige el asunto. Es una locura comprar a tan alto precio lo que nunca nos ha de resultar útil". (El Ciceroniano, p. 177).

En ambos casos, entonces, Erasmo

estaría cuestionándose por el modo (la forma) en la cual encuadrar el saber. Es decir, cómo llegar a un conocimiento adecuado, válido, si es que la locura es algo de lo que debemos escapar, o si se trata de otra cara de lo mismo que contribuye en las empresas más dificultosas:

"Si hemos de creer a la Insensatez, un hombre es tanto más feliz, cuanto más insensato, con tal que viva ese tipo de insensatez que a mí me caracteriza. Me refiero a esa locura tan extendida que sería imposible encontrar a un hombre totalmente cuerdo a todas horas del día, sin estar poseído de alguna de ellas. La diferencia es sólo de grados". (*Elogio de la locura*, 61).

En *El Ciceroniano*, el texto también estaría poniendo en cuestión las formas. De hecho, su subtítulo es "sobre el mejor estilo". Es decir, hay una más explícita puesta en cuestión del cómo atender y aprehender el conocimiento adecuado.

Poggio Bracciolini pertenece a la segunda generación de humanistas. Otro posible par que podría contraponerse en este punto es el de vida contemplativa y vida activa (o vida política), si la vida contemplativa busca la verdad, la vida activa persigue la justicia. Bruni estima que ambos modelos de vida no son incompatibles, de hecho liga el pleno desarrollo de las letras y estudios latinos a la "libertad del pueblo", ya que "el desarrollo de las letras y la felicidad están unidas a la suerte de su ciudad" (Ciordia 2012, 3; 8). Tal como

intentan hacerlo los demás humanistas, Cristoforo Landino tomará partido por una combinación de vida activa y vida contemplativa como la mejor forma de resolver esta oposición, a la manera de Cicerón.

En sus epístolas, Poggio Bracciolini podrá vislumbrar en su propia época aspectos estoicos y nociones epicúreas, poniendo el acento en la posibilidad de cambio de una manera inversa a la de Erasmo. En la carta a Niccolo sobre los baños de Baden, Poggio observará con cierta nostalgia cómo hombres y mujeres pueden convivir de un modo armónico, sin celos, sin exabruptos, sin violencias, en un estado casi natural. Se visualiza aquí el tema del placer, el cuerpo, el aprender directamente de la naturaleza, desprovistos de libros. Manifiesta Poggio:

"De hecho, nada de estos lugares ofrece recreación al espíritu, o bien ciertamente poca, pero todo el resto tributa
un regocijo inmenso, tanto que muchas
veces ienso que Venus de Chipre y el
universo total de las delicias se han mudado de todas partes a estos baños; con
tal diligencia son observadas las reglas,
hasta tal perfección reproducen sus costumbres y su lascivia, que, aunque no
hayan leído el discurso de Heliogábalo,
por su naturaleza mismas parecen estar
para esto bastante enseñados". (Espístola a Niccolo, 127)

En línea con estas cuestiones, se observa cómo el epicúreo busca la paz y huir de la tristeza, mientras que el estoico necesitaría encontrar la virtud. La

vertiente epicúrea mostraría, entonces, una cierta despreocupación política, en consonancia con los desarrollos que Kristeller marca en el camino inicial de la retórica en la etapa posterior de la alta Edad Media y en el Renacimiento. Al decir de Ciordia: "Aparece un esbozo de duda sobre la propia civilización que anticipa inquietudes y críticas que volveremos a encontrar en Erasmo y Montaigne. El epicureísmo se usa para comprender y describir a otro que en su otredad lo inquieta e intranquiliza" (Ciordia 2012, 4, 21) Dice Poggio:

"Pero, te relaté éstos para que en pocas palabras comprendas cuán grande es aquí la escuela de los partidarios de Epicuro, y que este lugar creo que es aquél donde el primer hombre fue creado, al cual los hebreos llaman *Ganeden*: esto es "jardín del placer". Puesto que si el placer puede hacer la vida feliz, no veo qué falte a este lugar para un perfecto y por todas partes consumado deleite" (*Epistola a Niccolo*, 131).

Lo epicúreo del otro podría ser entendido como un modo de reconciliación con el statu quo. Una tradición que remonta al nombre de la ciudad y los antiguos baños romanos. Es como si estos sujetos pudieran retrotraerse a un estado anterior, desde una mente antigua, y disfrutar sin apuros ese eterno presente.

Aquí aparecen, a su vez, otros subpares: los cuerpos clásicos y los cuerpos modernos. Poggio se lamenta que, en su época, los hombres se preocupen por cuestiones superfluas, y que no se entreguen al espíritu o al cuerpo. Cabría destacar que en este caso la denuncia es por una falta de entrega al cuerpo, o a un espíritu más olvidado de las comparaciones y la ambición. Es un comentario que estaría denunciando un cambio en el modo de entender y relacionarse con la realidad del sujeto moderno, el cual no puede ya olvidar ciertos placeres o urgencias al cual lo lleva la época de transición que está viviendo.

Por otra parte, en la Epístola a Leonardo Bruni, Poggio hace un relato sobre los hechos ocurridos no solamente por la relevancia del asunto, sino por "la elocuencia y doctrina del hombre" en cuestión. La elocuencia, o el ánimo, aparecen como un sustrato adicional de los rasgos retóricos. La palabra y su uso exceden la mera elegancia y se afincan en las cosas. Este rasgo les agrega un cierto aspecto moral y político, como en el caso de Bruni (a quien, justamente, va dirigida la misiva), un puente de comunicación entre la retórica y el plano político. Se pone en cuestión, nuevamente, el tema de la verdad, cuestionándose cómo ésta interactúa con el discurso. Esta sería la figura del "honesto estoico". Jerónimo, para Poggio, vendría a unir doctrina, scientia y eloquentia, como Cicerón y su intención de articular la filosofía y la elocuencia (doctrina rerum y doctrina verbum).

Poggio trae a consideración, indirectamente, cuestiones que tienen que ver con cómo nos acercamos a la verdad, o cómo la retórica puede colocarse en esa ubicación de puente entre los hechos y los sujetos. En el discurso de Jerónimo, éste se pregunta por qué no desean escucharlo a él, es decir, tener una prueba directa y no mediada por el discurso de los entendidos. Se vuelve necesario "trabajar con cuidado" para poder atender al complicado oficio de la verdad.

Por su parte, Jerónimo utiliza la palabra con gran habilidad retórica:

"Es hasta increíble de decir con cuánta habilidad respondía, con qué argumentos se defendía. Jamás pronunció nada indigno de un buen hombre, de tal modo que si se lo juzgaba en la fe que profesaban sus palabras, no podría habérsele encontrado, no digo un justo motivo de condena a muerte, sino ni siquiera uno para una levísima prueba." (*Epistola a Leonardo Bruni*, 561).

Entonces, por un lado Jerónimo está pidiendo una verificación con ciertos hechos, un "ir a las cosas" (que aparecerá más fuertemente en Erasmo, por ejemplo), pero también está calificando de alguna manera los diferentes niveles de discurso, considerando que habría discursos autorizados y discursos no tan válidos para dar cuenta del mundo. Por eso también menciona el ejemplo de hombres sapientísimos que experimentaron "juicios y sentencias injustas". ¿Cómo llegar a obtener una garantía de verdad? A tal respecto, incita a desestimar la importancia de los testigos, manifestando que ninguna relevancia debe dársele a sus testimonios.

En medio de esta confusión, Jerón-

imo afirma que "era costumbre de los más doctos y más santos hombres antiguos discrepar entre sí en las sentencias acerca de las cosas de la fe, no para perder la fe, sino para encontrar la verdad de la fe" (*Carta a Leonardo Bruni*, 564). Entonces, habría cierto espacio no necesariamente para la duda, pero sí para una primera instancia de discrepancia e intercambio. La fe puede presentarse de maneras no enteramente claras o contundentes. Su conocimiento puede empezar a intersubjetivizarse.

En el racconto de Poggio, Jerónimo se presenta como un hombre de fuerte templanza, de perfecto ánimo, que resiste los murmullos de la turba furiosa y bruta. Su sabiduría se encuentra, de alguna manera, embuida en su ser, ya que no bastaron los tormentos a él infligidos durante más de un año para que olvidara el conocimiento de las más detalladas citas de autoridad. De esta forma, algo está empezando a jugar de manera distinta en la relación entre conocimiento, mundo y fuentes.

De la misma manera, en la carta sobre los escritos de Quintilliano, la asilimilación no tiene que ver con acercar al hombre a la naturaleza, sino con humanizar la letra escrita, con observar cómo estar puede "sufrir". Texto y autor pasarían a identificarse. En este uso más estoico de la palabra, el discurso se constituye como base fundante de la humanidad y los rasgos que nos distinguen de lo animal. El escribir afecta el modo de ser y hacer (Bracciolini XXX:

"Pues la naturaleza, madre de todas las cosas, ha dado al género humano el intelecto y la razón, como egregios guías hacia el feliz y buen vivir, que nada más excelente puede ser encontrado; pero después, no sé si no han de ser excelentísimos, entre todo aquello que se nos ha dado, la práctica y el orden del decir, sin los cuales ni la razón misma ni el intelecto valdrían mucho"

Para Cicerón, a su vez, es necesario unir el entender con el decir. La primera tiene que ver con la cosa y la segunda con las palabras. Esto podríamos relacionarlo con una relación existente. posiblemente trazable pero no absoluta, entre la retórica como forma o estilo, y la dialéctica como contenido. Cicerón afirmaba que: "la retórica es correlativa de la dialéctica, pues ambas tratan de cosas que en cierto modo son de conocimiento común a todos y no corresponden a ninguna ciencia determinada". Este redescubrir a Cicerón, para los humanistas, podría asimilarse a un redescubrimiento de nuevas maneras de construcción del poder.

Finalmente, es en Petrarca donde entre los humanistas se verifica esta primera comunión o mixtura al destacar ambas vertientes, la retórica, en él mismo, se contrapone a la dialéctica. Es una especie de oposición entre lo dionisíaco y lo apolíneo. La dialéctica o lógica, que traía modelos de la *disputatio* medieval aparece, por ejemplo, en el planteo del cuestionamiento de objetos como el amor, en el poema CXXXII, y su tratamiento en base a los filtros y niveles del "an sit" (existencia o inexist-

encia), "quid sit" (qué es, su esencia), "qualis sit" (sus propiedades), y "cur sit" (el fin del objeto). Por un lado, en este poema se reponen, entonces, categorías que tienen que ver con el tratamiento dialéctico del objeto y, a su vez, se superponen dichas categorías con un tratamiento retórico al utilizar oximorons como "viva muerte" o "deleitoso mal".

Estos recursos retóricos, como la metáfora y la antítesis aportan algo de otro tono al planteo que juega y repone la idea de la *disputatio* medieval, de alguna manera vienen a redondear y contraponer, completando, el planteo retórico con el planteo dialéctico. Aristóteles ya mencionaba que cuántas menos palabras y más contrapuestas se obtenía más color y se despertaban emociones.

Una nueva manera de entender la retórica, basada en modelos clásicos, les dio a los humanistas la posibilidad de realizar modificaciones de estilo que terminarían redundando en los contenidos (esto no equivale a hacer una asimilación forzada y absoluta entre, por un lado, literatura y forma y, por otro, filosofía y contenido). De acuerdo con el profesor Ciordia (Ciordia 2012, 18), construcciones como el oximoron hacen que la retórica se prenda fuego, generando una especie de "cortocircuito semántico". El acápite de contradictorio que cabría utilizar para definir construcciones como el oximóron proviene de la lógica. Esta es una lógica que deriva de Aristóteles y su contraposición a Heráclito (para quien las cosas podían ser y no ser). Entonces, cuando Petrarca mezcla ambas herramientas, está alcanzando un punto en el cual puede utilizar la precisión de la escolástica medieval para preguntarse, por ejemplo, sobre la naturaleza del amor, y a la vez mofarse de ella, dinamitándola. De esta manera, el resultado es mucho más "colorido", porque apela a esquemas de pensamiento lógicos y racionales, a la vez que los pone en cuestión.

Por ello, opina el profesor Ciordia (Ciordia 2012, 20) que "los humanistas están abriendo otra manera de pensar a partir de que usan géneros discursivos diferentes, en este caso, la poesía o el diálogo filosófico". Estas nuevas maneras de entender la realidad se abren en Petrarca desde un lugar puramente subjetivo y subjetivante, no llegan a cuajar en una postura de praxis vital (y menos aún política). Sin embargo, este hueco que comienza a horadar el poeta servirá como punta de lanza para desarrollos posteriores. Cabría preguntarse, pero esto ya requiere un tratamiento mucho más extenso, si este mismo espacio abierto por Petrarca y su época no es el que redundará después en la posibilidad de cuestionamiento que lleva a la Reforma, y luego a lo que será la Modernidad. Petrarca vendría a inaugurar el individuo y la era moderna.

Reconciliando, o intentando reconciliar la retórica con la dialéctica, abriendo esa brecha que luego intentará aunar con un frágil puente, Petrarca abre al mismo tiempo un foso,

mediante el cual se fragmenta y se escinde su propia voz de autor. Hay una lucha en la cual se está en guerra con uno mismo, escindido. Pero dicha guerra lo constituye, le permite alcanzar las elaboraciones de Agustín y los placeres de Laura, lo hace comprender el esquema escolástico y los perfumes de un oximoron. Como afirma el profesor Ciordia (Ciordia 2012:2, 5), estos constituyen fragmentos de distintos mundos imposibles de conciliar, como proyectos existenciales, "se enfrenta el poeta que sigue al dios Amor de Laura con el filósofo que sigue al Dios de san Agustín".

Para Dotti, Petrarca instaura "un estrechísimo vínculo entre ánimo y discurso, costumbres morales y expresión, filosofía y elocuencia". El discurso sería, entonces, "el verdadero indicio del ánimo mientras el ánimo, a su vez, es la fuerza moderadora del discurso" (Dotti 1992, 4). Petrarca toma esta dicotomía entre retórica y dialéctica, pero también se ocupa de franquearla: "Petrarca empieza demostrando cómo la elocuencia, vale decir la cultura literaria, se une estrechamente con la filosofía, la doctrina que se ocupa del cuidado del ánimo. Una está en dependencia de la otra; mente y discurso se conectan de modo indisoluble (...). La figura del sabio, que habla bien porque piensa bien, se manifiesta inmediatamente de manera potente". La palabra sería "base e impulso al vivir civil" y "consolación y conforto en la vida privada", (Dotti 1993, 6).

Petrarca no estaría buscando exclusivamente los artificios de la forma, sino una cierta sustancia en la palabra (el ánimo). Así como Erasmo intentaba unir el estudio de las letras con la piedad, Petrarca se opone a un cierto entendimiento excesivamente formalista de la cultura de su tiempo. En esta denuncia, nuevamente, está en juego la idea de la verdad: "la denuncia de la exhibición de una originalidad perseguida en todas sus formas; la denuncia, en nuestro caso, de la vanidad de la palabra: inútil decir de otro modo aquello que ya ha sido bien dicho: aquello que cuenta es la verdad y la substancia de la verdad, excelentes tanto una como otra una vez puestas a la luz" (Dotti 1993, 7).

La palabra así entendida puede mirar al porvenir (esto es aquí solo una posibilidad teórica), necesita nutrirse del pasado, y está pensada en torno a una finalidad cívica. La palabra también tiene una funcionalidad política: "para todos aquellos que han conservado, ayudado, engrandecido la patria, está asegurado un lugar particular en el cielo" (Dotti 1993, 9). Es esta palabra entendida en el sentido de Poggio Bracciolini en su epístola sobre Quintillano o sobre Jerónimo.

La finalidad de la sabiduría no es una repetición fanática de los textos, sino "una defensa del saber como medio y estímulo para despertar y descubrirnos libremente a nosotros mismos al proponernos dudas, interrogantes e ideas".

(Dotti 1993, 17).

Conclusión

En esta época donde se han minado tantas categorías filosóficas y literarias, parecería ser que el único autor que logra aunarlas es aquél que se encuentra casi en el momento mismo de la explosión: Petrarca, es decir, en el momento histórico en el cual casi cualquier opción era posible (la Reforma, el cuestionamiento de las jerarquías eclesiásticas, el pensar por primera vez el surgimiento de estados nación, la fraternidad entre compañeros de escritura).

A medida que avanzamos en los autores y en los siglos, vemos como esa pequeña puerta abierta por el periodo renacentista (para algunas clases y algunos países, lo que equivale a decir para cierta parte de los sujetos privilegiados pertenecientes a lo que sería la *intelligentsia* de su tiempo) se va cerrando y las formas políticas y económicas vuelven a solidificarse.

Si pensamos que hoy día también muchos de los vínculos y formas de comunicación se han vuelto "líquidos", que tal vez existan brechas ocupables y espacios de opinión, tal vez podamos empezar a preguntarnos cómo aprovechar este momento histórico para lograr una mayor cantidad (y calidad) de igualdad, conocimiento y libertad. Para avanzar todos juntos a una era

que sea lo menos oscura posible.

Bibliografía

Bracciolini, Poggio (2003) Carta a Guarino Veronés; Carta a Leonardo Aretino, Carta a Niccolo; en Burucúa, José E. y Ciordia, Martín J (compiladores). El Renacimiento italiano. Una nueva incursión en sus fuentes e ideas, Buenos Aires, Asociación Dante Alighieri.

Ciordia, Martín (2012) Clases teóricas. Literatura europea del Renacimiento, SIM apuntes, 1: teórico 2, 30-III-12; 2: teórico 3, 13-IV-12; 3: teórico 2, 20-IV-12; 4: teórico 4, 27-IV-12.

Dotti, Ugo (1992) *La cittá dell'uomo. L'umanesimo da Tetrarca a Montaigne*, Roma, Editori Riuniti (traducción del cap. II por María José Schamun; Ficha de cátedra – Opfyl).

Erasmo (2009) El Ciceroniano; Madrid. Akal.

Erasmo (1997) *Elogio de la locura*, Barcelona, Altaza.

Greene, Thomas (1982) The Light in Troy. Imitation and Discovery in Renaissance Poetry; New Haven and London, Yale University Press, (traducción por Vicente Constantini; Ficha de cátedra-Opfyl).

Heller, Agnes (1978) El hombre del Renacimiento, Barcelona, Península.

Kristeller, Paul O. (1993) *El pensamiento renacentista y sus fuentes*, Madrid, FCE.

Petrarca, Francesco (1997) Cancionero I, Madrid, Cátedra.

La política ante el derecho: Buscando la contradicción principal

Manuel Bertelotti (S)

Eduardo Astesano decía que en toda sociedad conviven innumerables contradicciones (políticas, económicas, filosóficas, etc.) que encubren intereses en pugna. Decía que en la tarea de transformar la sociedad, era muy fácil perderse entre tantas contradicciones. El secreto para poder avanzar consiste en reconocer la contradicción principal, aquella de la que todas las demás contradicciones dependen. Sólo reconociendo y resolviendo la contradicción principal es que uno puede avanzar en resolver todas las demás contradicciones de la sociedad en el sentido que uno considera correcto.

La intención de este artículo es mostrar cómo la contradicción entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo son presentadas como contradicción principal en la enseñanza de la filosofía del derecho para disfrazar, el hecho de que el pensamiento liberal, del que el iuspositivismo es reflejo, dejó de ser un pensamiento revolucionario y que por ende la contradicción principal dejó de ser la contradicción entre el iuspositivismo vigente y el paradigma anterior para ser la contradicción entre el paradigma presente y el que va a venir a

reemplazarlo.

La falsa dicotomía y la contradicción principal en la actualidad.

El iuspositivismo implicó una superación del iusnaturalismo en el pensamiento jurídico en términos de expresar al derecho como construcción humana. Implicó también una superación en la medida en que es el reflejo de la democracia liberal burguesa y su superación respecto del sistema feudal.

Sin embargo, el capitalismo liberal ya pasó su etapa revolucionaria, comenzando a mostrar limitaciones que demandan transformaciones profundas en el orden social, limitaciones que, aquellos que gozan de una posición privilegiada en este sistema, se esfuerzan por disfrazar.

En el ámbito del derecho, todos estos cambios implicaron que ciertos grupos, de la llamada escuela crítica, o corriente crítica (como prefiero llamarla), a fines de la década del '70. Observan que respecto de las discusiones que la nueva realidad demandaba, el iusnaturalismo y el iuspositivismo resultaban muy parecidos.

Los representantes de la corriente crítica se caracterizaron por definir al derecho como un discurso legitimante de relaciones de poder social. El iusnaturalismo y el iuspositivismo (ambas teorías orientadas a legitimar un determinado sistema político y productivo) no podían permitirse mostrar al derecho de esa manera en la medida en que, transparentar ese rol del derecho como

legitimador de relaciones de poder, implica deslegitimarlo llevando inmediatamente la discusión a: cuáles son esas relaciones de poder y si sirven al bienestar de la sociedad en su conjunto.

El principal cambio que introdujo el positivismo fue el de desplazar como fundamento del sistema jurídico a Dios, el mundo o la naturaleza humana por un acto del poder dominante. Reconoce al derecho como un producto del poder dominante para rápidamente desviar el debate hacia cuestiones menos polémicas y peligrosas al mantenimiento del poder al que está abocado y, centrarse en los aspectos formales y técnicos de la creación e interpretación de las normas.

La discusión de fondo, en ambas teorías, es la que debe ser evitada y sustituida por cuestiones de forma que no impliquen un cuestionamiento al poder subyacente.

La construcción de un orden social nuevo requiere, como etapa previa, el cuestionamiento del orden social viejo. Esta es la finalidad que viene a representar la corriente crítica del derecho. Esta es también la razón por la que considero que, hoy en día en relación con las discusiones de fondo que son las más importantes (¿cuál es el poder que el derecho legítima?) iusnaturalismo y iuspositivismo son una falsa dicotomía. Es una discusión que aparenta ser de fondo, pero se limita a ser de forma. Es una contradicción que a los defensores del sistema vigente, les conviene seguir mostrando como contradicción principal, pero que ya dejó de serlo.

Finalidad y limitaciones del discurso positivista.

Para analizar las limitaciones que el iuspositivismo mantuvo en relación con el iusnaturalismo (limitaciones que tenemos que encontrar la manera de superar) creo que es necesario dividir el análisis en dos partes. Uno es el análisis en términos del discurso en sí mismo, para determinar cuáles son las limitaciones que es necesario superar y otro, el análisis en términos del orden social que con ese discurso se busca legitimar, para explicar cómo las limitaciones en el discurso son necesarias para mantener una apariencia filosófica que encubra las finalidades del sistema jurídico, y desvíe las discusiones de fondo a discusiones en torno a los aspectos formales de esa estructura.

En relación al discurso, la principal limitación consiste en tener como fundamento filosófico un dualismo entre lo material y lo ideal en el que se supone un derecho que existe con independencia de las condiciones de la realidad material. Un dualismo en el que lo normal y la norma pueden ser dos cosas completamente distintas.

Se sostiene al derecho en un plano distinto al de la realidad material en la que todos vivimos. El principal nexo existente entre esos dos planos es el juez, el sacerdote del Derecho que es el único que tiene el pase libre entre los dos planos. Es el único que por su dominio de la técnica en la interpretación

de las normas puede invocar al llamado "espíritu de la ley" para conocer de manera objetiva que es lo que el derecho dice respecto de un conflicto particular. Claro que de objetiva una sentencia puede tener muy poco, cuando se está tratando de aplicar a una realidad infinitamente compleja un número limitado de normas y de conceptos, con lo que esa objetividad alegada no puede ser real en la medida en que es el juez el que tiene que llenar de contenido lo establecido por las normas.

En términos del orden social que se busca legitimar, este dualismo sirve para ocultar la realidad material tras una cortina de conceptos abstractos. Para legitimar desde lo abstracto, acciones injustificables en lo concreto. La hegemonía que mantienen los sectores de poder dominantes en el ámbito de la enseñanza del derecho así como en el poder judicial no es casual ni accidental. Para el mantenimiento y la eficiencia de este discurso es fundamental que los supuestos dueños del conocimiento en el derecho coincidan con quienes ejercen el poder para legitimarse a través de ese conocimiento.

Especialmente es importante esa hegemonía del poder dominante en el poder judicial y en los ámbitos de enseñanza del derecho, ya que es a través de los operadores jurídicos que se va a expresar lo único de real que pueda tener el derecho por fuera de lo meramente discursivo.

Aparecen nuevas limitaciones cuando se intenta analizar el modo en que se articula el cientificismo propio de la ilustración con este dualismo filosófico en el contexto del desarrollo del capitalismo liberal. El resultado de la búsqueda de patrones comunes generalizables del comportamiento humano y social se acota mucho cuando se realiza a través del dualismo propio del iuspositivismo. La principal consecuencia de este tipo de análisis dualista es la incapacidad del positivismo de comprender la manera en la que las condiciones materiales de existencia inciden en el desarrollo cultural y en la formación de las subjetividades individuales.

El individuo, desprovisto de todas sus características sociales, culturales, políticas y económicas queda reducido a un autómata. Un ser que por medio de la acción racional conscientemente orientada procura la satisfacción de sus intereses egoístas, evitándose el mal y garantizándose el bien. Y, en sentido inverso, lo colectivo queda reducido a una mera suma de individuos. Lo colectivo carece en este pensamiento de una dinámica propia de lo social, queda relegado a segundo plano como mero reflejo del conjunto de conductas e intereses individuales.

De esta manera se explica que para el positivismo, la regulación de conductas funciona por medio de la imposición de normas de conducta cuyo incumplimiento acarrea una pena. Se organiza a la sociedad mediante la manipulación de los individuos a través de sus motivaciones. El individuo, conociendo la norma, evalúa por medio de un proceso consciente y racional de pensamiento las ventajas y desventajas de la realización de la conducta reprochada, y viendo que las desventajas de esa conducta son más grandes que las ventajas, opta por realizar la conducta debida.

En los casos en que la conducta debida no se realice, el positivismo, lejos de revisar sus conceptos, ofrece dos explicaciones posibles:

- 5. La pena no es lo suficientemente gravosa para desmotivar suficientemente el incumplimiento de las normas.
- 6. Existe algún tipo de malfuncionamiento en el individuo ya que su conducta no se adapta a los supuestos axiomáticos que en ese discurso explican la conducta humana.

En el pensamiento dual positivista, cuando la realidad no coincide con los conceptos, el problema se encuentra en la realidad, nunca en los conceptos.

No es accidental que estos principios axiomáticos de acuerdo con los que opera el iuspositivismo sean los mismos en los que se basa el pensamiento liberal ya que el positivismo no es más que el reflejo en lo jurídico del paradigma del pensamiento liberal.

El liberalismo se construye sobre la base de pensar al ser humano como uno fundamentalmente individualista, que busca mediante la adopción consciente y racional de sus conductas, obtener para sí mismo el mayor bien posible. No existe en este esquema de pensamiento el concepto de bien común, ya que no puede haber dinámicas propias de lo social, que es la mera suma de individuos, y por lo tanto lo más parecido que puede haber a una idea de bien común es el equilibrio entre los intereses de todos los individuos, que puede alcanzarse liberalizando las relaciones sociales y confiando en la actuación de la mano invisible del mercado.

Un ejemplo de esto, es el del economista liberal Ludwig Von Mises, que en su libro "La Acción Humana", adoptando un dualismo metodológico, llegó al extremo de negar cualquier posibilidad de comprensión de lo social basada en la experiencia, en el análisis histórico o sociológico. Construyó toda una teoría de la acción humana basada en principios axiomáticos, de acción racional e individual llamada "Praxeología" a la que el calificaba como científica. Por adelantado, advertía que cualquier discordancia entre sus afirmaciones y la realidad, debía atribuirse a una realidad compleja e impredecible a la que había que intentar rehuir mediante la sujeción a las categorías universalmente válidas de la praxeología.

Corriente Critica Del Derecho

No es casual que haya sido desde el método de análisis que propone el marxismo que la corriente crítica pueda significar una superación de los viejos paradigmas ya que, con independencia de las críticas que se le pueda hacer al marxismo, creo que este método implica una superación respecto de la principal falencia del iuspositivismo así como del iusnaturalismo a la hora de explicar la realidad. La fórmula estructura-superestructura resuelve la deficiencia del pensamiento dual del positivismo reemplazándolo por un pensamiento que asimila lo ideal, lo abstracto, lo formal como superestructura, respecto de una estructura que es su motor y que se encuentra en la realidad material de las personas condicionando todo el plano de lo ideal.

Para Marx, el motor de la historia es la estructura, que se encuentra en las relaciones materiales, principalmente productivas, de la realidad. La superestructura por el otro lado es todo el aparato ideológico, religioso, jurídico, es decir, ideal y discursivo que sirve para legitimar esas relaciones sociales en lo material.

A este análisis Gramsci le da una vuelta de tuerca para establecer el importante rol que la superestructura, no obstante su rol accesorio, juega tanto en el mantenimiento como en la transformación del orden social.

Es estableciendo la hegemonía cultural, que el poder vigente logra el dominio de las clases subalternas amalgamando a todas las clases bajo el sistema de pensamiento de la clase dominante. Sólo derrumbando la hegemonía cultural de las clases dominantes, pueden las clases subalternas transformar la realidad para constituirse en clase hegemónica.

El rol que la corriente crítica vendría a representar, en el ámbito del derecho, es el de combatir la forma en la que el derecho como discurso sirve desde la superestructura al mantenimiento en lo material de las relaciones tradicionales de poder. Poner de manifiesto el modo en que el derecho está determinado por ese poder hegemónico.

Pero entonces, si lo que el positivismo afirma que es el derecho, es una estructura formal, abstracta, basada en supuestos axiomáticos y sin un correlato necesario en la realidad material ¿Significa esto que el derecho vigente no funciona? Y si funciona, ¿Cómo funciona?

Para responder a estas preguntas creo que es necesario empezar haciendo una distinción entre: Es distinto Decir que la norma para ser jurídica tiene que constar de la descripción de una conducta asociada a la imposición de una pena, que decir que esta es la razón por la que la norma jurídica es acatada.

Las experiencias que se dieron en el derecho en diferentes lugares y tiempos muestran que en general la imposición de penas más duras no implica necesariamente un cambio proporcional en el acatamiento de esa norma. Endurecer las sanciones no reduce el incumplimiento de las normas. Por otro lado, creo que es correcto decir que existe algún tipo de compulsión en la población que hace que en general obedezcan las normas. Está lleno de normas cuya pena es insignificante, que sin embargo son generalmente acatadas. Ni hablar de las normas morales y sociales en general, para las que el Estado no aplica

ninguna pena. Es decir: Parece ser falso el supuesto de acción racional en el iuspositivismo que considera que el hombre obedece la norma porque entre la ventaja del incumplimiento y la desventaja de la pena, pesa más la pena. El acatamiento general de las normas evidentemente responde a otros motivos.

Se me ocurre que para analizar esos motivos, tenemos que empezar por analizar aquellas normas no jurídicas, contra las que no se impone ninguna sanción desde el Estado.

Cuando hacemos fila para subir al colectivo, cuando cedemos el asiento a una mujer embarazada o a un anciano, cuando devolvemos algo que encontramos en el suelo a su legitimo dueño, cuando vestimos de acuerdo a determinados criterios estéticos, cuando nos dirigimos a alguien por su título ¿Lo hacemos por temor a una norma que impone una sanción si actuamos de otra manera? Claramente no. Podemos decir, sí, que van a haber sanciones de otro tipo, no jurídicas, pero lo cierto es que tendemos a comportarnos de manera socialmente aceptadas sin necesidad de realizar un proceso racional de pensamiento que nos haga actuar de esa manera. Sea por temor al rechazo, sea por conveniencia, para pasar desapercibidos o simplemente porque nos sentimos bien de esa manera, en mayor o menor medida todos nos sentimos compelidos a actuar socialmente, a adaptarnos a nuestro entorno.

Todos nos movemos de acuerdo a una serie de normas de diferentes tipos:

Morales, éticas, de protocolo, ceremonia, de vestimenta, de moda, normas de respeto, etc.

Sin embargo las normas jurídicas tienen algo que la hacen resaltar, que nos compele con mayor fuerza a su acatamiento. Se trata de la cuestión de la legitimidad, es decir, la cuestión del consenso, de lo que se tiene por valido, de aquello que debe respetarse.

Gramsci diferenciaba lo que es la dominación del poder. Mientras el poder es la capacidad que uno tiene de hacer que otro haga o deje de hacer algo aún en contra de su voluntad, la dominación es la capacidad de una persona o un grupo de poder de hacer que otros hagan o dejen de hacer algo de manera completamente voluntaria. El poder implica coerción, la dominación implica persuasión. En ciencias políticas, la legitimidad es la capacidad que tiene un poder de obtener obediencia sin la necesidad de recurrir a la coacción, es decir, a fuerza o a la amenaza de la fuerza. En estos términos el concepto de legitimidad puede ser asimilado al concepto de dominación de Gramsci.

El iusnaturalismo atribuía la legitimidad a normas divinas, naturales, históricas o inherentes a la naturaleza humana. El iuspositivismo atribuye la legitimidad a una hipotética norma fundamental que en lo formal se asocia a principios axiomáticos del sistema jurídico y en lo material a actos de poder fundantes del orden jurídico. Ambos buscan la legitimidad en la cumbre de la pirámide normativa.

Buscan la legitimidad en el núcleo del derecho, en el lugar más abstracto, ideal, hipotético y misterioso del sistema jurídico. La norma fundante, hipotética, divina o de la clase que sea es como una estrella misteriosa en el corazón del derecho que irradia a todas las demás normas con sus rayos de legitimidad, desde sus lugares más generales, formales y abstractos hasta las sentencias, concretas, particulares y directamente conectadas con la realidad material. La legitimidad ilumina con fuerza desde lo ideal hasta prácticamente apagarse en lo material. Como ya expliqué, creo que este dualismo que privilegia lo ideal por sobre lo material sirve para justificar desde lo abstracto lo que es injustificable en lo concreto.

La hipótesis más consistente es la opuesta, la legitimidad se construye desde abajo y hacia arriba. La legitimidad emana desde lo cotidiano, de aquellas normas sociales que acostumbramos obedecer sin necesariamente estar obligados a hacerlo.

La construcción del derecho consta de básicamente 3 funciones:

Una primera función del sistema es la de legitimación hacia adentro. Aquella por la que el que el derecho se legitima a sí mismo mediante la incorporación a su ordenamiento de normas sociales acatadas y respetadas por la sociedad. El derecho, como discurso, se nutre a sí mismo de la legitimidad y del consenso propio de las normas que incorpora. Se convierte a sí mismo en el discurso en el que converge una multiplicidad

de discursos, de normas, considerados como legítimos, válidos y necesarios.

Una segunda función del sistema es la de retroalimentación. La legitimidad construida sobre el derecho como concepto, como estructura y como discurso permite mantener un equilibrio homeostático entre el sistema jurídico como un todo y las normas que forman parte de él. El derecho estabiliza el acatamiento de las normas sociales que recepta. Es de esta manera que el derecho ayuda a mantener un determinado orden social consolidándolo y dándole a las normas que lo rigen una solemnidad, una importancia diferente por el solo hecho de ser parte del ordenamiento jurídico.

La tercer función es el proceso de legitimación hacia fuera, es decir no hablamos ya del derecho legitimándose a sí mismo como estructura, ni relegitimando a las normas que recepta del orden social sino del derecho legitimando a normas nuevas que son creadas para orientar las transformaciones en el orden social material.

La primera y la segunda función son las funciones básicas que el derecho realiza la mayor parte del tiempo, de construcción y mantenimiento de un ordenamiento. La tercer función, contrario a lo que puede pensarse, es minoritaria en una hipótesis de derecho normal. Es la de legitimación de actos de poder, sea para reprimir a quienes no acatan sus normas o sea para realizar las transformaciones graduales de adaptación que son necesarias en un sistema para poder

mantener y proteger esas relaciones de poder. El uso de esta tercera función tiene que ser moderado, ya que si se abusa de la posibilidad de crear normas nuevas que alteren el orden establecido, el resultado puede ser la deslegitimación del sistema mismo y nos encontraríamos frente a una hipótesis de derecho anormal en la que se generalice el incumplimiento de las normas.

Conclusiones

Los que entramos a esta facultad movidos por una vocación de justicia y transformación social tenemos que poder debatir y discutir los fundamentos del pensamiento jurídico. Hay que discutir las cuestiones de forma, pero más importante, hay que discutir las cuestiones de fondo que son de naturaleza política.

Para ello es importante el cuestionamiento de los paradigmas vigentes en el derecho que buscan encubrir las cuestiones de fondo mostrándonos al derecho como una forma de mediación social, neutral, imparcial y vacía de contenidos políticos.

Se disfraza a las concepciones políticas que el sistema sostiene de objetividad, cientificismo y técnica en el reconocimiento del espíritu de la ley. Se forma a los abogados como operadores pasivos del sistema que reproducen concepciones políticas ajenas que mantienen las relaciones de poder y las desigualdades sociales.

El derecho se entiende como bueno por el mero hecho de ser derecho. En la concepción del positivismo el orden y el progreso reivindicados originariamente implican pensar al progreso como la consecuencia del orden. Si el orden no es más que la consecuencia de un conjunto de normas actuando sobre la realidad de manera sostenida en el tiempo, entonces lo importante para el positivismo es mantener esas normas, sin discutir ni preocuparnos por cuales sean los contenidos.

Es así que se nos sigue enseñando al derecho como un fin en sí mismo y no como una herramienta a la cual como operadores jurídicos vamos a tener que rellenar con contenidos.

Si no aceptamos que cualquier orden sea bueno por el mero hecho de ser orden. Si nos interesa ser abogados porque lo consideramos al derecho como un medio para la realización de nuestros ideales, entonces tenemos que poder cuestionar los sistemas de pensamiento vigentes en el derecho, cuestionar la manera en que se forma a los profesionales del derecho. Entender al derecho como un medio, una herramienta y no un fin en sí mismo. Descubrir el modo en que tanto en la sanción como en la aplicación de las normas se plasman las concepciones políticas de los operadores jurídicos y buscar transparentar, poner de manifiesto esas concepciones, para poder discutirlas en lugar de intentar ocultarlas.

Esta facultad es la que está produciendo a los futuros abogados, defensores, fiscales, jueces. Y no solo eso. No por nada, es de acá, y no de ciencias políticas, de donde salen la mayor parte de los diputados, senadores, intendentes, gobernadores y presidentes de la nación. La política atraviesa todo el derecho y su enseñanza. Ocultar eso es tarea de aquellos cuyas finalidades políticas son demasiado inconfesables para discutirse. Nuestro objetivo, si nuestros fines son nobles, tiene que ser el opuesto. Hay que poner sobre la mesa la discusión respecto de las cuestiones de fondo, los modelos de sociedad que queremos conseguir.

Al mismo tiempo hay que divulgar, sobre todo entre los sectores más vulnerables de la sociedad, nuestro conocimiento. Para empoderarlos en la herramienta del derecho por un lado, y para poder incluirlos en el debate respecto de las finalidades que el derecho tiene que tener como discurso.

El derecho no es como la política, el derecho es política. No se trata de un objeto que uno pueda poseer, transferir o intercambiar. El derecho no es algo que uno tiene, no es algo que uno piensa ni algo que uno dice, el derecho es algo que uno hace con el ejercicio. Podemos ser nosotros los que elijamos los contenidos de ese ejercicio o podemos limitarnos a aprender como ejercer de acuerdo a los contenidos que otros elijan para nosotros.

¡Otra vez pensando paradigmas!

María Eugenia Cassani (S)

Francisco Lanosa Alonso

¿Cómo pensamos la realidad?

El pensar la realidad llevó a los sujetos a plantearse y replantearse una y otra vez su propia existencia y su mismo pensamiento. Estos conflictos se desatan por interrogantes como: ¿efectivamente uno existe?, ¿efectivamente uno piensa?, ¿lo que pensamos es?, ¿ideas o materia?, ¿cómo sabemos?, ¿sabemos?

Para intentar explicar, suele caerse en la "trampa" de expresarse formulando certezas absolutas. Resulta complejo y hasta hostil el replantear definiciones (axiomas) y preconceptos, ponerlos en duda y derrumbarlos o sostenerlos relativamente. Provoca una interrupción en nuestro concepto estático y regular del dominio de la naturaleza.

¿Qué entendemos por dominio de la Naturaleza?

El dominio de la naturaleza es el proceso por el cual el ser humano se separa de la misma (hace un recorte), se plantea como ajena a ella y la analiza. Esto lo decimos partiendo del axioma de que existe el hombre y el mismo tiene necesidades materiales, y para satisfacer las mismas debe dominar la naturaleza. Y también estamos considerando, como diremos en breve, que la naturaleza es materia. Esto es a fines explicativos y por las restricciones propias de nuestro lenguaje ya que a nuestro entender, hablamos de un todo que

creemos puramente construido.

¿Qué entendemos por analizar la naturaleza?

Partiendo de la base de la existencia de una *materialidad*, diremos que la misma está sujeta a la condición de ser infinita y desconocida. Con esto queremos implicar que hay una parte material, aún aunque la misma esté siendo construida por nosotros, para llevar a cabo la explicación. En otras palabras, es este nuestro punto de partida: la materialidad es axiomática.

A la par de la materialidad, creamos un *sujeto* (nosotros), inmerso en esa materia. Este sujeto no es más que un mero punto de referencia, está "vacío de contenido" (es decir, si bien planteamos que es materia, carece aún de ideas). No es nada sino una nueva guía axiomática.

Por último, nos encontramos con la *idealidad*. La idealidad es el tercer axioma que implementaremos. Comparte la infinitud de la materialidad.

El sujeto (que no necesariamente se refiere a uno sólo, son varios, todos) se sitúa en un punto material. Está "vacío", no posee contenido hasta que comienza a definir arbitrariamente la materia que lo rodea. Esta materia al ser definida por el sujeto pasa a ser parte del él. De esta manera, ya no podemos hablar de una materialidad "pura", sino que está "contaminada" por términos ideales. Se conforma así un *supersujeto* que se reconoce como todo lo que conoce pensando y todo lo que piensa.

El sujeto que era antes solo, es ahora con el todo que al principio era ajeno a él. Se reconoce ahora con lo demás, *es* con los otros elementos, no se separa de ellos, y a esto denominamos *supersujeto*.

Cuando hacemos la división entre sujetos y objetos, vemos al sujeto como una construcción que hace él mismo y al mismo tiempo. Así el objeto es una construcción creada por el sujeto. Al hablar del *supersujeto*, estamos uniendo al sujeto y al objeto. El sujeto construye su persona y al mismo tiempo construye los objetos. Estos objetos construidos influyen a su vez en la construcción del sujeto.

En otras palabras, nosotros nos creamos a partir de lo que nos rodea, y lo que nos rodea fue creado por nosotros. Por lo tanto, nosotros nos creamos a la par de lo que nos rodea. El *supersujeto* es entonces entender a sujeto y objeto como unidad, dentro de la cual se podrán hacer las distinciones necesarias pero sin perder de vista que se trata de un todo intercomunicado.

¿Cómo pasamos de un sujeto a un supersujeto?

Partimos de considerar al sujeto como un ente vacío inmerso en la materialidad. Para que se trate de lo que denominamos *supersujeto*, el sujeto deberá comenzar a apropiarse de los elementos de esa materialidad (dominar la naturaleza, que vale recordar, tomamos a fines explicativos como material, pero cabe mencionar nuevamente que pensamos esto también como una con-

strucción). Esta apropiación es ideal, construida.

¿Por qué este sujeto empieza a analizar la materialidad?

La materialidad comienza a analizarse en respuesta a los impulsos materiales, *necesidades primarias* que llevan a dominar la Naturaleza en los términos antes explicados y a relacionarse con ella. No hay, creemos, forma de satisfacer esos impulsos como no sea dominándola, es decir, haciéndola propia, haciéndola parte de uno mismo.

¿Cómo hace el sujeto para efectivamente dominar la naturaleza y conformar así el *supersujeto*?

El primer dominio de la naturaleza no responde a nada en particular, parece ser arbitrario, azaroso. Tal vez no lo sea, pero desconocemos las causas y motivaciones que llevan a ello. Sin embargo, proponemos la idea de que este primer dominio está determinado por las necesidades materiales. Al iniciar el dominio, el sujeto ya no es un mero sujeto sino un *supersujeto*: es con lo que conoce (o cree conocer) y construye. El *supersujeto* es un proceso, no es estático, y si bien empieza con ese primer contacto desconocido, ya nunca se detiene.

¿Cómo se produce este proceso de conocimiento? ¿Cómo el sujeto confluye en el *supersujeto*?

El sujeto observa la materialidad y hace un primer recorte ideal de la materia. No se trata de un recorte sujeto/

objeto, sino que recorta aquello de lo infinito que va a formar parte del *supersujeto*. Eso será el mundo y el todo, lo otro es desconocido, inexistente para él. Cuando el recorte se pone en común entre varios sujetos, entonces podemos entender que existe un lenguaje (forma de comunicarse, entenderse; no importa el modo, no necesariamente es el habla). Decir lenguaje es un nuevo recorte ideal dentro del *supersujeto*, también ideal.

El sujeto crea un *lenguaje* (recorte contrastado de la materialidad), a partir de ello el sujeto crea un *método* (cualquiera que le permita su fin: cambiar su dominio de la naturaleza) y con ello crea nuevas ideas que modifican al *supersujeto*. Esto es un proceso dinámico.

¿Por qué está en movimiento? ¿Por qué el sistema sigue en movimiento una vez satisfechas las necesidades o impulsos iniciales?

El sujeto al realizar sus recortes, también hace recortes de necesidades: el sujeto crea nuevas necesidades arbitrariamente y en relación con las necesidades básicas materiales (en mayor o menor medida, con mayor o menos distancia "temporal"). Son estas nuevas necesidades, necesidades creadas, las que van a obligar a su satisfacción. Luego surgirán otras, y así sucesivamente. El mismo proceso de surgimiento de las necesidades (que bien podemos llamar intereses) va a implicar nuevas ideas, nuevas construcciones, un nuevo su-

jeto: siempre hay constantes modificaciones.

Lo que hasta el momento planteamos es un paradigma, una forma de explicar el mundo, un esquema organizativo, un marco teórico.

¿A qué responde este paradigma?

Nuestro modelo responde, como todos, a un interés. En este caso, el de entender nuestra realidad.

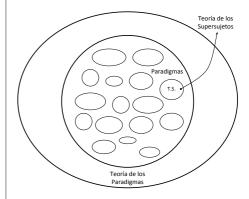
A partir de esta construcción, de este recorte ideal (paradigma), nosotros nos modificamos, somos parte de ese *su-persujeto* y pensamos y nos movemos dentro de este nuevo paradigma, nueva forma de explicar, nueva teoría.

El ejemplo más evidente de la aplicación de este concepto es el presente escrito: escribimos, teorizamos un nuevo paradigma y nos sentimos cambiados por la presencia de este nuevo elemento (texto) que ya no es un elemento ajeno a nosotros sino que es parte, somos parte de ese *supersujeto*.

Siguiendo en el paradigma anterior, separando al sujeto del objeto (siendo el objeto algo ajeno al pensamiento del sujeto que lo domina "desde lejos"), no se podría entender un cambio en el sujeto si lo que se modifica es un objeto. Por el contrario, desde nuestra postura, el cambio no fue hecho sobre el objeto sino sobre uno mismo (y por eso no hacemos distinción, al menos no en

este nivel teórico, entre sujeto y objeto).

¿Por qué elegimos un paradigma para explicar los paradigmas?



La respuesta se encuentra nuevamente en el paradigma del supersujeto. Como supersujetos tenemos necesidades e intereses creados que son respondidos de la manera más eficiente posible. En nuestro caso, el interés básico era explicar cómo y por qué pensamos así la realidad. Para ello creamos axiomas y consideramos situaciones que nos llevaron a dar una respuesta útil (válida para el caso, no necesariamente verdadera). Ésta nos permite explicar el porqué de la utilización de los paradigmas y entender a su vez el hecho de que nuestra teoría es a su vez un paradigma diferente, otra construcción teórica, un modelo propuesto para pensar y organizar el mundo.

¿Pero por qué? ¿Por qué analizamos la realidad a partir de paradigmas? ¿Por qué el hombre decide utilizar esta teoría de los paradigmas para explicar?

Remitiéndonos a lo explicado anteriormente, los paradigmas son estructuras dentro del *supersujeto*. Esto es, creaciones producto de intereses y fines determinados previamente. La dinámica del *supersujeto* tiene constantes cambios de paradigmas: el motor de ese dinamismo está dado por este permanente cambio para poder explicar nuevos aspectos y servir a las necesidades.

La teoría de paradigmas permite explicar la mayor cantidad de fenómenos de la realidad a partir de la adopción de un modelo determinado. La satisfacción que otorgue el paradigma dependerá de las necesidades que persiga el sujeto. Así, los intereses, el fin que se persiga, determinarán la teoría que se elija, y los elementos y las interacciones y regulaciones que en la misma se den.

Ejemplificando:

• Si el objetivo es el "control social" y la "obediencia", probablemente se propugne un Estado de Policía con un Derecho Penal de Autor, que persiga a aquellos que sean considerados "indeseables", sin dar garantías y derecho a defenderse contra el poder superior, basado en la fuerza, en el miedo, en las prohibiciones (ejemplo de ello la Alemania Nazi y la Argentina del Proceso

de Reorganización Nacional)

• Si el fin es el bienestar, la igualdad de oportunidades, la libertad, probablemente se opte por un Derecho Penal Liberal, propugnando así un Estado Constitucional Democrático que reduzca la selectividad del poder punitivo, que brinde garantías a los ciudadanos, con normas claras y con un Derecho Penal de Acto que persiga acciones que en un tiempo y lugar determinados sean consideradas contrarias a las normas, siendo la regla la libertad y la excepción la prohibición.

Vemos aquí dos teorías, dos modos de organización globales, dos paradigmas diferentes, de acuerdo a dos fines diferentes. Y estos dos paradigmas contrapuestos pueden coexistir, consideramos nosotros. Así, encontramos al Estado de Policía en constante pugna dialéctica con el Estado Constitucional de Derecho. Así se vería en un gráfico:



El paradigma dominante en el momento es el del Estado Constitucional de Derecho. Esto no implica bajo ningún concepto que no existan elementos del paradigma del Estado de Policía en el mismo. Así, por ejemplo, el Código Penal contempla normas que de acuerdo con la Constitución vigente responden al denominado derecho penal de acto, mientras otras se asimilan al Derecho Penal de Autor y a los conceptos peligrosistas (por ejemplo, en la Ley Nº 23.737 de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes). Dependerá entonces de la aplicación acertada del paradigma dominante (respetando los principios constitucionales, evidenciando la inutilidad de las penas, acentuando las garantías, conteniendo la selectividad del poder punitivo) el no desarrollo del paradigma opuesto que nos llevaría a matanzas aberrantes como ya han ocurrido, y que hoy en día nos conducen a las "matanzas por goteo", silenciosas pero presentes.

También se evidencia esta convivencia nada sana entre varios modelos explicativos en el ámbito de las teorías de la pena. Actualmente, en el plano teórico, el del deber ser, se considera la teoría de la prevención especial positiva (resocialización, reinserción, reincorporación, etc.). Sin embargo, se plantea, entre otras, también en este momento, la teoría agnóstica y negativa de la pena, que considera que la teoría que actualmente predomina en nuestra legislación no sirve para explicar la realidad. "Las cárceles de la Nación serán... para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas", reza el artículo 18 de nuestra Carta Magna, sin embargo, en la realidad, se observa un "vigilar

y castigar" y no un objetivo resocializador. La prisionización produce aún más delito, no resocializa (como sí lo hace la educación, creemos nosotros).

Creemos, entonces, como hemos mencionado, que paradigmas opuestos pueden convivir. En algunos casos, como el anteriormente planteado, se trata de una pugna de uno y otro por reducirse al mínimo posible. En otros casos incluso pueden ser complementarios, colaborando en la satisfacción de necesidades explicativas.

Por lo tanto, resumiendo, puede estar vigente un Paradigma I y permitir resolver, explicar ciertas cuestiones de la realidad. Cuando comienza a fracasar (ya no resulta útil o al menos no en todos sus aspectos), surge un Paradigma II que puede ser, como ya mencionamos, contemporáneo y coexistente con el primero.

¿Por qué se aplica actualmente el paradigma vigente y no otro?

Se aplica uno u otro paradigma dependiendo de los diferentes *intereses* predominantes en un tiempo y lugar determinados. Así, un paradigma que pretenda "igualdad, libertad y fraternidad" como propugnamos, no responde ni es funcional a intereses existentes que prefieran separar y alejar sujetos y objetos, diferenciar y enemistar. No es funcional al individualismo, al movimiento de meros intereses personales o de pequeños grupos, al autoritarismo, a la incomprensión, a la discriminación, a la explotación, a los tratos crueles en

las cárceles, a la exclusión social...

Actualmente, y para remitirnos nuevamente al ámbito penal, podemos ver que una mera distinción "natural", "evidente" y "obvia" hace considerar objeto a quien será la víctima del poder punitivo y de todo el engranaje penal: aquel que fue seleccionado por el poder punitivo es tratado como objeto ajeno al todo. Y con la prisionización se lo separa del cuerpo social. Al mismo tiempo, la víctima es confiscada por el Estado, se le quita su entidad de sujeto y se la aísla del proceso. Se separan los diferentes elementos del sistema: "los delincuentes" por un lado, las víctimas, el Estado por el otro, enfrentados, opuestos, diferentes, irreconciliables.

Cuando hablamos de un supersujeto, buscamos derribar el "análisis científico" que se basa en un sujeto alejado por completo del objeto de estudio y fuera éste último del campo de construcción. El supersujeto pretende en un análisis integral de los elementos del mismo sin separar sino acercando elementos. Y esto implicaría que el interés global nunca puede ser la destrucción del otro ya que éste es parte de uno mismo. Este análisis es un marco teórico, un "deber ser" al que se aspira en el plano del "ser". En la realidad, se puede dar una acción mediante la cual el supersujeto se lastime a sí mismo (una acción delictiva, siempre teniendo en cuenta que aquello que es delito también es construcción que forma parte del supersujeto). Esto no implica que el paradigma sea contradictorio o no funcione, sino

que ese "deber ser" todavía no es, pero puede ser. Y puede ser si se logra entender cómo funciona y qué pasa en la realidad. Y si a partir de ello, se adoptara una interpretación unificada, con un objetivo de solidaridad y bienestar del conjunto. Para ello debería entonces adecuarse el marco normativo, a este fin, de modo tal que el "deber ser" efectivamente fuera, y siendo, ayudara a resolver lo que el "deber ser" actual no logra.

De acuerdo al modelo que planteamos, entonces, no deberían separarse, aislarse, alejarse, las partes en los procesos penales, sino al contrario, buscar un modo de interacción que permita, todos involucrados (agencias ejecutivas, agencias judiciales, agencias legislativas, víctimas, quienes delinquen, la sociedad toda), dar reales soluciones a los conflictos y no meras decisiones que no modifican la realidad actual.

La resocialización que actualmente propugnan nuestras normas de mayor jerarquía como objetivo de las penas no se ve realizada en la realidad: queda simplemente en la cuestión teórica. En los hechos del plano del ser parece evidenciarse todo lo contrario: el encierro es castigo, es vigilancia, es aislamiento, es mantenimiento del status quo. Entender al delincuente como otro separado del cuerpo social conjunto y necesariamente excluido, la reclusión en penales y centros médicos, la creación de nuevos tipos penales, no parece dar

lugar a la resocialización.

¿Cómo modificar esto? ¿Cómo dar reales soluciones?

Será necesario para ello replantearse el marco teórico e interpretativo del mundo en que nos movemos. Será necesario cambiar de paradigma: dejar de pensar y considerar del "ser" aquellos conceptos que hoy solo son "deber ser" y buscar otros que formen un "deber ser" nuevo y de acuerdo con la realidad vivenciada día a día. Será necesario entonces una nueva finalidad, un nuevo sistema, un nuevo paradigma interpretativo. Y será necesario entonces adecuar las normas y su aplicación a este nuevo modelo consciente de lo que ocurre en el plano del "ser".

Entonces: si las penas no son útiles al fin de evitar el incumplimiento de las leyes penales y si las cárceles no son útiles a la resocialización, ¿es por lo tanto útil este marco teórico actual?, ¿nos interesa continuar manteniendo este paradigma?, ¿podemos cambiar a uno nuevo, buscando verdaderas soluciones solidarias e inclusivas? Este es el desafío y nuestra propuesta.

La noción en el Derecho Penal

Ezequiel Coscia

En los párrafos siguientes se encuentra el sumario que hemos realizado junto con el Dr. Leandro Otero en relación con la ponencia que presentaremos en la próxima edición de la revista.

Sumario

La noción de derecho penal, adolece de la vaguedad propia del lenguaje humano y refiere, cuanto menos, a tres aspectos de forma paralela: a) poder punitivo del estado (aplicado por las distintas agencias de seguridad), b) dogmática jurídico penal, o "el saber penal", y c) la legislación penal que emana del congreso. Así, para evitar confusiones, utilizaremos estos tres conceptos: poder punitivo, saber penal (derecho penal), y ley penal respectivamente.

Tradicionalmente se han asignado diversas finalidades al "saber penal". Todas ellas confusas, sin demasiada claridad analítica, se enseñan en todas las universidades publicas y privadas, reproduciendo así en los alumnos la misma confusión y perplejidad conceptual que anida en el razonamiento docente.

Aquellas finalidades podrían resumirse en las siguientes posturas: I) aplicación de la ley penal, II) límite a la irracionalidad del poder punitivo del estado, y III) averiguación de la verdad, en el sentido de "verdad material" -lograr conocer "lo que verdaderamente ocurrió"-.

Desde hace un tiempo, pero particularmente en la actualidad, un nuevo paradigma intenta asomar en el horizonte, proponiendo como finalidad del saber penal, "la solución de conflictos".

Esta nueva finalidad, orientada de

algún modo a que el derecho penal asuma un rol de política publica, junto con las restantes políticas sociales que tienen a su cargo las democracias modernas, surge de la mano, en lo general, del derecho procesal penal, pero particularmente del sistema procesal adversarial, junto con sus tintes provenientes del sistema acusatorio.

A lo largo de la ponencia , procuraremos brindar al interlocutor las herramientas necesarias para que este cambio de paradigma que se vislumbra y que señalamos, pueda ser comprendido de manera acabada.

Por ese motivo, desarrollaremos mínimamente los distintos elementos que componen el sistema procesal penal inquisitivo, el acusatorio y el adversarial, para luego ahondar en cómo la aplicación práctica de éste último genera, y generará aun más, un innegable cambio en el paradigma actual.

Veremos además como ello no se presenta de manera aislada en lo que es el ejercicio de los distintos roles que pueden ejercerse dentro de un proceso penal (víctima, juez, fiscal, etc), sino que además pondremos de resalto en cómo repercute en las teorizaciones del saber penal mas tradicionales, principalmente en lo que respecta al concepto de verdad.

Culpa, Vergüenza y Derecho Penal en la Literatura y el Derecho

Anabel Rocío Chaves³⁰ (S)

Yo el abominable

"Un acto impuesto por el instinto de la vida detenta, en el placer que genera, la prueba misma de que este es un acto justo"³¹

"Cada atrocidad se cometió en nombre de la "humanidad" y de la "justicia". Cada uno decía que quería "liberar" al hombre. Cada ideología tenía "su" idea del hombre, y en la medida que en que la realizara, todo estaba justificado por la necesidad.³²

Introducción

Desde el momento en que me propuse hacer este trabajo, a fin de pensar en la "culpa" la "vergüenza", "el derecho penal" y sus vinculaciones, inexorablemente no pude dejar de pensar en el personaje central del cuento borgeano "Deuches Réquiem", Otto Dietrich zur Linde, tal vez por las complejidades que el universo por él planteado entrañan y hacen despertar en mí odio y lástima, compasión y aberración, por sobre todas las cosas, el ver desdibujarse ante mis ojos la línea divisoria entre el bien y el mal que el sistema de comprensión social en el que me encuentro inmersa me permite ver.

A lo largo de este escrito, no solo

³⁰ Significado del apellido Chaves o Chavez: Deformación de un antiguo apellido judío al llegar a la península ibérica. Translación del nombre llaves, en portugués, y deriva del apellido judío Tejedor o Sabhar

³¹ Friedrich Nietzsche. El anticristo, Capitulo 11.

³² Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. "Derecho Pela Parte General" EDIAR, edición 2002.

plantearé no solo si zur Linde sintió o no culpa y o vergüenza, sino lo que su vida y su muerte generaron en mi.

Baremo...

He intentado encontrarlo, a fin de establecer el contenido de los objetos "culpa", "vergüenza" y "derecho penal" y es al momento de emprender esa empresa donde me encontré con la primera muralla.

Como aclaración previa y a fin de establecer n lenguaje entendible, explico que los conceptos "culpa", "vergüenza" y "derecho penal" los planteo como objetos, en términos de "objetos de estudio" cuyo contenido estará completado por los ojos que los miren.

Volviendo al primer escollo, a la primera muralla que encontré en esta reflexión, entiendo que se debe a que dentro del universo de cosas que existen y creemos conocer o reconocer a simple vista, esta tarea -la de reconocer objetos- se da por sentada. Uno tiende a no preguntarse en lo regular de los días por qué siento culpa o vergüenza, simplemente uno la siente y ya, pero al momento de vincular esos objetos e intentar llenarlos de sentido a fin de establecer una vinculación entre ellos y el derecho penal es que de repente, las cuestiones que "van de suyo", ya no son tan simples, incluso sin vincularlas con ninguna rama del derecho, pero en este caso, las vincularemos.

Si bien, la vinculación no resulta obligada, la historia planteada por Borges abre esta ventana: la muerte de zur Linde, no fue cualquier muerte, fue la sentencia dispuesta –o impuesta- por un tribunal encargado de juzgar parte de sus conductas.-

Ahora bien, el derecho penal de por si encierra un castigo, es una construcción social que se edificó para ese fin. La historia del castigo debe ser tan larga como la historia de la humanidad, a diferencia del derecho penal, que incluso como rama del saber del derecho es muchísimo más joven.

De todas formas, el castigo que encierra esa rama del saber jurídico, tiene como telón de fondo la culpa y la vergüenza, pero la pregunta es ¿culpa y o vergüenza para quién?

Antes de avanzar, es importante tener en cuenta el papel que central que juega la vergüenza en las víctimas, quienes ante a la acción arbitraria del otro, generan un sentimiento de inferioridad respecto de este. Una victima, solo es tal, cuando ha sido sojuzgada por quien tenía el poder para hacerlo.

La construcción social que hemos creado para equilibrar la balanza — teniendo como telón de fondo algún concepto de Estado- se llama Juez, quien será el encargado aplicar un castigo del culpable, quien de esta forma traducirá la acción del ofensor, en "mala" y redundará en la explicación de que aquella mala acción es lo que ha puesto a la victima en su calidad de tal

A simple vista pareciera ser que tanto el castigo como la culpa y la vergüenza serían las cruces con las que debería cargar el inculpado. ¿Pero qué sucede cuando esto no es así? ¿Cómo erigirse en juzgador de una conducta "x" y con ello pretender el efecto culpógeno y vergonzante en el hallado culpable cuando el uno y el otro se encuentran en distintos sistemas de comprensión social?

Pareciera ser que un diálogo así redundaría en obsoleto, pero antes de llegar a alguna conclusión, propongo que recorramos juntos las últimas reflexiones de Otto Dietrich zur Linde.

El protagonista y su marco histórico...

Nuestro protagonista fue ni más ni menos que subdirector del campo de concentración Nazi de Tarnowitz, así, una vez que fue vencido dicho régimen, los responsables de las atrocidades cometidas por ellos, fueron juzgadas por tribunales que, va de suyo, no compartían la ideología de nuestro protagonista, quien a lo largo de su participación en el partido, hizo "lo debido" de acuerdo a lo que podríamos llamar una ideología determinada.

Así, en la narración borgeana, Otto Deitrich Zur Linder se encuentra en la víspera de su ejecución, que sería la consecuencia social que había decidido el Tribunal que lo juzgó, luego de efectuar un juicio de valor respecto de sus acciones, como uno de los perpetradores del Holocausto.

Las reflexiones de nuestro protagonista invitan a preguntarnos sobre lo que entendemos por "el bien" y "el mal" –con qué contenido llenamos dichos conceptos- y que papel juegan la

vergüenza y la culpa como generadora de culpables... o víctimas.

Ante la inminencia de su ejecución, zur Linde comienza su relato recordando a algunos de sus antepasados notables³³, respecto de quienes deja entrever que, en cuanto a ellos, la comunidad había establecido un juicio de valor positivo, en relación a sus acciones en batalla o sus muertes en ellas, sin embargo zur Linde dice "En cuanto a mi, seré fusilado por torturador y asesino".

De esta primera expresión a resaltar, entiendo que se manifiesta claramente aquello que mencioné, respecto de los conceptos de "el bien" y "el mal" y el contenido arbitrario con los que pueden ser llenados esos conceptos. Nótese que todos los hombres mencionados por zur Linde tuvieron un desempeño bélico, con las tareas propias que ello implica —entre otras, pero fundamentalmente vencer al enemigo-y ello implica dar muerte a otros seres humanos, con una finalidad determinada por la guerra en la que se esté.

Sin embargo, a diferencia de sus antepasados, zur Linde no terminará sus días como un héroe a ser recordado, sino como torturador y asesino, como un monstruo despreciable, de acuerdo a la concepción de derecho –particularmente el penal- bajo la cual se lo estaba juzgando, es decir: bajo el marco teórico en el cual ese derecho penal estaba siendo aplicado.

³³ Asimismo, es de remarcar lo señalado por la Nota del editor en cuanto dice "Es significativa la omisión del antepasado más ilustre del narrador, el teólogo y hebraista Jhannes Forkel (1799-1846)..."

De todas formas el protagonista manifiesta "No pretendo ser perdonado, porque no hay culpa en mí, pero quiero ser comprendido". Esta frase abre una primera ventana al efecto que manifiesta tener en el protagonista la sanción -no solo en términos jurídicos, sino en términos de sanción social- que decide su muerte, y plantea un interrogante en cuanto al papel que juega la vergüenza en relación con el castigo: ¿el sentimiento de culpa, en este caso, va acompañado por el de la vergüenza? ¿Con su explicación el protagonista intenta desembarazarse de algún sentimiento de vergüenza? ¿Hay culpa en 612

Es mi parecer, que la respuesta es no, a todas las preguntas, sino que lo que el protagonista entiende, según sus ojos, es que en el futuro sus actos serán comprendidos, puesto que inexorablemente sus ideales, que serán compartidos por el hombre nuevo que surgirá de las ideologías que el Nazismo, le asignará otro título a su historia: "Mañana moriré, pero soy un símbolo de las generaciones del porvenir".

Así, creo que zu Lindee se entiende un héroe como sus antepasados, solo que de momento la gente –por lo menos la que lo está juzgando y la comunidad que le da legitimidad a la sanción que se le aplicará- no lo entenderá así, pero en sus esperanzas está que llegue el día en que sea valorado como él mismo se entiende.

Otro rasgo importante a destacar del personaje, es que él aborrecía a sus

compañeros del partido y así quedó plasmado cuando decía "me falta toda vocación de violencia. (...) Individualmente mis camaradas eran odiosos; en vano procuré razonar que para el alto fin que nos congregaba, no éramos individuos". Incluso, a lo largo del relato, se manifestó como proclive a la piedad, tan humana como el hambre, y tan pecaminosa, dentro del paradigma en que se desenvolvía zur Linde, como lo es la impiedad a un cristiano.

Ya en este punto de la narración, la misma me resulta perturbadora. Más que nada por la compasión que me generó su protagonista. Parece descabellado que lo ponga por escrito, pero no quiero faltarle a la verdad: Otto Dietrich zur Linde me generó lástima, esa especie de pena que genera quien habiendo realizado todos los esfuerzos a su alcance para lograr un objetivo que él creía legítimo, así como también gran parte de su comunidad, sea juzgado por ello... y agradezco a la historia de los pueblos que así haya sido.

La pregunta que me viene rondando es cómo se juzga, con "justicia", a un ser, más precisamente al personaje que evoco, y a la única respuesta que llego con honestidad es que no lo se... Pensar que tengo la fórmula para saber lo que es justo per se y lo que no escapa raudamente a mis posibilidades.

Mientras escribo estas líneas, permanentemente me siento invadida por imágenes que mi memoria ha ido guardando de películas y libros sobre el Holocausto ¿Cómo pudieron hacerlo? ¿Cómo se llega a tales extremos de perversidad para con otro ser humano? ¿Podría haber sido yo una perpetradora del Holocausto, podrías haberlo sido vos, el que lee estas palabras, también un subdirector de un campo de concentración Nazi, quien entre sus últimos pensamientos dice "Que el cielo exista, aunque nuestro lugar sea el infierno"?

Las respuestas a estas preguntas las dejo a criterio de quien quiera contestárselas, o de quien pueda...

En definitiva, creo que con las penas estatales se quiere lograr la vergüenza al inculpado, el culpable condenado lleva ese estigma, pero no creo que la vergüenza sea privativa de aquel a quien se ha juzgado, sino que primero está en los ojos de la comunidad que ha sopesado moralmente una conducta y la ha juzgado como mala. La pena estatal, en este caso jugaría el papel de reivindicadora de la víctima, pero no precisamente traería aparejada la vergüenza, ni el sentimiento de culpa del condenado.

Ello no implica que en algunos casos pena, vergüenza y culpa sean concomitantes para el culpable, pero lo que quiero resaltar es que creo que la vergüenza se encuentra más vinculada a la creación por parte de la sociedad de conductas que serán las prohibidas, que con la propia consciencia de quien ha sido hallado culpable de una conducta con dicha característica.

Con todo lo dicho hasta aquí, no es que quiera pretender desarrollar una apología de Otto Dietrich zur Linde, es solo que intento comprenderlo de alguna forma. No por ello he de olvidar las atrocidades del Holocausto —mi árbol genealógico incluso así lo reclama-, es solo que no quiero caer en los absolutismos que llegaron a determinar conceptualmente que un judío, un gitano, un negro o un homosexual, no eran personas, o cuanto menos, lo eran pero en términos perjudiciales para el grupo que detentaba el poder.-

El poder genera sus propias verdades, su campo teórico, su paradigma... y por tanto sus culpables sus victimas, sus culpas y también sus vergüenzas, el derecho –tanto el penal como el vinculado a otras ramas- es solo una consecuencia del mismo.-

Tal vez lo más perturbador de las reflexiones de zur Linde, aalí donde yacen todos mis fantasmas y miedos respecto a lo que como humanidad somos capaces, se encuentra entrelazado a las siguientes palabras del protagonista, cuando dice: "Ensayé diversas explicaciones; no me bastó ninguna. Pensé: Me satisface la derrota, porque secretamente me sé culpable y sólo puede redimirme el castigo. Pensé: Me satisface la derrota, porque es un fin y yo estoy muy cansado. Pensé: Me satisface la derrota, porque ha ocurrido, porque está innumerablemente unida a todos los hechos que son, que fueron, que serán, porque censurar o deplorar un solo hecho real es blasfemar del universo. Esas razones ensayé, hasta dar con la verdadera. (...) Hitler creyó luchar por un país, pero luchó por todos, aun por

aquellos que agredió y detestó. No importa que su yo lo ignorara; lo sabían su sangre, su voluntad. El mundo se moría de judaísmo y de esa enfermedad del judaísmo, que es la fe de Jesús; nosotros le enseñamos la violencia y la fe de la espada. Esa espada nos mata y somos comparables al hechicero que teje un laberinto y que se ve forzado a errar en él hasta el fin de sus días o a David que juzga a un desconocido y lo condena a muerte y oye después la revelación: Tú eres aquel hombre. Muchas cosas hay que destruir para edificar el nuevo orden; ahora sabemos que Alemania era una de esas cosas. Hemos dado algo más que nuestra vida, hemos dado la suerte de nuestro querido país. Que otros maldigan y otros lloren; a mí me regocija que nuestro don sea orbicular y perfecto. Se cierne ahora sobre el mundo una época implacable. Nosotros la forjamos, nosotros que ya somos su víctima. ¿Qué importa que Inglaterra sea el martillo y nosotros el yunque? Lo importante es que rija la violencia, no las serviles timideces cristianas. Si la victoria y la injusticia y la felicidad no son para Alemania, que sean para otras naciones. Que el cielo exista, aunque nuestro lugar sea el infierno."

Tal vez, con estas últimas líneas que transcribo, denote lo paradójico que resulta el castigo a quien se encuentra tan alejado del sistema de entendimiento de su juzgador. La espada de Damocles, en su esplendor, se balancea sobre la última noche de un jerarca Nazi, de la misma forma que lo hizo en los con-

fines de los campos de concentración.

Tal vez, este final, solo desnude que el ideal de mundo perseguido por zur Linde, seguía el mismo camino trazado por él mismo en otro tiempo: así como decidió que "Jerusalem" debía ser destruido, por revestir una cierta condición, así decidieron que él debía ser ejecutado.

De lo dicho, entiendo que la propia ejecución de zur Linde, no es más que una cierta forma de culminación de sus propios ideales, y que al cabo de sus últimos pensamientos, no denostó su pasado actuar, sino más bien, lo sintió reivindicado. No hubo culpa en él, sino satisfacción. No hubo vergüenza en él, sino la convicción de haber coadyuvado a construir al "hombre nuevo", que tal vez sea aquel, -o por lo menos creo que así lo entendió el protagonista- que en su última noche lo esperaba en el umbral del circular destino, para darle muerte.

Trabajo Decente como Paradigma

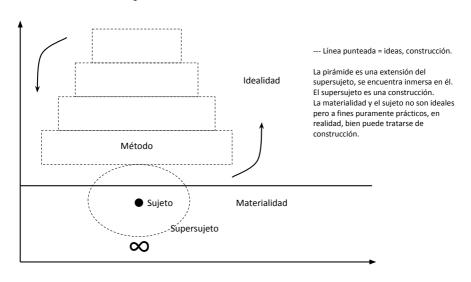
Rodolfo Capón Filas

1. El Director General de la OIT en su Memoria ante la Conferencia Internacional del Trabajo 1998 introduce en el lenguaje de las ciencias sociales el término *trabajo decente*, logrado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Se trata de un trabajo libre, productivo y seguro, en el que se respeten los derechos laborales, se logren ingresos adecua-

dos, dentro de un marco de protección social, diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación. El mejor acercamiento al concepto es dado por la conciencia popular sobre su contenido: las personas, con o sin empleo, buscan un puesto de trabajo con perspectivas futuras, que les permita equilibrar condiciones de trabajo con condiciones de vida, brindarles la posibilidad de educar a sus hijos o retirarlos del trabajo infantil. El concepto encierra varios elementos, entre ellos la igualdad de género, de la igualdad de reconocimiento y de la capacitación de las mujeres para que puedan tomar decisiones y asumir el control de su vida, las competencias personales para situarse en el mercado, la actualización tecnológica, la preservación de la salud, la necesaria y justa participación económica en las riquezas que se ha ayudado a crear. Desde un ángulo negativo, se trata de la ausencia de discriminación en el empleo, de tener

voz en el lugar de trabajo y en la sociedad civil. Si para muchos. es el camino para salir de la pobreza, para otros es la variable que les permite realizar las aspiraciones personales y manifestar solidaridad para con los demás. En las situaciones más duras, el trabajo decente expresa el tránsito de la mera subsistencia vegetativa a la existencia ciudadana, dejando atrás los leprosarios sociales. En todas partes, y para todos, el trabajo decente garantiza la dignidad humana.

2. De la Memoria del Director General de la OIT se desprende que es una finalidad primordial disponer un trabajo decente para los hombres y las mujeres del mundo entero. Es la necesidad más difundida, compartida por individuos, familias y comunidades en todo tipo de sociedad y nivel de desarrollo. Es una reivindicación mundial con la que están confrontados los dirigentes políticos y de empresa de todo el mundo. El



marco social del empleo ha cambiado desde 1919 en que se fundara la OIT. La evolución de los sistemas tecnológicos y de producción ha transformado la conciencia social y suscitado un nuevo modo de entender la identidad personal y los derechos humanos. Debido a las mayores posibilidades de elección de los consumidores y de acceso al saber, y a nuevos medios de comunicación, los individuos y las instituciones sociales no son ya meramente sujetos sino también actores en potencia de la mundialización. Las preferencias sociales influyen en el funcionamiento del mercado y repercuten en el prestigio de las empresas, para cuyo éxito es cada vez más indispensable tener buena reputación. El cambio no es únicamente económico y social. En el orden político, muchos países constatan hoy que están sometidos a la vez al ojo crítico de los mercados y de la opinión pública, sin el beneficio de la duda y las subvenciones financieras que caracterizaron la Guerra Fría. Por otra parte, los problemas de inseguridad de los seres humanos y de desempleo han vuelto a ser uno de los elementos capitales del quehacer político en la mayoría de los países. La dimensión social de la mundialización y los problemas y exigencias que impone al mundo del trabajo tienen hoy una proyección pública. Se percibe con creciente claridad que los mercados no operan independientemente de su entorno social y político. Se estima cada vez más que la protección social y el diálogo social, por ejemplo, son elementos im-prescindibles del propio

ajuste. La experiencia de las economías en transición, la creciente polarización social, la exclusión de Africa y la crisis reciente de los mercados incipientes han puesto de manifiesto la necesidad de contar con un sólido marco social para apuntalar la nueva arquitectura financiera.

Promoción del trabajo decente

3. Sin perjuicio de que las ciencias sociales descubran otros, actualmente (marzo 12 del 2005) los medios para lograr un trabajo decente para todos, responden a dos variables: la micro-social, la societal, de acuerdo al cuadro 1.

Holísticamente ambas variables se complementan: mientras la societal enmarca las condiciones objetivas para lograr un trabajo decente, la microsocial lo concreta en la realidad. No se debe descuidar esta complementación ya que la primera variable expresa la necesidad de una política de desarrollo con rostro humano y la segunda la realiza.

4. Dentro de este cuadro, la Declaración SocioLaboral del Mercosur (Río de Janeiro, 10.12.1998) reconoce derechos sociales fundamentales mientras el Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur vehiculiza algunos. La norma señala derechos sociales básicos en el espacio geográfico integrado, estructura un mecanismo de seguimiento y permite formar una Base de Datos de las normas vigentes en cada país y también de las conductas al respecto (individuales, sectoriales,

estatales).

Deben analizarse los temas siguientes: Dimensión social y espacio social, Contenido de la Declaración, Exigibilidad de la Declaración, Mecanismo de seguimiento, Creación de una Base de Datos, Conducta de los actores sociales y de los Poderes del Estado ante la Declaración.

Dimensión social y espacio social

5. Cualquier integración económica y política genera problemas sociales, técnicamente conocidos como dimensión social de la integración. Si ésta es hominizadora o pretende serlo, responde con el espacio social, formado por normas y por órganos. Entre las primeras, la Declaración SocioLaboral reconoce derechos sociales fundamentales mientras el Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur vehiculiza algunos. Los organismos del Mercosur, sobre todo el Foro Consultivo Económico-Social, el Subgrupo de Trabajo Nº 10 y la Comisión Socio-Laboral Regional pueden fomentar el empleo decente para todos.

Contenido de la Declaración

6. La Declaración: 1. consolida niveles alcanzados en la dimensión social del proceso integrador; 2. cimienta avances futuros y constantes en el campo social, "sobre todo mediante la ratificación y cumplimiento de los principales convenios de la OIT"; 3. proclama principios y derechos en el área laboral, "sin perjuicio de otros que la práctica

nacional o internacional de los Estados partes haya instaurado o vaya a instaurar";4. establece que los Estados "están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la humanidad", refiriéndose expresamente a las Declaraciones y Pactos de Derechos humanos, tanto de ámbito universal como de ámbito americano: 5. integra el orden público internacional, concepto jurídico abstracto que recepta los elementos sociales, culturales, económicos y políticos del bien común universal. Tales elementos han sido descriptos perfectamente en el Programa de Acción de las Naciones Unidas, aprobado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio 1993). Puede sostenerse válidamente que la Declaración integra el ius cogens, que obliga antes y más allá del reconocimiento oficial de los derechos del hombre; 6. tiene sentido prospectivo y abierto a nuevos elementos que la realidad y la conciencia de los valores hará re-conocer como derechos. Por todas estas razones, es un pro-yecto de con-vivencia en el Mercosur. Puede ser revisado luego de los dos años de su vigencia, receptando los avances del proceso de integración y la experiencia acumulada.

La norma:

- Establece la no discriminación, principio que facilita la libre circulación de las personas.
- Sostiene los derechos de trabajadores migrantes y fronterizos.

- Busca eliminar el trabajo forzoso.
- Reafirma la edad mínima de ingreso al trabajo.
- Reconoce el derecho de los empleadores a organizar y dirigir técnicamente la empresa.
 - Consolida la libertad de asociación.
- Protege la actividad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga.
- Promueve formas preventivas y alternativas de auto-composición de conflictos.
- Fomenta el diálogo social nacional e internacional.
 - Incentiva el empleo.
 - Protege a los desempleados.
- Reconoce el derecho a la formación profesional.
- Recepta el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, especialmente a Condiciones y Medio Ambiente del trabajo dignas.
- Instituye e incentiva los servicios de inspección del trabajo.
- Reafirma el derecho de los trabajadores a la seguridad social.
- Recepta el contenido amplio de todos los tratados, Pactos o Declaraciones sobre Derechos Humanos.

In-discriminación

La in-discriminación ("igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual,

edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social ó familiar") se garantiza " en conformidad con las disposiciones legales vigentes" (obviamente, al 10.12.1998) con lo cual los extranjeros no podrían ocupar en Argentina los máximos cargos sindicales y en Brasil serían los primeros despedidos en empresas con problemas económicos. De todos modos, el art.1 exige a los Estados garantizar la vigencia del principio: ante ello, las reformas legislativas o convencionales se imponen, bajo sanción de responsabilidad. Por ello, en ambos países se exigen las reformas legales que garanticen a los extranjeros igualdad de trato.

Las personas con habilidades especiales (todavía cargadas con las palabras "discapacidad física o mental") serán tratadas en forma digna, favoreciendo su inserción social y laboral. Existe un compromiso estatal de adoptar medidas efectivas para que puedan desempeñarse en una actividad productiva.

Trabajo clandestino

Un modo sofisticado de discriminación lo constituye el trabajo clandestino, mal denominado trabajo "en negro", término que debe ser desterrado por su contenido racista (de persistir, dada la globalización, en el Africa sería denominado "trabajo en blanco", valga la charada).

El Karoshi, los riesgos psicosociales y la estrategia del avestruz

Francisco Javier Abajo Olivares³⁴

1. La máquina del tiempo. Volviendo el reloj 42 años atrás

Antes de realizar un análisis más profundo de la cuestión, propongo al lector (o lectora, que los riesgos psicosociales, en general, no hacen diferencias de género) hacer un viaje en el tiempo. Les pido que -en ese juego de memoria o de imaginación- retrocedan por un momento hasta el año 1969. El mundo de la música se emocionaba con la edición de la que ha sido considerada por muchos la obra cumbre de The Beatles, su duodécimo álbum de estudio, Abbey Road. Ese mismo año, y en lo que sin duda constituyó "Un pequeño paso para un hombre, un gran salto para la Humanidad", el planeta entero era testigo privilegiado de la llegada del hombre a la luna, en la odisea del Apolo XI y su tripulación. Mientras tanto, en Argentina (sí, ese mismo año)

34 Lic. En Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado. Mediador. Autor de "Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 3ª edición. 2010. Ha sido conferencista y docente invitado en diversidades universidades sobre temáticas vinculadas con la violencia laboral y los riesgos psicosociales. Ha colaborado en la redacción de diferentes proyectos de ley y reglamentos sobre violencia laboral. Es asesor letrado de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación. Dirige en la ciudad de Buenos Aires el Instituto para la Prevención y el Abordaje de la Violencia y el Acoso en el Trabajo IPAVAT.

la sociedad se estremecía con el Cordobazo (cuya consecuencia más inmediata fue la caída del gobierno de Juan Carlos Onganía y, cuatro años después, el regreso del peronismo al poder). ¿Se ubicaron ya en tiempo y espacio? Bien, y recuerden: acaban de retrasar sus relojes... 42 años (es seguro que algunos de los que estén leyendo estas líneas ni siquiera habían nacido).

2. El fenómeno del karoshi

Ese mismo año –sí, 1969– en Japón, el fallecimiento de un trabajador de 29 años, perteneciente al departamento de facturación y embalaje de una de las compañías periodísticas más importante del Japón, a causa de un infarto, es inicialmente definido como "muerte súbita ocupacional", abriendo la puerta a lo que a partir de ese momento los especialistas dieron en denominar "karoshi" o, en lo que podríamos traducir como "muerte por exceso o sobrecarga de trabajo".

La recuperación y el resurgimiento económico de Japón entre 1945 y 1975, tras la devastación que significó la Segunda Guerra Mundial no fue posible sin un costo humano. La gente no puede trabajar durante diez o doce horas al día, seis y siete días a la semana, año tras año, sin sufrir tanto física como mentalmente.

Sin embargo, durante las tres primeras décadas de la posguerra, y obnubilados por lo que aparecía como un objetivo social e individual común, nadie le prestó una atención especial al in-

cremento de hombres de entre 40 y 50 años que morían como consecuencia de problemas de índole cerebrovascular.

El origen del término data de 1982, cuando tres médicos publican el libro titulado "Karoshi", el primero sobre la cuestión. El enfoque principal de la investigación sobre karoshi fue una acumulación de casos y un análisis del principio de causalidad individualmente analizado. Este análisis de estudios de caso indicaba que las muertes por karoshi se asociaban a un exceso de fatiga laboral, que derivaba en un estado de agotamiento físico y psicológico de tal magnitud que conllevaba episodios de hipertensión y endurecimiento arterial, que repercutían severamente a nivel cardio y cerebrovascular³⁵. El alto ritmo de trabajo, los grandes cambios y la fuerte presión son -en su carácter de elementos estresores de sobra conocidos- tres factores determinantes en la generación del agotamiento físico y psicológico mencionado.

Tres años después de la publicación mencionada, en 1987, el Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar Social japonés, presionado por el crecimiento del interés de la opinión pública japonesa hacia este tema, reconocía el karoshi como riesgo o siniestro laboral indemnizable, y comenzara a publicar las estadísticas generadas acerca de esta

problemática.

Por otra parte, y ante el incremento de los reclamos en tal sentido, se decidió establecer una normativa sobre las compensaciones por karoshi. Para ello, los reclamantes debían probar que el trabajador que se consideraba víctima del karoshi (tanto si había sufrido un ataque cardíaco o un colapso, o hubiese sido víctima de algún tipo de accidente laboral) estaba sometido a una situación laboral excesivamente agobiante o estresante, unida a una importante sobrecarga en la jornada laboral habitual -mediante la realización de un elevado número de horas extras- justo antes (o al menos el mismo día) de que se produjera el episodio.

En 1988 un grupo de abogados especializados en la cuestión (fundamentalmente de la zona de Tokio) creó el Consejo Nacional de defensa para las víctimas de Karoshi, institución que ayuda a los familiares de las víctimas a obtener compensaciones y, en muchos casos, a librar interminables batallas judiciales. Entre sus actividades, destaca el establecimiento de líneas de atención telefónica gratuita para atender esta problemática³⁶.

En 1990, se publica en inglés el libro "Karoshi - Cuando el guerrero corporativo muere", abriendo esta problemática a occidente. Solo un año después, la cuestión llegó a la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones

³⁵ Las causas más importantes de fallecimientos debidos al karoshi consisten en ataques cardiacos o cerebrales, incluyendo hemorragias subaracnoidales (18,4%), hemorragias cerebrales (17,2%), trombosis o infarto cerebral (6,8%), infarto de miocardio (9,8%), fallo cardiaco (18,7%), y un genérico otras causas (29, 1%).

³⁶ Fuente: www.karoshi.jp. Según la información allí recogida, desde sus comienzos, en junio de 1988 y hasta junio de 2007, recibieron más de 8.900 consultas.

Unidas.

Pocos años más tarde, en 1994, la Agencia de Planificación Económica Japonesa, dependiente del Instituto de Economía, estimó que las muertes relativas al karoshi podrían significar aproximadamente el 5% de todas las muertes debidas a enfermedades cerebrovasculares y cardiovasculares, referentes al colectivo de edades comprendidas entre los 25 y los 59 años, siendo el espectro más afectado el de los trabajadores varones, en la franja de entre 40 y 50 años.

Una reciente encuesta demuestra que, si bien "todo el mundo es vulnerable", algunos grupos tales como estudiantes, profesores, empresarios, policías, periodistas y otros profesionales independientes aparecen más duramente golpeados por la fatiga crónica que puede desembocar en "karoshi". Aunque los motivos para ello son diversos, sin duda un elemento destacado ha de ser la ansiedad y exigencia permanentes para muchos trabajadores que temen "perder el tren" de su carrera laboral o profesional, poniendo en riesgo su posición económica en un mercado laboral escaso y sin duda complejo en el que la línea de los 35 años se ha convertido a veces en un obstáculo laboral imposible de superar.

Algunos estudios realizados agregan a los factores de riesgo ya analizados (recordemos: largas jornadas de trabajo, realización de sobreturnos u horas extras, importantes cambios laborales a los que es necesario adaptarse, fuertes presiones y exigencias laborales, una feroz competencia laboral o profesional, trabajo a turnos o con jornadas irregulares), el hecho de tener que recorrer largas distancias entre su vivienda y el lugar de trabajo, por lo que a las muchas horas de trabajo hay que añadir un buen número de horas para ir y volver al trabajo.

Cabe señalar cómo las informaciones oficiales ponen de manifiesto que, en el período 2001/2002, de los 690 reclamos formulados, se confirmaron como imputables al karoshi 143 casos, 47 de ellos relacionados con la muerte súbita por enfermedad cardiaca y los otros 96 restantes como consecuencia de un accidente cerebrovascular. En 2002/03, por su parte, el número de casos de compensación fue aún mayor, recibiendo compensación 160 de los 819 reclamantes.

Un informe del Consejo Nacional de defensa para las víctimas de Karoshi, realizado hace ya unos años, apuntaba ya la necesidad de medidas que pusiesen remedio al exceso de estrés físico y mental.

Como sin duda imagina el lector, ni el fenómeno ni el concepto han quedado limitados al ámbito geográfico del país del sol naciente. Así, desde hace ya algunos años, las expresiones Gwarosa y Guolaosi resultan equivalentes al Karoshi japonés en Corea y China, respectivamente. Es dable destacar cómo, en lo que se refiere a este último país, el trepidante crecimiento económico del gigante asiático en los últimos años se

constituyó en un arma de doble filo, ofreciendo por un lado innumerables oportunidades pero multiplicando por otro la presión diaria en casa y en el trabajo, disparando las cifras de fatiga crónica, hipertensión o problemas mentales.

3. La O.I.T. y la O.M.S. frente al estrés laboral

Siguiendo con nuestro viaje en el tiempo, invitamos al lector a retrasar aún más el reloj, remontándonos otros 30 años atrás. En la década de 1930, un joven estudiante de medicina en la Universidad de Praga, Hans Selye -hijo de un célebre cirujano austriaco- observó que buena parte de los enfermos a quienes estudiaba, presentaban -independientemente de la enfermedad que padecieran-, una serie de síntomas comunes: una sensación de cansancio generalizado (astenia), una marcada pérdida del apetito, y una disminución severa de peso, entre otras. Por ello, Selye llamó a este conjunto de síntomas el síndrome de estar enfermo.

Como era de esperar, Hans Selye se graduó como médico y, prosiguiendo con sus investigaciones, llegó a la conclusión de que varias enfermedades poco conocidas aún en esos años, tales como las de tipo cardiaco, la hipertensión arterial o algunos trastornos emocionales o mentales, no eran sino la resultante de cambios fisiológicos resultantes de un prolongado estrés al que se encontraban sometidos los pacientes. Más adelante, estableció que

junto a una potencial predisposición genética o constitucional por parte del individuo, o a la actuación directa de ciertos agentes físicos nocivos, las demandas de carácter social y las amenazas del entorno del individuo que requieren de capacidad de adaptación provocaban el trastorno del estrés.

En 1950 publicó la que sería su investigación más famosa: Estrés. Un estudio sobre la ansiedad, definiendo el estrés como: "la respuesta no especifica del organismo a cualquier demanda del exterior".

Este concepto general fue con posterioridad adaptado para abordar las relaciones entre el medio ambiente psicológico laboral y la salud de los trabajadores. De esta manera, se define como estrés laboral el conjunto de fenómenos o manifestaciones de índole psicosomática que se suceden en el organismo del trabajador con la participación de los agentes estresantes lesivos derivados directamente del trabajo o que, con motivo de este, pueden afectar la salud del trabajador.

Este medio ambiente de trabajo, junto a un estilo de vida que ha marcado la realidad cotidiana tanto en los países altamente industrializados como en aquellos que se encuentran en vías de desarrollo, provocan sobre los trabajadores la acción de factores psicológicos y sociales que pueden afectar negativamente su salud de diferentes formas.

Es por ello que las actuales tendencias y proyecciones en todo aquello que tiene que ver con la promoción de la

seguridad e higiene en el trabajo incluyen, junto a los riesgos físicos, químicos y biológicos de los ambientes laborales, tradicionalmente analizados, los múltiples y diversos factores psicosociales inherentes a la organización donde se lleva a cabo el trabajo y la manera en la que éstos influyen en el bienestar físico y mental del trabajador.

Los factores psicosociales en el ámbito del mundo del trabajo consisten en una red de interacciones, percepciones y experiencias propias del trabajador. Algunas son de carácter individual (dependiendo de las características personales del trabajador, sus necesidades, su cultura, sus experiencias y su percepción del mundo) otras hacen referencia a elementos que tienen que ver con la satisfacción laboral (entre ellas, las expectativas económicas o de desarrollo personal dentro del medio laboral en el que se desempeña) y, por último, un grupo que engloba las relaciones humanas y sus aspectos emocionales (incluyendo las condiciones de la organización y de los vínculos interpersonales que allí se generan).

Ya en el mes de diciembre de 1996 la revista Trabajo, de la O.I.T. en su edición nº 18, en un artículo titulado "Control de las fuentes de estrés en grupos de alto riesgo" señalaba que el absentismo y las enfermedades relacionados con el estrés cuestan a la economía del Reino Unido el equivalente al 10 por ciento del PNB, mientras que los países nórdicos oscilan entre el 2,5 por ciento, en Dinamarca, y el 10 por cien-

to, en Noruega. En Estados Unidos, se estima que más de la mitad de los 550 millones de días de trabajo anuales perdidos por el absentismo están relacionados de algún modo con el estrés³⁷.

";Trabaja más y lo disfruta menos? Si es su caso, no es el único. Un nuevo estudio de la OIT muestra que la salud mental en el trabajo se encuentra en peligro. Los empleados sufren agotamiento, ansiedad, un bajo estado de ánimo y estrés, factores que pueden provocar pérdida de trabajo. Los empleadores aluden una menor productividad, la reducción de beneficios y unos elevados índices de rotación de plantillas. En cuanto a los gobiernos, esta epidemia se traduce en una subida de los costes de la asistencia sanitaria y una disminución de la renta nacional". Así comenzaba el artículo titulado "S.O.S. estrés en el trabajo: aumentan los costes del estrés en el trabajo y la incidencia de la depresión es cada vez mayor", publicado en el número 37, diciembre 2000, de la misma revista "Trabajo".

Allí se hacía referencia a un nuevo informe titulado Mental health in the workplace: Introduction, preparado por la OIT. En el que se observaba que, si bien los orígenes de la inestabilidad mental son complejos y se dan grandes diferencias entre los países estudiados en cuanto a prácticas laborales, ingresos

³⁷ Conforme el trabajo del Profesor Cary L. Cooper, Profesora Paula Liukkanen, Dra. Susan Cartwright, Stress Prevention in the Workplace: Assesing the costs and benefits to organizations, 1996, Dublín, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo.

y pautas de empleo³⁸, parece haber algunos elementos comunes que vinculan la alta incidencia del estrés, el cansancio y la depresión a los cambios que se están produciendo en el mercado de trabajo, debidos en parte a los efectos de la globalización económica.

También se señalaba que Phyllis Ga-

briel, una reconocida especialista en

rehabilitación profesional y una de las principales autoras del mencionado informe, expresó su alarma por la magnitud que estaban adquiriendo los costes de estas preocupantes tendencias: "Los empleados sufren desánimo, cansancio, ansiedad, estrés, pérdida de ingresos e incluso desempleo, con el agravante, en algunos casos, del inevitable estigma que lleva asociado la enferme-38 Se estudiaron países como Finlandia, Alemania, Estados Unidos, Reino Unido y Polonia. Así, por ejemplo, en dicho estudio se ponía de manifiesto cómo en Finlandia, más del 50% de los trabajadores sufría algún tipo de síntomas relacionados con el estrés, tales como ansiedad, sentimientos depresivos, dolor físico, exclusión social y trastornos del sueño; el 7% de los trabajadores finlandeses padecía un cansancio severo, que podía llevar al agotamiento, a actitudes cínicas y a una drástica reducción de la capacidad profesional, y los trastornos de la salud mental eran ya la principal causa de pensiones por incapacidad en dicho país. En Alemania, los trastornos depresivos eran -según el estudio- responsables de casi el 7% de las jubilaciones prematuras y la incapacidad laboral por motivos relacionados con la depresión se prolongaba dos veces y media más que la incapacidad provocada por otras enfermedades; la cuantía total de la producción perdida por el absentismo atribuible a trastornos de la salud mental se estimaba en más de 5.000 millones de marcos anuales. En el Reino Unido, casi 3 de cada 10 empleados (un 30%) sufrían anualmente problemas de salud mental y numerosos estudios indicaban que eran comunes el estrés provocado por el trabajo y las enfermedades que causa; la depresión, en particular, era un problema tan extendido que, en cualquier momento que se considerara, uno de cada 20 británicos en edad de trabajar estaba padeciendo una depresión importante. dad mental. Para los empleadores, los costes se traducen en términos de baja productividad, disminución de los beneficios, altas tasas de rotación de plantilla y mayores costes de selección y formación del personal sustituto. Para los gobiernos, los costes incluyen gastos de atención sanitaria, pagos por seguros y merma de renta a nivel nacional."

En esa misma línea de trabajo, y en el marco de la 90^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de la Organización Internacional del Trabajo, se adoptó la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194).

La Comisión de los Accidentes del Trabajo y las Enfermedades Profesionales, establecida por la Conferencia en 2002 para trabajar sobre la Recomendación núm. 194, pidió al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) que, de conformidad con el mecanismo establecido en el párrafo 3 de la Recomendación, se actualizara con carácter prioritario la lista de enfermedades profesionales.

Para ello, la OIT organizó dos reuniones de expertos, una en 2005³⁹ y otra

39 A fines del año 2005, en el marco del VII Congreso Iberoamericano de Medicina del Trabajo, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, Antonio de Sousa Uva, médico de trabajo y profesor de la Escuela Nacional de Salud Pública de la Nueva Universidad de Lisboa ponía de manifiesto cómo 5.000 (sí, leyó bien Ud., cinco mil) trabajadores mueren cada día por enfermedades relacionadas con el trabajo. Esta escalofriante cifra engloba situaciones de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y aquéllas empeoradas por el trabajo. Fuente: diario La Nación.

en 2009, en las que se estableció una nueva lista de enfermedades profesionales. Esta lista actualizada fue aprobada por el Consejo de Administración en su 307ª reunión, en marzo de 2010.

Se reemplaza así a la que se adoptó en 2002 en el anexo de la Recomendación núm. 194 y es denominada «Lista de enfermedades profesionales (revisada en 2010)». Esta lista ha sido elaborada con el objetivo de ayudar a los países en la prevención, el registro, la notificación y, en aquellos casos en que resulte procedente, la indemnización de las enfermedades causadas por el trabajo.

Esta lista actualizada refleja los que constituyen –sin duda– los últimos avances en la identificación y el reconocimiento de las enfermedades profesionales. Junto a una serie de enfermedades profesionales reconocidas internacionalmente (desde aquellas enfermedades causadas por agentes químicos, físicos y biológicos hasta enfermedades de origen respiratorio y de la piel, trastornos del sistema osteomuscular y cáncer profesional).

En lo que nos interesa, por primera vez se han incluido de manera específica en la lista de la OIT los trastornos mentales y del comportamiento⁴⁰ en

Edición del 25 de Noviembre de 2005.

40 En el Informe de la Reunión de expertos sobre la revisión de la lista de de enfermedades profesionales, (MERLOD-R-[2009-12-0048-1]-Sp.doc) se puso de manifiesto cómo los expertos trabajadores buscaban sustituir la expresión "trastornos mentales y del comportamiento" por la de "trastornos psicológicos". No obstante, prevaleció la opinión de los expertos empleadores y expertos gubernamentales, manteniendo la expresión original. La ventaja de la expresión

los que habrán de incluirse –necesariamente– aquellas afecciones vinculadas con los riesgos psicosociales⁴¹ y, muy especialmente, el estrés laboral en sus diferentes manifestaciones.

Otro de los aspectos que merecen una especial atención, por la importancia que ello tiene en la tutela efectiva de la salud psicofísica de los trabajadores, en las secciones de la lista sobre enfermedades profesionales se incluyen además puntos abiertos, que permiten el reconocimiento del origen profesional de enfermedades que no figuran en la lista, siempre y cuando se haya establecido un vínculo entre la exposición a los factores de riesgo que resulte de la actividad laboral y las enfermedades contraídas por el trabajador.

También la O.M.S. ha tomado intervención directa en esta problemática, que califica como una epidemia global. Así, por ejemplo, pueden mencionarse dentro de la serie de documentos "pro-

«trastornos mentales y del comportamiento» radicaba en que se había tomado del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV, por sus siglas en inglés). En concreto, esta nueva lista (GB307_13 (Rev)_[2010-03-0225-16]-Sp.doc) señala como enfermedades profesionales: 2.4.1. Trastorno de estrés postraumático; 2.4.2. Otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el(los) trastorno(s) mentales o del comportamiento contraído(s) por el trabajador. 41 Así, junto al estrés laboral, podrán englobarse figuras como el síndrome de burn-out, o como las diferentes manifestaciones de violencia en el trabajo, si bien se propone para una futura labor de la OIT avanzar sobre conceptos tales como el acoso moral (mobbing) o las enfermedades psíquicas y mentales causadas por la organización del trabajo.

tección de la salud de los trabajadores", la publicación del nº 3 "La organización del trabajo y el estrés. Estrategias sistemáticas de solución de problemas para empleadores, personal directivo y representantes sindicales" (2004), y del nº 6 "Sensibilizando sobre el estrés laboral en los países en desarrollo. Un riesgo moderno en un ambiente de trabajo tradicional. Consejos para empleadores y representantes de trabajadores" (2008). En la primera de ellas, define el estrés laboral como la "reacción que puede tener el individuo ante exigencias y presiones laborales que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación que en ocasiones no se ajustan a sus conocimientos y capacidades". También se refiere a estas cuestiones en la publicación "Prevención del suicidio. Un instrumento en el trabajo" (2006), con un capítulo dedicado al estrés en el trabajo, o en "Entornos laborales saludables. Fundamentos y modelos de la OMS" (2010).

Por último, podemos destacar la existencia de un cuestionario de estrés laboral elaborado en forma conjunta por ambos organismos.

4. La situación en Argentina

Si debemos hacer caso de lo señalado hasta el momento, y a la vista de las coincidencias existentes tanto entre los especialistas de la O.I.T. como de la O.M.S., parecería que no hay discusión alguna acerca de la importancia de abordar esta cuestión y de los perniciosos efectos del estrés laboral (junto

con algunas otras figuras de riesgos psicosociales) en la salud psicofísica de los trabajadores.

Si esto es efectivamente así ¿por qué entonces tanto el estrés laboral como esos otros riesgos psicosociales permanecen deliberadamente excluidos del ámbito de protección de las normas laborales en la República Argentina? La respuesta no habrá de ser sencilla (nunca lo es).

También aquí vamos a viajar en el tiempo, para detener nuestro reloj virtual en el año 1976 y en el texto original del artículo 75 del texto ordenado de la Ley 20.744.

En efecto, el artículo 75 del texto ordenado de la Ley 20.744 establecía, en 1976, el deber de seguridad -entendido como obligación del empleador respecto de sus dependientes- encuadrando dicha obligación en el marco de un abanico de posibilidades que pretendían tutelar distintos aspectos. Señalaba: "El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas complementarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad del trabajo".

Este texto, sin duda ampliamente protectorio, integraba dos conceptos que hoy nos aparecen frecuentemente como "novedosos": la "tutela de la integridad psicofísica" –por un lado– y "la dignidad de los trabajadores" –por el otro–.

En lo que hace al tema que nos ocupa, el primero de ellos —es decir, "la tutela de la integridad psicofísica"—, incorporaba ya en 1976 un concepto de salud abarcativo no sólo del daño físico tradicionalmente contemplado, sino —lo que resultaba un avance importantísimo en cuanto al enfoque de la defensa de los derechos del trabajador— del concepto integrador de salud laboral que hoy nos presentan la O.M.S. y la O.I.T.

Esta notable tutela -sin duda avanzada para su época-, se vio truncada con la promulgación, el 3 de octubre de 1995, de la Ley 24.557 de Riesgos de Trabajo, que en su artículo 49, y como disposición adicional PRIMERA modificaba ese texto, sustituyéndolo por el que, aún vigente hoy en día, ofrece a los trabajadores una tutela deliberadamente parcial, huérfana de algunos de sus elementos esenciales, y funcional tan solo a intereses espurios originados en el marco de las políticas neoliberales de la década de los 90 que primaron el beneficio económico de determinados grupos por sobre los legítimos y elementales derechos de los trabajadores -entre ellos, su salud-.

En efecto, la nueva redacción –aún vigente– mutilaba gravemente el artículo 75, señalando: "1. El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo. y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo esta-

blecidas en el ordenamiento legal. 2. Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas."

No podemos ser ingenuos y pensar que la eliminación de la efectiva tutela a la integridad psicofísica y a la dignidad de los trabajadores fue algo casual o inocente. Formó parte, sin duda, de una estrategia predeterminada útil a los objetivos económicos de una década caracterizada por el avasallamiento sobre los derechos adquiridos —tras años de lucha— por los trabajadores argentinos. Recordemos que aquello que no se menciona, poco a poco pasa a olvidarse.

Con la "nueva" redacción, las flamantes A.R.T. rechazaron sistemáticamente los reclamos derivados de patologías psicofísicas vinculadas con el trabajo, tales como -por ejemplo- el estrés laboral. La excusa generalmente utilizada era que los riesgos psicosociales no estaban incluidos en el listado de enfermedades profesionales y tampoco constituían un "accidente de trabajo". En consecuencia, el trabajador aquejado de este tipo de patologías se ha visto forzado a iniciar un periplo de reclamos ante la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, las Comisiones Médicas, etc., siempre con un destino incierto (más bien, previsiblemente infructuoso).

El único resguardo que ha encontra-

do el trabajador argentino en estos años ha sido -como ocurre muchas veces- el de la tutela judicial. Efectivamente, a partir de la declaración de inconstitucionalidad que la Corte Suprema hizo del art. 39 de la Ley 24557, de Riesgos del Trabajo, ha sido constante la labor jurisprudencial que receptara favorablemente –de manera casi unánime– el concepto de la "reparación integral" del daño sufrido, incluyendo en el mismo -cuando las circunstancias así lo ameritan- el análisis y abordaje los denominados "riesgos psicosociales" (dentro de los que se incluyen -entre otros- el estrés laboral, el síndrome de burn-out y el fenómeno de la violencia laboral en sus diferentes manifestaciones).

Llama poderosamente la atención que los diferentes intentos por regresar al texto primigenio de la norma, rescatando la efectiva tutela de la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores hayan caído en saco roto⁴².

Dicho de otra forma: han pasado más de cuarenta años desde aquella primera "muerte súbita ocupacional"; casi treinta desde que se publicara el primer trabajo específico sobre el tema y se reconociera en Japón, como riesgo laboral indemnizable, el fenómeno del "karoshi"; y quince años desde que la O.I.T. comenzara a tratar —con seria preocupación— el tema del estrés laboral. Sin embargo, a pesar de ello y del consenso internacional en lo que hace

a la gravedad de esta problemática y sus consecuencias (tanto a nivel individual como colectivo), la realidad laboral argentina perpetúa la estrategia del avestruz, escondiendo la cabeza bajo la tierra e ignorando deliberadamente los riesgos psicosociales en la normativa especial sobre riesgos del trabajo. Lo cierto es que, a estas alturas del siglo XXI, y tras los nuevos avances procedentes de la O.I.T. que señalábamos líneas atrás, no podemos seguir mirando hacia otro lado.

En este sentido, es preciso aprovechar la oportunidad que se nos presenta ante los diversos proyectos de modificación de la normativa de riesgos de trabajo. Sin duda es necesario aportar mayor seguridad jurídica para todas las partes interesadas. También es un hecho incuestionable que los riesgos psicosociales -en sus diversas variantes- constituyen en la actualidad una verdadera epidemia laboral. Creemos que los esfuerzos deben dirigirse -inexorablemente- hacia la vertiente preventiva. No debiera tratarse tanto de cuánto, cuándo o cómo se paga la siniestralidad sino de qué hacemos para prevenirla. La mejor solución no es, ciertamente, pagar, sino que los trabajadores conserven su salud psicofísica. Si entre todos lo logramos habrán salido ganando ambas partes; unos, en salud; los otros, en reducción de costos.

⁴² Entre esos intentos cabría destacar el proyecto de ley presentado a fines del año 2009 por los diputados Julio Juan Piumato y Octavio Argüello, Expediente 5999-D-2009.

Análisis preliminar al proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de reforma parcial a la Ley sobre Riesgos del Trabajo Un viraje regresivo en materia de daños laborales: volviendo a 1915 y 1991

Horacio Schick

I. Consideraciones iniciales

El Poder Ejecutivo Nacional ha enviado un proyecto de reforma parcial a la ley 24557 modificando algunas de sus normas y dejando subsistente el resto, así como el decreto 1694/09.

Como primera observación puede senalarse el método hermético y secreto del análisis de la reforma circunscrito, exclusivamente, a las cúpulas empresariales, sindicales de un sector y de las aseguradoras, en lugar de promover un debate amplio y pluralista, donde pudieran intervenir también todos los especialistas, jueces y abogados, conocedores en profundidad de la temática relativa a los accidentes del trabajo.

Se ha repetido la experiencia del año 1995. La sanción de la vigente Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) fue fruto de las deliberaciones en las altas esferas en el cuestionado Acuerdo Marco de julio de 1994, con el rechazo de la inmensa mayoría de la doctrina especializada, en un proceso que derivó en la declaración

de inconstitucionalidad de los pilares fundamentales de la LRT por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las sentencias del Supremo Tribunal de la Nación determinaron el régimen actual conformado por un sistema de reparación de infortunios laborales sustancialmente protectorio y diferente a la ley original.

Los fallos "Aquino", "Llosco", "Milone", "Castillo", "Venialgo", "Marchetti", "Silva", "Suárez Guimbard", "Torrillo", "Arostegui", "Lucca de Hoz", "Ascua", entre otros, cerraron un largo debate, perdido por aquellos que trataron de justificar la Ley de Riesgos y, paradójicamente, los mismos sectores que se beneficiaron con su aplicación inicial.

Uno de los aspectos más relevantes de esta jurisprudencia del Máximo Tribunal fue la consagración definitiva del carácter constitucional del derecho a la reparación plena y el otorgamiento de igual rango al principio *alterum non laedere* que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, interpretando así el artículo 19 de la Constitución Nacional, con la consecuente declaración de inconstitucionalidad del artículo 39, párrafo primero, de la ley 24557.

La Corte Suprema, ratificó el criterio de acumulación de resarcimientos, no en el sentido de que el trabajador o los derechohabientes cobraran la totalidad de la reparación plena al empleador además de la indemnización tarifada

de la LRT, sino en interpretando que el damnificado puede reclamar de la ART lo regulado por la ley especial y en forma paralela, sucesiva o conjunta, puede demandar al empleador en razón de los daños y perjuicios no satisfechos por la indemnización tarifada, a través de la vía del derecho común, si es que se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil.

Estas sentencias del Supremo Tribunal de la Nación mejoraron sustancialmente la posición de los damnificados por accidentes y enfermedades del trabajo.

La reforma propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, en este tema crucial, desoye y se aparta de esta doctrina emanada de la Corte federal y será tachada de inconstitucionalidad por los tribunales inferiores. Los damnificados regresan al estado de desprotección similar a los escenarios anteriores a esta jurisprudencia renovadora.

El proyecto construye un escudo contra la jurisprudencia constitucional del más alto Tribunal, en vez de considerar cada una de la sentencias de la Corte Suprema a fin de no repetir situaciones de inconstitucionalidad, y produce un retroceso altamente negativo para los damnificados, respecto del escenario jurisprudencial vigente.

El proyecto -como se verá- erosiona y contradice la profusa doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de daños laborales, lo que se refleja en aspectos centrales al establecer la opción civil excluyente con renuncia a la indemnización tarifada, con el agravante de derivar las acciones civiles a la Justicia Civil como fue dispuesto por primera vez mediante la ley 24028 de 1991.

Además se propone que en dicho ámbito civil no se deberán tener en cuenta los principios del derecho del trabajo sino la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil.

Esta redacción está 'calcada' de la ley 24028 dictada en 1991, en pleno auge del tan denostado 'neolaboralismo'.

Cabe destacar que también se desoyó al Grupo de Expertos en Relaciones Laborales convocado por el Ministerio de Trabajo mediante Resolución MTEySS 502/2005, para elaborar propuestas renovadoras en materia de derecho laboral. El destacado Grupo había concluido, con respecto a este tema, que: "[c]on relación al sistema de reparación de los daños provenientes de un accidente o enfermedad del trabajo, será indispensable tener en cuenta la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (citan al caso 'Llosco') según la cual la percepción, por parte del trabajador, de las prestaciones que derivan de la Ley de Riesgos para resarcir la incapacidad permanente, no impide que ejerza su derecho a obtener indemnizaciones por la vía de la acción civil, sobre la base de que ambos regímenes legales (el especial y el derecho civil) resultan independientes".43

⁴³ VALDOVINOS, Oscar y otros, Grupo de Exper-

El fundamento doctrinario del proyecto que propone limitar el acceso a la reparación integral, provienen de la llamada "interpretación económica del derecho", que coloca una mirada preferente no ya en las víctimas de daños injustamente sufridos, sino en los "dañadores", en las empresas, que por la índole de su actividad son proclives a producir daños, pretendiendo disminución de la responsabilidad indemnizatoria, para estimular la producción y la generación de empleo.

Se trata de los mismos argumentos utilizados para justificar la flexibilidad laboral en la década del 90 (y la propia sanción de la LRT), cuya vigencia no impidió la recesión y finalmente el fenomenal colapso económico de principios de este siglo.

Por lo tanto, estos argumentos deslegitimados por la realidad, carecen hoy de fuerza de convicción.

También, desde ámbitos oficiales y empresariales -defensores enfáticos del proyecto- se descalifica la labor de los abogados defensores de trabajadores víctimas de daños laborales, omitiendo ponderar que sin los juicios promovidos por estos "abogados de a pie", no se habrían dictado los fallos que corrigieron y modificaron, a favor de los damnificados, el inicuo e inconstitucional sistema diseñado en el año 1995.

Como advirtió el Dr. Julio Simón, sin esos juicios nunca se habría hecho realidad la garantía consagrada en el

tos en Relaciones Laborales. Estado actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina, Rubinzal-Culzoni, p. 227. artículo 19 de la Constitución Nacional, que sienta el principio de que nadie debe hacer daño a otro y si lo hace debe repararlo. Sin esos juicios se habría continuado dañando a los trabajadores sin reparar en su debida magnitud esos perjuicios, sin esos juicios se habría convalidado el atropello a derechos humanos fundamentales -la vida, la salud, la dignidad de la persona humana⁴⁴.

En suma, los juicios fueron y siguen siendo el medio eficaz para que los damnificados recuperaran, por vía de la reparación integral, un justo resarcimiento que habían perdido por la ley 24557.

Se omite mencionar también que la 'litigiosidad' existente está directamente vinculada con la alta siniestralidad laboral de nuestro país.

Sólo en el sector formal, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) verifica alrededor de 650.000 infortunios del trabajo anuales. A este componente habría que agregarle otro 35 %, proveniente de los siniestros ocurridos en el sector informal no registrado, lo que totalizaría la existencia aproximada real de 900.000 eventos dañosos anuales. A lo dicho hay que agregar que una parte significativa de las acciones judiciales se refiere a enfermedades laborales no reconocidas por las ART, ni por las comisiones médicas, corroborado el infrarregistro de estas afecciones originadas en el trabajo que caracteriza al sistema vigente, conforme también

⁴⁴ Simón, Julio César, "Los riesgos del trabajo y los juicios", en La Ley 08/09/2009, 1.

se comprueba en las propias estadísticas de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Por lo tanto, los reclamos judiciales existentes se corresponden con niveles razonables de litigiosidad propios de un sistema democrático con división de poderes, donde el acceso a la justicia es un derecho fundamental.

Las expresiones que estamos comentando lamentablemente coinciden con la campaña de descrédito hacia los operadores jurídicos, iniciada hace 20 años por un célebre ministro de Economía, junto con las Cámaras empresarias.

Estos ataques de cuño economicista cuestionan la función de los abogados y el rol de la justicia. El telón de fondo lo integra el "desprecio por el Derecho" como directiva de convivencia, la subestimación de la actividad de los abogados, y el descreimiento en los jueces del Estado.

Se repiten críticas mediáticas y metajurídicas que vinculan las sentencias del alto Tribunal con el aumento desproporcionado del índice de los pleitos y con la imposibilidad de las empresas de asumir los costos indemnizatorios y seguir produciendo. Como si el funcionamiento del sistema productivo estuviese condicionado por el acceso a la reparación integral de los daños sufridos por los trabajadores.

La situación es similar a los siniestros por accidentes de tránsito, también de carácter masivo, donde se aseguran sin inconvenientes los riesgos, y las víctimas gozan del acceso irrestricto a la justicia para reclamar el resarcimiento pleno de los daños padecidos. A nivel comparativo, cabe destacar que la rama de la responsabilidad civil de seguros generales tiene un índice de litigiosidad muy superior al de riesgos del trabajo.

La previsibilidad de los costos de las condenas civiles puede resolverse, no cercenando derechos de raigambre constitucional, sino por medio del aseguramiento diferenciado y obligatorio de la responsabilidad civil, conjuntamente con la indemnización tarifada.

No hay que omitir que las flagrantes inconstitucionalidades que contiene el proyecto acentuarán la litigiosidad, porque la citada norma será nuevamente cuestionada en los Tribunales, que seguramente declararán la inconstitucionalidad de esta propuesta en caso de ser aprobada por el Congreso Nacional.

También hay un retroceso incluso respecto de la propia ley vigente en lo que se refiere a los accidentes de trabajo "in itinere" sobre los que se disminuye parcialmente el monto indemnizatorio al cercenarse el adicional del 20% que se otorga a los demás infortunios, aplicándoseles solo la fórmula básica, en otro viraje regresivo, quebrantando una tradición vigente de hace más de 70 años en nuestro país y en el mundo.

Existen otros temas objeto de crítica como la ratificación del procedimiento administrativo obligatorio diseñado por la ley original desoyendo lo dicho por la Corte en los casos "Castillo",

Cuadro 1: Medios para lograr un trabajo decente.

Medio	Micro-social	Societal
Diálogo social		•
Integración del elemento social y económico del desarrollo		•
Comercio inter-nacional justo		•
Solidaridad con el desarrollo		•
Integración en el Mercosur		•
Cobertura de los derechos fundamentales en el puesto de trabajo	•	
Participación de los trabajadores en las decisiones	•	
Formación profesional	•	
Negociación colectiva trans-nacional	•	
Ejercicio trans-nacional del derecho de huelga	•	
Declaración SocioLaboral del Mercosur		•
Información mundial	•	

"Venialgo" y "Marchetti" y retrocediendo, con respecto al escenario vigente, donde el régimen es voluntario para los damnificados y donde estos pueden recurrir directamente al juez laboral competente sin pasar por el laberíntico procedimiento administrativo de la ley especial.

La mejora de las indemnizaciones se limita a un incremento del 20 % adicional sobre el resultado de la fórmula matemática básica que se mantiene igual.

Al no derogarse la ley 24557 -sino al integrarse en un nuevo texto ordenadopersiste la misma crítica definición acotada de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales.

Se establece que el principio general indemnizatorio es el del pago único; sin embargo, las prestaciones indemnizatorias dinerarias en forma de renta, en curso de ejecución, continúan vigentes, vulnerando la jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos "Milone" y "Suárez Guimbard", permitiendo la continuidad residual del pago en renta y el negocio de las compañías de seguro de renta vitalicia, que las administran a título oneroso otorgándole a los damnificados exiguos intereses.

Debería en cambio disponerse el reintegro automático de todos los fondos a los damnificados.

II. Aplicación como fórmula de reajuste del RIPTE en lugar del artículo 208 LCT

Se establece que las prestaciones por incapacidad permanente se reajustarán por el RIPTE, índice que solo refleja la modificación de las remuneraciones sujetas a aportes de los trabajadores registrados.

En cambio, debió aplicarse como pauta de ajuste el criterio del artículo 208 de la LCT que establece el decreto 1694/09, para la Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) e Incapacidad Permanente Provisoria (IPP), evitando esta discriminación peyorativa entre permanentes definitivas y provisorias y temporarias, computando no solo los salarios sujetos a aportes sino todas los ingresos del trabajador.

Deberían calcularse todas las remuneraciones principales, accesorias, fijas y variables, considerándose, al efecto, los viáticos que se liquiden sin obligación de rendir cuentas, premios o primas de producción, horas extra, adicionales especiales, por asistencia, presentismo, bonificaciones por antigüedad, pagos en especie, etcétera. Deben computarse los premios por presentismo o asistencia perfecta porque resultaría poco equitativo que aquel trabajador que venía percibiéndolo, viese disminuido su ingreso por el acaecimiento del infortunio laboral.

Las prestaciones en especie, también deberán ser valoradas monetariamente. Si están fijadas en el Convenio Colectivo de Trabajo, debe estarse a lo que en el mismo Convenio se establece. De lo contrario -y en caso de desacuerdo- deberá solicitarse que se fijen judicialmente.

III. Indemnización tarifada

La indemnización por Incapacidad

Permanente Definitiva (IPD) se basa en el valor mensual del Ingreso base diseñado originalmente por la LRT no modificado por el decreto 1694/09, (Articulo 12 LRT) o sea, se mantiene el criterio errado de computar exclusivamente las sumas sujetas a la cotización de la seguridad social, cuando existe una serie de sumas no remunerativas que no están sujetas a aportes, pero que el trabajador recibe como ingreso. Lo cual fue profundamente debatido en el fallo dictado por la Corte Suprema federal en el caso "Pérez c/ Disco", donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c), de la Ley de Contrato de Trabajo -texto según ley 24700-, relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial, "pues llamar a las cosas por su nombre, esto es, por el nombre que el ordenamiento constitucional les da, resulta, en el caso, un tributo a la justicia de la organización del trabajo subordinado, principio rector de cuya observancia no es ajena la empresa contemporánea"45.

Esta doctrina fue ratificada y profundizada en una nueva sentencia dictada por el más alto Tribunal en el caso "González",⁴⁶ en la cual se declaró la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo de las asignaciones dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional en el contexto de la emergencia

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/09/2009, "Pérez, Aníbal Raúl c/Disco SA", DT 2009 (setiembre), 1011 - La Ley 25/09/2009, 6, con nota de Pablo Alberto Gasquet; IMP 2009-19 (octubre), 1550.

⁴⁶ CSJN, 19/06/2010, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa "González, Martín Nicolás c/Polimat SA y otro".

económica por los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03, que establecieron la obligación de los empleadores de abonar a los trabajadores comprendidos en los Convenios Colectivos de Trabajo sumas de dinero de carácter alimentario, a las que entonces se calificó como "no remunerativas".

En este sentido, el decreto 1694/09 mejoró la base de cálculo y ajuste de la ILT y la IPP al incorporar al cómputo de la liquidación y ajuste según el criterio establecido por el artículo 208 de la ley 20744 (t.o.).

Ni el decreto 1694/09 ni el proyecto del PEN no ha trasladado este criterio para el cálculo de las indemnizaciones permanentes y, como fórmula de ajuste utiliza el RIPTE significa un perjuicio para las víctimas que no percibirán como base indemnizatoria el mismo ingreso actualizado del puesto de trabajo en que sufrieron el accidente, sino un índice general difuso, que, además, no contempla las remuneraciones no sujetas a aportes previsionales, aspecto peyorativo para las víctimas con respecto a este tema crucial de la ley.

Esto significa que el cómputo de las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente definitiva se seguirá efectuando sobre la base del criticado Valor Mensual del Ingreso Base (VMIB) fijado por el artículo 12 de la ley original, más un coeficiente general que no refleja el aumento que hubiera beneficiado al trabajador de no sufrir el evento dañoso.

También se desaprovechó la opor-

tunidad para modificar las fórmulas aritméticas que sirven de base para el cálculo de las indemnizaciones permanentes. Por ejemplo, elevando el coeficiente de 53 a 70 y el coeficiente de edad a 75, ya que las personas que gocen del beneficio jubilatorio siguen trabajando y 65 es un módulo previsional no aplicable a la reparación de los daños laborales. Esta mejora estaba prevista en numerosos proyectos de ley en el Congreso Nacional

Se mantiene la fórmula de la LRT según el DNU 1278/00 y el único aumento visible de la tarifa es el 20 % en compensación por cualquier otro daño que sufriese el damnificado.

No se han modificado los adicionales de pago único previstos en el decreto 1694/09 que sólo corresponden a las altas incapacidades superiores al 50 por ciento.

El Decreto 1694/09 dispuso la elevación de estas compensaciones dinerarias adicionales de pago único del DNU 1278/00. En el caso de una incapacidad superior al 50 % e inferior al 66 % de la total obrera, el monto actual vigente asciende a la suma de ochenta mil pesos (\$ 80.000). Cuando la incapacidad es superior al 66 % el monto se eleva a la cantidad de cien mil pesos (\$ 100.000). Finalmente, en caso de muerte, el monto asignado asciende al valor de ciento veinte mil (\$ 120.000).

En su momento se dijo que el aumento dispuesto por el decreto 1694/09 a estos adicionales ni siquiera contemplaba para su nuevo cómputo la variación

de los salarios privados "en blanco" que, desde enero de 2001 a noviembre del 2009, ascendía al orden del 362,38 %, según informa el INDEC. De ese modo, si se hubiera respetado esta pauta elemental, los adicionales de pago único se habrían fijado en noviembre de 2009 para los diferentes supuestos en \$ 138.714, \$ 184.952 y \$ 231.190, respectivamente. Hoy, desde luego, deberían ser mucho mayores⁴⁷.

En la actualidad, después de tres años de inflación resulta más acentuada la crítica a esta inmovilidad, que según el proyecto sólo se modificará desde enero de 2010 a la fecha por el índice RIPTE, no corrigiendo el atraso anterior.

IV. Procedimiento administrativo obligatorio

El proyecto mantiene el sistema obligatorio de las comisiones médicas.

Desde ya disentimos con el mantenimiento del cuestionado sistema procesal original de la LRT que abruma al siniestrado para que en definitiva acepte el dictamen inicial de la ART que, a su vez, es sometido a las también ratificadas Oficinas de Homologación y Visado, que han operado en los hechos como legitimantes de las pretensiones de las aseguradoras de riesgos del trabajo. En este sentido, hasta el presente sólo el 6 % de las víctimas reclaman ante las comisiones médicas las propuestas de las ART. La mayoría es decir el 94 % acuerda con su ART sin siquiera

concurrir a las Comisiones Médicas.

En efecto el articulo 4º del Proyecto obliga al trabajador a transitar el procedimiento previo a promover la acción especial o fundada en el derecho común cuando señala: Los obligados por la Ley N° 24.557 y sus modificatorias al pago de la reparación dineraria deberán, dentro de los 15 (QUINCE) días de notificados de la muerte del trabajador, o de la homologación o determinación de la incapacidad laboral de la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, notificar fehacientemente a los damnificados o a sus derechohabientes los importes que les corresponde percibir por aplicación de este régimen, precisando cada concepto en forma separada e indicando que se encuentran a su disposición para el cobro. Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables.

Se vulnera la doctrina de la Corte sentada en los casos "Castillo", "Venialgo" y "Marchetti" declaró inconstitucional este procedimiento obligatorio. Dijo la Corte, lo que hoy se omite en el Proyecto, que la naturaleza de la materia de accidentes del trabajo es de derecho común y no federal, y por tal motivo no corresponde al Congreso legislar el procedimiento en esta materia, ya que sólo puede establecer los contenidos sustantivos del régimen de infortunios laborales.

⁴⁷ Schick Horacio, Riesgos del Trabajo, temas Fundamentales, 4ta. Edición, Tomo II, pagina 587

En este sentido, es posible admitir en cada Jurisdicción provincial algún régimen voluntario procesal, designado por las autoridades administrativas de cada Provincia, para que en caso de diferendos respecto a prestaciones entre trabajador y ART, se emita un dictamen, que pueda luego ser revisado en forma amplia por la Justicia laboral competente, para el supuesto de ser cuestionado dentro de un plazo razonable.

Con respecto al procedimiento en el Congreso, le cabría regular la intervención voluntaria de las Comisiones Médicas locales sólo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que le está vedado afectar las facultades no delegadas de las Provincias de fijar el procedimiento y la jurisdicción dentro de su ámbito territorial (conforme los artículos 75 inciso 12, 30 y 121 de la Constitución Nacional).

La Ley 24557 violó las reglas constitucionales en materia de poderes delegados por las Provincias al Estado Federal. El proyecto está repitiendo el error, mantiene las comisiones medicas locales y Central, las oficinas de visado y homologación.

Solo la Justicia, aun con sus limitaciones, ofrece garantías de objetividad en el marco de un proceso judicial, que no brindan los órganos administrativos dependientes del PEN señalados.

Uno de los componentes principales del derecho constitucional de acceso a la justicia es, precisamente, el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido y

el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial (artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derecho Humanos).

Desde esta perspectiva la ratificación del procedimiento obligatorio previo en materia de infortunios laborales vulnera el derecho de acceso a la justicia que forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El trámite administrativo no se justifica sino como una opción voluntaria del trabajador, ya que las históricas motivaciones de uniformidad de criterios para la fijación de incapacidades, carecen de fundamento jurídico. La determinación del carácter laboral de las enfermedades y accidentes, como la índole de las secuelas, se puede lograr con mayor certeza y garantía para los damnificados dentro del ámbito jurisdiccional, con el debido respeto de las garantías constitucionales ante el Juez competente.

Esto no impide que si el trabajador lo desea, en caso de no concordar con su ART, elija recurrir, antes de ingresar al ámbito judicial, a la vía administrativa previa. Por supuesto, en ambas hipótesis cabe garantizar la posibilidad de la revisión judicial amplia.

Por otra parte, nada obsta a que las ART cumplan con sus deberes legales y reconozcan los siniestros que los empleadores afiliados o los damnificados denuncien, ni impide que se otorguen en forma automática las prestaciones en especie y dinerarias en los casos en los que las mismas correspondan.

La duración del proceso judicial, que puede alegarse como un perjuicio para los trabajadores, está compensada por los intereses que reconocen los jueces desde que se originan las deudas. Por el contrario, hasta el presente, el procedimiento de la LRT sólo reconoce los intereses desde el momento en que la prestación debió ser abonada o el capital depositado.

No debe omitirse que a pesar de la reiteradamente invocada automaticidad del sistema creado en 1995, las ART y las Comisiones Médicas han sido renuentes a reconocer las enfermedades laborales que sufren los trabajadores (menos del 2% de los siniestros son reconocidos como enfermedades, existiendo un infrarregristo de enfermedades laborales)

Finalmente, frente a los defensores acérrimos de las Comisiones Médicas como mecanismos de aceleración del otorgamiento de las prestaciones de la LRT, cabe reiterar que se ha construido un mito sobre el verdadero alcance de sus actuaciones. En efecto, según informa la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en relación con el cuestionamiento de las decisiones de las ART por parte de las víctimas, "han existido más acuerdos que divergencias entre aseguradores y damnificados, ya que en los últimos períodos, se han requerido intervención de las comisiones médicas solo en el 6% del total de los siniestros denunciados y asistidos por la ART".

Es decir que el 94% son acuerdos suscriptos entre el trabajador y su

aseguradora y sometidos a una "homologación" por parte de las "Oficinas de Visado y Homologación" dependiente de las Comisiones Médicas.

Estos datos demuestran que la mayoría de los trabajadores suscriben acuerdos con las ART, sin cuestionar siquiera las propuestas indemnizatorias ante las comisiones médicas, quedando, en definitiva, sometidos a la entera voluntad de la Aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

La función de homologación de acuerdos entre ART y damnificados, que son la inmensa mayoría de los casos, puede efectivizarse, con mayores garantías y respeto a las pautas fijadas por el artículo 15 de la LCT, por parte de la Justicia Laboral competente en cada Jurisdicción, sin necesidad de recurrir a heterodoxas instancias administrativas que han sido fuertemente cuestionadas por su idoneidad e imparcialidad.

En igual sentido, la dilucidación de las divergencias entre las partes, que constituyen la minoría de los litigios, se efectivizará con mayores garantías para las víctimas, mediante el acceso directo al Juez Natural, con el debido respeto a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio.

Por otra parte, los tiempos de funcionamiento actual de las Comisiones Médicas no son tan breves como se pretende generalizar. Según la SRT, la duración promedio de los trámites ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales es de cuarenta y nueve días y ante la Comisión Médica Central es de ciento

setenta días.

En definitiva, la actuación previa de las instancias administrativas obligatorias no brinda la celeridad y automaticidad que satisfaga las necesidades y expectativas de las víctimas laborales. Por el contrario, se convierten en un escollo para el acceso directo, rápido y oportuno a la jurisdicción a fin de dilucidar los diferendos derivados del regí régimen de accidentes y enfermedades laborales.

Como se señalará a continuación este panorama se agrava por cuanto a diferencia del escenario vigente, el trabajador no podrá accionar por el resarcimiento integral fundado en derecho civil, si no agota este cuestionado proceso administrativo

V. Responsabilidad civil. Opción con renuncia: clave de bóveda del desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

El Proyecto en su artículo 4º reinstala la opción excluyente similar a la diseñada en el año 1915 por la ley 9688, aunque con peores y más restrictivos requisitos.

Dice el texto enviado al congreso: El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso. Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad sólo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo. La prescripción

se computará a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esa notificación.

Sin fundamento ni otra pretensión más que obstruir la libre actuación del trabajador accidentado, se determina que el trabajador sólo podrá iniciarse su reclamo judicial, una vez notificado por los órganos administrativos del sistema de los importes que le corresponde percibir por las indemnizaciones tarifadas de la ley.

De esta forma, se impone una limitación temporal para promover el juicio civil, impedimento que no existe en la actualidad, y que constituye una restricción arbitraria de la libertad y del derecho al acceso libre a la justicia del damnificado.

Se abusa del estado de necesidad de la victima forzándolo a cobrar rápido y sin cabal conocimiento de que pierde esa percepción le impide el acceso a un resarcimiento mayor como rige en la actualidad, si es que existen plus perjuicios no contemplados en la tarifa, y se acreditan los presupuestos de la responsabilidad civil y laboral.

No sólo se postula obligar a una elección inconstitucional al damnificado o a sus derechohabientes, sino que también se propone que dicha opción se efectúe en un lapso acotado de tiempo, cuando el estado de necesidad de la víctima puede llevarla en el contexto del infortunio, a tomar decisiones apresuradas en contra de sus intereses, con el agravante de la falta de patrocinio jurídico obligatorio que existe en el procedimiento de la LRT.

Si el trabajador percibe la indemnización tarifada de la ley determina que ha renunciado a la acción fundada en el Código Civil y en el artículo 75 de la LCT. Es decir se lo priva lisa y llanamente de recibir una reparación plena de la que gozan los restantes habitantes de nuestro país.

Se facilita con esta regulación acuerdos lesivos y situaciones de patología jurídica pues el trabajador que actúa bajo estado de necesidad ve acentuada esta hiposuficiencia en las instancias posteriores a un infortunio laboral.

Insistir en esta línea causa verdadera perplejidad e implica un claro viraje regresivo altamente perjudicial para los damnificados respecto del cuadro vigente en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los Tribunales de todo el país, sin excepción.

La opción excluyente con renuncia es la clave de bóveda de esta reforma legal e implica el allanamiento incondicional al eterno reclamo de los obligados del sistema.

Quien ha sufrido un daño es privado de lo suyo. Ya sea en sus bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, el dañante lo ha privado de lo que estaba bajo su titularidad, principalmente, la integridad psicofísica en los casos de infortunios laborales, de allí que deba ser indemnizado de modo íntegro. Pagar a medias, indemnizar parte y no todo el perjuicio, en los términos de causalidad del artículo 906 del Código Civil, no es un resarcimiento justo.

De allí deriva la inconstitucionalidad de toda norma proyectada que proponga limitar arbitriamente la indemnización del trabajador a través del impedimento para acceder a la justicia y reclamar la reparación integral del daño sufrido. La indemnización realmente reparadora trata de volver a aquella situación anterior al menoscabo, recomponiendo económicamente a la víctima y dejándola indemne de las pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales padecidas.

Con el dictado de los fallos "Aquino" y "Llosco" por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quedó sepultado el criterio de la llamada "opción excluyente con renuncia", resucitada en este proyecto, que obliga al damnificado a elegir entre la reparación tarifada o la emergente del derecho común, de tal modo que si percibe la primera, abdica del derecho a poder plantear la segunda.

La opción de elegir una de las dos acciones es contraria a la doctrina expuesta por la Corte Suprema en los fallos "Aquino" y "Llosco", en el sentido de que todos los habitantes sometidos a un daño injustamente sufrido, incluido los trabajadores, tienen derecho a una indemnización integral que, para que sea justa, debe cubrir todos los perjuicios, no pudiendo quedar ningún daño sin su adecuada reparación.

En la hipótesis de eximición de los empleadores de toda responsabilidad civil, en virtud de la elección con renuncia del damnificado, se consagra una excepción de personas, sólo por su modo de participación en el proceso productivo, con franca transgresión del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN).

Si el Congreso aprueba este mecanismo implica un retroceso respecto del escenario jurisprudencial actual, en el que el trabajador tiene derecho a percibir las prestaciones de la LRT —de carácter irrenunciables (art. 11, LRT)—y reclamar por la vía civil la reparación de todos los demás daños sufridos por el trabajo, sin ningún otro límite que la acreditación de los presupuestos de responsabilidad civil.

Mientras la Corte Suprema sostuvo en "Aquino" que además de la reparación civil seguían subsistentes todas las obligaciones de las ART, la propuesta de una "opción excluyente con renuncia", le impide al trabajador percibir la reparación tarifada y aspirar a una sentencia que reconozca el daño mayor también sufrido.

El planteo reformista de la ley que propone la "opción excluyente" proviene de los obligados del sistema. Por ejemplo, los voceros de la UIA reiteradamente reclamaron la conveniencia de un sistema que "permita la opción civil pero de manera excluyente, para superar la situación creada a partir de las decisiones judiciales en la materia, tal opción debe tener un período claro, preciso y breve para su ejercicio"⁴⁸.

<u>La invocación de</u> las llamadas "deci-48 LASCURAIN, Juan C., Suplemento IECO, diario Clarín, 22/03/2009, pp. 4 y 5. siones judiciales" no significa otra cosa que la pretensión de licuar o desvirtuar los fallos de la Corte Suprema que corrigieron las inconstitucionalidades de la ley original.

Por otra parte, se retrocedería del escenario vigente en el cual no existe ninguna limitación temporal, ya que el trabajador puede accionar por la vía civil aun sin haber cobrado la indemnización por incapacidad permanente definitiva de la LRT e, incluso, puede acumular en una misma acción ambos reclamos, pero claro deduciendo de la reparación integral, la tarifa por incapacidad permanente definitiva percibida.

Como sustento de esta propuesta solo se han escuchado razones de orden metajurídico como los costos del aseguramiento y el aumento de la litigiosidad. Dichos argumentos no se condicen con la realidad.

El seguro de riesgos del trabajo tiene actualmente un costo equivalente inferior al 3% promedio de la masa salarial, porcentaje fijado como deseable al inicio del funcionamiento del sistema.

Los mayores daños se cubren con un seguro obligatorio de la Responsabilidad civil de modo que al universalizarlo se garantiza al damnificado por la seguridad del cobro y asimismo al asegurado: el empleador se le da previsibilidad y un costo menor por la masividad del seguro.

El seguro civil no debe ser optativo como establece el Proyecto del Poder Ejecutivo (Articulo7º del proyecto)

Hemos escuchado también como defensa de la propuesta de la "opción excluyente con renuncia", que dicho mecanismo corresponde a una tradición legislativa en nuestro país desde la sanción de la ley 9688 en 1915 hasta 1995, cuando se dictó la LRT.

Este argumento pasa por alto varios "detalles" no menores. En primer lugar, la LRT superó el sistema de opción de la ley 9688 por el de cúmulo, significando que las indemnizaciones tarifadas de la LRT fuesen consideradas a cuenta de las civiles, aunque el legislador de 1995 restringió la posibilidad sólo a un supuesto inexistente, como es el caso del artículo 1072 del Código Civil, es decir el caso del empleador "lombrosiano" que "a sabiendas y con intención" infligiera daño a su trabajador.

La declaración de inconstitucionalidad de la "trampa legal" del artículo 39, párrafo primero, de la LRT dictada en el fallo "Aquino", habilita el nuevo escenario hoy vigente: el trabajador puede percibir las prestaciones dinerarias de la LRT y reclamar ante la justicia los plusperjuicios que sufre no contemplados en la tarifa. Se pasó del cúmulo restringido de la ley original al cúmulo amplio declarado por la Corte Suprema.

Quienes hablan de la tradición de 1915, como fundamento para regresar al sistema de "opción" vigente hasta 1995, están salteando precisamente en su análisis la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial los fallos "Aquino", "Díaz c/Vaspia", "Llosco" y "Aróstegui" que han superado las limitaciones de la ley de 1915 y han desarrollado, en todo caso, una nueva tradición: la constitucionalización definitiva del principio de no dañar, que también se aplica a los damnificados laborales, equiparando los trabajadores a todos los habitantes de la Nación Argentina.

También se ha argumentado que la propuesta de la "opción" encuentra su apoyatura en que el trabajador se ve beneficiado en relación con los restantes dañados, amparados por el ordenamiento jurídico, al recibir con automaticidad e inmediatez prestaciones dinerarias y en especie, dentro de un sistema de seguro obligatorio, posibilidad que no gozan las demás personas que sufren siniestros de origen no laboral. Por tal motivo, se esgrime que la renuncia a la reparación integral se ve compensada por esta ventaja que otorga el sistema de riesgos del trabajo.

Esta apreciación es errada. Estos conceptos integran el daño emergente, que el régimen civil también exige al causante del daño, aunque con un diferimento temporal.

Precisamente en el considerando 5º del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni, en el caso "Aquino" donde se señaló que en la comparación del régimen de la LRT con el del Código Civil, "cuadra advertir, a los efectos de dicha comparación, que las restantes prestaciones de la LRT, las llamadas "en especie" (art. 20, inc. 1 a, b y c),

nada agregan a lo que el régimen civil hubiese exigido al empleador (v.gr. Fallos: 308:1109, 1116, consid. 8°). Otro tanto correspondería decir si se quisiera integrar al plexo de prestaciones, las previstas para la situación de incapacidad laboral temporaria y de provisionalidad de la incapacidad laboral permanente total (LRT, arts. 13 y 15, inc. 1, primer párrafo)".

El mensaje de los jueces de la Corte hacia los legisladores fue claro, según se observa en el considerando 9° del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni cuando señalaron: "que, si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio alterum non laedere toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican 'alterar' los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28).

El Proyecto va en dirección contraria a estos preceptos del Supremo Tribunal.

En el proyecto se impone también regresivamente que la acción fundada en el derecho común se debe tramitar ante la Justicia Nacional en lo Civil, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, invitando a las provincias a adherirse a este criterio.

Se allana nuevamente a la petición de la UIA que reclamo, también, este mismo criterio en diversas oportunidades.

También era el criterio adoptado por

la ley 24.028 dictada en el año 1991.

La intencionalidad manifiesta es diluir el reclamo derivando el conflicto eminentemente laboral a un fuero desespecializado como es el civil, integrado por jueces que no están familiarizados con la realidad cotidiana del trabajo dependiente que obliga a los trabajadores a ingresar diariamente a la zona de riesgos constituida por el ámbito laboral y motivada por necesidad de proveer el ingreso alimentario para él y su familia. Se viola la garantía constitucional del Juez natural del artículo 18 de la Constitución Nacional

Se pretende eludir la aplicación de los principios especiales del Derecho del Trabajo, que también son de aplicación en las acciones fundadas en el derecho común en la actualidad al señalarse que: En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil.(Articulo 4º in fine del proyecto)

Esta propuesta contradice la doctrina de la Corte Suprema fijada en la causa "Munilla", adhiriéndose al dictamen del Procurador General de la Nación, donde declaró competente al fuero laboral en los juicios por accidentes del trabajo fundados en el derecho civil.

En dicho dictamen, al cual adhirió nuestro Supremo Tribunal de la Nación, se indicó que: "[...] tal innovación, a la fecha, es indispensable volver a decirlo, sólo ha sido preservada, en materia de riesgos, para el caso del artículo 1072

del Código Civil (v. art. 46, ap. 2° de la LRT) habiendo sido derogada en lo que atañe a las restantes hipótesis de responsabilidad civil, por lo que, estimo, subsistente aquel principio foral (art. 20, LO) e insistiendo el actor respecto de la validez de la vía por el derecho común, que la Justicia Nacional del Trabajo es la llamada a entender en esta presentación, desde que despojada la controversia de su innegable complejidad jurídica, nos encontramos frente a un infortunio suscitado en el marco de una relación de traba-jo que tiene por sujeto pasivo a un empleador, en la que se reclama una reparación con amparo en disposiciones del derecho laboral y común, todo en consonancia con el citado artículo 20 [...]".49

VI. Sociedades de Seguros Mutuos

Se propone que las asociaciones profesionales de empleadores y trabajadores con personería gremial puedan crear sociedades sin fines de lucro por vía de CCT o en forma independiente por razones de solidaridad sectorial

Cabe aclarar que la posibilidad de crear entidades sin fines de lucro no es una novedad. El artículo 42 de la ley vigente admite que por medio de "La negociación colectiva laboral se podrá crear Aseguradoras de Riesgos de Trabajo sin fines de lucro, preservando el principio de libre afiliación de los empleadores comprendidos en el ámbito del Convenio Colectivo de Trabajo".

Esta posibilidad no tuvo predicamento hasta el presente entre los actores sociales a pesar de que también se insistió con esta tesitura en el decreto 1694/09.

Ahora se insiste con el dictado del Decreto 1720/2012 que fomenta la creación de estas aseguradoras a través de CCT y sin fines de lucro.

Con respecto a la intervención de un Sindicato en la Administración de una ART, aun cuando no tuviese fines de lucro, se presenta como un tema delicado. En efecto, la ART –o la sustituta de la misma que se crease— tiene la función primordial de asegurar los riesgos laborales del empleador y, normal y objetivamente, dicha Aseguradora tiene conflictos con el trabajador. La experiencia de estos trece años evita mayores comentarios.

De modo que, cabe preguntarse en qué posición definitiva se colocará el Sindicato frente a este conflicto. ¿Defenderá el interés individual del trabajador como le ordena la ley 23.551 o asumirá su condición de asegurador, lo que implícitamente lo llevará a un conflicto de intereses con su afiliado, el que a su vez en muchas ocasiones lo consulta frente a la ocurrencia de un siniestro?

Puede llegar a producirse un conflicto de intereses y confusión de roles, que acumulará más confusión al ya harto complejo régimen de riesgos del trabajo.

Respecto a la habilitación de mutuales, en verdad, lo relevante será que éstas deberían estar en efectivas

⁴⁹ CSJN, sentencia C-315.34 del 6/10/1998, "Munilla, Gladys c/UNITY OIL SA s/Accidente - Acción civil".

condiciones para responder por las prestaciones en especie y dinerarias, en el marco de respeto de las garantías constitucionales, con nivel de especialización en la materia y cumpliendo los mismos requisitos que son exigidos a las empresas no afiliadas a una Aseguradora, para constituir una ART o para autoasegurarse. A esos fines cuanto menos se debió prever deberían estar constituidas con un número significativo de ellos para asegurar su solvencia (35.000 empresas, por ejemplo). En estos supuestos, sería un factor relevante de garantía el hecho de que las empleadoras que las compongan fuesen solidarias entre sí frente a los damnificados.

Más allá de necesario control estricto por parte del Estado en relación con la solvencia y funcionamiento de estas mutuales, tratando de evitar simulaciones solapadas de entidades lucrativas, todo lo cual produciría desviaciones y situaciones patológicas que agravarían el cuadro deficitario del sistema actual.

En Chile, la ley 16.744 de 1968 adoptó el sistema de Mutualidades de empleadores que deben tener agrupados 20.000 trabajadores como mínimo (art. 12, inc. a) y los miembros de las mutuas deben ser solidariamente responsables por las obligaciones contraídas por las mismas (art. 12, inc. e).

En España, la Ley General de Seguridad Social (LGSS) de 1994 recogiendo los textos anteriores, desde 1966, dispone que la gestión de la Seguridad Social esté a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Éstas no tienen fines de lucro, poseen un objeto único y deben estar constituidas cuanto menos por 50 empresarios que agrupen a 30.000 trabajadores, siendo aquellos responsables mancomunados frente a los beneficiarios (arts. 68 y 69, inc. a, LGSS).

No parece razonable que se disponga que los hospitales públicos sostenidos con los impuestos de todos los ciudadanos y destinados a la población en general, y normalmente desfinanciados, tengan que hacerse cargo de la atención de las enfermedades y accidentes del trabajo como surge del articulo 10 inciso del decreto 1710/12 que establece que respecto a los prestadores que se debe a) Utilizar, de manera prioritaria y siempre que sea técnicamente posible, los servicios de obras sociales y efectores públicos de salud para proveer las prestaciones en especie previstas en el Régimen de Riesgos del Trabajo, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 26, inciso 7, de la Ley Nº 24.557 y sus modificaciones.

VII. Uniformidad de aplicación de los baremos de la LRT

El articulo 9º del proyecto establece que: Para garantizar el trato igual a los damnificados cubiertos por el presente régimen, los organismos administrativos y los tribunales competentes deberán ajustar sus informes, dictámenes y pronunciamientos al Listado de Enfermedades Profesionales previsto como Anexo I del Decreto Nº 658/96 y a la Tabla de Evaluación de Incapacidades previsto como Anexo I del

Decreto N° 659/96, y sus modificatorios o los que los sustituyan en el futuro.

Esta disposición bajo la excusa de la uniformidad pretende avasallar las facultades judiciales de inferir en las acciones tanto especiales como fundadas en el derecho común la incapacidad no solo laboral sino de vida que afecte al damnificado conforme a las distintas pautas que emerjan de la causa y no sólo de los restrictivos cánones del decreto 658/96.

Se desconoce asó lo dicho por la Corte Suprema, en el caso Silva 50 que en su voto mayoritario, sostuvo: "La Cámara rechazó la demanda por aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo sin advertir que la acción se fundó en el derecho civil". En virtud de esta falsa premisa, resolvió que debía aplicarse el sistema de numerus clausus en cuanto a las enfermedades resarcibles, en el que no estaba contemplada la situación del actor... Desde esta forma rechaza y repugna la base de sustentación de cuerpo normativo de riesgos del trabajo, 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 artículo 19 de la Carta Magna. Para la procedencia de la acción del derecho común debe probarse la existencia de 50 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 18/12/07, Recurso de Hecho, "Silva, Facundo

Jesús c/Unilever de Argentina SA".

los presupuestos de la responsabilidad civil. Por lo tanto, si se demuestra que una enfermedad está vinculada causalmente a un hecho antijurídico, la acción procede con independencia del listado que prevea la Ley de Riesgos del Trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común...".

Sobre la base de este precedente judicial de la Corte Suprema es que se puede afirmar que la situación jurídica sobre enfermedades laborales, tiene un marco dado por la base del listado y la causalidad que regula la Ley de Riesgos del Trabajo, que sigue siendo taxativo y limitado, y, por 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.

También se desconoce en esta redacción que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) aprobó una nueva lista de enfermedades profesionales en su reunión de 25 de marzo de 2010. Esta nueva lista sustituye a la que figura en el anexo de la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales num. 194 que fue adoptado en 2002.

La nueva lista incluye una serie de enfermedades profesionales reconocidas internacionalmente, desde enfermedades causadas por agentes químicos, físicos y biológicos hasta enfermedades de origen respiratorio y de la piel, trastornos del sistema osteomuscular y cáncer profesional. Por primera vez se han incluido de manera específica en la lista de la OIT los trastornos mentales y del comportamiento. En las secciones de la lista se incluyen además puntos abiertos que permiten el reconocimiento del origen profesional de enfermedades que no figuran en la lista siempre y cuando se haya establecido un vínculo entre la exposición a los factores de riesgo que resulte de la actividad laboral y las enfermedades contraídas por el trabajador.

Las Leyes 26693 y 26694 han aprobado estos Convenios 155 y el Protocolo de 2002 de la OIT, de modo que la redacción del artículo 9º del proyecto luce contradictoria con esta ley aprobado hace un año.

VIII. Sobre llovido, mojado: Proyecto de Reforma al código civil que agrava el cuadro descripto.

El subsistema de daños laborales argentino, y el sistema de daños en general, también se encuentra en una nueva encrucijada, por cuanto el proyecto de reforma al Código civil en tratamiento en el Senado Nacional establece como formula de resarcimiento para los supuestos de lesiones la critica formula "Vuoto".

En efecto el artículo 1746 del proyecto enviado al Senado, establece que en los resarcimientos por lesiones (hechos masivos como son los accidentes de tránsito y laborales) se opta por cuantificar los daños utilizando una fórmula

matemática.

Dice el artículo 1746, que: En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Este cálculo aritmético, conocido como fórmula "Vuoto", fue seriamente cuestionado por la Corte Suprema en el célebre y ya citado fallo "Aróstegui", donde expresó que para evaluar el resarcimiento pleno del daño fundado en el derecho civil no se deben aplicar fórmulas matemáticas.

La Corte Federal reafirmó la doctrina conforme la cual, para evaluar el resarcimiento civil del daño, en este caso un trabajador -víctima de un accidente del trabajo-, no se deben aplicar fórmulas matemáticas ni son válidos, por ejemplo, los criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de la Ley so-

bre Riesgos del Trabajo⁵¹

En este fallo el Supremo Tribunal nacional impugnó especialmente la utilización de la fórmula matemática "Vuoto", según la cual, el monto del capital de la indemnización por daños (exceptuando el daño moral) era equivalente a una suma de dinero, que surgía de la operación matemática de los siguientes factores: edad, porcentaje de incapacidad, remuneración que por todo concepto hubiere percibido el damnificado durante el año anterior al hecho y que devengando un interés puro, se amortice en el período que abarca desde el siniestro hasta la obtención de la jubilación ordinaria.

La Corte criticó este criterio aritmético indicando que se trata de una "tarifa distinta en apariencia de la prevista en la Ley de Riesgos del Trabajo, pero análoga en su esencia pues, al modo de lo que ocurre con ésta, sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada 'total obrera' y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos, proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla. Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Al respecto, la doctrina constitucional de esta Corte tiene dicho y reiterado que 'el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales' ya que no se trata 'de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres" ⁵².

Así pues, la Corte Suprema criticó este método limitativo dado que el régimen del derecho civil busca reparar el valor integral de la vida humana, el cual no puede ser apreciado con criterios exclusivamente aritméticos, agregando que, en el cálculo de las indemnizaciones civiles, deben contemplarse los perjuicios en la vida de relación social, deportiva, artística y todos los rubros que existan al margen del menoscabo de la actividad productiva.

También se agregó en "Aróstegui" que: "Para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas o psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque pueden ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las secuelas, 52 CSJN, 8/04/2008, "Aróstegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y

Pametal Peluso y Compañía SRL"

⁵¹ CSJN, 8/04/2008, "Aróstegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL

¹²⁰

los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación" (del voto de los ministros Petracchi, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni).

Por último cabe la recordar que antes de ser Ministro, Presidente de la Corte y de la Comisión reformadora de los Códigos, el doctor Lorenzetti también había criticado la fórmula "Vuoto" señalando que: "[u]no debiera preguntarse ¿Por qué se usa esa fórmula? ;No hay otras mejores? Muchas veces caemos en el encanto de lo irracionalmente simple. La fórmula mencionada no es usada en ninguna de las actividades que se ocupan de la previsión futura; ni la actividad aseguradora ni la previsión social se basan en ella, porque es de una extremada simpleza. De modo que no puede decirse que sea técnicamente buena. Tampoco representa adecuadamente lo que alguien aceptaría cobrar si tuviera que retirarse de su actividad normal y vivir de rentas. Más absurdo es afirmar que eso sirve para personas que normalmente exhiben una incapacidad cultural para manejar estos dineros; al cabo de un tiempo se quedan con muy poco, frustrándose todos los cálculos matemáticos. Las inestabilidades económicas, las malas inversiones, los parientes, el entorno, son riesgos que uno se ve obligado a asumir y que si no estuviera dañado no tendría por qué hacerlo". Agrega finalmente que: "[e] n realidad esta fórmula no ha tenido otra justificación que la limitación encubierta de los daños resarcibles. Esta

medida debiera ser tomada por el legislador si la considera necesaria, como lo ha hecho expresamente en varios casos, pero es insostenible limitar cuando la ley no lo hace"^{53.}

En definitiva, limitar las indemnizaciones fundados en el derecho común por lesiones e incapacidad con criterios economicistas y tarifarios, implica también un retroceso y determina un margen del perjuicio en cabeza del dañado, lo que se contradice con la aspiración que se formula en los proyectados artículos 1738 y 1740 del mismo proyecto de reforma al Código Civil y Comercial, según los cuales el resarcimiento debe comprender la reparación plena, superando el mero lucro cesante, que sólo resarce la fórmula matemática, por la que definitiva y operativamente se opta en el artículo 1746 del proyecto.

Colofón

Estamos en presencia de un viraje regresivo en materia de reparación de infortunios laborales que desoye la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desarrollada desde el año 2004 a la fecha, que determino el derecho a la reparación integral de la "persona humana que trabaja", en igual forma que los demás habitantes de la Nación Argentina.

Se inserta una nueva discriminación 53 LORENZETTI, Ricardo Luis, "La lesión física a la persona, el cuerpo y la salud, el daño emergente y el lucro cesante", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nº 1, Sec. Doctrina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, pp. 102 a 141, p. 138.

social en perjuicio de los trabajadores solo fundado en la existencia de un contrato de trabajo, mientras los demás dañados del ordenamiento jurídico por accidentes viales, ambientales, de consumo, de transporte etc., tienen-por lo menos hasta ahora- derecho a una reparación integral.

Este retroceso no tiene otra explicación que satisfacer los eternos reclamos de los obligados del sistema que no invierten en prevención y quieren desentenderse de la reparación de los daños que el uso, propiedad o provecho de su actividad productiva riesgosa provoca en sus dependientes.

El derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido ha sido desarrollado por la Corte Suprema en distintos y sucesivos fallos, como un derecho de raigambre constitucional con fundamento en el principio de "no dañar" del artículo 19 de la Constitución Nacional, el que se halla reglamentado en los artículos 1109, 1113 1074 y demás disposiciones concordantes del Código Civil, pero que se aplican a todas la ramas del ordenamiento jurídico.

Es decir la Corte ha jerarquizado el Derecho de daños, poniendo énfasis en los derechos de la víctima considerándola integralmente como persona: que trabaja, que consume, que esta expuesta al medio ambiente, al tránsito de vehículos, etc., pero esencialmente como un ser humano, al que le corresponde una indemnización justa, entendida como plena e integral en caso de resul-

tar dañada injustamente en cualquier ámbito.

Se trata ahora de la protección del "hombre" o de la "mujer" a secas, no más de la persona como homo economicus, homo faber, trabajador, productor o creador de riquezas. Del hombre con toda su dignidad, como "cosa sagrada", cualquiera sea su edad y condición, trabaje o esté desocupado, sea nacional o extranjero.

Desde una perspectiva amplia, debe contemplarse al trabajador en su unidad psicofísica y espiritual y no, desde una óptica sesgada, como un mero recurso que genera un costo.

Esta doctrina ha sido además abonada con la inclusión de los Tratados Internacionales a los que ha adherido nuestro país, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 21 dispone que: *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes*, y que en caso de serlo tiene derecho a una *indemnización justa*.

Lo cierto es que en esta materia la víctima debe tener siempre el derecho a ser resarcida con un alcance que cubra todo el daño que se le ha infligido, es decir, rigiendo unánimemente el principio de reparación plena o integral, a fin de establecerle la reparación. En definitiva, el juez debe otorgar a la víctima, al menos, las sumas necesarias para colocarla en la misma situación en la que se habría encontrado de no haberse ocasionado el daño. Se trata, por consiguiente, de recomponer económicamente al damnificado, dejándolo in-

demne por las pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales sufridas a raíz del evento dañoso

Limitar las indemnizaciones, como se dispone a través de la "opción excluyente con renuncia" implica mantener un margen del perjuicio en cabeza del dañado, lo que en definitiva violentaría los principios constitucionales emanados del artículo 19 de la Carta Magna y los Tratados Internacionales.

La previsibilidad de las condenas civiles se resuelve a través del doble seguro obligatorio, el de la ART por las indemnizaciones tarifadas y el seguro civil para los mayores daños no contemplados en la tarifa.

En definitiva, podemos anticipar que, de prosperar este diseño normativo, persistirá la elevada siniestralidad actual, y se incrementará la litigiosidad por los nuevos planteos de inconstitucionalidad que la nueva ley traerá aparejada.

FRANQUICIA

María Cecilia Petruzzello

CONCEPTO

Hasta hace poco existía escasa o ninguna legislación específica sobre las franquicias. Los únicos países que la regulaban eran Canadá y Estados Unidos. El primero contaba con una ley de franquicias en la provincia de Alberta, mientras que el segundo con la Federal Trade Commission Rule y con leyes estaduales. Todos los demás países

consideraban este contrato como producto de la autonomía de la voluntad y, por tanto, sujeto a las reglas generales de los contratos. A partir de fines de la década de 1980 empiezan a aparecer legislaciones tales como la 'Ley Doubin' de Francia (1989), la 'Ley Especial sobre Franquicias' de Brasil (1995), la ley 7/96 de España (1996) y el 'Proyecto Álvarez-Fernández Meijide' de la Argentina (1999). 54

UNIDROIT conceptúa a la franquicia comercial como aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante o de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales.

Etimológicamente, la voz franchising, es una palabra inglesa que se deriva de franchise (franquicia). Constituye 'un método o sistema vinculado a la comercialización de productos o servicios', regido por un conjunto de reglas únicas. Este contrato sui generis, consensual, escrito, bilateral e intuito per-

⁵⁴ Villamarin, José Javier

sonae, implica la concesión de una licencia de marca o el uso de un nombre comercial, la autorización del uso de un know how y la prestación de asistencia técnica constante, particularmente en su aspecto comercial y administrativo, por parte del franquiciante (dador), dirigido a un franquiciado (tomador). Este último le debe al primero una retribución. De esta manera, ambas partes encuentran en el franchising su respectivo interés, conservando cada uno, sin embargo, su independencia.

Se reconocen diversas clases de esta figura: franquicia de producto, franquicia de servicios, franquicia de marca registrada, franquicia maestra y franquicia de empresa o business format franchaising.

La franquicia de empresa constituya la más evolucionada y perfeccionada forma de franquicia, pudiéndose distinguir varias definiciones:

1) En los Estados Unidos, la Federal Trade Comission considera la franquicia como una relación comercial de carácter duradero creada por cualquier negocio jurídico del cual una persona (franquiciado), ofrece, vende o distribuye a otra persona distinta del franquiciador, bienes, mercaderías, o servicios. Esos bienes están identificados por una marca de producto o de servicio, nombre comercial, signo destinado a identificar publicitariamente un producto o servicio, y otro símbolo comercial, que designa al franquiciador. Hay una obligación de satisfacer los requisitos o recomendaciones respecto al nivel

de calidad prescriptos por el franquiciador, quien tiene autoridad para ejercer control sobre los métodos de actuación del franquiciado, incluyendo la organización comercial del franquiciado, las actividades promocionales, la dirección, el plan de marketing.

Esos bienes o mercancías pueden ser suministrados por el franquiciador, o por un tercero (por ejemplo un proveedor) con quien con quien el franquiciador obliga al franquiciado directa o indirectamente a contratar, este o no afiliado a la cadena del franquiciador, siempre que este por si mismo asegure al franquiciado áreas de venta o cuentas de clientes respecto de dichos bienes, mercancías o servicios; o lugares o sitios para distribuidores automáticos, expositores o algún otro artefacto para la venta de productos usados por el franquiciado para ofrecer, vender, o distribuir bienes, mercancías o servicios.

2) La Asociación Internacional de Franchising define a la operación de franquicia como una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en el cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo respecto a áreas tales como know how y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio.

3) En Europa se define como franquicia al conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, know how o patentes, que deberán explotarse para la renta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales (Art. 3 .a. del Reglamento 4087).

El Art. 3. b entiende al contrato de franquicia a aquel en el que una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera, directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios

y que comprende:

- a. El uso de una denominación o rotulo común y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato;
- b. La comunicación por el franquiciador al franquiciado de un know how, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo.

El Código Deontológico Europeo que fue tomado del 'Código de Ética Francés' por la Federación Europea de Franchising, la define de la siguiente manera: es un sistema de comercialización de productos, servicios o tecnología, basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas legal y financieramente distintas e in-

dependientes, el franquiciador y sus franquiciados individuales, por el cual el franquiciador concede a sus franquiciados individuales el derecho e impone la obligación de llevar un negocio de conformidad con el concepto de franquiciador.

Este derecho faculta y obliga al franquiciado individual, a cambio de una contraprestación económica directa o indirecta, a utilizar el nombre comercial o la marca de productos o servicios, los conocimientos, el know how y los métodos técnicos y de negocios, los procedimientos y otros derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador, apoyado en la prestación continua de asistencia comercial y técnica, dentro del marco y por la duración de un contrato de franquicia escrito, pactado entre las partes a tal efecto.

En la Republica Argentina el principio a aplicarse en relación a este contrato será el de la autonomía de la voluntad (art. 1197 cód. civil), que atribuye a las convenciones hechas por los particulares el valor de la ley misma, en tanto dichas convenciones no vulneren el orden público.

Siguiendo el mencionado cuerpo legal, este contrato es atípico o innominado, consensual, bilateral, oneroso, principal, conmutativo y de tracto sucesivo.

Es un contrato atípico o innominado (art. 1143, cód. civil), según la terminología del Código Civil, ya que su existencia, contenido, efectos y forma no han sido disciplinados por

ley. Sin embargo, no hay acuerdo en la doctrina sobre sus características.

Es consensual porque se perfecciona con el consentimiento de las partes (art. 1140, Cod. Civil).

Es bilateral porque las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 1138, Cod. Civil).

Es oneroso en razón de que las ventajas que procura a una u otra de las partes no le son concedidas sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle a su contraparte (art. 1139, Cod. Civil).

Es principal porque no necesita de otro para tener vigencia jurídica de producir efectos.

Es conmutativo porque las ventajas que se proporcionan a las partes son ciertas y pasibles de apreciación inmediata (clasificación no mencionada expresamente en el Código, pero que surge de sus disposiciones, vinculándose con los contratos a título oneroso).

Es un contrato de tracto sucesivo porque las prestaciones a cargo de ambas partes son continuadas y deben cumplirse en períodos acordados, sea el contrato por tiempo determinado o indeterminado.

Según Ernesto Martorel el contrato de franquicia⁵⁵ es la modalidad contractual por la cual se instrumenta el montaje, la puesta en marcha, el servicio y la atención de una cadena de locales iguales pertenecientes a la misma

marca, a cambio del pago de regalías.

El franquiciante suministra dos elementos:

- 3. la marca, nombre, imagen de un producto prestigioso, que casi con certeza implica una clientela asegurada
- 4. los conocimientos (know how) y la experiencia necesarios para remozar y decorar los locales, las fórmulas de exhibición y promoción de las mercaderías y el merchandising.

El franquiciado, por su parte, se asegura la provisión de un producto ya reconocido mundialmente o localmente (aunque quizás no impuesto todavía en el mercado o zona de que se trate) y su suministro en forma periódica.

Hay una cuasi seguridad de incorporación practicamente inmediata de una clientela deseosa de consumir el producto, para la cual, por lo común, resulta indiferente la persona del franquiciado, siempre y cuando el artículo en venta satisfaga sus expectativas, y todo el entorno se ajuste a lo propio de los restantes negocios que integran la cadena.

El franquiciado no podría afrontar por si solo el desarrollo de su propio emprendimiento contando así con el apoyo publicitario, permanente información, actualización tecnológica y de marketing, que se mantendrá en la medida en que el franquiciado cumpla con todas sus obligaciones a cargo.

En la franquicia comercial hay una noción de integralidad, de globalidad,

⁵⁵ Ernesto E. Martorell "Los contratos de dominación empresaria y la solidaridad laboral." Depalma 1996 Pag. 192/202)

de la vinculación porque el franquiciado pasa a insertarse en la cosmovisión con la cual el franquiciante ha encarado la distribución y comercialización de sus productos.

El vínculo entre las partes tiene un grado de intensidad relacional muchísimo mayor que el que generan los contratos de agencia, concesión o distribución mercantil, e incluso el de suministro, el adherente al sistema queda ligado no sólo al proceso de comercialización del franquiciante sino también a sus planes, promociones, publicidad y pautas, así como a las exigencias que aquel le impone.

Se garantiza al franquiciante la percepción de una regalía como retribución por la prestación de los servicios y la asistencia durante toda la vigencia de la relación , la cual le es pagada por el operador de la franquicia tras incorporarse al sistema, previo pago del llamado initial fee. La franquicia significa, además, para el franquiciante incorporar innumerables unidades autónomas de comercialización , que se ocuparan de colocar los bienes que el produce en una plaza que los franquiciados quizás conozcan en detalle, reduciendo enormemente sus riesgos empresarios.

El contrato de franquicia implica control⁵⁶. La circunstancia de que la franquicia consista en la instrument-56 Mario D. Holand, El esquema contractual del franchicina y eventueles alternativas de expressión de

56 Mario D. Holand, El esquema contractual del franchising y eventuales alternativas de extensión de responsabilidad, "Derecho y Empresa" (publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Empresarias de la Universidad Austral, Rosario) 1994, n ½, p. 57. citado en la obra de Martorell , pag 196.

ación de un contrato de cooperación o de complementación, que se ubica por detrás de un cuadro de aparente igualdad jurídica, no tiene que hacernos perder de vista que hay una posición hegemónica de una de las partes. Allí se sitúa el control: una parte impone a la otra una dominación técnica, la implementación de un sistema de comercialización (y no de otro) de un producto (y no de otro), la obligatoriedad de asumir diversos sistemas contables especiales, auditorias, revisiones paulatinas, carga de apoyarse en determinadas instituciones bancarias, financieras, de seguros (y no otras), la utilización de un determinado tipo de locales, ropaje para el personal, criterios de selección de personal y adoctrinamiento del mismo, política de ventas, publicidad, precios, etc.).

Lo expuesto abre el camino para analizar la problemática laboral en este contrato.

Hay dos posiciones divergentes en la doctrina:

a. Posición de Osvaldo J. Marzoratti y Lorenzetti.

La franquicia comercial no puede ser encuadrada dentro del concepto de conjunto económico, por no existir confusión de patrimonios o un solo patrimonio, vestido con el ropaje de diferentes personas jurídicas.

Martorell dice que este razonamiento implica desconocer las bases mismas en que se asienta el control externo o contractual, el cual como resalta Boggiano,

no se basa en instrumentos que tengan el control por causa-fin, sino que tiene por fundamento la desigualdad entre las partes derivada de la superioridad económica del sujeto controlante, que ejerce su influencia dominante, precisamente, por medio de contratos como el de franquicia, suministro o concesión. En este sentido Boggiano⁵⁷ hace hincapié en el hecho de que las relaciones económicas y jurídicas entre ambas partes se han asimilado a las de un grupo económico, recordando que la jurispruedencia francesa le ha impuesto a la parte dominante la responsabilidad civil por los actos perjudiciales o fraudulentos practicados por el dominante en perjuicio de terceros.

Agrega Martorell que el art. 31 de la LCT crea una especie de tipo abierto cuando dice "o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente", respecto del cual no se ve razón alguna para que no pueda ser encuadrada en el una vinculación anudada en virtud de un contrato de franquicia comercial. Afirma que seria erróneo circunscribir la tipificación laboral de un conjunto económico unicamente a aquellos casos en que sea comprobable la confusión de patrimonios o un solo patrimonio.

Lorenzetti se enrola en la postura de la inexistencia de grupo económico. Habla de patrimonios diferenciados. Sin embargo, nos da algunas pautas para objetar esta postura. Cuando define al contrato de franquicia y da sus caracteres en los términos que en mas o en menos se mencionaron, nos dice que el objeto primordial de la franquicia es hacer llegar al consumidor determinados productos que el consumidor no necesita, pero que a través del sistema publicitario creado por el franquiciante se induce a los individuos a comprar productos que no necesitan. Esto marca la importancia del factor dominación y control que ejerce el franquiciante sobre los franquiciados.

Luego Lorenzetti habla de la responsabilidad frente a terceros por los daños que puede ocasionar un producto principalmente en los clientes. Afirma que se aplica el art. 40 ley 22.240 en el que se establece la responsabilidad solidaria entre todos los que comercializan un producto por el riesgo o vicio, o por la prestación del servicio, incluyendo al titular de la marca y sin perjuicio de las acciones de regreso que le competen a las restantes partes.

- **b.** Posición de Ernesto E. Martorell y Diana Cañal.
- 1. La franquicia consagra un cuadro de control externo o contractual que, en la medida en que no encubra un apartamiento del franquiciante de las pautas impuestas por el ordenamiento carecerá de toda reprochabilidad.
- 2. En los EEUU hay estados en los cuales probablemente efectuando un mix entre franquicia y concesión, se considera a esa figura como consti-

⁵⁷ Antonio Boggiano, "Sociedades y grupos multinacionales" p, 150.

tutiva de una comunidad de intereses, que definen diciendo que se trata de un interés financiero continuo entre concedente y concesionario, tanto en la operación de concesión como en la comercialización de dichos bienes y servicios. Esto encuadraría en la situación del art 31 LCT.

3. Por medio de pactos de exclusiva y cláusulas de dominación se instrumenta una verdadera subordinación económica y jurídica de la parte más débil de la relación a favor de la mas protegida.

La extensión de la responsabilidad laboral y previsional insatisfecha respecto de los trabajadores, al tercero que ha ejercido una influencia dominante que llevo a la cadena a mal fin debe ser visto como una justa extensión de responsabilidad al verdadero agente dañoso.

La jurisprudencia

La jurisprudencia se encuentra dividida con respecto al tema:

- 1. Por un lado se sostiene que el franquiciante no responde solidariamente por las obligaciones del franquiciado, que son dos empresas independientes una de otra. Las obligaciones del franquiciante terminan con la licencia para el uso de la marca, con el know how y la asistencia y control en el proceso de producción. No hay extensión de la responsabilidad y no hacen aplicación del art. 30 y 31 LCT.
- 2. Otra parte de la jurisprudencia extiende la responsabilidad por las ob-

ligaciones del franquiciado al franquiciante por aplicación del art. 30 de la LCT, entendiendo que el franquiciante cede parte del proceso al franquiciado para que este ultimo se ocupe del estadio final del ciclo produciendo y comercializando el producto creado y diseñado por el franquiciante bajo su control.

- 3. Cuando la figura de la franquicia se utiliza en fraude a la ley laboral y en realidad hay una relación laboral directa entre el trabajador y el franquiciante.
- 4. Se aplica el art. 31 LCT sosteniendo que hay un conjunto económico y una relación tal de control entre el franquiciante y el franquiciado que hace responsable solidariamente al primero ante situaciones de incumplimiento que quedarían incluidas en el supuesto de fraude exigido por el art. 31 de la LCT.

Los casos

Primer grupo

S. 90402 CAUSA 29.635/06 "Chazarreta Hector Edgardo c/ Emparte SRL y otros s/ despido" CNAT Sala III 26/11/08.

Se sostuvo en este caso cuando existe un contrato de franquicia no resultan aplicables las disposiciones del art. 30, toda vez que las partes son independientes una de otra, los franquiciados actúan en su propio nombre y a su propio riesgo y el franquiciante no ejerce ningún control sobre los dependientes de aquel. En el contrato típico de franquicia el franquiciante no tiene como actividad propia la efectiva venta del producto o la prestación del servicio, sino la instalación de la marca, el desarrollo de las técnicas operativas y de mercado, el establecimiento de practicas uniformes y vigilancia de su cumplimiento.

Agrega que no resulta aplicable el art. 30 pues en el contrato de franquicia no se cede un establecimiento ni se subcontrata la realización d obras o servicios que hagan a la actividad principal o accesoria del franquiciante, tampoco hay cesión de derechos y de obligaciones.

Aclara que esta figura puede prestarse al fraude laboral pero que no es el caso de autos. Resuelve revocar la condena solidaria sosteniendo que Franquicias Argentinas actuó como franquiciada mientras que Solo Empanadas es titular de la marca y cedió los derechos de explotación a Franquicias Argentinas S.A.

S 34442. Expte. 14717/06 – "Alici Cynthia Lorena c/ Perez José Luis y otro s/ Despido" CNAT – Sala VIII 26/9/07.

Los comportamientos de las partes que la actora describe como configurativos de la situación aprehendida por el articulo 30 LCT, son los típicos entre de las relaciones entre franquiciante y franquiciado. El contrato de franquicia, lejos de configurar esa situación, la excluye, ya que el franquiciante, dueño o titular de un producto, un sistema,

un procedimiento o de un derecho de explotación, no los explota por si mismo, sino que lucra con la autorización a terceros para explotarlos, imponiendo condiciones tendientes a evitar su desvalorización en el mercado. No explota un establecimiento en el sentido del art. 6 LCT v en el marco del art. 30 lo que puede ser objeto de cesión o transferencia y los trabajos o servicios que en el se cumplen o prestan, los que pueden constituir el de la contratación o subcontratación. Menciona a Rodríguez con Cia Embotelladora donde la Corte menciona que en el contrato de franquicia no hay responsabilidad solidaria por deudas de un tercero.

Sentencia 88519 Causa Nº 21.830/05 – "Punta, Diego Leonardo c/ Pronto Wash SA y otros s/ despido" CNTRAB Sala III 19/2/07.

Que existe un contrato de franquicia entre Pronto Wash y los codemandados y no resulta aplicable el art. 30 LCT, toda vez que las dos partes son independientes una de otra, los franquiciados actúan en su propio nombre y a su propio riesgo y el franquiciante no ejerce ningún control sobre los dependientes de aquel. El franquiciante no tiene como actividad propia la venta del producto o la prestación del servicio, sino la instalación de una marca, el desarrollo de técnicas operativas y de mercado, el establecimiento de practicas uniformes y la vigilancia de su cumplimiento.

S 91123 Causa 26606/01 "Diago Ituarte, Jesús Maria c/ Fibri SRL y otro s/ despido" CNTRAB SALA IV 9/2/06

Cualquiera haya sido la modalidad de contratación mercantil utilizada en el caso no resultan aplicables al caso de autos las previsiones del art. 30 LCT, pues, la regulación legal no implica que todo empresario debe responder por las relaciones laborales que tengan todos aquellos otros empresarios con quienes establece contratos que hacen a la cadena de comercialización o producción, máxime frente a la gran variedad de contratos que se generan actualmente en el seno de las relaciones interempresariales y el vasto campo comercial. No es aplicable el art. 30 y rechaza la demanda contra Shell CAPSA.

Segundo grupo

Causa 2849/03 S. 38771 – "Pereyra, Liliana Maria del Milagro c/ Arista, Marcelo Daniel y otro s/ despido" - CNTRAB – SALA VII –21/09/05.

El franquiciante intenta oponer el contrato de franquicia como un elemento defensivo determinante que permitiría apartarse del ppio gral en materia de solidaridad regido por el art. 30 LCT. En el caso no se trata de un empresario que suministra a otro un producto y se desliga de su ulterior procesamiento elaboración y distribución, sino que la venta por terceros de los productos que ella elabora hace

a su actividad propia y especifica y al cumplimiento social para el cual fue creada Franquicias Argentinas. La franquiciante se nutre esencialmente con la comercialización de los mismos, sin los cuales no tendría ningún sentido producirlos. Admitir lo contrario seria aceptar un fraccionamiento artificial del ciclo comercial.

CNAT, Sala VI, 3/4/08 "Cegna Fichera Walter Gastón c/ Supermercados Norte S.A. y otros"

Acreditado que el supermercado dio en locación a una empresa dedicada a prestar servicios de lavados de automóviles de manera abundante, para que realice su actividad en su estacionamiento y sobre los vehículos que allí estacionan sus clientes; y que dicha empresa de lavados a su vez cedió a otra persona la explotación en la mencionada playa (mediante el contrato de franquicia), corresponde afirmar que los hechos analizados encuadran dentro de las previsiones del artículo 30, y por ello se debe condenar a la empresa de lavado ambulante de automóviles por las obligaciones laborales incumplidas por el cesionario.

Si un supermercado dio en locación playa de estacionamiento a una empresa dedicada a prestar servicios de lavado de automóviles de manera ambulante para que realice su actividad sobre los vehículos que allí estacionan sus clientes; y dicha empresa de lavados a su vez cedió a otra persona la explotación en la mencionada playa (mediante el contrato de franquicia), corresponde

afirmar que el local comercial mencionado ha llevado a cabo una cesión parcial del establecimiento habilitado a su nombre, y ello torna aplicable al caso lo dispuesto en el art. 30 LCT, resultando indiferente en este supuesto la vinculación de la actividad desarrollada por la empresa de lavado ambulante de vehículos con la normal y específica del supermercado.

Tercer grupo

Expte 11.747/04 S. 35150 – "Farias Alicia Cristina c/ Dieta Club SA y otros s/ despido" CNAT Sala VII 17/6/08.

Es de la esencia del contrato típico de franquicia comercial la existencia de una autentica autonomía entre franquiciante y franquiciado. La demandada invoca que hay un contrato de franquicia entre Dieta Club y las distintas sucursales de la empresa. El franquiciante es en verdad o contratista independiente, que actúa a nombre propio y a su riesgo, aun en el caso de la franquicia individual que difiere de las versiones de multiunidad territorial o el de master franchaise. La beneficiaria de los servicios de la empresa era Dieta Club SA y la actora circulaba de sede en sede. No hay franquicia sino una relación de trabajo subordinado entre la actora y Dieta Club, no hay franquicia.

Deja entender que si hubiera franquicia entre Dieta Club y la sucursales no se hace extensiva la responsabilidad a la primera.

Causa 422/05 S. 88554 "Fer-

nandez Mirta Liliana c/ Aquino Marciana y otro s/ despido" CN-TRAB – Sala III 28/2/07.

Si bien se ha considerado que en el contrato de franquicia las dos partes son independientes una de otra, los franquiciados actúan en su propio nombre y a su propio riesgo, y el franquiciante no ejerce ningún control sobre los dependientes de aquel y que en el contrato típico de franquicia, el franquiciante no tiene como actividad propia la efectiva venta del producto o ola prestación del servicio, sino la instalación de la marca, el desarrollo de las técnicas operativas y de mercado, el establecimiento de practicas uniformes y la vigilancia de su cumplimiento, que queda a cargo de los franquiciados, se concluye que la figura fue utilizada en fraude de los derechos de los trabajadores del franquiciante. La actora desarrollo tareas para el franquiciante que no hacian al contrato de franquicia. Se aplica el art.30 LCT.

Cuarto grupo

SD 41172 Causa 544/05 – Lazarte, Paola Karina y otros c/ Sefama SA y otro s/ despido" CN-TRAB Sala VII 9/9/08

La figura contractual de la franquicia no es un eximente de responsabilidad absoluto, dado que debe ser ponderado sobre el análisis de las pruebas y casuistica de cada planteo.

Cita a Pereyra c/ Arista donde se aplica el art. 30.

La actividad de Sefama SA no difiere de la desarrollada por Lomito'n Argentina SA, ya que ambas utilizan los mismos bienes personales, materiales e inmateriales (logo, know how, indumentaria, alimentos, forma de cocción, presentación, y hasta los mismos trabajadores), es decir que hacian uso común de los medios mencionados en el art. 5 de la LCT y es inevitable concluir que se esta en presencia de un conjunto económico en los términos previstos en el art. 31 LCT.

Si bien el fraude a la ley es un recaudo esencial para que se configure la responsabilidad empresaria solidaria del art. 31 LCT, ello no significa que debe probarse el dolo del empleador o un propósito fraudulento del mismo. No se requiere intención subjetiva de evasión de normas laborales, tuitivas del trabajador ni la demostración de una intención evasiva, basta que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a esas normas laborales.

El control y el conjunto económico en la LCT

El Art. 31 de la LCT regula dos supuestos diferentes separados por la disyunción "o" . Así se refiere a empresas que tuviesen bajo la dirección, control o administración de otras y, por el otro, a empresas de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente.

El control en la LCT

La primera de las situaciones con-

templadas por el art. 31 de la LCT se encuentra redactada con tal amplitud que la doctrina se ha preguntado a que tipo de relaciones se refiere.

Para Martorell58, las palabras utilizadas en el art. 31 LCT, dirección, control o administración de otras empresas, indican que el legislador laboral ha optado de la llamada influencia dominante, como concepto que indica subordinación a una sociedad o empresa madre que es mucho mas amplia que la idea de control accionario, comprendiendo también los supuestos de sujeción por vínculos contractuales. En idéntico sentido se pronuncia Capón Filas.⁵⁹

Para Cura, cuando la ley utiliza la expresión bajo la dirección, control o administración de otras se confunden tres hipótesis de naturaleza diferente. La dirección se refiere a un aspecto estrictamente empresarial, atinente a la organización del negocio; el control es un concepto que comprende las alternativas de hecho y de derecho, y finalmente, la administración es una de las funciones intrasocietarias cuvo desempeño por empresas resulta técnicamente imposible, y su atribución d otras sociedades es, cuanto menos, materia objeto de debate en nuestra doctrina.60

⁵⁸ Martorell Ernesto E. Los grupos economicos y de sociedades. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991 9pag.144 v. 145

⁵⁹ Capón Filas, Rodolfo E. , Derecho del Trabajo, Librería Editora Platense, La Plata, 1998. (pag 210 y siguientes).

⁶⁰ Cura José M., Las sociedades controladas – Su enfoque singular en el derecho del trabajo, DT 1991 A- 231.

De Diego⁶¹ efectúa la siguiente distinción:

- **a.** Control accionario: son las empresas que se encuentran dirigidas o conducidas por otra u otras, en función de ejercer el control de mayorías relativas o absolutas sobre el paquete accionario, y con ello se puede ordenar su destino a través de los resortes que el tipo legal permita.
- **b.** Aministración o dirección: son las empresas cuya administración o dirección: son las empresas cuya administración o dirección dependen de la resolución de otra que ejerce sobre la primera alguna de las formas legales que permiten controlar sus destinos. Puede que los controles no tengan relación con el manejo accionario, pero están cautivas, por los contratos que suscribió o por el tipo de prestación que realiza.
- **c.** Controladas y controlantes: son las empresas que se vinculan por medio de distintos mecanismos –accionarios, contractuales, de complementación, de objeto transitorio común, etc.
- **d.** Conjunto económico: es el caso de las empresas que responden a un tronco común, ya sea porque son comunes los accionistas locales o internacionales, porque cuentan con el mismo directorio, o en su caso, porque son parte de una cadena de interrelaciones jurídicas, económicas, financieras y de producción.

Vazquez Vialard dice que para que 61 De Diego Julian A, Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,5ta Ed. Lexis – Nexis, Buenos Aires, 2002. 152 y 153.

exista control tiene que darse una efectiva subordinación económica a través de la cual la empresa periférica pierda su independencia para actuar como ente con capacidad propia.

Sin embargo en el art. 31 LCT no se distingue el tipo de control que debe ejercer una empresa sobre la otra, siendo el termino amplio y abarcativo tanto de la idea de control interno como externo.

Este artículo no es aplicable cuando se trata de una sola empresa perteneciente a una sociedad comercial que es dominada por una persona individual, pues en este caso no habría sujeción sino identidad y manejo personal de la persona jurídica, creada mediante una maniobra fraudulenta como simple pantalla para violar la ley, por lo que seria un supuesto previsto en el Art. 14 de la LCT.⁶²

La formas modernas de contratación que han aparecido en el derecho comercial importan verdaderos supuestos de control externo en que la actividad principal de la controlada queda supeditada a los designios de la controlante. La controlada recibe toda su actividad vital de la controlante, que la convierte en un parásito casi sin vida propia. La decisión de la controlante de dejar de insuflar esta actividad llevaría a la ruina económica de la controlada. 63

Compartimos el criterio de Hierrezuelo – Núñez (y de Dobson) y no 62 Hierrezuelo Ricardo D. – Núñez Pedro Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo. 63 Ibid 9. creemos como dice Vazquez Vialard que esta situación solo se produce cuando existe un verdadero dominio que provoca elo control de ola voluntad social. De ser así, se trataría de un control interno y no externo.

Es suficiente con demostrar que la controlada solo comercializa los productos de la controlante o explota su marca o licencia, estando sujeta a las condiciones y cursos de acción impartidos por esta ultima para que se configure el supuesto control del art. 31 LCT. Verificada la relación queda acreditar el componente subjetivo que estaria dado por los incumplimientos con los deberes de la seguridad social, por ejemplo.

En caso todos los tipos de contratos comerciales (franquicia) se verifica un cuadro de control externo de hecho, que trae aparejada una situación de dependencia económica y técnica del controlante respecto del controlado. En el caso Rodríguez con Cia embotelladora, si bien la Corte no aplica a la figura de la franquicia el art. 30, deja abierta la posibilidad del art. 31 LCT. (cons. 9).

El conjunto económico

Resulta tarea doctrinariamente compleja determinar las características del agrupamiento, conjunto o grupo económico.

Se trata de una noción que paralelamente con el concepto de empresa encuentra una común dificultad para la aprehensión por parte del derecho positivo. Los economistas han reconocido su existencia pero su conceptualizacion accede difícilmente a la vida del derecho.

Las graves dificultades para regular el agrupamiento nacen se su imposible conceptuación como sujeto de derecho. En rigor, es la suma de sujetos de derecho que no constituyen agrupados un sujeto de derecho con personalidad jurídica propia, independientemente de la de sus integrantes.

El agrupamiento, o grupo económico, o conjunto económico no constituye una persona jurídica, carece de patrimonio, y técnicamente no es sujeto de derecho ni de obligaciones. (arts. 30 a 32 Cod. Civil).

El agrupamiento, conjunto o grupo económico no deroga la pesonalidad de cada agrupado (arts 32, 39 49 y 43 Ccivil), y cada uno de los integrantes de ese sujeto, suma de pluralidades responde con su propio patrimonio y a sus propios acreedores (arts 3212 y 505 C. Civil); salvo responsabilidad emergente de hecho o especificas relaciones y conductas donde no existe responsabilidad común.

En nuestro derecho positivo la realidad económica de la concentración empresaria y su traducción en la formación de grupos de interés común, se recepta en el doble ámbito de la ley de sociedades comerciales y de la ley de concursos y quiebras.

La teoria del disgregard (Responsabilidad ilimitada y solidaria de directores y socios de sociedades comerciales. Diana Regina Cañal.) funciona o puede ser aplicada en dos planos, hacia adentro, extendiendo la responsabilidad a los socios y funcionarios de la sociedad, o hacia fuera, corriendo el velo de la persona jurídica hacia otros entes societarios.

En Parke Davis (1970) se da el segundo caso, alli se discute si las deducciones que efectuaba Parke Davis y Cia de Argentina, en su balance impositivo, en concepto de regalias convenidas por servicios y uso de formulas medicas que debia acreditarlas o abonarlas a favor Parke Davis de Detroit, podian ser descontadas como gasto, y como tal, deducibles del impuesto a los reditos, cuando esta ultima sociedad extranjera era propietaria del 99,95% de las acciones que constituian el capital de la sociedad local.

En el caso Refinerías de Maiz se acepta un caso en el cual se trata de considerar un ente externo a la hora de fijar responsabilidad, sino un socio propio de la persona de existencia ideal.

Sin desconocer la diferencia entre los dos casos, en ambos se discuten relaciones entre dos sociedades anónimas, de capital, se llega a la misma solución: el reconocimiento de que, al existir un socio mayoritario que ostenta la casi totalidad del capital, sin importar que sea una persona física integrante de la sociedad u otro ente ideal, propietario de la mayoría de las acciones, se esta ante una misma realidad económica.

A partir de ello los tribunales infe-

riores vedaron la posibilidad de que la sociedad local dedujera, a los fines impositivos, las regalías que enviaba a la sociedad extranjera, propietaria de mas del 99% de su capital.

La Corte dijo que de ese modo no desconocía la existencia de dos sociedades, pero que ello no obstaba a analizar el problema desde el punto de vista impositivo , a partir de la realidad económica, camino que conduce al igual que la teoría de la penetración a la consideración de fondo real de la personalidad jurídica.

En este caso se buscaba limitar los efectos de la personalidad jurídica atribuida a cada sociedad (controlante y controlada), tuvieron por objeto evitar la evasión impositiva que se daba a través de una ficción (la existencia de dos entes diferenciados económicamente, cuando en este plano se confundían) y ello importa y mucho al interés publico por lo que significa la recaudación de impuestos para una sociedad. Estos lineamientos debe utilizarse en materia laboral, pues no existe un interés publico menor a la hora de consagrar mecanismos adecuados para hacer efectivos los derechos laborales.

En el caso Swift de 1973, la Corte revoco un fallo de la Cámara Comercial y sostuvo que las políticas económicas y financieras seguidas por el grupo controlante obedecen a pautas no solo gravosas para el interés comercial, sino para el de la colectividad toda. Las formas jurídicas que la ley argentina prevé

para actividades licitas y conforme a su derecho objetivo no pueden legitimar políticas económicas y financieras contrarias a las necesidades de nuestra sociedad, que han sido efectivamente comprobadas por la justicia del país. En consecuencia se imputan los efectos de la quiebra de Swift SAF también a Deltec International Limited como deudora real y responsable de las obligaciones de la fallida aparente cuya propiedad y efectivo control le pertenecen y declara que el desapoderamiento de los bienes de Swift debe comprender los bienes de las compañías y sociedades del grupo Deltec, disponiendo que en el procedimiento respectivo deben determinarse cuales otras personas o compañías resulten integrar el mencionado grupo, en tanto importe unidad económica con la sociedad declarada fallida.

Estos precedentes como el caso Mellor sirvieron de sustento a decisiones del fuero del trabajo donde se privilegio la realidad del trato habido entre las distintas firmas que permitían concluir que se trataba de un conjunto económico, que aprovechándose de la pantalla societaria, pretendía no tener responsabilidad en la contratación irregular del trabajador.

El Dr. Pirolo (Miguel Angel Pirolo. Síntesis de la teoría de la penetración en la personalidad jurídica en la doctrina y la jurisprudencia. Su aplicación en el derecho del trabajo. DT XIV – A pag. 483) ha sostenido que la consideración de la realidad económica de un

grupo de empresas a fin de observar si constituyen un conjunto económico que, por sus particulares Características, debe ser visto como un mismo ente en el momento de establecer responsabilidades derivadas de relaciones de trabajo, puede ser una herramienta indispensable cuando no se presentan las maniobras fraudulentas que el art 31 requiere para extender la responsabilidad del grupo.

Los fundamentos del caso Parke Davis son los mismos utilizados en una de las primeras sentencias de los tribunales del trabajo al aplicar la teoría de la penetración de la responsabilidad jurídica. Es el fallo Rodríguez c/ Lago del Bosque de 1973 en el que la sala II extendió la responsabilidad de la sociedad empleadora a una persona física que la había utilizado fraudulentamente y que ostentaba mas del 99% del capital accionario.

En resumen: la normativa es clara cuando de modo explicito desplaza la personalidad jurídica y tiene en cuenta el interior de la sociedades para atender a quien ejerce en verdad el control de ellas o de que modo se encuentran relacionadas.

La conducción temeraria a la que alude el art. 31 tiene que ver con la forma de llevar los negocios y es una vía directa al descorrimiento del velo hacia afuera: si el objetivo social licito emprendido excede con creces las posibilidades del aporte practicado. El fraude a los trabajadores constituye una maniobra que justifica responsabilizar a

todo el conjunto.

Si bien, como hemos visto en todas las ramas del derecho existe la duda de cómo considerar al grupo económico, si en forma separada o íntegramente como una sola entidad, vemos que el tema aparece resuelto por el legislador laboral cuando dice que las empresas y /o sociedades integrantes del conjunto económico mantienen su autonomía, existiendo únicamente responsabilidad solidaria por los pasivos laborales, siempre que se cumplan los extremos para que opere dicha extensión. (Martorell, Los grupos económicos y de sociedades fs 140 y 141).

Pose (Presupuestos operativos para la aplicación de responsabilidad solidaria que emana del art. 31 de la Ley de Cont. de Trabajo) dice que determinadas instituciones empresarias pueden encontrar conveniente desdibujar su gestión mediante la introducción de sociedades y/o entidades controladas que respondan a una gestión de mando común o, en su caso, soportar los riesgos del mercado de competencia capitalista mediante la gestión de entidades con similar fin e igual rango, pero con una administración y patrimonio independiente que las tornan invulnerables a la acción de acreedores que podrían ser comunes de no acudirse al régimen de la personalidad ficticia.

En las redes hay un contrato marco como medio para alcanzar fines individuales y comunes, y por ello se generan relaciones bilaterales entre concedente y concesionario, que representan los objetivos individuales. Además, existen relaciones entre todos los miembros de la res, porque saben que obtienen de ella un beneficio adicional, que es incremento de la distribución y de las ventas. El contrato marco regula el aspecto común de las redes. Tiene un carácter asociativo, no es una sociedad porque hay empresas independientes entre si y no hay un beneficio común a repartir, existe porque hay un interés común que se alcanza cuando una parte contratante posee interés personal y directo en la obligación de la contraparte. Una de las partes obtiene satisfacciones indirectas a través de la prestación que realiza la otra, sin que exista un vinculo de cambio. Asi las cosas, esa actuación concertada, produce una utilidad que excede la noción de prestación.

En la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere de varios contratos unidos en sistema, la causa de estos supuestos vincula a sujetos que son partes de distintos contratos, situándose fuera del vinculo bilateral, pero dentro del sistema o red contractual. Ello significa que hay una finalidad económico - social, que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión, si se desequilibra la misma, se afecta todo el sistema y no solo uno de los contratos. Esta causa reside en el funcionamiento integral y eficiente del sistema, a tal punto que se ha llegado a afirmar, que quienes son parte de los contratos encadenados, no resultan verdaderos terceros, en lo que

a la esfera de responsabilidad respecta.

En definitiva, este fenómeno de dispersión del mundo de los negocios, que dificulta la mayoría de las veces identificar ya no solo para quien ha trabajado el operario, en beneficio de quien lo ha hecho, sino también en quien se ha transformado, o hacia donde o quien ha derivado su patrimonio, debe ser

tratado con mayor apego a la realidad, pesquisando la cadena de intereses y beneficiaros. Siempre útiles al tiempo de orientar en la búsqueda de responsables y, para ello, debemos servirnos del derecho todo, tamizado por los principios de nuestra especialidad, que no es ni mas ni menos que lo que la propia CN dispone.



Colaboradores

María Eugenia Cassani (S)

Facundo Rijo (S)

Facundo Taboada (S) Diego Calo Maiza (S)

Analía Viganó (S)

Analía Guaraglia (S) Rocío Chaves (S)

Joaquín Tuñez (S)

Patricia Fonseca (S)

Ezequiel Morell (S)

Mauricio Sanchez Marina Sanchez (S) Flavia Cartabia (S)

Victoria Lozano (S)

Javier Alsina (S)

Manuel Bertelotti (S) Belen Lopez (S)

> Sebastian Gaffuri (S) Luciana Wiskey (S)

Fernando Soto (S)

Cynthia Lembo (S) Bernardo Galeazzi

Jesús Robledo (S)

Sebastian Green Martinez (S)

Mónica Jensen

